

UNIVERSIDADE
AUTÓNOMA
DE LISBOA



**DEPARTAMENTO DE DIREITO
DOUTORAMENTO EM DIREITO
ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS
UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA
“LUÍS DE CAMÕES”**

**O DIREITO FUNDAMENTAL À RETRIBUIÇÃO ENQUANTO AFIR-
MAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

Tese para a obtenção do grau de Doutor em Direito

Autora: Maria de Fátima de Lima d’Almeida Baptista da Silva

Orientadores: Professor Doutor Pedro Gonçalo Tavares Trovão do Rosário e

Professor Doutor Carlos Carranho Proença

Número da candidata: 20140656

Julho de 2024

Lisboa

Dedico este trabalho ao meu esposo Manuel da Silva,
e às minhas filhas Hugueth e Hieda, ao Francisco e
às minhas sobrinhas, elas e eles fontes da minha inspiração.
À memória dos meus pais – Maria das Dores e Reinaldo Baptista.

AGRADECIMENTOS

Precisamente para não correr o risco de esquecer alguém, começo por agradecer e reconhecer publicamente a todos aqueles que, de alguma forma, contribuíram para que esta tese se concretizasse.

Um especial reconhecimento e agradecimento pessoal aos incansáveis e sempre disponíveis meus orientadores, Professores Doutores Pedro Trovão do Rosário e Carlos Carranho Proença, pelos constantes e doutos aconselhamentos e pelo incentivo permanente, fatores preponderantes para o aprofundamento e clareza da investigação.

De igual modo, agradeço pessoalmente aos Professores Doutores Diogo Leite de Campos, Stela Barbas, Miguel dos Santos Neves, Carlos A. Burity da Silva, Carlos Teixeira, Manuel da Silva, Josefa Neto, Julia Ferreira e Cláudia Fastudo, pela partilha de conhecimento e pela forma como me incutiram o gosto pela atividade científica, nesta área de estudo tão aliciante quão vasta.

Uma palavra especial de reconhecimento pessoal para os meus Colegas Mui dignos Venerandos Juízes Conselheiros da Suprema Corte Constitucional, técnicos e funcionários, com especial destaque, para a Veneranda Juíza Conselheira Presidente do Tribunal Constitucional, Doutora Laurinda Cardoso Monteiro e ao Venerando Juiz Conselheiro Jubilado, Doutor Rui Ferreira, pelo prestimoso apoio e incentivo que me deram nesta investigação.

Outras palavras de enorme reconhecimento são dirigidas a todos os meus colegas Juízes de Direito, Desembargadores, Conselheiros dos Tribunais Superiores, com especial destaque para o Venerando Juiz Conselheiro Presidente do Tribunal Supremo e do Conselho Superior da Magistratura Judicial, Doutor Joel Leonardo, Venerando Juiz Conselheiro Presidente do Tribunal de Contas, Doutor Sebastião Gunza, e aos meus colegas, Digníssimos Procuradores da República, pela frutuosa partilha de conhecimentos.

Por último, reconheço e agradeço pessoalmente a ajuda incondicional prestada pelos meus irmãos, afilhados e amigos.

RESUMO

Na presente tese pretendemos analisar qual o alcance da garantia concedida à retribuição (colocando principal enfoque na realidade juslaboral portuguesa mas analisando em que medida a mesma é salvaguardada no ordenamento jurídico angolano), entendida como direito de dignidade da pessoa humana, e com assento constitucional, pilar de uma tutela que – num Estado de Direito Democrático – se deseja efectiva, porque atinente a matéria basilar de qualquer sociedade, indagação essa que, pese embora enfatizando aquela previsão constitucional, não descurará o regime legal e jurisdicional que lhe subjaz e, de certa maneira, o enforma.

Propomo-nos, pois, apreciar a forma como essa tutela está gizada (constitucional e infra-constitucionalmente), ressaltando os princípios retributivos que esse cotejo permite destacar, os quais formam um acervo garantístico perfeitamente individualizável e (deseja-se) concretizável.

Para tanto, é igualmente nossa pretensão destacar a protecção de que goza interna e internacionalmente, nomeadamente no espaço comunitário, onde os chamados “direitos sociais” começaram por ser subalternizados em detrimento dos “direitos de liberdade”, fronteira que, actualmente, está mais ténue e que se reflecte na efectividade da tutela do direito fundamental à retribuição.

Em concreto, a tese incidirá sobre as garantias que são legalmente proclamadas quanto à retribuição e formas de as tutelar, já que os direitos sociais (onde a retribuição se insere) constituem verdadeiros direitos subjectivos dos particulares, impondo (pelo menos alguns deles) uma actuação por parte do Estado para assegurar a sua concretização, sempre balizados pelo supraprincípio da dignidade humana, e que reclamam, no nosso entendimento, o reconhecimento do emergir de um verdadeiro direito fundamental a um rendimento de existência condigna.

Palavras-chave: Retribuição; Direito Fundamental; Princípios Retributivos; Irredutibilidade Salarial, Rendimento de Existência Condigna.

ABSTRACT

In this thesis we intend to analyse the scope of the guarantee granted to remuneration (focusing mainly on the Portuguese labour law reality, but also analysing how it is safeguarded in the Angolan legal system) - understood as a right of human dignity, with a constitutional basis. This is a question which, although it emphasises the constitutional provision, will not neglect the legal and jurisdictional regime which underlies it and, in a way, shapes it.

We therefore set out to assess the way in which this protection is organised (constitutionally and infra-constitutionally), highlighting the remuneration principles that this comparison allows us to highlight, which form a perfectly individualisable and (hopefully) realisable collection of guarantees.

To this end, we also want to highlight the protection it enjoys internally and internationally, particularly in the UE, where so-called "social rights" were initially subordinated to the detriment of "rights of freedom", a borderline that is now more tenuous and which is reflected in the effectiveness of the protection of the fundamental right to remuneration.

Specifically, the thesis will focus on the guarantees that are legally proclaimed with regard to remuneration and ways of protecting them, since social rights (which include remuneration) are real subjective rights of individuals, imposing (at least some of them) action on the part of the state to ensure their realisation, always guided by the supra-principle of human dignity, and which demand, in our opinion, the recognition of the emergence of a real fundamental right to an income of dignified existence.

Keywords: Remuneration; Fundamental Right; Remuneration Principles; Irreducibility of Wages, Income of Decent Existence.

Índice

RESUMO	3
ABSTRACT	4
SIGLAS	7
INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO I – A TUTELA DA “CONSTITUIÇÃO LABORAL”	18
1. A Retribuição na “Constituição Laboral”	18
2. A “Constituição Laboral” em Portugal	23
2.1. Antecedentes históricos.....	23
2.2. Os direitos de liberdade.....	25
2.3. Os direitos económicos, sociais e culturais	60
2.4. Natureza jurídica dos direitos sociais e do direito à retribuição	64
3. A Dignidade da Pessoa Humana	66
3.1. O direito a um rendimento de existência condigna	77
3.2. O recurso de amparo constitucional	105
CAPÍTULO II – OS DIREITOS FUNDAMENTAIS (E O DIREITO À RETRIBUIÇÃO) NA UE E SUA TUTELA JURISDICCIONAL	137
1. A “Problemática de Protecção”	137
2. A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia	160
3. A Carta Comunitária dos Direitos Fundamentais dos Trabalhadores	166
4. A Carta Social Europeia.....	168
CAPÍTULO III – VERTENTES JUSCONSTITUCIONAIS DO DIREITO À RETRIBUIÇÃO	181
1. O ordenamento jurídico português	181
1.1. A retribuição suficiente	181
1.2. A retribuição adequada.....	183
1.3. A retribuição paritária	186
1.4. A retribuição não discriminatória.....	188
2. O princípio da irredutibilidade salarial.....	189
2.1. Ordenamento jurídico português	189
2.2. Ordenamento jurídico angolano	222
3. Instrumentos de Regulamentação Colectiva	230
CAPÍTULO IV – A REMUNERAÇÃO NA “CONSTITUIÇÃO LABORAL” ANGOLANA.....	247
1. A remuneração suficiente.....	247
2. A remuneração adequada	254
3. A remuneração paritária e não discriminatória	257
4. A protecção do salário.....	258

5. A tutela da retribuição	261
5.1. O princípio da irrenunciabilidade.....	261
5.2. O princípio da imprescritibilidade.....	268
5.3. O (Novo) Fundo de Garantia Salarial	273
CAPÍTULO V – A RETRIBUIÇÃO NO CÓDIGO DE TRABALHO	287
1. Noção e características	287
2. Modalidades de retribuição	306
2.1. Retribuição certa, variável e mista	307
2.2. Retribuição base e complementos salariais	310
CAPÍTULO VI – CONCLUSÕES.....	315
BIBLIOGRAFIA/WEBGRAFIA.....	321

SIGLAS

AUE – Acto Único Europeu

BCE – Banco Central Europeu

BNA – Banco Nacional de Angola

BVerGG – Lei do Tribunal Constitucional Federal Alemão

CC – Código Civil

CCT – Contrato Colectivo de Trabalho

CDFUE – Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia

CEE – Comunidade Económica Europeia

CEEA – Comunidade Europeia de Energia Atómica

CEDH - Convenção Europeia dos Direitos do Homem

CEDS – Comité Europeu dos Direitos Sociais

CFB – Constituição Federal Brasileira

CIRE – Código de Insolvência e Recuperação de Empresas

CLT – Consolidação das Leis de Trabalho

CPC – Código de Processo Civil

CPT – Código de Processo do Trabalho

CPTA – Código do Processo dos Tribunais Administrativos

CRA – Constituição da República de Angola

CRFB – Constituição da República Federal Brasileira

CRP - Constituição da República Portuguesa de 1976

CSE – Carta Social Europeia

CSER – Carta Social Europeia Revista

CT – Código do Trabalho

DR – Diário da República (Portugal)

DL – Decreto-Lei

DUDH – Declaração Universal dos Direitos do Homem

FGS – Fundo de Garantia Social

FMI – Fundo Monetário Internacional

FUNEA – Fundo Nacional de Emprego de Angola

GG – Lei Fundamental da República Federal Alemã

IAS – Indexante de Apoios Sociais

IHPC – Índice Harmonizado de Preços ao Consumidor

INEA – Instituto Nacional de Estatística Angolano

IPC – Índice de Preços ao Consumidor

IRC – Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas

IRCT – Instrumentos de Regulamentação Colectiva de Trabalho

IRS – Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares

IVA – Imposto sobre o Valor Acrescentado

LAT – Lei dos Acidentes de Trabalho

LCT – Lei do Contrato de Trabalho

LDNC – Lei sobre o Direito de Negociação Colectiva

LGT – Lei Geral do Trabalho

LOSJP – Lei da Organização do Sistema Judiciário Português

LOTCA – Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Angolano

LOTCE – Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Espanhol

LOTCP – Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Português

LPCTA – Lei do Processo Constitucional Angolano

LRCT – Lei das Relações Colectivas de Trabalho

LS – Lei Sindical

NRFGS – Novo Regime do Fundo de Garantia Salarial

OIT – Organização Internacional do Trabalho

PESC – Política Externa e de Segurança Comum

PIB – Produto Interno Bruto

PIDCP – Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos

PIDESC – Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais

RGCO – Regime Geral das Contraordenações

RINAR – Roteiro para a Implementação da Nova Arquitectura Remuneratória

RMMG – Retribuição Mínima Mensal Garantida

RRCEE – Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Pessoas Colectivas de Direito Público

RSI – Rendimento Social de Inserção

STA – Supremo Tribunal Administrativo

STFB – Supremo Tribunal Federal Brasileiro

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TCA – Tribunal Constitucional Angolano

TCP – Tribunal Constitucional Português

TCEE – Tratado da Comunidade Económica Europeia

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

TFUE – Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

TJ – Tribunal de Justiça

TJCE – Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia

TUE – Tratado União Europeia

UE – União Europeia

INTRODUÇÃO

“Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”¹.

O desafio que abraçamos mostra-se, desde logo, enunciado no seu tema: o direito fundamental à retribuição enquanto afirmação da dignidade da pessoa humana.

A vertigem do século XXI, emaranhando os Estados em intrincadas questões económico-financeiras, trazem (uma vez mais!) à luz do dia as inquietações de todos aqueles que dependem da retribuição do seu trabalho para proporcionarem (a si ou ao seu agregado familiar) uma existência condigna.

A inquietação é, por seu turno, séria e relevante: em Maio de 2011, a debilidade das finanças públicas em Portugal levou a que o país tenha aderido a um programa de assistência económica e financeira que culminou com a assinatura de um memorando com a “Troika” (constituída pela Comissão Europeia, Banco Central Europeu e Fundo Monetário Internacional).

Com base nesse memorando, foram aplicadas no país medidas de austeridade, que culminaram numa forte redução da despesa pública (incluindo cortes nas retribuições auferidas pelos funcionários públicos), acompanhada por um colossal aumento de impostos.

Atualmente, e segundo o INE, os sinais de abrandamento da economia portuguesa relativa a Outubro de 2022² “acumulam-se num contexto de elevada inflação”, o que conduziu a que, em termos reais, a retribuição bruta total média (tendo como referência a variação do Índice de Preços ao Consumidor) tivesse diminuído 4,7%.

Segundo a previsão do Fundo Monetário Internacional (FMI)³, a inflação em Portugal no ano de 2023 dever-se-á cifrar nos 5,7%, em linha com o verificado nos restantes países da União Europeia.

Em consequência, o BCE decidiu (através de comunicado datado de 17 de Julho de 2023)⁴, aumentar as suas três taxas de juro directoras (em 25 pontos base) na prossecução do

¹ Art.º 1.º da DUDH.

² Disponível no portal do INE em ine.pt.

³ De acordo com os dados disponíveis em imf.org.

⁴ Disponível em www.ecb.europa.eu.

objectivo de “assegurar o retorno atempado da inflação ao seu objectivo de médio prazo de 2%”.

Facilmente se perceberá que, por força do aumento das taxas de juro praticadas pelos bancos, milhões de portugueses viram aumentar, exponencialmente, as prestações contraídas com os mútuos celebrados, com o inevitável aumento do custo de vida.

Com idênticas dificuldades debatem-se milhões de (trabalhadores) angolanos, neste particular em consequência da forte desvalorização do kwanza (quase 40% em relação ao dólar, no primeiro semestre de 2023⁵), o que degenerou num aumento dos preços.

Segundo o INE angolano, a inflação mensal em Agosto de 2023 registou um aumento de 2,04%, cifrando-se em 13,54%.

Delimitado o tema e a actualidade que suscita, levanta-se, pois, a questão (ou problema) de saber se a tutela jurídico-constitucional que o ordenamento jurídico português e angolano reserva à retribuição, enquanto decorrência da dignidade humana, é efectiva.

Resposta que não se afigura de simples recorte, se atendermos a que a retribuição, enquanto direito fundamental social, se presta a algumas reservas, por parte de alguma doutrina, quanto à sua plena exigibilidade.

Acresce, quanto à delimitação do tema, a dificuldade de associarmos (retribuição) ao princípio da dignidade da pessoa humana que – atenta, precisamente, a sua natureza principiológica – coloca alguns entraves quanto à sua plena exequibilidade.

Tal não nos impedirá de lançarmos os prolegómenos de um direito fundamental a um rendimento de existência condigna, alicerçado em (julgamos) sólidas bases constitucionais.

Logo, para a análise do tema, entendemos por útil abordar, no **Capítulo I**, as origens do fenómeno laboral e, por inerência, do fenómeno retributivo o qual, paulatinamente, foi objecto de consagração constitucional, encontrando igualmente respaldo no plano internacional, no seio da O.I.T., e reforçado com o Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais de 1966.

Não enjaitaremos uma busca pelos antecedentes históricos do fenómeno constitucional laboral em Portugal, bem como traçaremos a fronteira (nem sempre nítida) entre os chamados “direitos de liberdade” e os “direitos económicos, sociais e culturais”, onde a retribuição se insere, recorrendo quanto à natureza jurídica destes últimos e definindo a retribuição como um direito fundamental de natureza análoga à dos direitos, liberdades e garantias.

⁵ Disponível em <https://www.jornaldenegocios.pt/mercados/cambios/detalhe/consultora-bmi-ve-moeda-de-angola-a-cair-para-1000-kwanzas-por-dolar-este-ano>

E um direito assente na dignidade da pessoa humana, cujo debate constitucional quanto ao conteúdo e limites da sua garantia assume uma actualidade crescente, pelos motivos anteriormente expendidos.

Na verdade, a maleabilidade com que o conceito de dignidade da pessoa humana se apresenta (mormente pela forma como se encontra consagrado na CDFUE) encaminha alguma doutrina a considerá-lo como um direito em acréscimo à sua dimensão principal, ao invés daquela que entende, de forma mais cautelosa, associá-lo a um direito fundamental específico.

É bom de ver, pois, que o seu valor normativo não se apresenta, sequer, uniforme no ordenamento jurídico europeu, em face das (diferentes) alternativas que se colocam ao legislador constitucional.

Da nossa parte, advogamos que tanto os direitos, liberdades e garantias como os direitos económicos, sociais e culturais se alicerçam, necessariamente, no princípio da dignidade humana, sendo o art.º 1.º da CRP, como o seu homólogo da CRA, a norma constitucional com maior densidade axiológica, pese embora a mesma não se encontre tutelada, de forma expressa, enquanto direito subjectivo.

O que vai contra o entendimento expresso por CARNEIRO DA FRADA⁶, o qual caracteriza o conceito de dignidade da pessoa humana como “absoluto”.

Perfilharemos o entendimento de que o princípio da dignidade da pessoa humana não constitui um específico direito, mas, antes, um princípio englobante que fundamenta todos os outros direitos.

Ou, como enuncia CARLOS PROENÇA⁷, que o mesmo seja entendido como o valor dos valores.

E é neste “valor dos valores” que assentará, como propugnamos, um novo e autónomo direito social: o direito a um rendimento de existência condigna, que radica na ideia de incumbir ao Estado o encargo potestativo de facultar tais meios (de subsistência), sendo um deles a (condigna) retribuição do trabalho.

Neste particular, é incontornável que analisemos o Acórdão do Tribunal Constitucional Português (TCP) n.º 509/02, de 19 de Dezembro⁸, o qual, como veremos, opera uma distinção fundamental (e inovadora) entre o reconhecimento de um direito a não ser privado do que considera essencial à conservação de um rendimento indispensável a uma existência minimamente

⁶ FRADA, Manuel Carneiro – *O conceito de dignidade da pessoa humana – Um mapa de navegação para o jurista*. Lisboa: Católica Law Review, Vol. IV, n.º 2, 2020, p. 149.

⁷ PROENÇA, Carlos Carranho – *O Direito ao Trabalho na União Europeia*. In: Manuel Monteiro Guedes Valente (Coord.). *Os Desafios do Direito no Século XXI*. Coimbra: Almedina, 2019, p. 202 e 203.

⁸ Disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020509.html>.

condigna e de um direito a exigir do Estado esse mínimo de existência condigna, designadamente através de prestações.

Dito de outra forma, o direito a um mínimo de existência condigna assume, pois, uma “dupla face”, no sentido de que tanto se apresenta como um direito de defesa (abstenção) contra o Estado como um direito a prestações positivas.

Não ignoramos que a temática se presta a (fundados) dissensos e mereça reservas – como as colocadas por REIS NOVAIS⁹ - o qual sustenta que, mesmo a aceitar-se a natureza jusfundamental desse direito, não lhe reconhece, porém, um conteúdo suficientemente determinado.

Seguiremos de perto, neste particular, o entendimento perfilhado por ALMEIDA RIBEIRO¹⁰, por igualmente entendermos não se afigurar correcto afirmar (como o faz o Acórdão em apreço) que o direito assegura a dignidade, a existência ou a sobrevivência “pelo mínimo”, sendo mais curial falar-se de um rendimento visando uma certa finalidade: a existência condigna.

Defenderemos, assim, não ser suficiente garantir um rendimento de sobrevivência, uma vez que o objecto do direito fundamental é um rendimento de existência condigna, propondo-nos, no entanto, ir mais longe do que o referido autor.

Na verdade, propugnamos alargar a construção dogmática empreendida por sucessivos acórdãos do TCP que reconhecem o direito a um mínimo de existência condigna, desenvolvendo-o a partir do princípio da dignidade humana em conjugação com o direito à segurança social em situações de carência.

Isto porque entendemos que o direito a um rendimento de existência condigna resulta, igualmente, do art.º 59.º da CRP, já que a alínea a) do seu n.º 1 estatui terem os trabalhadores direito a uma retribuição que lhes garanta uma existência condigna, atribuindo-lhes, para tanto – alínea a) do n.º 2 – o direito ao estabelecimento e actualização (por parte do Estado) de um salário mínimo.

Em igual medida, sufragamos que o direito a um rendimento de existência condigna encontra também respaldo no ordenamento jurídico-constitucional angolano, encimado pelo art.º 1.º da CRA.

⁹ NOVAIS, Jorge Reis – *Direitos Sociais, Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*. Lisboa: AAFDL Editora, 2017, p. 196.

¹⁰ RIBEIRO, Gonçalo Almeida – *Controlo judicial das restrições aos Direitos Sociais*. Volume 7, n.º 3. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas (ICJP), 2020, p. 68.

Direito fundamental passível de ser constitucionalmente sindicado, o que nos remete para o debate, sempre atual, da introdução da figura do recurso de amparo constitucional no ordenamento jurídico português, que reputamos não só necessário, como inevitável, por constituir um poderoso instrumento de protecção dos direitos liberdades e garantias e dos direitos fundamentais análogos, onde o direito a um rendimento condigno se insere.

No capítulo II abordaremos a forma como os direitos fundamentais (e, em particular, o direito à retribuição) se perfilam na UE e como se mostra regulada a sua tutela jurisdicional, abordando o que comumente se define como a sua “problemática de protecção”, detendo-nos sobre as (3) etapas entretanto percorridas e com nítido recorte jurisprudencial.

Nesse sentido, não deixaremos de analisar a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, apontada como uma proposta gizada para completar o modelo de tutela de direitos e liberdades fundamentais da UE e cujo poder vinculativo viria a ser reconhecido pelo Tratado de Lisboa.

E, no que toca, em concreto, aos direitos sociais, não poderemos deixar de fazer menção à Carta Comunitária dos Direitos Fundamentais dos Trabalhadores, proclamada em Estrasburgo em 9 de Dezembro de 1989, pese embora notando a sua clara incipiência, atenta a sua natureza meramente proclamatória e a sua constante preocupação com o objectivo (primacial) de concretização do “mercado interno”.

Ao invés, a protecção dos direitos sociais no espaço da UE ganha novo ímpeto com a Carta Social Europeia (CSE) e, sobretudo, com a Carta Social Europeia Revista (CSER), que verdadeiramente complementa a CEDH nesta matéria.

Isto apesar de ser, ainda assim, menorizada (uma vez que as suas normas não gozam de aplicabilidade directa), sendo, no entanto, inegável a sua relevância, como atesta o seu acolhimento em algumas decisões judiciais proferidas pelos tribunais dos Estados-Membros.

Partindo da norma plasmada no seu art.º 4.º - onde as Partes se comprometem a reconhecer o direito dos trabalhadores a uma “(...) remuneração suficiente para lhes assegurar, assim como às suas famílias, um nível de vida decente”, concretiza a Carta (art.º 25.º) com o direito dos trabalhadores à protecção do seu crédito laboral em caso de insolvência da entidade empregadora, garantia que, no ordenamento jurídico português, é assegurada pelo (Novo) Fundo de Garantia Salarial (FGS).

Certo é que as críticas expendidas quanto à limitada vinculação dos Estados-Membros (em particular em matéria da retribuição) relativamente à CSER fizeram despertar a necessidade de se desenvolverem, no contexto europeu, mecanismos mais eficazes de protecção dos direitos sociais.

Nesse sentido, a proclamação, em 2017, do Pilar Europeu dos Direitos Sociais, pese embora com progressiva implementação, promete responder a esse (velho) anseio, do qual destacaremos o Pilar relativo aos “Salários”, nele se propugnando que todos os trabalhadores têm direito a salário justo que lhes garanta um nível de vida decente, prevendo igualmente o dever de ser garantido um salário mínimo “adequado”, destinado a permitir a satisfação das necessidades do trabalhador, corporizado pela adopção da Diretiva (EU) 2022/2041 do Parlamento Europeu e do Conselho de 19 de Outubro de 2022.

Prosseguiremos, no **Capítulo III**, com o estudo das vertentes jusconstitucionais do direito à retribuição, detendo a nossa análise, inicialmente, no ordenamento jurídico português, onde – e partindo do texto legal – dissecaremos as dimensões em que se desdobra.

Nesse sentido, destacaremos que, tal como se mostra gizada no texto constitucional, a retribuição tem de ser suficiente, isto é, de molde a garantir uma existência condigna, direito esse corporizado pela instituição de um salário mínimo nacional.

Terá, igualmente, de ser adequada, segundo a “quantidade, natureza e qualidade”, assim se apontando para o sinalagma contratual.

Por fim, a retribuição impõe-se que seja paritária (e não discriminatória), conceito que tem ínsito o princípio da igualdade, assente no brocardo “para trabalho igual, salário igual”.

Destacaremos, neste capítulo, por constituir igualmente tema central do nosso estudo, o princípio da irredutibilidade salarial, garantia conferida pelo legislador à retribuição, entendida como direito fundamental e requisito primário da relação laboral, tendo em vista a própria subsistência do trabalhador.

Optaremos por analisar como a referida garantia se apresenta no ordenamento jurídico português, sendo certo que o mesmo não tem consagração constitucional, encontrando-se regulado no art.º 129.º n.º 1 alínea d) do Código de Trabalho.

Princípio que comporta excepções, sobre as quais nos debruçaremos, destrinchando entre o plano legal, contratual e perante instrumento de regulamentação colectiva, sendo que, no plano legal, não poderemos deixar de reflectir sobre as alterações promovidas ao CT pela Lei n.º 23/2012, de 25 de Junho, num contexto de crise económica generalizada vivida pelo país, e que foram alvo de profusa jurisprudência do TCP.

Não foi, porém, somente a Lei n.º 23/2012 a abalar os alicerces do princípio da irredutibilidade da retribuição, já que o verdadeiro labor jurisprudencial do TCP foi reclamado a propósito da aprovação das Leis Orçamentais relativas aos anos de 2011, 2012, 2013 e 2014, que empreenderam profundos cortes nos vencimentos dos funcionários públicos.

Sobre a “Jurisprudência da crise”, como ficou conhecida, não nos demitiremos de a estudar e dela retirar as devidas ilações.

No que respeita à concretização do princípio da irredutibilidade da retribuição no ordenamento jurídico angolano, também a CRA não contém norma que o preveja de forma expressa, podendo as suas diversas decorrências ser descortinadas em sede de legislação ordinária, em concreto na LGT.

Empreenderemos, por isso, uma análise ao referido princípio, partindo do ponto de vista legal, contratual, e em sede de negociação colectiva.

Pela sua importância, e por constituírem uma especificidade do direito do trabalho, não descuraremos uma abordagem aos instrumentos de regulamentação colectiva, destacando a forma como os mesmos podem influir, decisivamente, na determinação da retribuição auferida pelos trabalhadores abrangidos.

No **Capítulo IV** ocupar-nos-emos do direito fundamental à remuneração no ordenamento jurídico-constitucional angolano e, tal como divisámos no ordenamento jurídico português, também aqui procuraremos identificar, como suas manifestações, a sua suficiência (intimamente associada ao princípio da dignidade da pessoa humana), a sua paridade (não discriminatória) e a sua adequação.

Salientaremos, igualmente, a forma como o legislador ordinário angolano contemplou os mecanismos de defesa da remuneração através do que (em secção autónoma da LGT) denominou de “Protecção do Salário”.

Aliás, a relevância assumida pela tutela da retribuição, em ambos os ordenamentos jurídicos, justifica que lhe dediquemos especial atenção, colocando principal enfoque nos denominados princípios da irrenunciabilidade e da imprescritibilidade.

Ainda neste âmbito, dissecaremos a forma como se encontra gizado o (Novo) Fundo de Garantia Salarial (FGS) previsto no ordenamento jurídico português (que transpôs a Directiva n.º 2008/94/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Outubro de 2008) e a forma (incipiente) como o ordenamento jurídico angolano instituiu o Fundo Nacional de Emprego de Angola, que manifestamente não tem, nem providencia, o alcance, objectivos e garantias do FGS.

Por fim, no **Capítulo V**, e numa perspectiva eminentemente prática, veremos como se configura o direito fundamental à retribuição no CT.

Para tanto, enunciaremos quais as suas principais características, ínsitas na sua noção legal, assumindo-se a mesma como contrapartida da prestação de trabalho, prestada de forma

regular e periódica, obrigando a que as referidas prestações sejam feitas em dinheiro ou em espécie.

Quanto às modalidades que pode revestir, a retribuição pode ser certa, variável ou mista, impondo-se que igualmente discorramos quanto à relevante distinção entre retribuição base e complementos salariais, fronteira nem sempre fácil de traçar e que pretendemos dilucidar com recurso à jurisprudência.

CAPÍTULO I – A TUTELA DA “CONSTITUIÇÃO LABORAL”

1. A Retribuição na “Constituição Laboral”

Refira-se, antes de mais, que o conceito de “Constituição Laboral” não é unanimemente aceite pela doutrina, pelo que dele apenas pretendemos extrair a convergência protectiva da garantia que é concedida ao direito fundamental à retribuição, em fontes constitucionais nacionais ou supranacionais.

O fenómeno laboral ou, mais concretamente, o trabalho humano tem raízes que se perdem na memória do tempo.

Interessa-nos, contudo, aquele particular segmento da história onde foi sentida como premente a necessidade de o regular como um ramo de direito autónomo.

Na verdade, se esse labor humano passou, em certa fase, por ser desenvolvido em proveito alheio, ao invés de o ser em proveito próprio, não poderemos olvidar que, na antiguidade clássica, o trabalho era eminentemente escravo, pese embora fosse “possível verificar que havia iniciativa residual de trabalho livre, denominada mercê, através da *locatio conductio rei, operis operarum*”¹¹.

A *locatio conductio operarum*, cujo objecto era a prestação de uma actividade, a troco de uma “mercê” (retribuição), é comumente apontada como estando na base do moderno contrato de trabalho.

A Idade Média, pese embora caracterizada pela gradual erradicação do trabalho escravo, não trouxe, ainda assim, um incremento do trabalho livre, já que “os serviços passaram a ser confiados aos servos, a quem, apesar de viverem em condições degradantes, era reconhecida a natureza humana, em oposição à ideia de coisificação, típica da escravatura”¹².

Tal servidão, mormente quando analisada em contexto urbano, permitiu vislumbrar um novo modelo de relações de trabalho, através do aparecimento das corporações que, de forma hierarquizada, organizavam as profissões e forma de acesso às mesmas.

Na chamada Idade Moderna, que surge com o advento da revolução industrial, “as corporações entram em declínio, em razão de conflitos entre os mestres e os oficiais, bem como pelo surgimento de monopólios e pela incapacidade de resposta às exigências do novo contexto

¹¹ CAIADO, Bárbara Barbizani de Mello - *Irredutibilidade Salarial e Princípio da Proibição do Retrocesso*, Editora D’Plácido, 2017, p.36.

¹² CAIADO, Bárbara Barbizani de Mello, *op. cit.*, p. 37.

social, massificando a qualidade dos produtos, dando início às manufacturas oriundas de unidades industriais e culminando na transição da sociedade artesanal para o capitalismo mercantil”¹³.

A Revolução Oitocentista, pese embora tenha determinado, entre outras, a liberdade de profissão – de que é exemplo a Lei de Chapelier – (cujo art.º 7.º propugnava que “todo o homem é livre para dedicar-se ao trabalho, profissão, arte ou ofício que achar conveniente”) empurra as relações laborais para o campo do Direito Civil, porque entendidas num plano de igualdade das partes.

A liberdade de escolha de profissão, aliada à extinção das corporações (que, ainda assim, conferiam um mínimo de protecção) compelem o trabalhador a contratar, isolada e enfraquecidamente, com o empregador, resignando-se a aceitar quase todo o trabalho e quase toda a (exígua) retribuição oferecida.

“Como resposta desesperada a essa liberdade falaciosa e desmedida, despontam, no final do século XIX o Movimento Operário de Karl Marx – atacando a desproporcionalidade do modelo vigente, em que a exploração do homem pelo homem gerou condições degradantes – e, mais tarde, as denúncias feitas pela Igreja de Roma, por meio da sua encíclica *Rerum Novarum*, em 1891, de que emanaria a Doutrina Social da Igreja”¹⁴.

Como nota MENEZES LEITÃO¹⁵, tal movimento teve expressão legislativa, com o surgimento de normas destinadas a proteger a precária situação dos trabalhadores, numa primeira fase do trabalho dos menores e das mulheres, mas que rapidamente se estendeu à generalidade dos operários.

Neste particular, e pela sua importância, destaca-se a legislação social alemã, sob a chancela de OTTO VON BISMARCK, especialmente profícua em matéria sobre protecção na doença, acidentes de trabalho e reforma.

Nesta premência legislativa, obviamente que a questão central da retribuição era objecto de especial enfoque, como o comprova a declaração de EDMOND VILLEY, de acordo com a qual “La question des salaires est, sans contredit, la plus grosse question économique et sociale qui s’agite aujourd’hui”¹⁶.

¹³ CAIADO, Bárbara Barbizani de Mello, *op. cit.*, p. 37.

¹⁴ CAIADO, Bárbara, *op. cit.*, p. 40.

¹⁵ LEITÃO, Luís Meneses, *Direito do Trabalho*, Almedina, 2014, p. 27.

¹⁶ VILLEY, Edmond – *La Question des Salaires ou La Question Sociale*, Paris, 1887, p. 172.

No início do século XX, a revolução soviética de 1917 e o advento dos Estados de Direito, alicerçados no princípio da dignidade humana, abrem definitivamente a porta à chamada Constitucionalização do Direito do Trabalho, cujo marco é a Constituição de Weimar.

Todavia, este verdadeiro direito nacional do trabalho encontrou forte e inesperado respaldo no plano internacional, com a fundação da Organização Internacional do Trabalho (1919), fruto da assinatura do tratado de Versailles, onde, no seu art.º 427.º se estabelecia não poder ser o trabalho reduzido a uma (mera) mercadoria, assim o diferenciando dos restantes factores de produção, prevendo um limite de oito horas diárias de trabalho, ou mesmo – para o que ao nosso trabalho releva – consagrando um princípio de correspondência entre igualdade de trabalho e igualdade de salário.

Assim, “criada em 1919, imediatamente a seguir à I Guerra Mundial, quando o direito do trabalho ainda mal existia ao nível nacional, a Organização Internacional do Trabalho constituiu a primeira grande expressão de internacionalização dos direitos dos trabalhadores, como resposta às tensões sociais e políticas criadas pela “questão social” gerada pela industrialização ao longo do século XIX, que a revolução russa de 1917 e as tentativas insurreccionais em outros países após a guerra (Alemanha, Hungria, Itália, etc.) tinham exacerbado”¹⁷.

Destacamos, igualmente, pela pertinência que reveste para a tese que nos propomos desenvolver, a Convenção n.º 26 da O.I.T de 16 de Junho de 1928 (aprovada em Portugal pelo Decreto-lei n.º 42521 de 23 de Setembro de 1959)¹⁸, onde se adopta, no seu art.º 1, que os Estados ratificantes comprometem-se a instituir ou conservar “os métodos que permitam fixar as tabelas de salários mínimos para os trabalhadores empregados em indústrias ou parte de indústrias (e em particular indústrias domiciliárias) onde não exista um regime eficaz para a fixação de salários através de contratos colectivos, ou por qualquer outro modo, e onde os salários sejam excepcionalmente baixos”.

Não se pense, todavia, que se tratava de mero “comprometimento” do Estado Membro, pois o art.º 4.º da Convenção n.º 26 ia mais longe, ao prever para este o dever de adoptar medidas necessárias – seja pela implementação de um sistema de fiscalização e/ou de sanções – para que os trabalhadores conhecessem as tabelas de salários mínimos e fossem pagos em montantes não inferiores às fixadas, podendo recorrer à via judicial para recuperar as importâncias que lhes eram devidas.

¹⁷ MOREIRA, Vital. *Trabalho digno para todos – a cláusula laboral no comércio externo da União Europeia*, Coimbra Editora, 2014, p. 81.

¹⁸ Disponível em <https://dre.pt/application/file/429361>.

Com evidente relevância para o tema que nos propomos dilucidar, trazemos igualmente à colação a Convenção n.º 100 da O.I.T., adoptada em 29 de Junho de 1951¹⁹.

No seu art.º 2.º estatui-se que cada Estado-Membro deverá assegurar a aplicação a todos os trabalhadores do princípio de igualdade de remuneração entre a mão-de-obra masculina e a mão-de-obra feminina por um trabalho de igual valor.

A aludida Convenção teve ainda o condão de fornecer um conceito do termo “remuneração” que, para aqueles fins, abrangia “o salário ou o vencimento ordinário, de base ou mínimo, e todas as outras regalias pagas directa ou indirectamente, em dinheiro ou em natureza, pelo patrão ao trabalhador em razão do emprego deste último”.

Em matéria de retribuição, sob a égide da O.I.T., dos diplomas que versam sobre salário mínimo, destacamos, pois, as Convenções n.ºs. 26 (já aludida) e 131, assim como a Convenção n.º 117 (artigos 5.º e 10.º), a que se somam as Recomendações n.ºs. 30 e 135.

Sobre não discriminação remuneratória, para além da Convenção n.º 100 (já aludida), a Convenção n.º 111, destacando-se ainda a Parte V da Convenção n.º 117.

No plano internacional, não foi somente a O.I.T. a influenciar, decisivamente, a chamada “Constituição Laboral”.

Incontornável, nesta vertente, surge igualmente o art.º 23.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, onde se proclama, como ideal a prosseguir por todos os povos e nações, o princípio de que “Quem trabalha tem direito a uma remuneração equitativa e satisfatória, que lhe permita e à sua família uma existência conforme com a dignidade humana, e completada, se possível, por todos os outros meios de protecção social”²⁰.

Tal ideal foi reforçado com o Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais de 1966, onde – no respectivo art.º 7.º – se propugna o direito “a uma remuneração que proporcione, no mínimo, a todos os trabalhadores: um salário equitativo e uma remuneração igual para um trabalho de valor igual, sem nenhuma distinção, devendo, em particular às mulheres, ser garantidas condições de trabalho não inferiores àsquelas de que beneficiam os homens, com remuneração igual para trabalho igual; uma existência decente para eles próprios e para as suas famílias, em conformidade com as disposições do presente Pacto”.

¹⁹ Aprovada em Portugal pelo Decreto-lei n.º 47302 de 4 de Novembro de 1966, disponível em <https://dre.pt/appl-cation/file/478770>.

²⁰ A Declaração Universal dos Direitos do Homem foi proclamada pela Assembleia Geral da ONU a 10 de Dezembro de 1948, encontrando-se o art.º 23.º na versão oficial portuguesa que foi publicada no DR, 1.ª série, de 9/3/1978.

Pese embora o inestimável contributo que a OIT vem desempenhando como principal fonte internacional do Direito do Trabalho, convém não perdermos de vista que as suas Convenções e Recomendações perdem, muitas das vezes, o seu efeito útil com a necessidade de ratificação e efectiva implementação dos seus ditames pelos Estados-Membros.

Tanto assim é que, como nota pertinentemente RUI MEDEIROS²¹, a diversidade de normas de direitos laborais internacionais foi inculcando a necessidade de seleccionar um acervo de normas laborais ditas “essenciais” (denominado *core labour standards*) e nele não se inclui “a protecção da retribuição”, compreendendo apenas quatro outros direitos (a liberdade de trabalho – proibição do trabalho forçado e do trabalho infantil –; a liberdade de organização, a liberdade de acção colectiva dos trabalhadores e a não discriminação no trabalho e no emprego).

O mesmo se diga, com maior propriedade da (quase) nula atenção a que é votada a remuneração no contexto europeu pelo Conselho da Europa e pela União Europeia, pela própria inexistência de um direito constitucional comum europeu.

Desde logo porque a própria Convenção Europeia dos Direitos do Homem não contempla especificamente nenhum direito laboral propriamente dito, conferindo “reduzidíssima relevância aos direitos fundamentais dos trabalhadores”²², tema que adiante desenvolveremos.

Não obstante, tal entendimento não obsta a que a preocupação com os direitos dos trabalhadores esteja contemplada na Carta Social Europeia.

Aliás, a Carta Social Europeia Revista contempla, no seu art.º 4 e sob a epígrafe “direito a uma remuneração justa” que “com vista a assegurar o exercício efectivo do direito a uma remuneração justa as Partes comprometem-se: 1) a reconhecer o direito dos trabalhadores a uma remuneração suficiente para lhes assegurar, assim como às suas famílias, um nível de vida decente; 2) a reconhecer o direito dos trabalhadores a uma taxa de remuneração acrescida para as horas de trabalho suplementar, com excepção de certos casos particulares; 3) a reconhecer o direito dos homens e mulheres a uma remuneração igual para um trabalho de igual valor; (...); 5) a não autorizar descontos nos salários, a não ser nas condições e limites impostos pelas leis ou regulamentos nacionais ou fixados por convenções colectivas ou sentenças arbitrais (...)”.

²¹ MEDEIROS, Rui - *O Direito Fundamental à Retribuição – em especial o princípio a trabalho igual salário igual*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2016, p. 9.

²² MEDEIROS, Rui, *op. cit.*, p. 11.

Ora, como ressalta RUI MEDEIROS²³, pese embora seja um exagero afirmar que a Carta Social Europeia Revista constitui tão-somente uma mera espécie de “*soft law* do Conselho da Europa”, a sua força normativa não se compara, minimamente, à da Convenção.

Daí afirmar que, concretamente em matéria de retribuição, a Carta tem uma relevância diminuta, pelo que – no plano do constitucionalismo estadual europeu – o que se verifica é uma grande diversidade nas respostas constitucionais dos Estados-Membros.

2. A “Constituição Laboral” em Portugal

2.1. Antecedentes históricos

Reputamos por útil fazer uma breve resenha histórica do Direito do trabalho em Portugal porque tendemos a concordar com JOÃO SUBTIL²⁴, no sentido em que Portugal tem servido, em muitos aspectos legislativos, de bússola para que as democracias dos Países Africanos de Língua Oficial Portuguesa se institucionalizem, tendo por base um regime juslaboral onde os direitos sociais se sedimentem e aperfeiçoem.

Aliás, os laços incontornáveis que unem Portugal aos PALOP justificam a exposição (ainda que sucinta) do longo e sinuoso caminho percorrido pelo Direito do Trabalho em Portugal, para que melhor possamos compreender a matriz que subjaz, em concreto, ao ordenamento jurídico angolano.

Tal como se assistiu na Europa, o liberalismo em Portugal assentou arraiais com a revolução de 1820, a qual, tendo ocorrido no Porto, rapidamente se estendeu a todo o país.

Sem surpresa, os princípios do liberalismo económico “vieram a ser integralmente adoptados em Portugal, com a consequente abstenção de intervenção na área laboral e a proibição de associações profissionais”²⁵.

Esse espírito liberalizante empurrou a regulação do trabalho para o Código Civil (de 1867), sendo o contrato de trabalho qualificado de “prestação de serviço”, se bem que o denominado “serviço salariado” revestisse a natureza de um verdadeiro contrato laboral.

Daí que as primeiras (e tímidas) leis sociais portuguesas apenas viessem à estampa na segunda metade do século XIX e, essencialmente, direccionadas à regulação do trabalho das mulheres e dos menores, bem como das condições de segurança no local de trabalho.

²³ *Op. cit.*, p. 14.

²⁴ SUBTIL, João – *Relações laborais: enquadramento legislativo na lusofonia*, Vida Judiciária n.º 187, Jan./Fev. 2015, p.33.

²⁵ LEITÃO, Luís Menezes, *op. cit.*, p. 32.

A evolução do Direito do Trabalho em Portugal sofreu um inquestionável impulso dado pela Revolução de 5 de Outubro de 1910, que implementou a Primeira República, e permitiu instituir – entre outros – o direito à greve, a regulação da matéria relativa aos acidentes de trabalho (consagrando a responsabilidade objectiva da entidade patronal e a criação de um seguro obrigatório), bem como a regulação do tempo de trabalho.

A primeira República viria a ter uma existência efémera pois foi derrubada por um movimento militar no dia 28 de Maio de 1926, assim se iniciando um longo período ditatorial.

“Não é, por isso de estranhar que as primeiras intervenções da ditadura tenham sido, precisamente, de repressão dos movimentos laborais e de supressão dos direitos dos trabalhadores”²⁶. De assinalar, neste período, o estabelecimento do primeiro regime jurídico do contrato individual do trabalho – Lei n.º 1952 de 10 de Março de 1937 – o qual revogou as disposições do Código Civil quanto a esta matéria.

O fim do período ditatorial imposto pela revolução de Abril de 1974 é, também ele, um marco na evolução do Direito do Trabalho em Portugal, mormente pela consagração de princípios constitucionais laborais ínsitos da CRP de 25 de Abril de 1976 e que (na esmagadora medida) sobrevivem até aos dias de hoje, constituindo marca indelével na própria definição do Estado e do regime.

Na verdade, e conforme evidencia JOÃO ABRANTES, “ao consagrar os direitos fundamentais, os textos constitucionais assumem conscientemente um determinado sistema de valores cujo fundamento último é a dignidade humana.”²⁷

Para o autor, estes direitos são essenciais ao desenvolvimento integral da pessoa no exercício real e efectivo da sua liberdade, isto é, permitem a conversão da liberdade abstracta numa auto-determinação que se expressa em direitos concretos, vinculados à aludida ideia de dignidade enquanto fundamento da sociedade e do Estado.

Assim, sustenta que “Uma democracia plena requer uma tal irradiação dos direitos fundamentais, uma vez que também nas relações privadas pode haver ameaças contra a dignidade humana, designadamente por parte de poderes económicos e sociais de facto, por vezes até mais perigosos do que o próprio Estado”²⁸.

Na parte que nos interessa relevar, a retribuição encontra-se hoje prevista no art.º 59.º da CRP, que reza o seguinte:

²⁶ LEITÃO, Luís Menezes, *op. cit.*, p. 40.

²⁷ ABRANTES, José João – *Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 15.

²⁸ *Op. cit.*, p. 15.

“Artigo 59.º

(Direito dos trabalhadores)

- 1- Todos os trabalhadores, sem distinção de idade, sexo, raça, cidadania, território de origem, convicções políticas ou ideológicas, têm direito:
 - a) À retribuição do trabalho, segundo a quantidade, natureza e qualidade, observando-se o princípio de que para trabalho igual salário igual, de forma a garantir uma existência condigna”.

Assim, aos “direitos e garantias dos trabalhadores” regulados nos artigos 53.º a 57.º - e que preenchem com essa designação o capítulo III do título II - a sistemática constitucional portuguesa faz seguir no título III os chamados “direitos económicos, sociais e culturais”, onde se insere a retribuição.

2.2. Os direitos de liberdade

A sistemática adoptada logo levantou o chamado “problema” dos direitos sociais, tal como o define JORGE NOVAIS²⁹.

Na verdade, a caracterização dos direitos sociais tende a fazer-se em contraposição ao outro grande tipo de direitos fundamentais, os “direitos de liberdade”, acentuando-se as diferenças entre os dois, ao ponto (criticável, diremos) de se apontar – como o faz a doutrina tradicional - a natureza directamente vinculativa dos direitos de liberdade e se negar aos direitos sociais a natureza de verdadeiros direitos fundamentais.

Essa visão (no nosso entendimento, redutora) respalda-se sobretudo na tendência de fazer ressaltar nos direitos sociais a sua característica de direitos a uma prestação, olvidando que a mesma pode ser igualmente encontrada nos direitos de liberdade.

Para JORGE NOVAIS, essa dificuldade de proceder a uma distinção adequada está bem patente na CRP pois, após chegar a uma sistematização aparentemente exaustiva entre uns e outros (títulos II e III), “imediatamente se relativiza essa sistematização quando, através do art.º 17.º, se faz aplicar o regime próprio dos direitos, liberdades e garantias aos (direitos, liberdades e garantias) constantes do título II (e supõe-se, assim, que só a esses e não a todos os direitos constantes desse título), bem como os chamados “direitos análogos” constantes de outras partes da Constituição, pelo que, para o que nos importa (...), o texto da Constituição e a sua pretensa

²⁹ NOVAIS, Jorge Reis – *Direitos Sociais, Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, AAFDL Editora, 2017, p. 42.

distinção classificatória sejam muito menos assertivos e definitivos do que aquilo que deles resultaria numa leitura menos problematizante e crítica”³⁰.

A temática, reconhecemos, é terreno fértil para (fundados e compreensíveis) dissensos, pelo que a importância de que o mesmo reveste para o nosso tema (e para o constitucionalismo português, porque se mantém actual) justifica que analisemos (ainda que sem o aprofundamento que o assunto merece) alguns dos entendimentos doutrinários expressos sobre esta matéria.

Assim, VIEIRA DE ANDRADE³¹ começa por notar que a principal clivagem dentro dos direitos fundamentais (no ordenamento constitucional português) é aquela que distingue os “direitos, liberdades e garantias” dos “direitos económicos, sociais e culturais”, radizando a sua relevância, não tanto na sistematização dos títulos que a Constituição dedica a esta matéria, mas antes por definir um “regime especial específico” para os direitos, liberdades e garantias.

Na verdade, nota o autor que não basta esse elemento formal e sistemático para resolver a questão do âmbito desta categoria já que isso mesmo resulta do artigo 17.º da CRP, o qual estabelece a aplicabilidade do regime aos direitos enunciados no título II e aos direitos fundamentais de natureza análoga.

Logo, para VIEIRA DE ANDRADE, não podemos “(...) fugir ao problema de descobrir que natureza é essa, ou seja, desde logo, qual o critério material que nos permite descobrir fora do título II (no título III, noutras partes da Constituição ou eventualmente, como decorre do n.º 1 do artigo 16.º, em leis ordinárias ou normas de direito internacional) direitos a que se aplique o regime dos direitos, liberdades e garantias por terem uma determinada natureza”.³²

Para tanto, começa o autor por evidenciar que, mesmo após sucessivas revisões constitucionais, a actual sistematização não é rigorosa nem permite operar uma distinção clara entre os dois tipos de direito.

No entanto, considera poder extrair-se da análise do título II que neste está incluída a esmagadora maioria dos direitos herdados da tradição liberal e depois desenvolvidos (direitos pessoais cívicos, liberdades, direitos-garantia), os principais direitos de participação política bem como as liberdades dos trabalhadores, “(...) ficando de fora a generalidade dos direitos a prestações estaduais positivas”³³.

Assim, e na esteira do entendimento do autor, poderia concluir-se estarem sujeitos ao regime dos direitos, liberdades e garantias todos aqueles direitos que não comportem direitos a

³⁰ *Op. cit.*, p.50.

³¹ ANDRADE, José Carlos Vieira – *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2023, p. 167.

³² *Op. e p. cit.*.

³³ *Op. cit.*, p. 168.

prestações estaduais positivas, noção tendencialmente correcta porque evidencia aspectos relevantes para a compreensão das diferenças de regime entre direitos, liberdades e garantias e direitos sociais.

Desde logo, porque VIEIRA DE ANDRADE³⁴ salienta caracterizarem-se os direitos, liberdades e garantias por terem uma “função primária de defesa” da autonomia pessoal, sendo meramente instrumentais as prestações estaduais positivas que lhe conferem adequada promoção, ao invés do que sucede com os direitos económicos, sociais e culturais, cujas prestações – que têm um custo social, sejam elas prestações materiais (em face da escassez dos recursos económicos) ou prestações jurídicas (face aos limites do poder estadual nas sociedades democráticas, livres e pluralistas) – constituem o respectivo conteúdo principal.

Em todo o caso, rejeita que possa ser este (unicamente) o critério diferenciador de ambos os regimes, desde logo porque salienta não serem apenas os direitos a prestações os que consistem em prestações de auxílio social, uma vez que também nos direitos de liberdade (e de participação política) podemos descortinar faculdades (embora geralmente não autonomizadas) de exigência de prestações estaduais de protecção ou de promoção.

Assim, considera que o recorte do âmbito de aplicação do regime dos direitos, liberdades e garantias não pode deixar de ter em conta os “elementos característicos” desse mesmo regime, já que somente os mesmos poderão revelar a sua razão de ser, principalmente as disposições que, no artigo 18.º da CRP, estabelecem a sua aplicabilidade directa e impõem, como limites materiais ao poder de restrição do legislador ordinário, o conteúdo essencial dos direitos³⁵.

Logo, tais disposições pressupõem que o conteúdo dos direitos respectivos é determinado pelos próprios preceitos constitucionais.

Afirma, assim, VIEIRA DE ANDRADE que “(...) ao estabelecer dois regimes diferentes para os direitos fundamentais, a Constituição pressupõe dois tipos de direitos: aqueles cujo conteúdo principal é essencialmente determinado ou determinável ao nível das opções constitucionais e aqueles cujo conteúdo principal terá de ser, em maior ou menos medida, determinado por opções do legislador ordinário, ao qual a Constituição confere poderes de concretização”.³⁶

Para o autor, o regime dos direitos, liberdades e garantias aplica-se aos direitos susceptíveis de concretização ao nível constitucional, e não àqueles que – para além de um núcleo essencial mínimo – só se tornam líquidos e certos no plano da legislação ordinária.

³⁴ *Op. cit.*, p. 169.

³⁵ *Op. cit.*, p. 169.

³⁶ *Op. cit.*, p. 171.

Refinando, ainda mais, a linha de separação introduzida pelo critério proposto, VIEIRA DE ANDRADE propugna ser de incluir – no âmbito de aplicação do regime dos direitos, liberdades e garantias –, além dos direitos a abstenções (imediatamente aplicáveis), “os direitos (faculdades) a prestações que tenham por objecto um comportamento estadual que possa dizer-se de execução vinculada da Constituição; pelo contrário, não abrange os direitos a prestações materiais ou jurídicas a que corresponda um espaço de escolha, um certo grau de liberdade de conformação do legislador, enquanto poder estadual autónomo”³⁷.

Nota, no entanto (e pertinentemente) que tal diferença de determinação não radica exclusivamente na relação entre o legislador e a Constituição, já que a consagração do controle judicial da constitucionalidade coloca, ainda, nesta equação a interpretação jurídica da lei fundamental, obrigando a ter em conta o órgão jurisdicional de fiscalização.

Logo, para VIEIRA DE ANDRADE, se os preceitos relativos a direitos, liberdades e garantias e direitos análogos devem ser concretizados ao nível da Constituição, não é menos certo que “(...) os tribunais devem dispor da liberdade necessária à determinação do conteúdo desses direitos, desde que consigam referir material e racionalmente à Constituição os conteúdos descobertos, tendo nessa medida legitimidade para efectuar um controlo intrínseco da actividade legislativa na matéria”³⁸, tarefa (acrescentamos nós) primacialmente desenvolvida pelo Tribunal Constitucional, que tem servido de verdadeira “bússola” nesta matéria.

Só assim não será, ainda de acordo com o autor, quanto aos preceitos relativos aos outros direitos fundamentais relativamente aos quais a CRP não prescreva o regime da aplicabilidade imediata (onde se insere a generalidade dos direitos a prestações) já que aqui – salvo indicação normativa em contrário – será de presumir que “(...) há uma delegação constitucional no legislador da competência para definir ou concretizar o conteúdo dos direitos; seria, pois, ilegítima a conformação desse conteúdo pelos tribunais e o consequente reexame das decisões legislativas, por atentar contra a filosofia constitucional de repartição dos poderes”³⁹, cuja melhor ilustração são os direitos a prestações que envolvem recursos materiais, considerados os direitos sociais por excelência.

Nestes, as opções que permitirão determinar o seu conteúdo têm de caber a um poder constituído, e não, certamente, ao juiz, a pretexto de uma interpretação, mas sim aos órgãos (democraticamente eleitos) competentes para a definição das principais políticas económicas, sociais e culturais.

³⁷ *Op. cit.*, p. 172.

³⁸ *Op. cit.*, p. 173.

³⁹ *Op. e p. cit.*.

Nestes termos, VIEIRA DE ANDRADE sustenta a existência de dois tipos substanciais de direitos fundamentais, diferentes quanto à determinação constitucional do respectivo conteúdo e, consequentemente, com diversa força jurídica.

Distingue, para tanto, para efeitos de regime aplicável, entre “direitos, liberdades e garantias enquanto direitos de conteúdo constitucionalmente determinável e os direitos sociais, enquanto direitos a prestações sujeitas a determinação política”⁴⁰.

Não descarta o autor, no entanto, a existência de uma corrente doutrinal que aponta no sentido de haver, não apenas uma unidade de sentido, mas uma verdadeira unidade dogmática do conjunto dos direitos fundamentais, que postula “(...) a idêntica relevância material dos direitos, liberdades e garantias e dos direitos económicos, sociais e culturais, negando assim a racionalidade da opção constituinte (apesar de reafirmada e aperfeiçoada na revisão de 1982) por uma diferenciação sistemática e de regime entre os dois tipos de direitos”⁴¹.

Refere-se⁴², em particular, à tese assim defendida por JORGE NOVAIS⁴³, para o qual os bens jurídicos protegidos por ambos os tipos de direito seriam fundamentais e teriam o mesmo relevo constitucional (associado à protecção da dignidade da pessoa humana), pelo que nenhuma prevalência jurídica ou supremacia axiológica seria de reconhecer aos direitos, liberdades e garantias.

Para este autor, a diferença da indeterminação seria resolvida pela intervenção do legislador, sendo que, na medida em que a lei ordinária concretizasse o conteúdo dos direitos sociais a prestações, estes seriam passíveis de imediata fruição, assumindo-se como direitos subjectivos fundamentais, razão pela qual propugna pela existência de um regime constitucional comum a todos os direitos fundamentais, isto é, aplicável quer aos direitos, liberdades e garantias, quer aos direitos económicos, sociais e culturais.

Refere-se ainda VIEIRA DE ANDRADE⁴⁴ à natureza jurídica unitária dos direitos fundamentais defendida por PEREIRA DA SILVA⁴⁵, para o qual (e pese embora não negando a diferença de regimes), podendo todos eles ser qualificados como direitos subjectivos, como princípios jurídicos ou estruturas objectivas da sociedade, aplicar-se-iam a todos eles as regras do regime “dito” dos direitos, liberdades e garantias – na medida em que constituam direitos

⁴⁰ *Op. cit.*, p. 178.

⁴¹ *Op. e p. cit.*.

⁴² *Op. e p. cit.*.

⁴³ NOVAIS, Jorge Reis – *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 145.

⁴⁴ *Op. cit.*, p. 179.

⁴⁵ SILVA, Vasco Pereira – *A cultura a que tenho direito. Direitos Fundamentais e Cultura*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 27.

subjectivos – e o regime dos direitos sociais – na medida da respectiva dimensão objectiva, enquanto princípios fundamentais da ordem jurídica.

Quanto a esta visão unitária do conjunto dos direitos fundamentais, VIEIRA DE ANDRADE não deixa de reconhecer que todos são direitos fundamentais, mas nem todos o são da mesma maneira, isto é, não se tratando de uma distinção geracional nem de supremacia axiológica, há no entanto uma “(...) diferença estrutural e funcional, ao nível constitucional, que justifica a diferença de regime – diferença de regime que encontramos, de resto, também na generalidade das constituições nacionais (democráticas) e, ao nível internacional, no campo dos direitos humanos”⁴⁶.

Assim, e para o autor, essas diferenças radicam, em primeiro lugar e quanto ao conteúdo, no facto de os direitos, liberdades e garantias serem nuclearmente direitos subjectivos negativos, enquanto os direitos económicos, sociais e culturais são nuclearmente direitos subjectivos a prestações, não obstante todos poderem ter dimensões positivas e negativas.

Em segundo lugar, realça que os direitos, liberdades e garantias são direitos de todos e a todos garantidos (em todos os momentos, da mesma maneira e com igual intensidade), enquanto os direitos económicos, sociais e culturais “(...) embora potencialmente universais, tendem a ser direitos de carência: de todos os que precisam, quando precisam e na medida em que precisam (reguláveis em função de condições de recursos)”⁴⁷.

Em terceiro lugar, a diferenciação do regime jurídico justifica-se igualmente quando evidencia, quanto às dimensões prestacionais, que as necessárias à realização dos direitos, liberdades e garantias são essencialmente prestações obrigatórias e exclusivas do Estado como ente soberano (polícia, tribunais, administração eleitoral), ao invés da realização dos direitos económicos, sociais e culturais, as quais “(...) sempre foram, são, podem e devem ser também realizadas por entidades sociais ou privadas (em colaboração com o Estado e reguladas por lei)”⁴⁸.

Em quarto lugar, salienta que as posições jurídicas subjectivas são heterogéneas, podendo ser mais fortes e mais fracas, e as liberdades e direitos cívicos e políticos, sendo predominantemente negativos, “(...) são, em regra, por natureza, mais robustos no plano normativo constitucional”⁴⁹.

⁴⁶ *Op. cit.*, p. 179.

⁴⁷ *Op. cit.*, p. 180.

⁴⁸ *Op. cit.*, p. 180.

⁴⁹ *Op. cit.*, p. 180.

Por fim, e em quinto lugar (e principalmente), porque para VIEIRA DE ANDRADE há uma diferença típica que releva para o efeito da distinção do regime: “(...) a determinabilidade, ao nível constitucional, do conteúdo dos direitos, liberdades e garantias (...) em comparação com a indeterminação, para além do núcleo essencial mínimo, das normas constitucionais relativas aos direitos económicos, sociais e culturais, que confere ao legislador democrático um espaço de conformação autónomo”⁵⁰.

Para o autor, as distinções de regime apontadas têm implicações substanciais óbvias, desde logo no que tange às prestações que são monopólio estadual e que se mostram dependentes de recursos (por norma escassos), logo, sob reserva do possível, onde há que respeitar a liberdade de conformação do legislador que advém da sua legitimidade democrática.

Assim, no âmbito dos direitos, liberdades e garantias – onde a vinculação jurídico-constitucional incide primacialmente na sua dimensão negativa, enquanto núcleo essencial –, mesmo quando os mesmos abrangem prestações (do monopólio do Estado), pertencerá ao juiz a concretização e definição dos conceitos normativos constitucionais, através de um controlo forte das restrições legislativas e com base no estrito cumprimento do princípio da proporcionalidade.

Por seu turno, no que diz respeito à realização dos direitos sociais – e sem prejuízo da aplicação imediata de normas que tenham conteúdo determinado – entende VIEIRA DE ANDRADE que, em regra, a CRP vincula os seus intérpretes e aplicadores apenas no que respeita ao núcleo essencial (mínimo), “justificando-se, então, um controlo judicial fraco do legislador e do Governo”⁵¹.

A determinabilidade constitucional como critério de aplicação directa dos direitos fundamentais é igualmente sufragada por AFONSO VAZ,⁵² para quem ultrapassada está “(...) ao que julgamos, uma fase em que se pensou ser possível pedir à Constituição a protecção jurídico-constitucional dos direitos sociais em bloco”.

No entanto, observa pertinentemente o autor haver nesta matéria “um filão a explorar que nos é dado pelo artigo 17.º da Constituição,”⁵³ por entender que nada impede que tais direitos se afirmem (ou venham a afirmar) com suficiente determinação constitucional e, nessa medida, se acolham à reserva material da Constituição.

⁵⁰ *Op. cit.*, p. 180.

⁵¹ *Op. cit.*, p. 181.

⁵² VAZ, Manuel Afonso – *O Enquadramento Jurídico-Constitucional dos “Direitos Económicos, Sociais e Culturais*. In: *Juris et de Jure, Nos vinte anos da Faculdade de Direito da Universidade Católica – Porto*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1998, p. 435.

⁵³ *Op. cit.*, p. 435.

No fundo, explicita o raciocínio que terá de subjazer a esta irradiação constitucional que permita “juridicizar” os direitos sociais.

Para tanto, parte da natureza e da estrutura da norma constitucional material porque delas considera fluir o regime jurídico-constitucional que lhe é aplicável.

Assim, o carácter preceptivo da norma (isto é, a capacidade para atribuir directamente direitos subjectivos) “é o sinal de reconhecimento de um conteúdo constitucional subtraído à acção ordinária dos órgãos constituídos⁵⁴”.

Já a estrutura da norma reflecte a posição dos poderes constituídos perante a afirmação do direito, pelo que, na norma preceptiva, a afirmação do direito é acompanhada de preceitos proibitivos ou limitativos da acção estadual, ao passo que na norma não preceptiva tal afirmação é acompanhada do que designa de “preceitos-incumbências” ao Estado para a realização do direito⁵⁵.

Logo, para o autor, esta completude (preceptivo-estrutural) mune a norma de determinabilidade constitucional, pelo que o mesmo será de dizer que os preceitos constitucionais são aptos para, autonomamente, fornecerem todos os elementos e critérios necessários para a sua directa aplicabilidade como norma constitucional.

Nesse sentido, “a aplicabilidade directa surge como consequência da determinidade da norma, sendo esta a condição necessária e suficiente para que opere aquela. A determinidade é o critério da preceptividade constitucional; a aplicabilidade directa decorre dessas natureza e estrutura normativas”⁵⁶.

Daqui extrai a importante conclusão de que, sendo o critério que permite preencher o conceito de “direitos, liberdades e garantias” enunciados no Título II e “direitos fundamentais de natureza análoga” (artigo 17.º) o da determinabilidade constitucional do conteúdo de um direito, liberdade ou garantia, torna-se indiferente o lugar da formalização da norma constitucional.

Daí que, por exemplo, o direito ao trabalho (previsto no artigo 58.º da CRP) não deixe de ser um direito constitucional pelo simples facto de, formalmente, não constar do catálogo dos “direitos, liberdades e garantias”, já que a sua determinabilidade constitucional impõe-no como direito directamente aplicável.

⁵⁴ *Op. cit.*, p. 436.

⁵⁵ *Op. cit.*, p. 436.

⁵⁶ *Op. cit.*, p. 437.

Nota, aliás, que nem sequer é rigoroso que consideremos que o simples facto de determinado preceito constar daquele catálogo formal dos “direitos, liberdades e garantias” o transforme, somente por isso, em direito constitucional, pois só será directamente aplicável e vinculativo para entidades públicas e privadas se estivermos perante uma norma que consagre um direito, liberdade ou garantia de conteúdo constitucionalmente definido.

Para AFONSO VAZ, “Se a pressuposta convicção do constituinte de que os preceitos constitucionais respeitantes a “direitos, liberdades e garantias” formalizados no catálogo (Título II da Parte I) têm todos a requerida determinidade constitucional de conteúdo, tornando as formulações referidas praticamente equivalentes, já o mesmo não acontece quando se indaga dos *direitos fundamentais de natureza análoga* aos quais a Constituição manda aplicar o regime dos *direitos, liberdades e garantias*”⁵⁷.

O sobredito leva o autor a considerar que, neste âmbito, o critério não poder ser outro que não seja a determinidade de conteúdo constitucional do preceito que, ainda aí, assegura um direito, liberdade e garantia de eficácia imediata decorrente do texto constitucional.

Logo, se tais direitos, liberdades e garantias têm um regime constitucional específico – assumido pelo legislador constituinte como dimensões constitucionais materiais subtraídas à opção legislativa ordinária – o mesmo regime é igualmente aplicável aos preceitos constitucionais de natureza análoga, isto é, que consagrem posições jurídicas de determinidade constitucional.

Na verdade, e na esteira do autor, não podemos ignorar que determinados direitos que a Constituição refere como “fundamentais” não mereceram um enunciado que fixasse a dimensão actualizada do direito, não possuindo por isso um conteúdo que permita a sua eficácia imediata.

É igualmente inegável que a decisão constituinte levou a que os direitos fundamentais de determinidade constitucional sejam, essencialmente, direitos de autonomia pessoal, defensivos relativamente ao poder, não o fazendo para outros direitos – os direitos de realização social –, sendo que nestes últimos o tempo e modo de realização depende da própria evolução da sociedade.

Assim, e para AFONSO VAZ, “a extensão analógica do regime jurídico expresso no artigo 18.º da Constituição funda-se, (...), na completude estrutural do preceito constitucional, ou seja, tal regime aplica-se aos preceitos constitucionais que determinem e garantam a medida do direito na contextualidade da norma constitucional, isto é, sejam, por si, normas preceptivas”⁵⁸.

⁵⁷ *Op. cit.*, p. 440.

⁵⁸ *Op. cit.*, p. 442.

Logo, para o autor, a distinção que há a empreender para efeitos do regime jurídico-constitucional dos direitos fundamentais será aquela que demarca um conjunto de preceitos constitucionais que estabelecem um direito, liberdade ou garantia com reserva normal de conteúdo constitucional daqueles outros que enunciam o direito como fundamental, mas não preceituam a sua medida constitucional, incumbindo o Estado de promover a tarefa da sua realização.

Estes últimos, os chamados direitos sociais, são definidos por AFONSO VAZ como direitos sob reserva de lei “pois que a própria estrutura da norma é essencialmente impositiva da acção legislativa e não essencialmente proibitiva dessa actuação”⁵⁹.

Daí entender que, ao contrário do que sucede aos direitos constitucionais (direitos, liberdades e garantias de reserva constitucional), a actuação legislativa nos direitos sociais não está balizada por uma dimensão de reserva constitucional de conteúdo, porquanto nos primeiros a intervenção legislativa (quando autorizada a dispôr do direito) tem um sentido regressivo ou de compressão do direito.

Já quanto aos direitos sociais, a intervenção da lei tem um sentido expansivo, por caber ao legislador definir a medida do direito por ele juridicamente assegurada.

Ressalva, no entanto, que o sobredito não retira a juridicidade constitucional às normas que consagram direitos sociais, antes obrigando a encontrar a vertente própria (e mais operativa em termos jurídicos) de afirmação normativa desses direitos.

Que não passará, para o autor, pela equiparação (que considera contraproducente), em termos de regime, aos “direitos, liberdades e garantias”.

Entende⁶⁰, assim, que a irradiação normativa dos direitos económicos, sociais e culturais ter-se-á de afirmar através de três vertentes: a clarificação do âmbito da norma formalmente positivada como “direito social”; o correcto entendimento do instituto da “inconstitucionalidade por omissão”; a acentuação do carácter “principlista” das normas que consagram “direitos sociais”.

Quanto à primeira vertente, nota AFONSO VAZ a existência de normas constitucionais integradas no catálogo dos direitos económicos, sociais e culturais que têm determinabilidade constitucional (como sucede com o artigo 61.º da CRP, relativo ao direito de iniciativa privada), o que lhes permite aplicar-se-lhes (por força do artigo 17.º) o regime dos direitos, liberdades e garantias, nada impedindo que tal determinabilidade somente abarque parte do normativo constitucional associado a um direito fundamental.

⁵⁹ *Op. cit.*, p. 442.

⁶⁰ *Op. cit.*, p. 443.

No entanto, alerta para o facto de a norma constitucional consagradora de um direito social se desdobrar, por regra, em uma estrutura bi-direccional, já que começa por enunciar um direito de todos (como, por exemplo, o direito ao trabalho), completando-se depois, pelas prescrições de incumbências ao Estado, não sendo por aquele primeiro enunciado que a norma se afirma como um direito social⁶¹.

Na verdade, o direito ao trabalho previsto no artigo 58.º da CRP contém uma dimensão negativa (não poder ser privado do mesmo) e nesta dimensão o direito social afirma-se como preceptivo, isto é, com determinidade constitucional.

Contudo, para AFONSO VAZ, não é por esta dimensão que os direitos sociais ganham contornos de especificidade relativamente aos direitos, liberdades e garantias mas antes no tipo de incumbências referidas estruturalmente ao Estado num caso e noutro, “as quais fazem transparecer o carácter regressivo ou expansivo da intervenção do Estado, relativamente à enunciação constitucional do direito”⁶².

Assim sendo, se à enunciação do direito nada mais se acrescenta, conclui o autor que tal sucede porque a Constituição entende que tal enunciado é a medida normal constitucionalmente assegurada ao direito.

Se, por seu turno, tal enunciação é acompanhada por preceitos-incumbências ao Estado para a realização do direito, tal significa que aquele enunciado vai para além da mera significação negativa e se converte num objectivo a atingir pelo Estado e, deste modo, o direito sai de uma esfera preceptivo-constitucional e objectiva-se numa estrutura de prestação⁶³.

Ou, dito de outra forma, o direito social converte-se num direito a prestações e deixa de ser “uma medida constitucional de titularidade individual autónoma para ser uma imposição constitucional a um terceiro (o legislador), deixando o indivíduo de ser o destinatário directo da norma constitucional”⁶⁴.

Daqui se extrai que é unicamente nessa vertente positiva que os direitos subjectivos a prestações não dão acesso directo à Constituição, nem poderão ser judicialmente invocados contra as omissões inconstitucionais do legislador, por aí valer a consequência de regime jurídico-constitucional decorrente da não determinidade constitucional dos direitos sociais.

⁶¹ *Op. cit.*, p. 444.

⁶² *Op. cit.*, p. 445.

⁶³ *Op. cit.*, p. 445.

⁶⁴ *Op. cit.*, p. 445.

Ao invés, se essa determinidade constitucional existe em incisos de preceitos constitucionais inseridos em normas que, na sua globalidade, se tipificam pelo seu “carácter promocional-programático” – como a prevista no artigo 69.º n.º 3 da CRP, que proíbe o trabalho de menores em idade escolar – tais preceitos são consagradores de “direitos constitucionais, pois são direitos fundamentais de natureza análoga aos formalizados *direitos, liberdades e garantias*, ou seja, têm um conteúdo determinado constitucionalmente e, por isso, aplica-se-lhes o regime do artigo 18.º da Constituição.”⁶⁵

Aqui, a haver necessidade de intervenção do legislador, ela é orientada para tornar exequível a norma constitucional e não para a tornar preceptiva, fazendo, então, sentido falar-se em inconstitucionalidade por omissão.

Inconstitucionalidade por omissão cujo correcto entendimento, recorde-se, constitui para AFONSO VAZ a segunda vertente onde deverá assentar a irradiação normativa dos direitos sociais.

Efectivamente, sustenta o autor que, naquelas normas a que falhe o carácter preceptivo-constitucional, para que as mesmas se determinem como direitos é necessário que lhes acresçam uma actuação legislativa que defina o seu conteúdo, uma vez que os preceitos constitucionais respectivos não são directamente aplicáveis e muito menos constituem preceitos exequíveis por si mesmos.

Assim, considera não se poder falar em reserva de conteúdo constitucional quando o conteúdo não está definido na Constituição e quando só a partir da intervenção do legislador ordinário se define o conteúdo do direito.

“Não estando o legislador vinculado a um conteúdo constitucional que deva tornar exequível, a censurabilidade pela omissão só pode incidir sobre um *non facere* que deixe o conteúdo indeterminado. Assim se percebe que a inconstitucionalidade por omissão aplicada aos direitos sociais é, na verdade, o reconhecimento da carência de determinidade constitucional de tais normas”⁶⁶.

Desde logo, porque a inconstitucionalidade por omissão, ao assentar no carácter necessário de medidas legislativas para tornar exequíveis as normas constitucionais (conforme se dispõe no artigo 283.º n.º 1 da CRP), pressupõe um conteúdo determinado, o que a norma que consagra um direito social não contém.

Daí que, para AFONSO VAZ, não vai a mesma dirigida tanto aos direitos sociais, quanto às normas preceptivas não exequíveis por si mesmas, pelo que “Não nos parece assim

⁶⁵ *Op. cit.*, p. 446.

⁶⁶ *Op. cit.*, p. 447.

que seja de grande préstimo a figura da inconstitucionalidade por omissão aplicada aos direitos sociais, se previamente se não definir o conteúdo constitucional dessas normas. Ora, a nosso ver, o querer tratar essas normas como normas-preceitos constitucionais, tentando descobrir um conteúdo constitucional preceptivo que a própria Constituição não pôde consagrar, é empresa inglória”⁶⁷.

Logo, propõe tratar tais normas como normas-princípios, fazendo decorrer a sua juridicidade da normatividade jurídica que a dogmática geral e constitucional atribui aos princípios jurídico-constitucionais.

Assim, e nesta vertente, advoga que as normas que consagram direitos sociais, na estrita medida em que se afirmem como normas programáticas, assumem uma projecção no ordenamento jurídico que as qualificam como princípios constitucionais, sendo que tal não significa uma perda da sua normatividade jurídica.

“Ponto é que se reconheça aos princípios constitucionais normatividade jurídico-constitucional, o que, como vimos, se tem por adquirido. E que se distinga, na norma constitucional, a dimensão programática da dimensão preceptiva, porquanto só relativamente àquela se deverá qualificar a norma como princípio constitucional”⁶⁸.

Por sua vez, RUI MEDEIROS⁶⁹, perante os sinais diametralmente opostos da doutrina portuguesa quanto ao tema da contraposição entre “direitos liberdades e garantias” e “direitos sociais”, propõe um entendimento ou solução intermédia que assenta, como premissa essencial, na separação entre dimensão axiológica e a vertente estrutural.

“E, se na primeira perspectiva, é possível descortinar no sistema constitucional português uma unidade de sentido, já no plano estrutural a diversidade constitui uma marca indelével. A contraposição entre direitos, liberdades e garantias e direitos sociais situa-se, assim, entre a unidade e a diversidade”⁷⁰.

Para sustentar tal entendimento, o autor começa por evidenciar – a nosso ver, muito pertinentemente – que, tendo a CRP elegido a dignidade da pessoa humana como valor no qual se baseia a República Portuguesa, tal não pode ter outro sentido que não seja reconhecer que é o homem-pessoa e a sua dignidade o maior dos valores ou o supremo bem a que todos os outros (valores) vão referidos nas suas posições axiológicas.

⁶⁷ *Op. cit.*, p. 448.

⁶⁸ *Op. cit.*, p. 451.

⁶⁹ MEDEIROS, Rui – *Direitos, Liberdades e Garantias e Direitos Sociais: Entre a Unidade e a Diversidade. Estudos em homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia, Vol. I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 658.

⁷⁰ *Op. cit.*, p. 658.

Ou, dito de outra forma, é a evidência de que a CRP incorpora a referência à dignidade humana como valor fundamental de unidade valorativa do sistema constitucional.

Assim, para RUI MEDEIROS, se é certo que a unidade axiológica do sistema de direitos fundamentais não pode ser somente construída a partir desta premissa, “tem sentido hoje, em face do actual texto constitucional português, o reconhecimento fundante da liberdade digna e da dignidade livre do homem como princípio basilar, com a consequente reafirmação da liberdade como valor ordenador de todo o campus jusfundamental e pela convocação da correspondente responsabilidade pela (re)definição da fundamentalidade dos direitos e pelo entendimento destes como limites ao(s) poder(es) e, enfim, pela consideração dos direitos das pessoas concretas e reais”⁷¹.

Não podemos, neste particular (da dignidade humana como valor fundamental de unidade valorativa do sistema constitucional), deixar de salientar a nossa total adesão ao entendimento expresso, porquanto o mesmo (como adiante referiremos) é um dos mais fortes sustentáculos da construção que erigiremos sobre a retribuição enquanto decorrência da dignidade da pessoa humana.

Retomando a posição expressa por RUI MEDEIROS, este não deixa, no entanto, de salientar que a consagração dos direitos sociais na ordem jurídica constitucional portuguesa não é, de todo, incompatível com a afirmação da liberdade como denominador comum de todos os direitos fundamentais, actuando assim como parâmetro da sua fundamentalidade.

Ressalta, pois, que a conexão entre direitos sociais e direitos de liberdade é há muito sublinhada pela doutrina por não se tratar, em rigor, de ideias contrapostas.

De forma lapidar, evidencia o autor que a criação de condições para uma existência condigna não visa somente assegurar uma ideia de igualdade social ou de solidariedade “ou, numa visão mais articulada, não se esgota em fundamentos como a segurança, a solidariedade, a democracia ou a igualdade, estando igualmente orientada para a efectivação das liberdades fundamentais”⁷².

Logo, e em coerência, entende o autor não se poder afirmar (no plano axiológico) que exista um primado dos “direitos, liberdades e garantias” sobre os “direitos sociais”, pois que a exigência de um mínimo de igual liberdade (que permita o exercício desta por todos aqueles que a não têm) e a defesa da dignidade da pessoa humana obriga (ética e juridicamente) à positivação constitucional dos direitos sociais.

⁷¹ *Op. cit.*, p. 659.

⁷² *Op. cit.*, p. 660.

Daí extrair que, “numa ordem constitucional que consagra a liberdade, não apenas perante o Estado, mas também através do Estado, tem sentido afirmar a indivisibilidade dos direitos fundamentais”⁷³, assim configurando uma unidade do sistema de direitos fundamentais constitucionalmente consagrado.

Todavia, para RUI MEDEIROS, tal unidade não impede que se reconheça a diferença estrutural existente *prima facie* entre os preceitos consagradores de “direitos, liberdades e garantias” e as disposições que estabelecem “direitos económicos, sociais e culturais”.

Desde logo, porque evidencia que a consagração constitucional dos direitos sociais como direitos fundamentais (justificada no plano axiológico) não legitima uma compressão desmesurada da liberdade de conformação que – num Estado democrático – deve caber ao legislador ordinário na concretização de normas constitucionais necessitadas de regulação infra-constitucional.

Sob este prisma, entende o autor que a normatividade reconhecida aos direitos sociais não deve legitimar a imposição de uma Constituição dirigente e a asfixia da liberdade de conformação do legislador democraticamente legitimado.

“Significa isto que, como princípio geral, no tocante à aplicação dos direitos sociais, o âmbito da pronúncia jurisdicional se encontra limitado pela reserva de conformação política do legislador, não cumprindo ao julgador extrair directamente dos enunciados constitucionais conteúdos justiciáveis”⁷⁴.

Daí que, para o autor, numa perspectiva constitucionalmente comprometida, não se pode ignorar a diferença estrutural existente entre direitos de liberdade e direitos sociais por ser a própria estrutura das normas consagradoras de direitos sociais que abrem o flanco a uma ampla liberdade de conformação por parte do legislador ordinário.

Mais, para RUI MEDEIROS, a específica dependência dos direitos sociais não está configurada na CRP como uma solução transitória, o que significa que, atento o princípio da alternância democrática, inculca a revisibilidade das opções político-legislativas mesmo que estas últimas assumam o carácter de opções legislativas fundamentais.

E, sendo certo que tal dependência não reside apenas na constatação do facto de que os direitos sociais dependem da capacidade (financeira) do Estado, não deixa de salientar que, mesmo nesta perspectiva, a chamada “reserva do possível” exerce uma dupla função.

Por um lado, estabelece um limite absoluto, atentas as restrições à tributação dos constituintes (que, numa ordem de liberdade, devem ser salvaguardadas); por outro, porque coloca

⁷³ *Op. cit.*, p. 661.

⁷⁴ MEDEIROS, Rui – *Direitos, Liberdades e Garantias e Direitos Sociais (...)* p. 664.

os direitos a prestações sob reserva daquilo que os particulares podem razoavelmente exigir numa ordem jurídica socialmente comprometida⁷⁵.

A este propósito, não podemos deixar de concordar que o Estado Social não pode, nunca, ser compaginado com a ideia de que tudo deve ser prestado ou provido a todos, sem cuidar de, igualmente, respeitar quem o “financia”, isto é, a esmagadora maioria dos seus cidadãos, merecendo igualmente profunda discussão essa mesma forma de financiamento.

Neste particular, não podemos deixar de trazer à colação as considerações expendidas sobre o tema por CASALTA NABAIS⁷⁶, o qual reflecte, precisamente, sobre quem paga a conta do Estado Social, começando por evidenciar que todos os direitos têm custos públicos.

Efectivamente, parte da constatação de que os direitos, todos os direitos, não são uma “dádiva divina” nem são auto-realizáveis, pois todos eles têm custos comunitários, ou seja, custos financeiros públicos.

Segundo o autor, “do ponto de vista do seu suporte financeiro, bem podemos dizer que os clássicos direitos e liberdades, os ditos direitos negativos, são, afinal de contas, tão positivos como os outros, como os ditos direitos positivos. Pois, a menos que tais direitos e liberdades não passem de promessas piedosas, a sua realização e a sua protecção pelas autoridades públicas exigem avultados recursos financeiros”⁷⁷.

Assim, advoga que a ficção de que somente os direitos sociais comprometem avultada despesa por parte do Estado passa, essencialmente, pela distinção de custos em que assentam uns e outros, pois os direitos sociais são suportados por recursos financeiros públicos directos (visíveis a “olho nu”) e os direitos de liberdade em custos financeiros públicos indirectos, com diminuta (se não mesmo nula) visibilidade⁷⁸.

Certo é que todos eles (direitos de liberdade e direitos sociais) têm como suporte, fundamentalmente, a figura dos impostos, notando que somente após a segunda guerra mundial se conseguiu assumir positivamente o intervencionismo económico do Estado, assim o compatibilizando com o Estado de Direito democrático e conduzindo-o ao Estado Social de direito, ou modelo social europeu, como o define a União Europeia.

Tal obrigou o sistema fiscal a evoluir para um sistema que comportasse esse intervencionismo, conduzindo a uma tributação mais diversificada e intensa, traduzida num aumento

⁷⁵ *Op. cit.*, p. 678 e 679.

⁷⁶ NABAIS, José Casalta – *Reflexões sobre quem paga a conta do Estado Social. Por um Estado Fiscal Suportável*. Estudos de Direito Fiscal, Vol. III. Coimbra: Almedina, 2010, p. 112.

⁷⁷ *Op. cit.*, p. 113.

⁷⁸ *Op. cit.*, p. 113.

significativo da carga fiscal, deslocando esta última dos impostos indirectos para os impostos sobre o rendimento “e, dentro destes, para impostos de taxa ou alíquota progressiva. Por isso, nas reformas fiscais levadas a cabo nesse período, pretendeu-se sempre que o sistema assentasse cada vez mais em impostos directos e impostos de natureza pessoal, diminuindo, em contrapartida, progressivamente, o tradicional peso dos impostos indirectos.”⁷⁹

Em Portugal, na Constituição aprovada em 1976, nota o autor que nesta figurava um programa de reforma fiscal ambicioso, desenhado, essencialmente, no n.º 1 do artigo 103.º, onde se propugna dividir o sistema fiscal, em primeiro lugar, uma finalidade financeira (que “visa a satisfação das necessidades financeiras do Estado e outras entidades públicas”) e, em segundo lugar, uma finalidade extrafiscal, por visar também “uma repartição justa dos rendimentos e da riqueza”.

Sistema fiscal esse depois detalhado no artigo 104.º da CRP, onde se prevê um imposto único e progressivo sobre o rendimento pessoal; a tributação pelo lucro real como regra da tributação do rendimento das empresas; uma tributação do património que contribua para a igualdade dos cidadãos (ou atenuação das desigualdades); a tributação do consumo adaptada ao desenvolvimento económico e à justiça social.

No entanto, para CASALTA NABAIS, foi somente com a reforma fiscal da década de oitenta (com a criação do IVA, IRS e IRC) que Portugal apanhou “o comboio dos sistemas fiscais desenvolvidos da Europa Ocidental”⁸⁰, mas num momento em que nos mesmos já se começava a questionar este tipo de sistema fiscal.

Por isso, questiona o autor que tipo de estado fiscal será pensável para o século XXI, de modo a que o mesmo se mostre apto à sustentabilidade do actual estado social, porquanto diversos factores (como a globalização económica, com a inerente liberdade de circulação de pessoas e capitais) tornam essa tarefa muito complexa.

Aliás, para CASALTA NABAIS, “é evidente que será insustentável não apenas o estado social, mas até o próprio Estado. Pelo que nos interrogamos sobre se não será necessário o estabelecimento de alguma regulação no plano internacional, isto é, não tenhamos medo das palavras, de algum protecçãoismo, reportado não a cada estado, como ocorria no passado, mas a cada bloco”, como o é a União Europeia⁸¹.

Assim, para o autor, a manutenção do estado social implica para o sistema fiscal, mais especificamente para o sistema de tributação do rendimento pessoal, importantes limitações,

⁷⁹ *Op. cit.*, p. 124.

⁸⁰ *Op. cit.*, p. 129.

⁸¹ *Op. cit.*, p. 131.

não podendo (designadamente) dispensar a existência de impostos com taxas ou alíquotas progressivas que permitam a redistribuição do rendimento em que o estado social assenta.

Destarte, e perante tais dificuldades, afirma o autor que “Não admira assim que os estados estejam a voltar-se para a tributação do consumo ou mesmo, como vem acontecendo recentemente entre nós, para a apresentação duma tal tributação como consubstanciando figuras diversas do imposto, erguendo, por essa via, um verdadeiro estado fiscal paralelo, em duplicação, portanto, do existente⁸²”.

Esse estado fiscal em duplicado, como o define, leva a que – enquanto cidadãos ou residentes – apenas beneficiemos de um estado mas, financeiramente, tenhamos de suportar dois, isto é, um estado fiscal propriamente dito (expressão do contrato social suporte do estado-comunidade, financiado pelos impostos e sujeito ao escrutínio democrático) e um estado fiscal paralelo (financiado por impostos especiais, nomeadamente por consumos específicos).

Tal cenário, como nota o autor, conduz a uma elevada carga fiscal ou elevado nível de fiscalidade.

Para CASALTA NABAIS, assiste-se, pois, a uma certa deslocação do estado fiscal para o estado tributário ou “estado taxador”, assim duplicando o primeiro.

Por isso, para o autor, “se o estado fiscal, em alguma medida, for forçado a enveredar por esse caminho de duplicação, então que o faça de maneira clara e transparente de modo a que todos os seus destinatários, isto é, os contribuintes, o possam questionar e combater, mormente exigindo sem concessões o respeito da velha máxima suporte do autoconsentimento dos impostos: *no taxation whithout representation*”⁸³.

Vinham estas (pertinentes) reflexões a propósito da constatação expressa por RUI MEDEIROS⁸⁴ quanto à dependência da concretização dos direitos sociais à chamada “reserva do possível” ou capacidade de prestação do Estado.

Na verdade (e secundado, como vimos, por CASALTA NABAIS quando este refere que todos os direitos fundamentais têm custos financeiros), o autor defende não se poder obliterar que a efectivação dos direitos sociais pode custar (a par dos custos inerentes à promoção dos direitos de liberdade) “muito dinheiro”, o que obriga, necessariamente, a que se estabeleçam prioridades, sendo que – num Estado de direito democrático – as mesmas caberão ao legislador ordinário⁸⁵.

⁸² *Op. cit.*, p. 138.

⁸³ *Op. cit.*, p. 144.

⁸⁴ MEDEIROS, Rui – *Direitos, Liberdades e Garantias e Direitos Sociais (...)* p. 679.

⁸⁵ *Op. cit.*, p. 679.

Logo, e para RUI MEDEIROS, “não havendo qualquer preferência do legislador que concretizou primeiro o direito social, o princípio da alternância democrática não pode impedir que, mesmo na ausência de constrangimentos financeiros inultrapassáveis, os novos órgãos legitimados democraticamente definam novas prioridades políticas. Nesse sentido, o processo de concretização do Estado Social é um processo aberto e dinâmico”⁸⁶.

Adverte, contudo, o autor que esta acentuação da liberdade de conformação do legislador por si defendida não comporta a conversão dos direitos sociais em meras promessas programáticas ou direitos aparentes – visão que, sem temor dos termos, qualifica de excessivamente simplista e pouco rigorosa – por não implicar o “grau zero” da vinculatividade jurídica dos preceitos consagradores de direitos fundamentais sociais, sujeitos assim a meras considerações de oportunidade política.⁸⁷

Efectivamente, defende que – para além das diversas dimensões em que se continua a manifestar a normatividade dos direitos sociais – as intervenções legislativas neste âmbito já anteriormente objecto de concretização legal não se situam em terreno neutro.

Desde logo porque sustenta que, nessa revisitação, não pode o legislador ignorar a dimensão de princípios jusfundamentais materiais que assistem a estes direitos fundamentais, defendendo que “o retrocesso legislativo pode, designadamente, ser inconstitucional, não apenas quando ocorre, nos termos gerais, uma violação do princípio da dignidade da pessoa humana ou do princípio da protecção da confiança – ou, inclusivamente, da garantia constitucional da propriedade privada – mas também quando são violados os princípios da proporcionalidade ou da igualdade”⁸⁸.

Alerta, todavia, que esse reconhecimento de que as opções legislativas estão submetidas ao princípio da proporcionalidade não significa que lhes seja aplicável o regime das leis restritivas de direitos, liberdades e garantias.

Para RUI MEDEIROS, o que está aqui em causa é somente a afirmação de que a actuação do legislador ordinário, neste âmbito, está sujeita ao crivo imposto pelo referido princípio da proporcionalidade, o que obriga a atender (entre outros aspectos) à valoração da importância ou imprescindibilidade do concreto bem protegido pelo direito social ou sua anterior concretização legal.

⁸⁶ *Op. cit.*, p. 679.

⁸⁷ *Op. cit.*, p. 681.

⁸⁸ *Op. cit.*, p. 681.

Assim, para o autor, “em vez de respostas gerais, forçoso será reconhecer que, na heterogeneidade do catálogo português de direitos fundamentais, alguns direitos sociais são privilegiados e, nessa medida, estão mais protegidos perante a lei”⁸⁹.

Expende, igualmente, idênticas considerações relativamente ao controlo efetuado sob a égide do princípio da igualdade e sem que para tal tenha de lançar mão das hipóteses em que estão em causa condições mínimas inerentes à dignidade da pessoa humana ou outras pretensões jusfundamentais de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias.

É que, para o autor, – em posição que igualmente secundamos, por se tornar para nós manifesta –, em tais hipóteses o problema nem se coloca em termos de proibição de retrocesso, mas antes – e por força do disposto nos artigos 17.º e 18.º da CRP – com o respeito pelo regime das leis restritivas de direitos, liberdades e garantias.⁹⁰

Assume, pois, RUI MEDEIROS uma posição intermédia entre as teses tradicionais e as teses unitárias.

Pelo contrário, BARBOSA RODRIGUES expende um entendimento disruptivo relativamente a ambas as posições, sufragando a tese da exclusiva existência de direitos subjectivos de liberdade e confinando os direitos sociais a meras expectativas fácticas.

Na verdade, é entendimento do autor que “A Constituição prevê uma radical e expressa disjunção entre o que designa por direitos, liberdades e garantias, e o que chama de direitos económicos, sociais e culturais”.⁹¹

Efectivamente, partindo do pressuposto de que a primordial distinção a empreender entre os direitos fundamentais (e mesmo entre os direitos humanos) é aquela que separa os direitos de liberdade dos direitos sociais (ou socialistas), atribui somente aos primeiros o condão de se afirmarem como efectivos direitos fundamentais.

Isto porque entende que somente os direitos de liberdade se apresentam (cumulativamente) como “direitos subjectivos, individuais, de origem natural, racionais, declarativos, permanentes, universais, vinculativos, sinalagmáticos, ideologicamente neutrais, e associando liberdade com responsabilidade”, pelo que (apenas eles) integram a constituição natural e o *ius cogens*.⁹²

⁸⁹ *Op. cit.*, p. 682.

⁹⁰ *Op. cit.*, p. 682.

⁹¹ RODRIGUES, Luís Barbosa – *Manual de Direitos Fundamentais e de Direitos Humanos*. Lisboa: Quid Juris Editora, 2023, p. 233.

⁹² *Op. cit.*, p. 67.

Expende, pois, uma crítica à deficiente sistemática constitucional que muito contribui para a complexa tarefa de identificação do fundamento jurídico que presidiu à aludida separação entre direitos de liberdade e direitos sociais.

Desde logo, porque a CRP encerra, naquilo a que chama de direitos, liberdades e garantias, tanto direitos de liberdade como direitos sociais, com a agravante de existir um segmento autónomo dedicado a estes últimos.

Depois porque nos direitos económicos, sociais e culturais se integram direitos que são, simultaneamente, direitos de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias (e em rigor, atendendo ao seu conteúdo, direitos de liberdade e não direitos sociais).

Tal “indeterminação constitucional”⁹³, como a define, muito contribui para que se erijam diversas construções doutrinárias que buscam dilucidar qual a natureza jurídica dos “direitos, liberdades e garantias” e dos “direitos económicos, sociais e culturais” e (tanto quanto possível) qual a respectiva articulação.

Para tanto, empreende uma apreciação das teses em confronto, descortinando, neste particular e essencialmente, três correntes distintas.

A primeira – que sustenta a existência de um regime unitário dos direitos fundamentais – afasta a diferenciação estabelecida pela Constituição (ou, melhor dizendo, no texto constitucional) entre direitos de liberdade e direitos sociais, assim ignorando os distintos modelos de regime (quer principiológico, quer regimental) que tal texto encerra.

Nota, a este propósito, que somente os princípios da universalidade (artigos 12.º, 14.º e 15.º da CRP), da igualdade (artigo 13.º da CRP) e da protecção jurídica (artigo 20.º da CRP) são comuns a ambos, o mesmo não sucedendo com o princípio da proporcionalidade (artigos 18.º n.º 2 e 19.º n.º 4 da CRP), da confiança (artigo 18.º n.º 3 da CRP) e o princípio da responsabilidade (artigo 22.º da CRP), o que inculca, desde logo, a oposição de regimes.

Tal oposição, segundo o autor⁹⁴, encontra igualmente respaldo na diferente força jurídica prevista na Constituição para os direitos, liberdades e garantias (que resulta do disposto no artigo 18.º), que consagra a existência de preceptividade para estes, em contraponto com a impreceptividade conferida aos direitos sociais.

Ou mesmo quando postula a determinabilidade imediata dos direitos de liberdade, em claro confronto com a indeterminabilidade (pelo menos imediata) dos direitos sociais, assim como quando fixa padrões de vinculação (quer para entidades públicas ou entidades privadas) opostos ou mesmo quando confere mecanismos de tutela (jurisdicionais, não jurisdicionais e

⁹³ *Op. cit.*, p. 235.

⁹⁴ *Op. cit.*, p. 237.

até de auto-tutela) aos direitos, liberdades e garantias que (segundo o autor) manifestamente não atribuiu aos direitos económicos, sociais e culturais, de que é exemplo o disposto no n.º 5 do artigo 20.º da CRP.

Assim, BARBOSA RODRIGUES empreende uma (incisiva) crítica à tese unitária, por entender que a mesma implicaria, para o regime dos direitos sociais, um feixe de efeitos que não podem ser compaginados num Estado de direito democrático.

Desde logo porque lhes seria conferida preceptividade e aplicabilidade directa, mormente por via jurisdicional, vinculando plenamente quer sujeitos públicos, quer privados, com a inevitável funcionalização dos mesmos face às necessidades da colectividade.

Acresce que, assim configurados pela tese unicitária, os direitos sociais conduziriam à integral rigidificação, ou “mumificação” da Constituição dos direitos fundamentais, por via da extensão dos limites de revisão material expressos⁹⁵.

Visão que, no entendimento do autor, remeter-nos-ia, não para um sistema liberal de direitos fundamentais, mas sim para um sistema totalitário e sem Direitos Fundamentais, face à vinculação do Estado a um texto constitucional rígido e “ideologicamente socialista”, dada a prevalência dos direitos sociais sobre os direitos de liberdade, assim como a negação ao Soberano de qualquer escolha democrática (atenta a prévia definição programática), sem descurar a própria possibilidade de “captura dos órgãos políticos dotados de legitimidade popular por órgãos jurisdicionais, não eleitos, mas aos quais caberia vigiar o cumprimento do programa constitucional”⁹⁶.

Por não vislumbrar que a tese unitária encontre qualquer respaldo no texto constitucional, BARBOSA RODRIGUES sustenta que a mesma, mais do que pretender a identificação do sistema constitucional vigente, intenta a criação *contraconstitutionem* de um sistema alternativo ao (atualmente) vigente.

Para o autor, as lacunas apontadas à tese unitária – assentes na deficiente sistematização e qualificação dos direitos fundamentais – abriram o flanco a que um outro modelo de unificação fosse erigido, assente na aplicação do regime dos direitos, liberdades e garantias, na sua vertente subjectiva, à totalidade dos direitos, tendo o regime dos direitos económicos, sociais e culturais aplicação a qualquer dos direitos estabelecidos, na sua vertente objectiva.

Tal “variante” da tese unitária não deixa de merecer reparos a BARBOSA RODRIGUES, por se lhe afigurar, desde logo, que a mesma oblitera a segmentação prevista na CRP,

⁹⁵ *Op. cit.*, p. 238.

⁹⁶ *Op. cit.*, p. 239.

bem como parece ignorar a inexistência de um regime específico, com carácter expresso, referente aos direitos sociais. Ademais, a mesma conduziria à inutilização do instituto dos direitos de natureza análoga, não se mostrando igualmente isenta de crítica a suposição da existência de uma dimensão jusfundamental objectiva⁹⁷.

Nota, pois, que a tese que reúne mais consenso é aquela que sustenta a distinção (principlológica e regimental) entre direitos de liberdade e direitos sociais, não obstante nesta se revelarem distintos os critérios de segmentação, o que obriga a diferenciar entre critérios estruturais e critérios valorativos.

Quanto aos critérios estruturais, neles se podem identificar determinados binómios que permitem distinguir os direitos, liberdades e garantias dos direitos económicos e sociais.

Desde logo, os direitos de liberdade são, quanto à sua origem, direitos naturais (inerentes ao ser humano), por contraposição aos direitos sociais, que se caracterizam pela artificialidade (por emanarem da vontade criadora positiva do Estado).

“Na verdade, esse alegado Estado social, não só não resulta do Direito Natural como surge enquanto seu oposto, ou mesmo, enquanto manifestação jurídica contra-natura. Efectivamente, o que é co-natural ao humano é, sobretudo, a liberdade, não a solidariedade⁹⁸”.

De igual modo, os direitos de liberdade apresentam-se como direitos universais, em contraponto com os direitos sociais, que se aplicam a uma parte dos indivíduos, se bem que – como bem nota – potencialmente aplicáveis a todos.

Todavia, uma das mais importantes distinções a empreender é aquela que giza os direitos de liberdade como direitos negativos (ou direitos a uma abstenção) e os direitos sociais como direitos positivos (ou direitos a prestações), notando BARBOSA RODRIGUES não ser a mesma rigorosa, uma vez que os direitos fundamentais assumem, sempre, uma natureza híbrida, simultaneamente positiva e negativa.

“Não obstante, é exequível a identificação, por referência a cada específico direito, de um conteúdo nuclear ou prevalecente, seja este positivo, seja o mesmo negativo”, o que para o autor configura um critério diferenciador imperfeito, por não assumir natureza qualitativa, “mas matriz quantitativa, prevalente ou tendencial”, incorrendo, no limite, no perigo de desaguar na tese unicitária dos direitos fundamentais⁹⁹.

⁹⁷ *Op. cit.*, p. 241.

⁹⁸ *Op. cit.*, p. 242 e 243.

⁹⁹ *Op. cit.*, p. 246 e 247.

Outro critério estrutural diferenciador é aquele que afirma os direitos de liberdade enquanto direitos determinados, por contraponto aos direitos sociais, que seriam indeterminados (ou mediatamente determinados).

Assim, os direitos de liberdade seriam direitos a que lhes assistia uma especial densidade normativa, cujos conteúdos e objecto seriam imediatamente identificados, ao contrário do que sucedia com os direitos sociais, dependentes das escolhas do poder político.

Para BARBOSA RODRIGUES¹⁰⁰, todavia, a realidade jurídica não se esgota nesta contraposição – desde logo porque, dentre os direitos de liberdade, há-os excepcionalmente determinados (os direitos pessoais) e escassamente determinados (os direitos políticos) – o que o leva a considerar tal critério como insuficiente para fundar a distinção entre tipos de direitos fundamentais, até porque o mesmo encerra características estruturalmente qualitativas.

Outro critério estrutural apontado radica na dicotomia entre a preceptividade (ou aplicabilidade directa) apontada aos direitos de liberdade e a programaticidade (ou aplicabilidade indirecta) que ostentariam os direitos sociais.

Os primeiros, por constituírem o núcleo essencial dos direitos fundamentais, afastariam o contributo do legislador ordinário, a quem está vedada a determinação do respectivo conteúdo, por constituir reserva da Constituição (artigo 18.º n.º 3), ao contrário do que sucede com os direitos sociais, carentes de comandos infra-constitucionais.

O critério diferenciador é, porém, caracterizado por BARBOSA RODRIGUES como “meramente consequencial”, por não assumir real autonomia dogmática, assente no facto de ter de se reconhecer que todos os direitos (inclusivamente os direitos de personalidade) implicam “pelo menos no que toca à garantia, ulterior mediação ordinária”¹⁰¹.

Intimamente relacionado com os dois critérios anteriormente apontados surge o da vinculatividade dos direitos de liberdade, em contraposição com a inviolatividade dos direitos sociais.

Nestes termos, os direitos de liberdade (determinados e preceptivos) revestiriam natureza adstritiva, a título principal para o poder, e a título acessório para os sujeitos privados, ao contrário do que sucederia com os direitos sociais, inviolativos tanto para os sujeitos públicos como para os privados.

Tal critério, para o autor, mostra-se incapaz de proporcionar uma distinção adequada já que o que separaria as duas realidades jusfundamentais seria, tão-somente, a existência de um

¹⁰⁰ *Op. cit.*, p. 249 e 250.

¹⁰¹ *Op. cit.*, p. 252.

grau superior ou inferior de vinculatividade e não a própria vinculatividade ou invinculatividade.

Outro critério estrutural apontado pela doutrina nota a incondicionalidade dos direitos de liberdade, em contraste com a condicionalidade (desde logo financeira) dos direitos sociais.

Contudo, nota pertinentemente BARBOSA RODRIGUES que a relação do poder com os direitos de liberdade não se esgota numa omissão (desde logo, no que tange ao direito à segurança), pelo que tal critério reveste escassa utilidade, por se mostrar meramente tendencial¹⁰².

O derradeiro critério estrutural apontado como diferenciador entre direitos de liberdade e direitos sociais é o da justiciabilidade, reconhecida aos primeiros e negada aos segundos, isto é, na susceptibilidade ou insusceptibilidade de tutela jurisdicional.

Assim, por não possuírem determinabilidade nem preceptividade, os direitos sociais revelar-se-iam insusceptíveis de fiscalização da respectiva inconstitucionalidade por omissão.

Ademais, não sendo os direitos sociais vinculativos para o poder, não faria qualquer sentido que se revelassem exigíveis.

Para o autor, não obstante reconhecer a validade do critério ora em análise, não deixa de evidenciar ser o mesmo “consequencial”, por pressupor a utilizabilidade dos critérios antecedentes e “híbrido”, por implicar a cumulação de todos eles¹⁰³.

Esgotada a enunciação dos critérios estruturais, indica-se como critério valorativo de distinção entre os dois tipos de direito a relevância ou irrelevância da dignidade da pessoa humana.

Assim, a dignidade da pessoa humana encontrar-se-ia umbilicalmente associada aos direitos de liberdade e apenas secundária ou reflexamente subjacente aos direitos sociais.

Neste particular, acompanhamos BARBOSA RODRIGUES¹⁰⁴ quando define tal critério como (totalmente, acrescentamos nós) inexequível, sendo para nós pacífico que o preceito estruturante contido no artigo 1.º da CRP se aplica, indistintamente, a qualquer dos tipos possíveis de direitos fundamentais.

Como se depreende das considerações antecedentes, é entendimento do autor ser de precludir, liminarmente, a tese da unicidade dos direitos fundamentais, “porque se inadequa à diferenciação ontológica, manifesta, entre os direitos de liberdade e os direitos sociais”, consi-

¹⁰² *Op. cit.*, p. 255.

¹⁰³ *Op. cit.*, p. 257.

¹⁰⁴ *Op. cit.*, p. 258.

derando igualmente que a tese tradicional (dos dois tipos de direitos fundamentais), pese embora empreenda uma útil recolha de elementos diferenciadores, debate-se com a “insuficiência dos critérios de distinção, que surgem, ou quantitativos, ou tendenciais, devendo ser, igualmente afastada”.¹⁰⁵

Logo – e em alternativa – advoga uma diferenciação absoluta (de natureza e qualitativa) entre direitos de liberdade e direitos sociais, definindo, para tanto, os primeiros como direitos subjectivos e os segundos como expectativas fácticas.

Na verdade, para BARBOSA RODRIGUES, “os direitos sociais, os direitos socialistas, apresentam-se como direitos – ou melhor, como expectativas fácticas de virtuais e futuros direitos – intrinsecamente ideológicos, consubstanciando a existência de puras escolhas políticas. Dependendo sempre de uma intervenção do poder e comprimindo a liberdade individual. Adstringindo parte dos membros da comunidade – não raras vezes, a parte maioritária – a opções ofensivas da sua liberdade de consciência e das respectivas convicções políticas”¹⁰⁶.

Expectativas essas positivadas, tipificadas e ancoradas na dignidade da pessoa humana mas “trans-individuais, dependentes do poder, insusceptíveis de extensão às entidades privadas, artificiais, positivas, indeterminadas, programáticas, invinculadas, condicionadas e injustificáveis”¹⁰⁷.

Para o autor, e ao contrário da expectativa jurídica (susceptível de tutela jurídica) a expectativa fáctica, por se sediar no exterior da ordem jurídica, “não ultrapassa a rígida linha do não-direito em direcção ao Direito”, permanecendo, assim, “como simples esperança, desejo, aspiração, eventualidade, suscetibilidade de uma virtual realização” e carente de tutela, quer jurisdicional quer não jurisdicional¹⁰⁸.

Daqui extrai que, sendo embora certo que os direitos sociais estão positivados e tipificados na Constituição, oferecendo esta em alguns casos indicações quanto ao seu possível conteúdo, a mesma não prevê, no entanto, qualquer adstrição ou vinculação jurídica em ordem à criação de tais direitos.

Nesse sentido, ao não se encontrar previsto qualquer mecanismo de tutela jurídica ou sequer jurisdicional, para uma hipotética omissão legislativa ordinária, conclui que os direitos sociais não poderão ser entendidos, sequer, como expectativas jurídicas¹⁰⁹.

¹⁰⁵ *Op. cit.*, p. 259.

¹⁰⁶ RODRIGUES, Luís Barbosa – *O que são os Direitos Sociais?* Lisboa: Revista POLIS, n.º 4 (II série) Julho/Dezembro 2021, p. 63.

¹⁰⁷ RODRIGUES, Luís Barbosa – *Manual...*, p. 260.

¹⁰⁸ *Op. cit.*, p. 266.

¹⁰⁹ *Op. cit.*, p. 269.

Como tal, BARBOSA RODRIGUES retira três corolários do entendimento que sufraga da configuração dos direitos sociais como expectativas fácticas.

Desde logo (e mais importante), a existência de uma reserva absoluta de decisão política quanto à consagração (ou não consagração) dos direitos sociais; depois, a criação de tais direitos estará sempre dependente de uma reserva financeira, que se impõe como racional e oportuna; por fim, a configuração do Estado social impor-se-á, sempre, como uma escolha aberta, democrática e popular, e nunca forçada por uma Constituição dirigente ou autoritária¹¹⁰.

Logo, para o autor, tal reserva absoluta tem como corolário lógico e necessário a atribuição ao legislador da decisão de consagrar *ex novo* quaisquer direitos sociais, bem como a sua priorização e extensão, assim se infirmando a existência dos direitos sociais a um mínimo, pois sustenta não estar em causa o grau (maior ou menor) de vinculação, mas a sua absoluta inviolabilidade.

Daí extrair, igualmente, não ter qualquer respaldo constitucional o (ainda mais específico) direito a uma existência condigna, mesmo que o mesmo seja entendido como direito subjectivo, directamente, na dignidade da pessoa humana, por carecer de determinabilidade (e, por inerência, de preceptividade, vinculatividade e justiciabilidade)¹¹¹.

Mais, o mesmo teria de ser sempre considerado como um direito subjectivo não revelado por via legislativa constitucional, mas sim – e de forma anómala – por via jurisprudencial.

Refuta, igualmente, que tal “mínimo” se possa traduzir (sem confusão conceptual) numa condição de liberdade ou mesmo como corolário do direito à vida.

Ainda segundo o autor, a reserva constitucional absoluta de decisão política tem igualmente como consequência a infirmação de um não retrocesso dos direitos sociais, atenta a configuração que deles expende como meras expectativas fácticas, o que conduz a que a CRP deixe em aberto a opção pela sua existência ou não existência.

Ora, se a génese dos direitos sociais é, exclusivamente, ordinária, “nenhuma razão lógico-jurídica se enxerga para que, precisamente o mesmo legislador ordinário, se encontre vinculado, *ad eternum*, à respectiva manutenção”, já que, de contrário, tais direitos “não se conformariam como direitos sociais de matriz ordinária, mas como direitos sociais dotados de uma nova, superveniente, e surpreendente adquirida, força constitucional”¹¹².

Da caracterização dos direitos sociais como expectativas fácticas decorre, segundo o autor, uma reserva financeira, mais vulgarmente conhecida por “reserva do possível”.

¹¹⁰ *Op. cit.*, p. 274.

¹¹¹ *Op. cit.*, p. 279.

¹¹² *Op. cit.*, pp. 282 e 283.

Pese embora considere que esta reserva do possível não constitua critério rigoroso de distinção (na medida em que também os direitos de liberdade implicam custos de implementação) não deixa de ver nela alguma utilidade, porquanto evidencia que as prestações estaduais positivas (tão características dos direitos sociais), atenta a reserva de decisão política, podem sofrer um retrocesso, mormente em situações de crise económica profunda¹¹³.

Aliás, para BARBOSA RODRIGUES, tais decisões financeiras têm de ancorar-se em critérios de racionalidade e proporcionalidade, gizadas para a globalidade do tecido social e tendo em vista a prossecução do interesse público.

Reconhecendo a (óbvia) acuidade jurídica do entendimento expresso por BARBOSA RODRIGUES (desde logo, porque reconhecermos existirem inegáveis diferenças entre direitos de liberdade e direitos sociais), não subscrevemos (salvo o devido respeito) a recondução dos direitos sociais a expectativas fácticas, logo, desprovidas de qualquer protecção jurídica.

Bem como não perfilhamos o entendimento expresso pelo autor segundo o qual, por serem incompatíveis, “Esses direitos de liberdade e esses direitos sociais excluem-se reciprocamente, atento o conflito, filosoficamente – ou até, eticamente – insanável, entre liberalismo e socialismo”.

Não negando que nos movemos em terreno fértil à concitação de apreciações políticas, filosóficas ou até éticas, impõe-se, a nosso ver, que recentremos a questão como ela se nos apresenta, isto é, como uma questão eminentemente jusconstitucionalista.

E, neste particular, não podemos deixar de acompanhar REIS NOVAIS quando afirma que “o reconhecimento de uma natureza própria de direito, e não de mera liberalidade ou concessão livremente decidida por quem ocupar conjunturalmente o poder, exclui justificações de omissão de ajuda estatal aos mais carenciados, fundadas em preconceito ideológico contra os direitos sociais, mesmo quando a justificação provém de Governo democrático e esse governo viu o seu programa eleitoral sufragado pela maioria”, na medida em que os direitos sociais existem e valem, “não porque o Governo concorde, ou a maioria no poder o entenda, mas porque a Constituição o impõe”¹¹⁴.

Assentamos, pois, que a dicotomia entre direitos, liberdades e garantias e direitos económicos, sociais e culturais é, como nota CRISTINA QUEIROZ¹¹⁵, um dos problemas com que se defronta, no plano nacional, o constitucionalismo.

¹¹³ *Op. cit.*, pp. 286 e 287.

¹¹⁴ NOVAIS, Jorge Reis – *Direitos Sociais, Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, p. 327.

¹¹⁵ QUEIROZ, Cristina – *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 15.

Dicotomia essa que, como refere, “encontra apoio implícito no texto constitucional, posto que os direitos fundamentais sociais, ainda que expressamente qualificados de direitos fundamentais, beneficiam do regime jurídico geral dos direitos fundamentais, mas não do regime específico previsto para os direitos, liberdades e garantias, basicamente o disposto no artigo 18.º da Constituição¹¹⁶”.

Essa opção constitucional coloca problemas de interpretação e aplicação complexos, se bem que, esclarece, tal disjunção de regimes não autoriza o intérprete-aplicador (seja o legislador, as autoridades administrativas ou o poder judicial) a estabelecer fronteiras fixas ou barreiras intransponíveis entre esses dois regimes.

Desde logo, porque é a própria CRP que assim o indica pois, “Através do recurso ao artigo 17.º permite que o intérprete-aplicador estabeleça uma ponte de passagem entre o regime jurídico menos estrito (o dos direitos económicos, sociais e culturais) e o regime jurídico específico, e mais estrito, dos direitos, liberdades e garantias¹¹⁷”.

Nesse sentido, o conceito de “direitos análogos” proporciona (face às circunstâncias concretas) uma maior flexibilidade no desenvolvimento e aperfeiçoamento do direito ou, no fundo, uma maior efectividade.

Assim, num sistema constitucional “pluralista”, as normas consagradoras de direitos sociais devem configurar-se como “normas abertas”, de modo a permitir diversas concretizações, sendo certo que nem sempre é o Estado o único destinatário de alguns direitos fundamentais sociais, como é o caso do direito de iniciativa privada (art.º 62.º da CRP), logo, a não carecer de conteúdo prestacional.

Deste modo, para a autora, “a diferenciação entre os direitos, liberdades e garantias e os direitos económicos, sociais e culturais não resulta de uma diferente natureza entre esses dois tipos de normas ou princípios jusfundamentais – ambos, são direitos fundamentais – quanto de uma diferente estrutura e projecção dos mesmos na ordem jurídico-constitucional”¹¹⁸, assim caindo por terra a tese da inexigibilidade intrínseca dos direitos fundamentais sociais.

Efectivamente, nota (pertinentemente) que no direito constitucional europeu duvidou-se (até meados do século XX) da “validade”, “vinculatividade” e “força obrigatória geral” dos direitos fundamentais sociais reconhecidos na Constituição, vistas que eram, essencialmente, como “normas enfraquecidas”, por só adquirirem robustez jurídica através de leis de regulamentação.

¹¹⁶ *Op. cit.*, p. 15.

¹¹⁷ *Op. cit.*, p. 16.

¹¹⁸ *Op. cit.*, p. 17.

“Mas da mesma forma que ocorreu com os direitos, liberdades e garantias, podemos de igual modo afirmar que o reforço da normatividade dos direitos fundamentais sociais deverá passar pela necessidade de se recortar um conteúdo jurídico-constitucional determinado quanto ao âmbito de aplicação e âmbito de garantia efectiva dos direitos constitucionais implicados tal como havia sucedido com os direitos de defesa em sentido clássico¹¹⁹”.

Logo, o que verdadeiramente importa é que os pressupostos de facto e as consequências jurídicas que emanam das normas concretizadoras de direitos sociais se encontrem suficientemente determinados para assim se mostrarem aptos a garantir a sua efectividade e vinculatividade, independentemente da caracterização dos mesmos como direitos de liberdade e direitos sociais.

Segundo a autora, “Dir-se-á, porventura, que essa não é uma tarefa específica dos tribunais e do poder judicial. Essa é uma decisão que importa a todos. Logo, no quadro de uma democracia representativa, aos representantes do poder político democrático, os órgãos de soberania, órgãos politicamente conformadores”.¹²⁰

Reconhece, pois, ser uma questão complexa, até por ser certo que o princípio do Estado de direito democrático, assim como o princípio da separação de poderes, constroem o campo de concretização dos direitos nessa base de separação de funções, pela que a primazia na construção jurídica de direitos caberá ao legislador, e não ao poder judicial.

Para CRISTINA QUEIROZ, é aqui que intervém o argumento da “competência do legislador”, já que atribuir à competência material dos tribunais decisões sobre política económica, social e cultural e fazer com que os mesmos por elas respondam violará não só o princípio democrático como o da separação de poderes, salientando que será porventura esta divergência de base dogmática que leva certos autores a recusarem a chamada “proibição do retrocesso social” em sede de direitos sociais como princípio geral de resolução de litígios judiciais¹²¹.

Refere-se expressamente a VIEIRA DE ANDRADE¹²², quando este sustenta que os direitos fundamentais sociais se configuram, essencialmente, como “direitos criados por lei”, acrescentando que “Só uma vez emitida legislação destinada a executar os preceitos constitucionais em causa (...) é que os direitos sociais se consolidarão como direitos subjectivos plenos, mas, então, não valem nessa medida conformada, como direitos fundamentais constitucionais, senão enquanto direitos criados por lei”.

¹¹⁹ *Op. cit.*, p. 52.

¹²⁰ *Op. cit.*, p. 52.

¹²¹ *Op. cit.*, p. 77.

¹²² ANDRADE, José Carlos Vieira – *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 3ª Edição, 2006, p. 391 e 406.

Uma afirmação que para CRISTINA QUEIROZ não é de aceitar, porquanto advoga que, entre o reconhecimento constitucional do direito (com determinação do seu âmbito e conteúdo) e a configuração do legislador, “intercede um amplo espaço de liberdade de conformação (espaço de prognose e decisão) a favor do legislador, dentro do qual a solução não é determinada no plano jurídico-constitucional, mas no plano legislativo, isto é, a nível infra-constitucional”¹²³.

Certo é que o juiz e o poder judicial não podem agir *ex officio* em razão do princípio do pedido, pelo que sob este ponto de vista os tribunais são passivos no que concerne ao poder de inovação (mas não de criação) na ordem jurídica democrática, agindo, não como representantes do Povo, mas em representação da sua vontade, já que o Tribunal (soberano) aplica a justiça em nome, precisamente, do Povo.

Assim, para CRISTINA QUEIROZ, “Os direitos fundamentais sociais reconhecidos na Constituição não precludem a deliberação democrática, mas impõem que seja dada atenção democrática a interesses humanos fundamentais que de outro modo poderiam quedar negligenciados no processo político ordinário”.

Daí tecer (nova) crítica a VIEIRA DE ANDRADE¹²⁴ quando este afirma a existência (a propósito da decisão proferida pelo Tribunal Constitucional no Acórdão n.º 509/02, que abordaremos em momento posterior) de um princípio geral de auto-revisibilidade das opções legislativas desvinculado dos preceitos e directivas constitucionais.

Assim, entende a autora que, atualmente, os direitos fundamentais – incluindo os direitos fundamentais sociais – gozam de uma garantia constitucional ou, como os define, são “direitos constitucionalmente garantidos”, pelo que não devem ser interpretados e entendidos numa dimensão técnica de limitação do poder do Estado.

“Pelo contrário, devem ser compreendidos e inteligidos como elementos definidores e legitimadores de toda a ordem jurídica. Proclamam uma cultura jurídica e política determinada, numa palavra, um concreto e objectivo sistema de valores¹²⁵”.

Realça – pertinentemente, por ser para nós esta a pedra de toque – que os direitos fundamentais (quer os direitos de liberdade, quer os direitos sociais) constituem compromissos fundamentais dos cidadãos expressos em decisões políticas fundamentais na Constituição, não

¹²³ *Op. cit.*, p. 78.

¹²⁴ ANDRADE, José Carlos Vieira – *O “Direito ao mínimo de existência condigna” como direito fundamental a prestações positivas – uma decisão singular do Tribunal Constitucional. Anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 509/02*. In: *Jurisprudência Constitucional*, n.º 1 (Janeiro-Março), 2004, p. 24.

¹²⁵ *Op. cit.*, p. 89.

sendo esta última mera Constituição do Estado mas sim do Estado e Sociedade, “numa palavra, a ordem fundamental de uma comunidade política bem ordenada”.¹²⁶

Partindo desta (quanto a nós, insofismável) premissa, ter-se-á de considerar esbatida a tensão entre “constitucionalismo” e “legalismo”, que será somente aparente pois a função básica da Constituição será a de subtrair certas decisões ao poder político, isto é, sobrepor os direitos acima das decisões da maioria, erigindo o sistema dos direitos fundamentais como critério último de validade de toda a ordem jurídica.

Logo, para a autora, a jurisdição constitucional confere carácter objectivo aos direitos fundamentais (neles se incluindo os direitos sociais), assim os transformando em bens jurídicos protegidos, o que, desde logo, pressupõe a sua tutela jurisdicional efectiva e sem que caiba atribuir a nenhum desses direitos um significado meramente declarativo ou programático.

Ora, numa ordem jurídica (como a portuguesa) que constitucionaliza os direitos fundamentais sociais, e na qual a generalidade dos direitos é vista como judiciável pelos tribunais, “não faz sentido continuar a negar hoje aos direitos fundamentais sociais, pelos menos os mais básicos, o seu *status* constitucional de bens juridicamente protegidos. E não apenas no que concerne à garantia de um mínimo de existência condigna, já que esta se apresenta como uma forma de liberdade e, nesses precisos termos, assume juridicamente a natureza de um direito de defesa, ainda que este se traduza num direito a prestações positivas por parte do Estado”.¹²⁷

Assim, e no que tange ao denominado princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais (ou “proibição do retrocesso”), defende CRISTINA QUEIROZ que há que destringer entre direitos constitucionais (garantidos por um interesse prevalente) e direitos ou interesses garantidos pelo direito ordinário infra-constitucional.

Esse nível legalmente concretizado dos direitos fundamentais sociais deve, para a autora, ser entendido como a configuração ou concretização desses direitos pelo legislador, mas em nada diminui a natureza constitucional dos mesmos, pois a sua efectividade não se apresenta unicamente como condição ulterior do direito – que por si existe já juridicamente –, mas como condição de existência do próprio direito¹²⁸.

Logo, facilmente se depreenderá que os direitos fundamentais sociais colocam, quase sempre, um problema quantitativo (quantos meios de subsistência, quanto trabalho, quanta ins-

¹²⁶ *Op. cit.*, p. 112.

¹²⁷ *Op. cit.*, p. 112.

¹²⁸ *Op. cit.*, p. 112.

trução...) sendo que, no limite, a questão constitucional referir-se-á (estritamente) a um problema de delimitação (como, por exemplo, traçar os limites de um direito subjectivo sem violar o princípio da igualdade).

Pelo que, para CRISTINA QUEIROZ, “Concretamente, o princípio da proibição do retrocesso social determina, por um lado, que, uma vez consagradas legalmente as prestações sociais, o legislador não poderá depois eliminá-las sem alternativas ou compensações”¹²⁹.

Isto é, tendo o Estado legislado no sentido de concretizar o direito fundamental social, tal acção, que começou por ser um dever de legislar, transmutou-se num dever mais abrangente de não eliminar ou revogar essa lei.

No entanto, e como já anteriormente referido, entre o “reconhecimento constitucional do direito” (com determinação do seu âmbito e conteúdo) e a configuração do legislador inter-vém uma ampla margem de liberdade de conformação, na qual a solução é determinada no plano legislativo ou infra-constitucional.

“Nesse sentido, não poderá afirmar-se, sem considerações suplementares, a existência de um princípio geral de auto-revisibilidade das opções legislativas desvinculado dos preceitos e directivas Constitucionais. Naturalmente, se se tratar de direitos fundamentais, incluindo os chamados direitos fundamentais sociais, haverá não apenas retrocesso social, como inclusive um problema de tolerabilidade constitucional, isto é, de acção ou omissão inconstitucional na verdadeira acepção do termo”¹³⁰.

De igual modo, e quanto ao princípio da vinculação do legislador aos direitos fundamentais sociais, para a autora importa salientar que o conceito de “norma” de direitos fundamentais pressupõe uma argumentação jurídica própria, instrumental da determinação dos chamados “direitos não enumerados” ou “direitos constitucionais em sentido material”, revelados pela sua aplicação pelo poder judicial, com o consequente alargamento do espaço dos tribunais, em particular dos tribunais de justiça constitucional.

O que conduz a uma nova redefinição dos direitos que coloque a dimensão positiva e a dimensão negativa dos direitos fundamentais no mesmo plano, pois que “No moderno Estado de Direito democrático e constitucional, que é um Estado de Direitos Fundamentais, o *status positivus* deve voltar a ser posicionado no mesmo plano do *status negativus*”¹³¹.

Daí que afirme gozarem hoje os direitos fundamentais (incluindo os sociais) de uma garantia constitucional, isto é, são direitos constitucionalmente garantidos, mas que não devem

¹²⁹ *Op. cit.*, p. 116.

¹³⁰ *Op. cit.*, p. 117.

¹³¹ *Op. cit.*, p. 119.

ser interpretados numa dimensão técnica de limitação do poder do Estado, mas antes compreendidos como elementos definidores e legitimadores de toda a ordem jurídica positiva, por proclamarem um concreto e objectivo “sistema de valores”¹³².

Ademais, os direitos sociais configuram-se igualmente como direitos fundamentais, ou seja, são direitos reconhecidos por normas de estalão constitucional, pelo que para a autora “Nestes precisos termos, não vemos como não possam ser igualmente constituídos como posições jurídicas jusfundamentais, isto é, como direitos subjectivos”¹³³.

O que haverá é – como nota CRISTINA QUEIROZ – de distinguir dois níveis pois, tal como acontece nos direitos de defesa, também os direitos sociais podem ser qualificados como regras ou como princípios, sendo a partir destes últimos que se deduz a norma individual consagrada da posição jurídica jusfundamental.

Todavia, tais princípios jurídicos fundamentais não se apresentam como comandos definitivos, mas antes como mandatos *prima facie*, que necessitam de ser interpretados e, em caso de colisão, reclamam por uma ponderação delimitada, pelo que também no âmbito dos direitos sociais (compreendidos como direitos a prestações) o princípio da proporcionalidade por vir actuado através do recurso aos três sub-princípios da “idoneidade”, da “necessidade” e da “proporcionalidade em sentido estrito”¹³⁴.

Assim, o sub-princípio da idoneidade compreende uma adequação interna e externa, correspondendo esta última – na hipótese de se tratar de uma omissão a uma acção estadual *prima facie* exigível – à realização optimizada de outros princípios.

Alerta, todavia, a autora que tal não significa que o objecto típico dos direitos fundamentais sociais seja constituído exclusivamente pelo chamado “mínimo de existência material” como medida de menor grau de protecção jurídica.

Para ela, “Não apenas o legislador ou a administração se encontram obrigados a garantir esse conteúdo mínimo como não poderão ainda suprimir totalmente, sem contrapartidas, as disposições legais e administrativas correspondentes. O direito encontra-se garantido não a título de direito fundamental social, mas a título de direito de defesa, isto é, sujeito ao regime jurídico específico dos direitos, liberdades e garantias”¹³⁵.

Daí tecer algumas críticas ao Acórdão do TCP n.º 509/2002, que analisaremos posteriormente em momento próprio.

¹³² *Op. cit.*, p. 119.

¹³³ *Op. cit.*, p. 119.

¹³⁴ *Op. cit.*, p. 119.

¹³⁵ *Op. cit.*, p. 120.

Aqui chegados, cumpre chamar igualmente à colação os ensinamentos – que, neste âmbito, reputamos por certos e esclarecedores – do insigne constitucionalista JORGE MIRANDA, o qual define direitos fundamentais como “direitos ou as posições jurídicas activas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material”¹³⁶.

JORGE MIRANDA acrescenta ainda que “os direitos fundamentais podem ser entendidos *prima facie* como direitos inerentes à própria noção de pessoa, como direitos básicos da pessoa, como os direitos que constituem a base jurídica da vida humana no seu nível actual de dignidade”¹³⁷.

O mesmo autor empreende, ainda, uma clara associação entre os conceitos de liberdade e de direitos sociais, considerando estes últimos como condições de liberdade.

Efectivamente, para JORGE MIRANDA¹³⁸, os direitos sociais, além de “direitos de libertação da necessidade”, são concomitantemente, direitos de “promoção da solidariedade”.

Pela nossa parte, entendemos - como o faz CATARINA BOTELHO¹³⁹ - que todos os direitos são direitos de liberdade, pelo que os direitos sociais ocupam uma “posição intermédia entre a liberdade e a igualdade”.

Nessa esteira, é hoje aceite que a liberdade real só é pensável como liberdade social, pelo que não se justifica, de todo, que estabeleçamos uma barreira, estanque, entre o Estado liberal e o Estado social.

Assim sendo, e acompanhando a autora, “(...) afigura-se quase evidente que os direitos sociais são basilares para o próprio exercício das liberdades”¹⁴⁰.

O certo é que, para além das divergências doutrinárias que atribuem ou negam a mesma dignidade aos direitos de liberdade e aos direitos sociais (ou que reconhecem ou negam a aplicabilidade do mesmo regime) também na doutrina estrangeira se encontram autores – como HAYEK¹⁴¹ - para quem os direitos de liberdade são, simplesmente, incompatíveis com os direitos sociais.

Para o autor, “a obtenção simultânea dos antigos direitos civis e dos novos direitos sociais e económicos não é possível pois são, efectivamente, incompatíveis; não seria possível

¹³⁶ Cfr. MIRANDA, Jorge – *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 3.^a Ed., 2000, *op. cit.*, p. 7.

¹³⁷ Cfr. *idem*, *ibidem*, p. 10.

¹³⁸ MIRANDA, Jorge – *A Abertura Constitucional a Novos Direitos Fundamentais*, AAVV, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Manuel Gomes da Silva*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 563.

¹³⁹ BOTELHO, Catarina Santos – *Os direitos sociais em tempos de crise ou revistar as normas programáticas*. Coimbra: Almedina, 2017, p. 113.

¹⁴⁰ BOTELHO, Catarina Santos, *op. cit.*, p. 113.

¹⁴¹ HAYEK, Friedrich – *Law, Legislation and Liberty*, Vol. II - *The Mirage of Social Justice*. Londres: Routledge & Kegan Paul, 1976, p. 103.

impôr por lei os novos direitos sem ao mesmo tempo destruir a ordem liberal que os antigos direitos civis visam atingir”¹⁴².

Isto porque considera que o traço distintivo entre direitos de liberdade e direitos sociais radica no facto de estes últimos serem pretensões de benefícios específicos e implicando estes uma mudança da justiça comutativa para a justiça distributiva, a qual é incompatível com a igualdade perante a lei, uma das máximas do pensamento liberal, entendimento que não sufragamos.

Desde logo, porque um entendimento necessariamente mais moderado, como o que preconizamos, concluirá (sem sobressaltos) que o valor da liberdade por si só não é suficiente para que se possa alcançar o desiderato de que todos sejam verdadeiramente livres.

Logo, segundo esta perspectiva, e tal como CATARINA BOTELHO¹⁴³, somos da opinião de que “(...) deverão existir sempre preocupações de justiça social e que os direitos sociais desempenham um papel relevantíssimo na garantia de uma liberdade digna e de uma dignidade livre”.

Quando falamos de direitos fundamentais, reportamo-nos a sustentáculos jurídicos básicos que protegem os interesses capitais das pessoas singulares e colectivas. De um ponto de vista de direito constitucional positivo, temos duas classes essenciais de direitos fundamentais, isto é, os direitos liberdades e garantias e os direitos económicos, sociais e culturais.

O primeiro grupo inclui valores essenciais tais como o direito à liberdade, à propriedade privada, à liberdade de expressão, entre muitos outros, todos protegidos contra a sua restrição ou suspensão injustificadas.

O segundo grupo inclui valores que, inúmeras vezes, não são de aplicação directa e imediata e de que é precisamente exemplo o caso do direito ao trabalho, que apenas poderá ser concretizado existindo condições de carácter social, político e económico que o permitam.

2.3. Os direitos económicos, sociais e culturais

Como atrás se enunciou, os direitos económicos, sociais e culturais, por terem uma conotação eminentemente social, dificultam a sua convergência com os princípios herdados do liberalismo, não se negando que colocam, assim, em evidência ideologias conflitantes quanto à alocação dos (por regra, escassos) recursos económicos.

¹⁴² *Op. e p. cit.*

¹⁴³ BOTELHO, Catarina Santos – *Os direitos sociais em tempos de crise ou revistar as normas programáticas*. Coimbra: Almedina, 2017, p. 114.

Nota mesmo HELENA PRATA FERREIRA¹⁴⁴ que “A concepção liberal mais ortodoxa considera que a realização pelo Estado dos direitos económicos e sociais torna mais difícil a tarefa de concretização da liberdade, visto que convoca uma série de elementos incompatíveis ou que constituem potenciais ameaças à liberdade”.

Daí que, para a autora, mesmo em países (como Portugal e Brasil) que expressamente os reconhecem como direitos fundamentais não deixa de existir um grande “cepticismo” quanto à sua natureza e ao regime aplicável, mostrando-se a sua realização quase sempre condicionada a outro tipo de exigências, como a “reserva do possível” e a própria “reserva do legislador”¹⁴⁵.

No entanto – e como igualmente sustenta a autora – também nós entendemos que não se pode falar de uma verdadeira antinomia entre direitos sociais e direitos de liberdade por estarem ambos intrinsecamente ligados à ideia de uma sociedade democrática e de defesa da dignidade humana.

Logo, e para HELENA PRATA FERREIRA, o curial será abraçar o entendimento de que cada corrente doutrinária que se erige contra ou a favor da antinomia entre direitos de liberdade e direitos sociais não possa ser encarada como “fórmulas matemáticas representando soluções acabadas”, mas como orientações teóricas que se justificam numa perspectiva espaço-temporal, capazes de se abrir de forma crítica a outras correntes”¹⁴⁶.

Neste pressuposto, não podemos deixar de concordar com a autora quando esta refere que “se como afirma a generalidade da doutrina os direitos de liberdade têm como objectivo a protecção de valores como a vida, a liberdade, a segurança e a propriedade, é preciso também reconhecer que os direitos sociais no contexto das democracias constitucionais representam de certo modo uma superação da perspectiva liberal-individualista, permitindo que se passe a considerar o sujeito para além da sua esfera individual, na medida em que esta é também uma exigência do *ethos* democrático que sustenta e impulsiona a realização daqueles direitos”.¹⁴⁷

Na verdade, a ultrapassagem de tal paradoxo (apenas aparente) funda-se na constatação de que a consagração dos direitos constitucionais nas democracias constitucionais é, ela própria, garantia da realização da liberdade na medida em que permitem ao sujeito o desenvolvimento livre da sua dignidade individual no contexto social, atribuindo-lhe um poder de agir fáctico.

Nessa medida, sustenta HELENA PRATA FERREIRA existir uma ligação indissociável entre direitos económicos e sociais e direitos, liberdades e garantias “na medida em que a

¹⁴⁴ FERREIRA, Helena Prata – *A Justiciabilidade dos direitos económicos e sociais*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 155.

¹⁴⁵ *Op. cit.*, p. 155.

¹⁴⁶ *Op. cit.*, p. 157.

¹⁴⁷ *Op. cit.*, p. 157.

realização daqueles possibilita o acesso aos bens sociais que permitem que os indivíduos tomem parte da sociedade como cidadãos iguais.”¹⁴⁸

Alerta, no entanto (e pertinentemente) não se tratar aqui de reduzir os direitos económicos às máximas da liberdade mas sim de perceber que a consideração do indivíduo como sujeito da autonomia não só não se compadece com a imagem “egoísta” saída da sociedade burguesa como reclama a necessidade de reformular o conteúdo (possessivo ou proprietarista) dos direitos do “cidadão burguês” pelos direitos do “homem total”¹⁴⁹.

Deste modo, e para a autora, “os direitos sociais são também a expressão normativa do conjunto dos valores básicos de uma sociedade multicultural inclusiva, que reflectem as opções axiológicas colectivas e cuja aplicação deve ser orientada pelo papel que desempenham quer no plano individual quer no plano da definição do que seja bem comum de acordo com os valores sociais e/ou constitucionais de matriz liberal, servindo nesta medida, de garantia tanto de acesso aos bens sociais quanto de realização da igualdade de oportunidades e de participação da vida política e social”¹⁵⁰.

Deste modo, advoga a autora que a estrutura dos deveres de protecção e garantia dos direitos sociais não confere apenas ao Estado uma margem de actuação, antes lhe impõe um conjunto de obrigações que estabelecem limites à sua discricionariedade, desde logo obrigando-o a uma implementação de medidas concretas em domínios onde se verifique uma carência de protecção e proibindo-o de actuar de forma insuficiente ou deficiente.

Assim, e para HELENA PRATA FERREIRA, “as decisões que neste particular aspecto venham a ser adoptadas não devem ser sustentadas apenas na autoridade do decisor (fundada na sua própria legitimidade formal), mas também na sua vinculação ao conteúdo essencial dos direitos e aos padrões fundamentais de justiça”¹⁵¹.

Daí que para a autora¹⁵² a efectivação dos direitos económicos e sociais exige mais do que uma forma fraca de revisão constitucional o que se impõe, desde logo, porque os procedimentos de decisão legislativa estão estruturados mais para garantir um debate justo entre a maioria e a oposição do que para dar voz às reivindicações sobre os direitos fundamentais.

Daí entender que o paradigma da tensão entre a ideologia liberal e a social “impõe o desenvolvimento de parâmetros/padrões que auxiliem o judiciário na realização do conteúdo

¹⁴⁸ *Op. cit.*, p. 158.

¹⁴⁹ *Op. cit.*, p. 158.

¹⁵⁰ *Op. cit.*, p. 159.

¹⁵¹ *Op. cit.*, p. 426.

¹⁵² *Op. cit.*, p. 458.

ou pelo menos de um nível essencial desses direitos – que corresponda à preservação dos demais valores e bens tutelados pela Constituição e que possa ser sindicado pelo poder judicial – considerados os limites e possibilidades fácticas inerentes à própria realização dos direitos”.¹⁵³

Da nossa parte, e atendendo às dúvidas que se levantam na doutrina e jurisprudência sobre a natureza jusfundamental dos direitos sociais, consideramos que o pecadilho da doutrina tradicional é olvidar que o tema da sistematização constitucional e da classificação dos direitos fundamentais só se justifica quando encaramos os direitos como um todo, numa visão unitária.

Assim, tal como JORGE NOVAIS, entendemos que do ponto de vista do tratamento dogmático inexistem diferenças materiais entre os direitos de liberdade e direitos sociais que imponham a aplicação de um regime material diferente ou, mais importante ainda, que impliquem diferentes densidades de controlo constitucional ou judicial face às respectivas violações.

“Portanto, do ponto de vista dogmático, o que importa não é uma qualquer insistência na qualificação ou caracterização de um direito fundamental como sendo um direito de liberdade ou um direito social, mas sim reconhecer quais os factores de diferenciação dogmática no domínio dos direitos fundamentais e em que medida influenciam a resolução dos problemas jurídicos subjacentes”¹⁵⁴.

O que não podemos é retirar do aparente silêncio constitucional quanto ao regime dos direitos sociais um raciocínio *a contrario sensu* que sustente que os direitos sociais não são directamente aplicáveis, não vinculam entidades públicas ou privadas e que as suas restrições não estão sujeitas a apertados requisitos constitucionais.

Desde logo, quando se evidencia existir notória artificialidade na distinção de regime dos direitos fundamentais operada pela CRP.

Entendemos, pois, ser liminarmente de afastar uma obsoleta visão dicotómica dos direitos fundamentais (à luz do anteriormente expendido), antes defendendo uma renovada e actual compreensão dos direitos sociais enquanto verdadeiros direitos fundamentais.

Nessa percepção que perfilhamos, os direitos sociais terão de ser gizados em razão de uma lógica de indivisibilidade material e de interação estrutural entre os direitos de liberdade e os direitos sociais, pois que “se os direitos de liberdade e os direitos sociais são interdependentes, complementares, de realização conjunta e formam uma indivisibilidade jusfundamental, de pouco importa enfatizar a sua distinção”¹⁵⁵.

¹⁵³ *Op. cit.*, p. 517.

¹⁵⁴ *Op. cit.*, p. 323.

¹⁵⁵ BOTELHO, Catarina Santos – *Direitos sociais sotto você? – Em defesa da despolitização dos direitos económicos, sociais e culturais. Constituição, Política e Direitos Fundamentais – Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Vieira de Andrade*. Coimbra: Almedina, 2023, p. 272.

2.4. Natureza jurídica dos direitos sociais e do direito à retribuição

Dito isto, importa transportar a controvérsia da natureza dos direitos sociais para a controvérsia sobre a natureza do direito fundamental à retribuição.

Na verdade, LOBO XAVIER¹⁵⁶ questiona ser de considerar este preceito “como de aplicabilidade directa, mesmo que tal norma tenha um carácter não apenas programático: é na verdade difícil pensar que alguém possa exigir a um empregador concreto um salário compatível com uma existência condigna, somente com o fundamento na referida norma Constitucional”.

Em todo o caso, admite que o princípio constitucional de garantia de existência condigna seja directamente aplicável nos casos em que, nos termos da lei, compete ao julgador fixar a retribuição, “e também nas situações particular e escandalosamente inadequadas de fixação contratual da retribuição, de modo a alterar a retribuição convencionada pela prescrita na lei ou nas convenções colectivas”¹⁵⁷.

Mais taxativo se mostra ABÍLIO NETO¹⁵⁸, ao defender que os direitos dos trabalhadores previstos na alínea a) do art.º 59.º da CRP “são meramente programáticos ou proclamatórios, e constituem normas que, enquanto tais, face à indeterminação relativa do seu conteúdo, não conferem aos seus destinatários, pessoas singulares, quaisquer direitos subjectivos, embora imponham ao legislador a obrigação de agir para tornar exequíveis as correspondentes normas constitucionais, sob pena de inconstitucionalidade por omissão”.

O melindre dogmático que o tema encerra pode explicar, por vezes, a heterogeneidade de respostas encontradas, de que constituiu exemplo MONTEIRO FERNANDES¹⁵⁹, que reconhece – no que concerne ao princípio da suficiência salarial – deter o mesmo um alcance preceptivo muito reduzido.

Este autor, aliás, estendendo o seu raciocínio a todos os direitos fundamentais dos trabalhadores, esclarece que “é óbvio que as disposições constitucionais de incidência juslaboral não reúnem, todas elas, características operatórias que permitem reconhecer-lhes uma função regulamentar ou preceptiva imediata”.

¹⁵⁶ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo - *Introdução ao estudo da retribuição no direito do trabalho português*, in *Revista do Direito e de Estudos Sociais*, n.º 1, 1986., p. 72.

¹⁵⁷ *Op. cit.*, p. 73.

¹⁵⁸ NETO, Abílio, “*Conteúdo e alcance do princípio constitucional ‘para trabalho igual, salário igual’*”, in *Congresso Nacional do Direito do Trabalho – Memórias*, Coimbra: Almedina, 1998, p. 374.

¹⁵⁹ FERNANDES, António Monteiro - *Direito do Trabalho*. 16.ª ed., Coimbra: Almedina, 2012, p. 387.

Não obstante, mesmo quando tal não suceda – como acontece com a exigência de uma retribuição suficiente – “não basta o facto de lhes faltar a aptidão dos comandos concretos para recusar a sua vinculatividade imediata, em certo sentido: no de que tanto o Estado (a quem são dirigidos, em regra, esses preceitos), como os particulares podem ser alvo de sanções por condutas positivas ou omissivas contrárias ao conteúdo valorativo das mesmas normas”¹⁶⁰.

Todavia, tal como nota RUI MEDEIROS¹⁶¹, para grande parte da doutrina, o direito à retribuição do trabalho inclui-se na categoria dos direitos económicos com estrutura de direitos, liberdades e garantias.

Nesta perspectiva, o direito fundamental à retribuição tem constitucionalmente uma incontestável dimensão subjectiva, enquanto direito dos trabalhadores dirigido contra as entidades empregadoras, até porque se mostra abrangido pelo regime dos direitos, liberdades e garantias, com especial saliência para o princípio da aplicação directa, isto é, sem necessidade de intervenção do legislador ordinário.

E esse tem sido, de resto, o entendimento da jurisprudência portuguesa já que o Tribunal Constitucional tem considerado que o direito à retribuição constituiu um direito cujo conteúdo se apresenta constitucionalmente determinável, não estando a sua determinação na dependência das disponibilidades do Estado ou sob reserva do possível.

Isso mesmo se extrai do Acórdão do TCP n.º 373/91¹⁶² que, pela sua importância, não deixaremos agora de analisar.

Em causa estava a apreciação preventiva da constitucionalidade requerida pelo Presidente da República quanto a alguns artigos do Decreto-Lei n.º 412/91, referente ao regime jurídico do trabalho doméstico.

Um dos dispositivos postos em crise naquele projecto legislativo era o art.º 9.º, que tinha como epígrafe “Conceito e modalidades de retribuição”.

Pretendia-se, pois – na parte que nos interessa – confrontar a adequação legal desta disposição com o princípio constitucional vertido no art.º 17.º (aplicação aos direitos enunciados no título II e aos direitos fundamentais de natureza análoga do regime dos direitos, liberdades e garantias).

¹⁶⁰ *Op. cit.*, p. 414.

¹⁶¹ MEDEIROS, Rui - *O Direito Fundamental à Retribuição – em especial o princípio a trabalho igual salário igual*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2016, p. 40.

¹⁶² D.R. n.º 255/91, 1.ª Série de 06/11/1991.

Começa por clarificar o Tribunal Constitucional que o aludido art.º 9.º do projecto-lei respeita (tal como outras nele constantes) a “direitos sociais”, logo, vinculativos para o legislador, que lhes deve dar execução, “concretizando-os”.

Para o TCP, o direito à retribuição do trabalho é visto pela doutrina constitucional portuguesa como fazendo parte do elenco dos “direitos análogos aos direitos, liberdades e garantias”.

Daí ter entendido o mesmo que cabiam necessariamente na reserva da competência legislativa da Assembleia da República “as intervenções legislativas que contendam com o núcleo essencial dos direitos análogos, por aí se verificarem as mesmas razões de ordem material que justificam a actuação legislativa parlamentar no tocante aos direitos, liberdades e garantias”.

Por esse motivo, considerou que, ao dispor sobre o direito à retribuição nesse específico domínio, definindo o que por esta se deva entender e estabelecendo-lhe modalidades, o Governo (não autorizado pela Assembleia da República, acrescente-se), estava a “editar normas inferentes com o núcleo essencial do direito” a que respeitam, razão pela qual se pronunciou pela inconstitucionalidade – entre outras – da norma constante no aludido art.º 9.

Mais recentemente, também o Acórdão do TCP n.º 396/2011 veio reafirmar ser o direito fundamental à retribuição um direito de natureza análoga à dos direitos, liberdades e garantias.

3. A Dignidade da Pessoa Humana

Torna-se hoje inquestionável – como nota CATARINA BOTELHO¹⁶³ – que “Na sociedade de risco em que vivemos, o debate constitucional acerca do conteúdo e dos limites da garantia da dignidade da pessoa humana assume uma atualidade crescente e uma nova dinâmica”.

Prudentemente, a autora designa a dignidade da pessoa humana como “garantia”, já que – como veremos – não se afigura tarefa fácil precisar qual o seu verdadeiro conteúdo normativo.

Não será de estranhar que o valor da dignidade humana surja fortemente erigido e de braço dado com a concepção moderna do Estado de Direito Democrático, saída após a segunda guerra mundial, já que “tanto na esfera internacional, como na esfera estadual, o ser humano, dotado de razão e de capacidade de autodeterminação, aparece erigido a valor axiológico fundamental dos ordenamentos jurídico-constitucionais, em consonância com a ideia kantiana de

¹⁶³ BOTELHO, Catarina Santos - *A dignidade da pessoa humana – Direito subjetivo ou princípio axial?*. Porto: Revista Jurídica Portucalense, n.º 21, 2017, p. 256.

que cada pessoa é um fim em si mesma”¹⁶⁴.

Daí que, atualmente, a dignidade da pessoa humana se assuma como denominador comum a todo o complexo normativo internacional e na esmagadora maioria dos Estados Constitucionais, sendo, no entanto, um conceito que não se reconduz à sua mera positivação legislativa, já que, sendo uma expressão polissémica, abarca muitas outras dimensões, como a antropológica, histórica e filosófica.

No entanto, a dignidade humana como pedra angular do arquétipo normativo constitucional é fruto de uma evolução progressiva e começa, verdadeiramente, a sedimentar-se na Idade Moderna, associando-a à ideia de fundamento da própria legitimidade do poder político.

Como nota CARLOS MORAIS¹⁶⁵, “o Estado não existe em si mesmo: existe para servir o seu elemento humano”.

É precisamente nesse contexto evolutivo que a dignidade da pessoa humana surge no preâmbulo da DUDH e nos seus artigos 1.º, 22.º e 23.º n.º 3, assim culminando um processo de maturação do conceito.

O certo é que a concepção da dignidade humana não se apresenta de forma homogénea já que, apesar de consagrada na generalidade das Constituições ou Declarações de Direitos, “(...) o seu fundamento axiológico varia, consoante as mentalidades, religiões, valores, desenvolvimento social e económico, entre outros fatores”¹⁶⁶, razão pela qual – como refere GOMES CANOTILHO¹⁶⁷ – não poderá impor uma clausura cultural específica.

Destarte, não obstante assistirmos a uma inegável tendência de universalização do conceito da dignidade humana, o mesmo não se traduz na afirmação de uma identidade monolítica, o que bem traduz as dificuldades da sua concretização ou positivação.

Sem embargo, não podemos deixar de realçar – como o faz ERNEST BENDA¹⁶⁸ – que “O conceito de dignidade humana reivindica necessariamente validade universal, aplicando-se a todo o ser humano independentemente da raça, cor, cidadania ou qualquer outro factor. Também deve reivindicar validade em qualquer momento; ou é válido independentemente de como as circunstâncias possam mudar ou não é válido de todo”.

Tal como refere o autor, os genocídios levados a cabo pelo regime nazi influenciaram

¹⁶⁴ CATARINA BOTELHO, *op. cit.*, p. 257.

¹⁶⁵ MORAIS, Carlos Blanco de – Curso de Direito Constitucional – *Teoria das Constituição em Tempo de Crise do Estado Social, tomo II*, Vol. 2. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 11.

¹⁶⁶ CATARINA BOTELHO, *op. cit.*, p. 260.

¹⁶⁷ CANOTILHO, José Gomes – *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador – Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 34.

¹⁶⁸ BENDA, Ernest – *The Protection of Human Dignity* (Article 1 of the Basic Law. SMULR, 52, 2000, p. 452, Disponível em <https://scholar.smu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1775&context=smulr>.

decisivamente a inclusão deste valor fundamental no preâmbulo da Carta das Nações Unidas, bem como no primeiro parágrafo do preâmbulo da DUDH, e nos preâmbulos do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e do Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais.

Igualmente, no que podemos designar de Direito Internacional Regional o princípio tem consagração no n.º 2 do art.º 5.º da Convenção Americana dos Direitos Humanos¹⁶⁹ e no art.º 5.º da Carta Africana dos Direitos dos Homens e dos Povos.

Já no direito internacional regional europeu, a dignidade humana não se encontra expressamente consagrada no articulado da CEDH, constando, porém, do seu preâmbulo bem como do Protocolo Adicional n.º 13 (atinente à abolição da pena de morte), mas nem por isso deixa de ser sistematicamente invocada pelo TEDH.

Por seu turno, e no contexto da União Europeia, o art.º 2.º do Tratado da União Europeia proclama que esta se funda “(...) nos valores do respeito pela dignidade humana, da liberdade, da democracia, da igualdade, do Estado de direito e do respeito pelos direitos do Homem (...)”, razão pela qual, e nos termos do seu art.º 6.º, “reconhece os direitos, as liberdades e os princípios enunciados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 7 de Dezembro de 2000”.

JOSÉ HEREDIA¹⁷⁰ sublinha que já nas explicações atualizadas da CDFUE de 12 de Dezembro de 2007 se afirmava que “(...) a dignidade humana não só é um direito fundamental em si mesmo como constitui a base dos direitos fundamentais, acrescentando-se, mais adiante, que nenhum dos direitos consignados na Carta poderão ser utilizados para atentar contra a dignidade de outras pessoas, sendo que a dignidade é a essência destes direitos”.

A este propósito, nota CATARINA BOTELHO¹⁷¹ que a plasticidade com que o conceito da dignidade da pessoa humana está consagrado na CDFUE leva a que alguma doutrina defenda que esta pode ser configurada como um direito em acréscimo à sua inerente dimensão principal transversal à ordem jurídica¹⁷², ao invés daquela que, de forma mais cautelosa, exige “(...) uma especial ponderação para fazer derivar uma posição legal do artigo 1.º da CDFUE, sendo preferível associá-lo a um direito fundamental específico”¹⁷³.

¹⁶⁹ Disponível em <https://www.stf.jus.br>.

¹⁷⁰ HEREDIA, José Manuel Sobrino – “*Artículo 1. Dignidad Humana*”, *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea – Comentario artículo por artículo*. Bilbao: Fundacion BBVA, 2008, p. 108.

¹⁷¹ *Op. cit.*, p. 264.

¹⁷² É o caso de A. W. HERINGA e LUC VERHEY, “*The EU Charter: Text and Structure*”, *MJECL*, 8, 2001, p. 24.

¹⁷³ WOLFGANG HEYDE, “Article 1 – Human Dignity”. AAVV, *Commentary of the Charter of Fundamental Rights of the European Union* (coord. Olivier De Schutter), EU Network of Independent Experts on Fundamental Rights, 2006, p. 29.

O certo é que (e como bem salienta a autora) dúvidas não subsistem quando se aponta a dignidade humana como alicerce dos direitos fundamentais consagrados na CDFUE, operando como pilar básico que sustenta o desenvolvimento da identidade europeia.

Em todo o caso, e não obstante as anteriores referências feitas à dignidade humana, não podemos deixar de salientar que o próprio TJUE somente no denominado caso “Holanda”¹⁷⁴ a reconheceu expressamente como princípio objectivo de Direito da União.

Neste, o Reino dos Países Baixos (apoiado pela República Italiana) intentou contra o Parlamento Europeu e o Conselho da União Europeia um pedido de suspensão da Directiva 98/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de Julho de 1998, relativa à protecção jurídica das intervenções biotecnológicas ou de outras medidas provisórias.

No entender do requerente, a razão essencial da sua oposição à Directiva em apreço era a de considerar que esta última tornava possíveis as patentes sobre organismos vivos, o que colidia com as opções éticas fundamentais do Reino dos Países Baixos.

Em concreto, afirmavam que a Directiva “(...) viola, atentando contra a dignidade humana, a obrigação que incumbe às instituições comunitárias de respeitar os direitos fundamentais. A instrumentalização da matéria viva humana que representaria a patenteabilidade de elementos isolados do corpo humano seria, de facto, atentatória da dignidade humana (...)”.

O TJUE entendeu, aliás, logo no pedido de suspensão da Directiva (que viria a ser indeferido) que a eventual violação de uma norma superior de direito era susceptível de pôr em causa a validade da Directiva, mas não podia, em princípio “(...) demonstrar, em si mesma, a gravidade e o carácter irreparável de um eventual prejuízo”.

Por seu turno, no denominado processo “Omega” o TJUE erigiu a dignidade humana a princípio geral do direito, parecendo aceitar (pelo menos, assim o entendemos) que o seu significado pode ser diferente, atendendo ao Estado-membro em causa.

A dignidade da pessoa humana é, assim, valor central e base de sustentação de catálogos de direitos fundamentais e de uma miríade de mecanismos processuais que se esforçam por a garantir.

Logo, e “Deste modo, tanto na esfera internacional, como na estadual, o homem, enquanto dotado de razão e de capacidade de autodeterminação, aparece erigido a valor axiológico fundamental dos ordenamentos jurídico-constitucionais, em consonância com a ideia kantiana de que cada homem é um fim em si mesmo”¹⁷⁵.

¹⁷⁴ Processo C-377/98, disponível em <https://curia.europa.eu>.

¹⁷⁵ CATARINA BOTELHO, *op. cit.*, p. 265.

Aliás, para BARBOSA RODRIGUES¹⁷⁶, sendo embora a dignidade da pessoa humana o fundamento jurídico estruturante (ou super-princípio) que se apresenta como transversal aos Direitos Humanos e aos Direitos Fundamentais – e valor que permite caracterizar o próprio Estado e a ordem jurídica positiva, emergindo como condição *sine qua non* para a existência de específicos direitos humanos e direitos fundamentais – tal não significa, porém, “que revista similar importância – ou, até, verdadeira importância – em relação à totalidade dos direitos”.

Para o autor, os direitos apenas se poderão definir como humanos ou como fundamentais quando estiver em causa (ou intensamente em causa) essa dignidade da pessoa humana pelo que “a valoração sub judice emerge radicalmente distinta para os direitos de liberdade, que se recortam como verdadeiros direitos subjectivos públicos, e para os direitos sociais – ou socialistas – que surgem, em termos técnicos adequados, como meras expectativas de direitos”¹⁷⁷.

Exemplifica, para tanto, não serem passíveis de idêntica valoração (no que respeita aos Direitos Humanos) um direito à liberdade (previsto no artigo 9.º n.º 1 do PIDCP) e um direito à greve (previsto na alínea d) do n.º 1 do artigo 8.º do PIDESC).

Pela nossa parte (e salvo o devido respeito) se não descortinamos – pelo menos no plano axiológico – que possa existir, em abstracto, um primado dos direitos, liberdades e garantias sobre os direitos sociais, entendemos igualmente não se poder (sem mais) afirmar uma maior intensidade do princípio da dignidade da pessoa humana no que tange aos direitos de liberdade, em detrimento daquela que se verifica nos direitos sociais, já que nenhuma justificação (jurídica) a desvenda.

Cabe, no entanto, indagar qual a força normativa que assume a dignidade da pessoa humana.

Isto porque, como refere REIS NOVAIS¹⁷⁸, as dúvidas sobre a plausibilidade dogmática da identificação da dignidade com os direitos fundamentais avivam-se quando se considera o problema da verdadeira natureza constitucional da dignidade da pessoa humana como direito fundamental ou como princípio axiológico.

Para o autor, “se bem que não se possa qualificar como errónea a configuração da dignidade da pessoa humana como direito fundamental, enquanto direito à dignidade (consubstanciado em direitos específicos ao respeito à dignidade, à protecção da dignidade e à promoção da dignidade), parece mais dogmaticamente promissora a configuração da dignidade da pessoa

¹⁷⁶ RODRIGUES, Luís Barbosa – *Direitos Humanos e Direitos Fundamentais: Ensaio Hierárquico. Separata da revista Duc in Altum, Cadernos de Direito, Vol. 10, n.º 22*. Faculdade de Damas, Recife: Brasil, 2018, p. 29.

¹⁷⁷ *Op. cit.*, p. 30.

¹⁷⁸ NOVAIS, Jorge Reis – *A Dignidade da Pessoa Humana. Volume I, Dignidade e Direitos Fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2018, p. 89.

humana na qualidade de princípio constitucional estruturante de Estado de Direito”¹⁷⁹.

Isto porque, salienta o autor, não ter a CRP (como muitas outras Constituições) consagrado expressamente um direito à dignidade, antes sugerindo a sua qualificação como valor ou como princípio supremo sobre que assenta a República.

Logo, para REIS NOVAIS, a consideração da dignidade da pessoa humana como autêntico direito fundamental não se pode considerar errada, desde que se tenha em conta a sua especificidade, isto é, seria um direito fundamental a ter direitos identificáveis, pese embora se corresse o risco de essa particular natureza se perder e passar o mesmo a ser efectivamente tratado como os outros direitos fundamentais¹⁸⁰.

O mesmo se diga, para o autor, se a dignidade da pessoa humana fosse, simplesmente, considerada como um qualquer outro direito fundamental (como, de resto, propõem os defensores da teoria dos direitos fundamentais como princípios), pelo que poderia o princípio da dignidade humana ser percebido na sua qualidade de “direito à dignidade”, se bem que de duvidosa utilidade.

Desde logo, porque se teria sempre de indagar se tal direito fundamental à dignidade daria um conteúdo absoluto ou relativo, logo, susceptível de ceder perante outros interesses, bens ou direitos que se apresentassem em sentido divergente.¹⁸¹

Não será surpreendente verificar que o valor normativo assumido pelo princípio da dignidade da pessoa humana não se apresenta sequer uniforme no ordenamento jurídico europeu, atentas as diversas alternativas que se apresentam ao legislador jurídico-constitucional no que se refere à sua consagração.

Exemplo disso mesmo é a Lei Fundamental alemã, que a consagra expressamente no seu art.º 1.º, sendo que o n.º 1 proclama, solenemente, ser a dignidade da pessoa humana intangível, pelo que “Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público”.

Diversamente, outros ordenamentos jurídicos optam por explicitar o seu conteúdo associando-a a outros princípios fundamentais.

Como é bom de ver, e como refere CATARINA BOTELHO¹⁸², “A natureza principiológica – e, consequentemente, indeterminada – da dignidade humana coloca entraves à sua plena exequibilidade, permanecendo, no entanto, um mínimo existencial que deverá ser salvaguardado e que não cabe na livre disposição do legislador”.

¹⁷⁹ *Op. cit.*, p. 89 e 90.

¹⁸⁰ *Op. cit.*, p. 90.

¹⁸¹ *Op. cit.*, p. 91.

¹⁸² *Op. cit.*, p. 266.

Logo, para a autora, a tutela da dignidade terá de assentar na justa (mas difícil, acrescentamos nós...) repartição dos recursos disponíveis, através de um “modelo de desenvolvimento económico e social”, por força do qual nenhum ser humano possa ficar privado de bens ou serviços fundamentais para a sua existência condigna.

Propendemos a aceitar tal visão, porque nos parece manifesto que a dignidade do ser humano não pode radicar, apenas, num direito fundamental de liberdade, porquanto esta última para ser plena e efectiva terá de assentar em condições materiais básicas de subsistência.

Ora, se facilmente se conceberá que o Estado deve não apenas respeitar como também proteger a dignidade da pessoa humana (como se proclama na Lei Fundamental alemã), também terá de se aceitar que tal comprometimento se afigura de difícil concretização, pois se o respeito pressupõe uma limitação à actuação das entidades públicas estaduais, a protecção reclama uma postura activa por parte do Estado.

Daí que tanto a jurisprudência como a doutrina (nacional ou europeia) têm evitado desenvolver uma definição do conceito de dignidade da pessoa humana, que – como vimos – se apresenta como vago e polissémico.

Lacuna indisfarçável que alguns autores – como CHRISTOPHER McCRUDDEN¹⁸³ – não só enfatiza como tenta colmatar, aventando a possibilidade de ser identificado um núcleo comum (*common core*) do conceito de dignidade humana, admitindo que, não obstante as diferenças culturais, políticas, sociais ou religiosas que separam os Estados, seria (ainda assim) viável admitir a existência de um conteúdo mínimo (*minimum core*).

Conclui, pois, que o significado central da dignidade humana continua a ser balizado por um núcleo mínimo comum, sendo que a jurisprudência pouco tem feito para romper essa fronteira.

Daí entender que o uso do conceito de dignidade humana não providenciou até agora uma “interpretação universal detalhada”¹⁸⁴, nem mesmo interpretações nacionais particularmente coerentes.

Considera, aliás, que nenhum ordenamento interno tem um sistema jurisprudencial que interprete coerentemente, em toda a gama de direitos, o conceito de dignidade humana.

Tal não significa, para o autor, que a dignidade não continue a ter um papel importante a desempenhar na interpretação judicial dos direitos humanos.

Na verdade, a dignidade da pessoa humana apresenta-se hoje, consensualmente, como

¹⁸³ McCRUDDEN, Christopher – *Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights*. Institute for International Law and Justice (IILJ), 2008, p. 20.

¹⁸⁴ *Op. cit.*, p. 68.

princípio geral comum partilhado por diferentes nações.

Para CATARINA BOTELHO¹⁸⁵, tal princípio terá de ser enquadrado não somente na sua dimensão jurídico-política (como atributo da pessoa humana, na sua dimensão individual e social ou colectiva), mas também por ter uma ligação incindível com a liberdade e a igualdade.

Tal enquadramento conduz, inevitavelmente, à questão de saber, então, qual ou quais os direitos invioláveis inerentes à dignidade humana, que a própria autora admite ser tarefa delicada, já que o legislador constituinte a deixou em aberto.

Pela nossa parte, e como adiante concretizaremos, tanto os direitos, liberdades e garantias como os direitos económicos, sociais e culturais alicerçam-se no princípio da dignidade humana.

Na verdade, “(...) não é demais enfatizá-lo, que a tentativa de balizar o conceito de dignidade da pessoa humana no desconfortável perímetro de uma definição jurídica continua a levantar problemas e a gerar dissensos, atinentes não só ao seu fundamento histórico e cultural, mas também e mais especificamente, à sua interação com a biologia e a medicina”¹⁸⁶.

Aliás, não deixa de ser sintomático que, não raras vezes, quando os diferentes ordenamentos jurídicos nacionais fazem apelo ao conceito de dignidade da pessoa humana, sintam a necessidade de empreender uma viagem pelo Direito Constitucional Comparado, como forma de encontrar respaldo para as suas interpretações, ou mesmo justificando as suas dissidências.

Em todo o caso, e pese embora seja incontornável a constatação – como salienta CATARINA BOTELHO¹⁸⁷ - de que no ordenamento jurídico-constitucional português o art.º 1.º é a norma com maior densidade axiológica da CRP, não obstante se verificar que “(...) a dignidade da pessoa humana não está tutelada de forma expressa, enquanto direito subjetivo, mas o seu conteúdo resulta, outrossim, associado a outros princípios fundamentais”.

Tal posição – refira-se – parece ir contra o entendimento expresso por CARNEIRO DA FRADA¹⁸⁸.

Para este autor, “Não se nega – pelo contrário, antes se afirma – que há direitos, especialmente os fundamentais ou de personalidade positivamente consagrados, que dão expressão, em maior ou menor medida, à dignidade da pessoa humana, nem que tais direitos lançam a sua

¹⁸⁵ *Op. cit.*, p. 266.

¹⁸⁶ CATARINA BOTELHO, *op. cit.*, p. 266.

¹⁸⁷ BOTELHO, Catarina Santos – *Os direitos sociais em tempos de crise ou revistar as normas programáticas*. Coimbra: Almedina, 2017, p. 329.

¹⁸⁸ FRADA, Manuel Carneiro – *O conceito de dignidade da pessoa humana – Um mapa de navegação para o jurista*. Lisboa: Católica Law Review, Vol. IV, n.º 2, 2020, p. 149.

âncora nessa mesma dignidade. O que não se apresenta viável é involucrar-se a dignidade humana numa teia de direitos (fundamentais, de personalidade, ou de outro tipo, por qualquer forma positivados) da qual ela não emergja com autonomia”.

Por essa razão, sustenta o autor não poder pretender-se atribuir à dignidade uma mera função de coadjuvação dos direitos fundamentais, situando-a ao lado deles e no mesmo plano, o que a tornaria redundante, degradando-se o seu papel de parâmetro de controlo da constitucionalidade das restrições aos direitos fundamentais, já que aí se patentearia a sua subordinação em relação a estes últimos.

Aliás, CARNEIRO DA FRADA¹⁸⁹ caracteriza o conceito de dignidade da pessoa humana como “absoluto”, “(...) no sentido de expressar uma realidade não relativizável (ou gradativa) para o Direito”, o que – para o autor – não quer dizer que o mesmo não possa apresentar expressões e efeitos diferenciados em função das concretas circunstâncias (de lugar e de tempo) em que é chamado a operar.

Daí distinguir este conceito de outros operadores jurídicos pois “Ao contrário, por exemplo, dos direitos humanos, que não são incondicionais e que podem limitar-se reciprocamente, e diferentemente dos princípios jurídicos – a cuja essência pertence a possibilidade de, em caso de necessidade, se acomodarem entre si – a dignidade humana não admite soluções de compromisso”¹⁹⁰.

Clarifica, pois, o autor que a dignidade da pessoa humana não representa, propriamente, um princípio jurídico já que, ao contrário dos princípios, não é susceptível de compressão e de menor intensidade jurídico-normativa.

Tece, assim, crítica (acérrima, diríamos) ao entendimento expresso por REIS NOVAIS¹⁹¹, quando este – entre outros considerandos, como a crítica a uma posição “absolutista” – advoga que “(...) a garantia da dignidade da pessoa humana, incluindo a garantia da possibilidade de o indivíduo prosperar como pessoa, é também especificamente desenvolvida e concretizada, num Estado de Direito, através de um conjunto de direitos fundamentais com acolhimento constitucional e que, nos respectivos domínios específicos de aplicação, garantem, tão amplamente quanto possível, a autonomia, a liberdade e o bem-estar individuais”.

Ora, para CARNEIRO DA FRADA, tal entendimento “(...) trata-se de uma concepção assimétrica, unilateral e incoerente da dignidade, que tem por base um esvaziamento ético dessa

¹⁸⁹ *Op. cit.*, p. 143.

¹⁹⁰ *Op. cit.*, p. 144.

¹⁹¹ NOVAIS, Jorge Reis – *Dignidade da Pessoa Humana: “Dignidade e Inconstitucionalidade”*, Vol. II. Coimbra: Almedina, 2018, p. 188.

dignidade às mãos de uma concepção meramente formal e asséptica da liberdade e da autonomia das pessoas”¹⁹².

Concretiza, referindo que, assim entendida, a dignidade, o consenso social e a maioria democrática serviriam e seriam atendíveis em caso de concordância, mas já não a poderiam explicar em caso de discordância.

Pela nossa parte, preferimos o entendimento expresso por JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS¹⁹³, segundo o qual o princípio da dignidade da pessoa humana representa o “prius incondicional de todo o Direito”, não constituindo um específico direito, mas, essencialmente, um princípio englobante onde se fundamentam todos os direitos fundamentais.

Entendimento seguido igualmente (segundo o entendemos) por CATARINA BOTELHO¹⁹⁴, quando refere que a dignidade da pessoa humana, “Em termos conceptuais, é considerada um princípio que confere unidade e coerência de sentido ao sistema constitucional de direitos fundamentais. Nesta esteira, a nossa Constituição reconhece um valor supraconstitucional à dignidade da pessoa humana, que se espelha no facto de a dignidade da pessoa humana assumir um carácter transcendental – uma vez que está para além do domínio dos direitos fundamentais, assumindo um papel medular de toda a ordem constitucional – e igualmente por não ser suscetível de revisão constitucional”.

Na verdade, e pese embora a CRP não contemple um preceito tão marcante como, por exemplo, o vertido no n.º 1 do art.º 1.º da Lei Fundamental alemã (já anteriormente referido e que proclama que “a dignidade humana é inviolável”), LÚCIA AMARAL¹⁹⁵ entende que a mesma, embora não possua “densidade suficiente para ser fundamento direto de posições jurídicas subjetivas”, tem, no entanto, uma forte dimensão objectiva “(...) pois o que nele vai incluído é, à partida, algo mais do que um direito”.

Logo, a dignidade da pessoa humana deverá ser assumida como a base de todos os direitos fundamentais, assumindo desta forma um papel importante na determinação do significado, extensão e limites dos demais direitos fundamentais.

¹⁹² *Op. cit.*, p. 144.

¹⁹³ MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui – *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2017, p. 61.

¹⁹⁴ BOTELHO, Catarina Santos – *Os direitos sociais em tempos de crise ou revistar as normas programáticas*. Coimbra: Almedina, 2017, p. 330.

¹⁹⁵ AMARAL, Maria Lúcia – *O princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Jurisprudência Constitucional Portuguesa*. AAVV, Liber Amicorum de José de Sousa e Brito – em comemoração do 70.º Aniversário. Coimbra: Almedina, 2009, pp. 947-964, p. 948.

É neste sentido que para CATARINA BOTELHO¹⁹⁶, “(...) a praxis constitucional evidencia que a dignidade da pessoa humana, embora não seja classificada como um direito fundamental *stricto sensu*, acaba por ser um princípio multifuncional”, porquanto (segundo a mesma) pode ser “fundamento de vários direitos consagrados constitucionalmente, assumindo o que se vem designando como função normogenética”.

Na verdade, podemos encontrar a ideia da dignidade humana como estruturante de outros direitos, a título de exemplo, no Acórdão do TCP n.º 16/84 de 15 de Fevereiro de 1984¹⁹⁷, onde o aresto propugnou que “A nossa actual Constituição, partindo da dignidade da pessoa humana, princípio estrutural da República Portuguesa (artigo 10.º), intentou, através do n.º 4 do seu artigo 30.º, retirar às penas todo o carácter infamante e evitar que a atribuição de efeitos automáticos estigmatizantes perturbe a readaptação social do delinquente”.

Ainda segundo a mesma autora¹⁹⁸, a multifuncionalidade do princípio da dignidade humana permite-lhe igualmente “Operar como um limite à aplicação dos direitos fundamentais e à discricionariedade do legislador”.

Trata-se, no fundo, da ideia expendida por CHRISTOPHER MCCRUDDEN¹⁹⁹ de que, não obstante a dignidade ser vista como a base onde assenta a construção dos direitos humanos, ela, porém, passou igualmente a ser usada como a principal fonte de restrição de alguns desses direitos.

Assinalando este (aparente) paradoxo entre “dignidade como promotora ou limitadora de direitos”, o autor traz à colação o Acórdão do TEDH no conhecido caso *Pretty v. The United Kingdom*²⁰⁰, onde se debatia a morte assistida e com ambas as partes a brandirem o conceito da dignidade humana.

Neste, o TEDH viria a proclamar que “O artigo 2.º da CEDH, que consagra o direito à vida, não pode ser interpretado com o sentido de conferir o direito diametralmente oposto, isto é, o direito a morrer, nem pode criar um direito à autodeterminação no sentido de conferir a um indivíduo a habilitação para escolher a morte em vez da vida”.

Ainda como decorrência da função normogenética atribuída à dignidade da pessoa humana, descortina igualmente CATARINA BOTELHO²⁰¹ um “desafio à vertente criadora da

¹⁹⁶ BOTELHO, Catarina Santos – *Os direitos sociais em tempos de crise ou revistar as normas programáticas*. Coimbra: Almedina, 2017, p. 331.

¹⁹⁷ Proferido no processo 27/83 e disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt>.

¹⁹⁸ *Op. cit.*, p. 332.

¹⁹⁹ *Op. cit.*, p. 702.

²⁰⁰ Proferido a 29 de Abril de 2002 e disponível em <https://www.refworld.org/jurisprudence/caselaw/echr/2002/en/78916>

²⁰¹ *Op. cit.*, p. 332.

nossa jurisprudência”, à qual incumbirá descortinar o conteúdo jurídico do conceito no momento atual ou “à luz das condições de hoje”, como muitas vezes alude o TEDH.

PAULO OTERO²⁰² nota ainda que “A obrigação universal de respeito, garantia, proteção e promoção pela dignidade humana determina ainda que, em situações de dúvida sobre a interpretação ou a solução integrativa de um enunciado jurídico, se prefira sempre o sentido mais conforme ou que melhor reforce a tutela da dignidade humana: *in dubio pro dignitate*”.

Todavia, e no nosso entendimento, o que há a ressaltar – como o faz, pertinentemente, CATARINA BOTELHO²⁰³ – é que a conexão entre a dignidade da pessoa humana e o Direito “(...) passa pela aceitação de que é o Direito que existe para o homem e que se deve moldar a ele, e não o oposto. Por este motivo, a constitucionalização da dignidade da pessoa humana transforma em “dever-ser jurídico”, vinculando toda a atividade estadual”.

E, para o que aqui mais releva, nunca será demais recordar, como faz CARLOS PROENÇA²⁰⁴, que “(...) o Direito do Trabalho, como sector jurídico que regula as relações de trabalho juridicamente subordinado (...) e centrado na proteção do trabalhador por ser a parte mais fraca, ou frágil, da relação empregatícia, é um instrumento essencial para efetivar o valor dos valores – o valor da dignidade humana – uma vez que sem dignidade do trabalhador não haverá dignidade da pessoa humana”.

Ora, alicerçando-se os direitos económicos e sociais no princípio da dignidade humana, alguma doutrina – como, por exemplo, PAULO OTERO²⁰⁵ – tende a retirar da garantia e obrigação do Estado de protecção da dignidade humana um novo e autónomo direito social, o direito à atribuição das necessárias prestações tendentes a assegurar uma existência digna.

3.1. O direito a um rendimento de existência condigna

Para PAULO OTERO, traduzindo a dignidade humana a expressão cultural de raiz judaico-cristã de o homem ter sido criado à imagem e semelhança de Deus ou mesmo, numa formulação de matriz kantiana, de ser o homem sempre um fim em si mesmo que não pode ser degradado quando colocado em determinado meio, a mesma “(...) não se basta com a liberdade e o respeito pela vida e integridade: a dignidade humana exige bem-estar social”.

²⁰² OTERO, Paulo – *Direito Constitucional Português*. Volume I. Coimbra: Almedina, 2017, p. 39.

²⁰³ *Op. cit.*, p. 493.

²⁰⁴ PROENÇA, Carlos Carranho – *O Direito ao Trabalho na União Europeia*. In: Manuel Monteiro Guedes Valente (Coord.). *Os Desafios do Direito no Século XXI*. Coimbra: Almedina, 2019, pp. 202 e 203.

²⁰⁵ OTERO, Paulo – *Direitos económicos e sociais na Constituição de 1976: 35 anos de evolução constitucional*. AAVV, Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 41.

Daí defender que a dignidade humana, opondo-se frontalmente à ideia de exclusão ou marginalização social das pessoas, pressupõe que cada ser humano tenha meios materiais que lhe possibilitem uma existência condigna, afastando-o de situações factuais de carência extrema.

A ser assim, e para o mesmo autor, “(...) o Estado tem o encargo prestativo de facultar meios que permitam a satisfação das necessidades básicas de alimentação, vestuário, habitação, saúde e educação”²⁰⁶.

Ora, acrescentamos nós, um dos meios por excelência que permitem a satisfação das necessidades básicas é o direito à retribuição do trabalho “por forma a garantir uma existência condigna”, como prescreve a alínea a) do n.º 1 do art.º 59.º da CRP, ou o direito a uma “justa remuneração”, como se propugna no n.º 2 do art.º 76.º da CRA.

No fundo, PAULO OTERO repristina a filosofia política seiscentista de THOMAS HOBBES²⁰⁷, que sustentava a existência do direito “a um lugar para viver e a todas as coisas necessárias à vida”.

Para PAULO OTERO “Há um mínimo existencial de sobrevivência de cada ser humano que, (...) sendo essencial e inalienável, o poder nunca pode colocar em risco, antes tem o dever de intervir para o garantir e implementar em termos prestacionais, tal como sucede, por exemplo, com a concessão de um “rendimento mínimo garantido” ou um “rendimento social de inserção”, falando o TCP num direito a um “mínimo de existência condigna” inerente ao princípio do respeito pela dignidade humana”²⁰⁸.

Refere-se o autor ao – importante e inovador – Acórdão do TCP n.º 509/02, de 19 de Dezembro²⁰⁹, atinente ao pedido de apreciação requerido pelo Presidente da República da constitucionalidade da norma constante no art.º 4.º n.º 1 do Decreto da Assembleia da República n.º 18/IX, por ele recebido para promulgação no dia 22 de Novembro de 2002.

O diploma em apreço procedia à revogação do denominado “rendimento mínimo garantido” (previsto na Lei n.º 19-A/96, de 29 de Junho) e criava o chamado “rendimento social de inserção”.

Todavia, ao contrário do regime estabelecido no “rendimento mínimo garantido” – que reconhecia a titularidade do direito à prestação aos indivíduos com idade igual ou superior a 18 anos –, a lei em crise (em concreto, o seu art.º 4.º n.º 1) garantia a titularidade do direito ao

²⁰⁶ *Op. cit.*, p. 42.

²⁰⁷ HOBBES, Thomas – *Elementos de Derecho Natural y Politico*. Madrid: Alianza Editorial, 2005, p. 193.

²⁰⁸ *Op. cit.*, p. 42.

²⁰⁹ Disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020509.html>.

rendimento social de inserção apenas às pessoas com idade igual ou superior a 25 anos, assim suscitando (fundada) dúvida constitucional.

Discorrendo, inicialmente, sobre o princípio da proibição do retrocesso social, refere o aresto que o TCP tinha vindo a reconhecer em diversos acórdãos, embora de forma indirecta, a garantia do direito a uma sobrevivência minimamente condigna, “(...) seja a propósito da actualização das pensões por acidente de trabalho (...) seja a propósito da impenhorabilidade de certas prestações sociais (designadamente, do rendimento mínimo garantido) na parte em que estas não excedam um rendimento mínimo de subsistência ou o mínimo adequado e necessário a uma sobrevivência condigna”.

Faz, no entanto, o Acórdão uma importante distinção entre o reconhecimento de um direito a não ser privado do que considera essencial à conservação de um rendimento indispensável a uma existência minimamente condigna – como aconteceu nos arestos que citou anteriormente – e um direito a *exigir* do Estado esse mínimo de existência condigna, designadamente através de prestações, como resultava da doutrina e jurisprudência alemãs.

“É que esta última – refere o Acórdão – considera que do princípio da dignidade humana, em conjugação com o princípio do Estado social decorre uma pretensão a prestações que garantam a existência”, sendo de incluir na garantia do mínimo de existência as prestações sociais suficientes, nos termos da respectiva legislação sobre auxílio social.

Vislumbra, no entanto, esta afirmação – de uma dimensão positiva de um direito ao mínimo de existência condigna, em paralelo com a sua dimensão negativa – na fundamentação do Acórdão n.º 349/91 e retomada no Acórdão n.º 318/99,²¹⁰ ambos do TCP.

No primeiro, e respaldado no art.º 63.º da CRP, considerou o TCP que “Este preceito constitucional poderá, desde logo, ser interpretado como garantindo a todo o cidadão a percepção de uma prestação proveniente do sistema de segurança social que lhe possibilite uma subsistência condigna em todas as situações de doença, velhice ou outras semelhantes. Mas ainda que não possa ver-se garantido no artigo 63.º da Lei Fundamental um direito a um mínimo de sobrevivência, é seguro que este direito há-de extrair-se do princípio da dignidade da pessoa humana condensado no artigo 1.º da Constituição”.

Socorre-se, também, o aresto dos ensinamentos de GOMES CANOTILHO²¹¹, que considera poder o princípio da defesa de condições mínimas fundar uma “imediata pretensão dos

²¹⁰ Ambos disponíveis em tribunalconstitucional.pt.

²¹¹ CANOTILHO, José Gomes – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 343.

cidadãos no caso de particulares situações sociais de necessidade”, precisamente por o considerar inerente ao respeito da dignidade da pessoa humana.

Inferre, pois, do exposto, que o princípio do respeito da dignidade humana proclamado no art.º 1.º da CRP (e decorrente, igualmente, do princípio do Estado de direito democrático e aflorado nos números 1 e 3 do art.º 63.º da Lei Fundamental) comete ao sistema de segurança social a protecção dos cidadãos em todas as situações de falta ou diminuição de meios de subsistência ou de capacidade para o trabalho, o que implica o reconhecimento do direito ou da garantia a um mínimo de subsistência condigna.

Ressalva, porém, que o legislador goza de uma larga margem de liberdade conformadora, atenta a diversidade de meios possíveis para atingir esse fim, podendo mesmo decidir quanto aos instrumentos e ao montante do auxílio, mas sem prejuízo de dever assegurar sempre o “mínimo indispensável”.

Para o referido Acórdão n.º 509/02, “Pressuposto é, porém, que as suas escolhas assegurem, com um mínimo de eficácia jurídica, a garantia do direito a um mínimo de existência condigna, para todos os casos”.

Ora, por considerar que não existiam, à data, instrumentos alternativos ao rendimento social de inserção que pudessem garantir para os jovens entre os 18 e os 25 anos o direito a um mínimo de existência condigna, concluiu o TCP que a norma em apreciação atingia o conteúdo mínimo deste direito “(...), postulado, em primeira linha, pelo princípio do respeito pela dignidade humana”, pronunciando-se pela sua inconstitucionalidade.

A singularidade da decisão proferida não passou despercebida a VIEIRA DE ANDRADE, que começou precisamente por salientar a “novidade” do aresto, não obstante notar que o mesmo se inscrevia “num processo jurisprudencial de sedimentação normativa do direito ao mínimo de existência condigna como direito fundamental.”²¹²

Chama o autor à atenção que nesses anteriores arestos – como aconteceu, por exemplo no Acórdão n.º 177/2002 – o fundamento da declaração de inconstitucionalidade da norma – “por não garantir o mínimo adequado e necessário para uma existência condigna” – é a violação do princípio da dignidade humana contido no princípio do Estado de Direito, tal como resulta das disposições conjugadas dos artigos 1.º e 63.º, n.ºs. 1 e 3 (a que acresce o artigo 59.º).

“Um outro passo, muito mais largo, é, porém, aquele que é dado pelo Acórdão do TC n.º 509/02, que vem asseverar a existência do direito fundamental ao mínimo de existência

²¹² ANDRADE, José Carlos Vieira – *O “Direito ao mínimo de existência condigna” como direito fundamental a prestações positivas – uma decisão singular do Tribunal Constitucional. Anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 509/02.* In: *Jurisprudência Constitucional*, n.º 1 (Janeiro-Março), 2004, p. 21.

condigna, mas, agora, pela primeira vez, não apenas na sua dimensão negativa, mas como direito a prestações positivas do Estado”²¹³.

Salienta igualmente o autor não ter o Tribunal seguido a fundamentação do pedido nem quanto à alegada proibição do retrocesso restritivo ou sequer quanto à violação dos princípios da igualdade e da universalidade, fundando-a, antes, e directamente, na violação do “direito a um mínimo de existência condigna” (já anteriormente configurado como direito a não ser privado desse mínimo) como direito a prestações positivas do Estado.

Não deixou VIEIRA DE ANDRADE de se congratular com o facto de o TCP ter reconhecido e reafirmado que o legislador há-de dispor de um poder próprio de conformação para estabelecer a forma, a medida e o grau em que se concretizam as imposições relativas aos direitos sociais.

Para o autor, “As escolhas que permitirão definir o conteúdo dos direitos dos cidadãos a prestações positivas do Estado têm de caber, portanto, a um poder constituído, com legitimidade democrática e politicamente responsável perante a comunidade – isto é, não certamente a juízes, sob a cobertura de uma interpretação, mas, em primeira linha, ao Parlamento e ao Governo. Daí que o conteúdo dos direitos sociais a prestações deve ser, em primeira linha, determinado pelo legislador”²¹⁴.

Tal justifica-se por ser o legislador o destinatário das directrizes constitucionais estabelecidas a propósito de cada um dos direitos a prestações, donde se extrai que o juiz (e também o juiz constitucional) tem de aceitar tal poder de conformação do legislador.

Para o autor – e face à indeterminação típica das normas atinentes aos direitos sociais – a censura jurídica só se afiguraria como legítima em situações-limite ou perante circunstâncias concludentes, que enuncia.

Assim, para VIEIRA DE ANDRADE justificar-se-ia tal censura, desde logo, quando nessa conformação “a nova lei ofenda direitos adquiridos como concretizações constitucionais ou viole a confiança digna de protecção constitucional”, ou “quando seja patente uma ofensa ao princípio da igualdade, enquanto proibição do arbítrio e da discriminação injusta”²¹⁵.

Por fim, justificar-se-á também eventual reparo constitucional “quando se comprove a destruição pelo legislador do nível mínimo de realização dos direitos exigido pela dignidade da pessoa humana”²¹⁶.

²¹³ *Op. cit.*, p. 22.

²¹⁴ *Op. cit.*, p. 23.

²¹⁵ *Op. cit.*, p. 24.

²¹⁶ *Op. cit.*, p. 24.

Logo, para o autor, bem andou o TCP ao não ter fundado a sua decisão no denominado “princípio da proibição do retrocesso” (como apresentado na argumentação do pedido de inconstitucionalidade), porque tal faria pressupor que a concretização legal de um direito social implicaria a constitucionalização do respectivo conteúdo, “tese absolutamente inaceitável no plano jurídico-constitucional, seja por confundir os planos normativos da Constituição e da lei ordinária, seja por precluir a auto-revisibilidade característica da liberdade construtiva do legislador”²¹⁷.

Neste particular, e como já anteriormente referido, não deixou CRISTINA QUEIROZ²¹⁸ de expender crítica (certeira, no nosso entendimento), porquanto entre o reconhecimento e determinação do conteúdo do direito e a configuração do legislador medeia um vasto espaço de conformação, não sendo por isso correto sustentar-se (como o faz VIEIRA DE ANDRADE) um princípio geral de auto-revisibilidade das opções legislativas desprendido dos preceitos e directivas constitucionais.

Na verdade, e para VIEIRA DE ANDRADE, é de refutar a afirmação de que a restrição de um direito legal derivado de um direito social esteja sujeito às mesmas regras que a Constituição impõe à restrição legislativa de direitos, liberdades e garantias.²¹⁹

Aplaudiu igualmente o autor o facto de não ter o Acórdão em apreço considerado a existência de uma ofensa legislativa ao princípio da igualdade, não só por o mesmo não ser absoluto mas também pelo facto de o legislador infra-constitucional ter partido de uma determinada compreensão do direito à segurança social, assente num quadro em que não terá de competir ao Estado tudo prover, pressupondo como deveres fundamentais dos cidadãos os deveres de auto-sustento e de contribuição para o bem estar da sociedade²²⁰.

Assim, e reconhecendo a liberdade de conformação do legislador nesta matéria, optou o TCP por utilizar como critério de fiscalização constitucional o do respeito pelo direito às condições mínimas de existência condigna.

Não obstante ter reconhecido esse espaço de conformação, realça o autor ter, no entanto, o TCP concluído que a Constituição exige, nessa concretização, um mínimo de eficácia, e que (no caso concreto) esse mínimo não era garantido para aqueles jovens que não eram abrangidos pelo rendimento social de inserção.

Para VIEIRA DE ANDRADE, “Não nos convence a decisão final do Tribunal, pois que,

²¹⁷ *Op. cit.*, p. 24.

²¹⁸ QUEIROZ, Cristina – *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 78.

²¹⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira – *O “Direito ao mínimo de existência condigna”*(...), p. 24.

²²⁰ *Op. cit.*, p. 24 e 25.

em nossa opinião, não deu o peso certo e devido a todas as circunstâncias jurídicas e fácticas relevantes e de algum modo se deixou influenciar pelo argumento abstracto da universalidade”²²¹.

Refere-se, desde logo, ao facto de (em sua opinião) não estar em causa uma omissão absoluta (que pudesse pôr em causa o núcleo essencial ou conteúdo mínimo do direito), mas apenas uma omissão relativa que poderia ser colmatada pela previsão legal de outras medidas, designadamente de acção social, até porque a efectivação dos direitos sociais não depende tão-somente do Estado.

Para o autor, a conclusão do TCP faria sentido se o direito a um mínimo de existência condigna implicasse a imposição concreta da garantia legislativa de tal subsídio, o que considerava não ser o caso, pois tal não decorre do artigo 63.º da CRP.

“Ora, não há uma norma constitucional específica que imponha um subsídio deste tipo (...) nem há uma imposição suficientemente precisa e concreta de prestação incondicional para todos os casos de necessidade”²²², razão pela qual questionou se não terá ido o TCP longe demais e se terá o mesmo respeitado inteiramente a liberdade construtiva do legislador.

Noutro sentido, também CRISTINA QUEIROZ²²³ não isenta de crítica o Acórdão n.º 509/2002, justamente porque (como já referimos em momento anterior) entende que o objecto típico dos direitos fundamentais não se cinge, unicamente, ao mínimo de existência material como medida de menor grau de protecção jurídica.

Logo, não só o legislador se encontra obrigado a garantir esse conteúdo mínimo como não poderá suprimir totalmente, sem contrapartidas, as disposições legais correspondentes, pois o direito encontra-se garantido a título de direito de defesa (e sujeito ao regime jurídico específico dos direitos, liberdade e garantias), e não a título de direito fundamental social.

Ressalta, então, que no caso dos direitos fundamentais sociais, a garantia do conteúdo essencial, geralmente, não corresponde ao núcleo constitucional do direito, mas antes ao seu núcleo legal.

Daí considerar que a expressão “conteúdo essencial” utilizada pelo TCP no Acórdão n.º 509/2002 se mostra enganadora.

“Porque, das duas uma: ou se refere ao conteúdo essencial do direito constitucional,

²²¹ *Op. cit.*, p. 27.

²²² *Op. cit.*, p. 28.

²²³ QUEIROZ, Cristina – *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 120.

declarado irrevisível pelo legislador constitucional, sob pena de anulação, revogação ou aniquilamento do direito em causa, ou corresponde a um núcleo de concretização legislativa, num plano não já constitucional, mas legislativo, e, nesses precisos termos, revisível, dentro de determinados parâmetros, e em conjugação com as políticas públicas constitucionalmente previstas”²²⁴.

Isto porque entende dispor o legislador de amplas possibilidades de conformação do direito infra-constitucional, podendo reduzir ou mesmo eliminar um padrão de protecção já alcançado sem com isso descer aquém do nível mínimo de protecção constitucionalmente requerido, logo, sem ofender o princípio da proibição da insuficiência.

Porém, tal princípio poderá ser violado “se o legislador suprimir, sem qualquer alternativa ou compensação, acções de tipo negatório, pois daqui resulta uma lacuna de protecção tão massiva ou generalizada que, neste aspecto, não estaria satisfeita a exigência de uma realização eficiente do dever de protecção dos direitos fundamentais, decorrente da cláusula do Estado de Direito democrático, ínsita no artigo 2.º da Constituição”²²⁵.

Para nós, e conforme decorre do Acórdão n.º 509/2002, o direito a um mínimo de existência condigna assume, pois, uma dupla vertente já que tanto se configura como um direito de defesa (abstenção) contra o Estado, como um direito a prestações positivas.

Nesse sentido, MELO ALEXANDRINO²²⁶ aponta o direito a um mínimo de existência condigna como um exemplo de direitos fundamentais de tipo “híbrido”, uma vez que comunga de características normalmente associadas tanto aos direitos de liberdade como aos direitos sociais.

A discussão coloca-se, assim, em perceber se todos aqueles que não conseguem garantir uma vida com um mínimo de dignidade deterão um direito subjectivo (e plenamente justiciável), pois há quem sustente – como REIS NOVAIS²²⁷ – que, ainda que se possa aceitar a natureza jusfundamental deste direito, o mesmo não possui um conteúdo suficientemente determinado.

Da nossa parte, preferimos seguir a linha argumentativa de ALMEIDA RIBEIRO²²⁸, o qual, debruçando-se sobre o tema – em concreto, quanto à decisão do TCP no Acórdão n.º

²²⁴ *Op. cit.*, p. 120.

²²⁵ *Op. cit.*, p. 121.

²²⁶ ALEXANDRINO, José de Melo – *Direitos Fundamentais - Introdução Geral*. 2ª Edição. Estoril: Principia, 2011, p. 50.

²²⁷ NOVAIS, Jorge Reis – *Direitos Sociais, Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*. Lisboa: AAFDL Editora, 2017 p. 196.

²²⁸ RIBEIRO, Gonçalo Almeida – *Controlo judicial das restrições aos Direitos Sociais*. Volume 7, n.º 3. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas (ICJP), 2020, p. 68.

509/02, de considerar ter sido violado o “direito a um mínimo de existência condigna”, extraído do princípio da dignidade humana e do direito à segurança social – começa por assinalar ser “(...) inegável que aos direitos sociais, sobretudo na sua dimensão preponderante, a positiva ou prestacional, é geralmente reconhecida uma força jurídica diminuída em relação aos direitos de liberdade”, o que se traduz numa jurisprudência tendencialmente tímida em matéria de direitos sociais.

No entanto, não deixa de considerar que, de entre os vários argumentos que militam a favor de uma convicta dicotomia entre direitos de liberdade e direitos sociais, somente o das “diferenças estruturais” entre as duas classes de direitos tem mérito evidente pelo que, não as negando, propõe-se, no entanto, a relativizá-las.

Para tanto, expende que, num universo significativo de casos, “(...) não há nenhum obstáculo estrutural (nem de outra natureza) a que as intervenções legislativas no domínio dos direitos sociais, mormente na sua dimensão preponderante de direito a prestações – em sentido estrito – sejam submetidas ao escrutínio judicial baseado no princípio da proporcionalidade, característico do modelo de controlo das restrições aos direitos de liberdade”²²⁹, dando como exemplo, precisamente, o direito ao mínimo de existência condigna.

O autor parte da análise do (já citado) Acórdão n.º 509/02, justamente identificado como a mais relevante decisão do TCP em matéria de direitos sociais, e onde os argumentos confluíram no sentido de se determinar se a ordem constitucional salvaguarda o direito a um mínimo de existência condigna.

Nota, contudo, o autor que “Pela forma como deduziu o direito fundamental ao mínimo de existência condigna, o Acórdão n.º 509/02 é mais explícito na análise do seu conteúdo do que na determinação do seu objeto”²³⁰(sublinhado nosso).

Na verdade, o aresto (como já salientámos anteriormente), partindo da constatação que a jurisprudência constitucional já reconhecia um direito defensivo sobre o mínimo de existência condigna, inferiu um direito positivo com o mesmo objecto, correlativo de um dever estatal de prestações destinadas a suprir a carência de meios para uma existência condigna.

No Acórdão é, contudo, menos claro o que se entende por “mínimo de existência condigna” como objecto de um direito fundamental.

Nesse sentido, ALMEIDA RIBEIRO²³¹ nota – com doura pertinência – ser incorrecto dizer-se que o direito assegura a dignidade, a existência ou a sobrevivência “pelo mínimo”,

²²⁹ *Op. cit.*, p. 69.

²³⁰ *Op. cit.*, p. 72.

²³¹ *Op. cit.*, p. 73.

sendo uma tautologia afirmar-se que os meios materiais são “mínimos” no sentido de adequados, suficientes ou apropriados.

“Assim, em vez de um direito ao “mínimo”, é preferível falar-se de um direito a um rendimento visando certa finalidade ou efeito. E que finalidade ou efeito vêm a ser esses – a subsistência física ou a existência condigna do indivíduo? Não há dúvida de que se trata da segunda hipótese”.

Efectivamente, e tal como o autor, não podemos deixar de concordar que o suprimento de carência de meios de sobrevivência possibilita ou dá satisfação ao direito fundamental à vida, mas não permite o gozo efectivo do conjunto das liberdades, individual ou colectivamente consideradas.

Isto porque os bens sobre os quais incidem a generalidade dos direitos sociais constituem condições materiais para o pleno aproveitamento das liberdades fundamentais, de que os seres humanos são titulares em função do reconhecimento da sua dignidade pessoal.

“É nessa relação de dependência recíproca entre direitos de liberdade e direitos sociais, aqueles como razão para que estes se tenham por fundamentais e estes como condição para que aqueles sejam efectivamente gozados, que se encontra a chave para a grande unidade axiológica e funcional de que participam uns e outros – o estatuto fundamental de pessoa –, uma unidade que nem a diversidade estrutural de conteúdo nem a verificação regular de colisões obscurecem”²³².

Logo, o direito a um rendimento necessário não pode, assim, deixar de ter por horizonte a antropologia constitucional que destaca a singularidade de uma existência humana por respeitar a uma condição que se presume indispensável para essa forma especial de existência.

Entendemos, pois – tal como ALMEIDA RIBEIRO – não ser suficiente garantir um rendimento de sobrevivência, já que o objecto do direito fundamental é um rendimento de existência condigna, apto a satisfazer as necessidades associadas ao exercício das liberdades, e, de resto, a jurisprudência vertida no Acórdão n.º 509/02 parece inequivocamente inclinar-se nesse sentido.

Desde logo, porque não invoca, como fundamento principal para o direito à existência condigna, o direito à segurança social, e muito menos o direito à vida, mas sim o princípio da dignidade humana.

Daí que ALMEIDA RIBEIRO²³³ traga à colação o “objecto alargado” deste direito fundamental na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, em concreto aresto

²³² *Op. cit.*, p. 73.

²³³ *Op. cit.*, p. 74.

onde se propugna que a GG “(...) salvaguarda a totalidade do mínimo de existência através de uma garantia jusfundamental que inclui tanto a existência física do indivíduo, ou seja, alimentação, vestuário, mobiliário, habitação, aquecimento, higiene e saúde, como a possibilidade de participação na vida social, cultural e política, dado que os seres humanos, enquanto pessoas, existem necessariamente num contexto social.”²³⁴.

Definido o seu conteúdo (integrador de uma dimensão negativa e outra positiva ou prescricional) e determinado o seu objecto (um rendimento de existência condigna), imperioso se torna delimitar o âmbito de protecção da norma constitucional.

Isto porque o Acórdão n.º 509/02 conclui na sua fundamentação que “a norma em apreciação vem atingir o conteúdo mínimo do direito a um mínimo de existência condigna, postulado, em primeira linha, pelo princípio do respeito pela dignidade humana”.

O que coloca, desde logo, o problema de saber se a ordem constitucional salvaguarda apenas o conteúdo mínimo da dimensão positiva do direito a um rendimento de existência condigna ou se o protege na sua totalidade, sendo que a noção de “conteúdo mínimo” do direito a um rendimento de existência condigna não é, para ALMEIDA RIBEIRO²³⁵, isenta de crítica.

Desde logo, porque ela pressupõe a determinação *a priori*, de um nível absolutamente mínimo de rendimento, o que é manifestamente impossível, até porque a realização da dimensão positiva deste direito está sujeita a uma reserva de possibilidade ou sustentabilidade financeira, a cargo do legislador, pelo que facilmente se cairá na tentação de empurrar a definição do núcleo desse direito para a noção de sobrevivência, degradando o objecto do direito fundamental e descaracterizando a sua identidade axiológica.

Depois, porque a redução da tutela constitucional ao respeito por um conteúdo mínimo (ainda que se admitisse que este pode ser determinado) implica a impossibilidade do controlo judicial das opções legislativas situadas para além desse domínio.

Isto porque “(...) A divisão de competência entre o legislador e o juiz seria estabelecida segundo um critério extensivo: ao juiz o “conteúdo mínimo”, ao legislador o “resto do direito”. Ora, não é este o paradigma constitucional de controlo judicial das restrições ou limitações aos direitos fundamentais”²³⁶.

Efectivamente, é bom de notar que a ordem constitucional não salvaguarda apenas o “conteúdo mínimo” (por exemplo) da liberdade de expressão ou da presunção de inocência,

²³⁴ BVerfG, *Urteil des Ersten Senats vom 09. Februar 2010*, 1 BvI 1/09, 134-35.

²³⁵ *Op. cit.*, p. 75.

²³⁶ ALMEIDA RIBEIRO, *op. cit.*, p.76.

pois os direitos fundamentais integram-na plenamente, sem prejuízo de se reconhecer a necessidade de restrição dos direitos “para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente definidos”, como previsto no n.º 2 do art.º 18.º da CRP, tarefa que é do legislador e sujeitando-se as opções deste a controlo judicial.

Logo, propugna o autor que, em vez do paradigma do conteúdo mínimo, justificar-se-ia a sua substituição pela noção de que a protecção constitucional abrange todo o direito fundamental a um rendimento de existência condigna “(...) nas suas dimensões negativa e positiva, sem prejuízo da possibilidade de restrições nos termos gerais, nomeadamente com respeito pelo princípio da proporcionalidade”.

Nestes termos, e quanto à questão de constitucionalidade que se colocava no Acórdão do TCP n.º 509/02, a mesma poderia ser reformulada, avistando-se saber (isso sim) se a norma que excluía os menores de 25 anos do acesso ao Rendimento Social de Inserção constituía uma restrição do direito fundamental a um rendimento de existência condigna (compreendido na vertente assistencial do direito à segurança social) e, concomitantemente, se essa restrição (a existir) era legítima e proporcional.

Não se ignora, todavia, que a questão assim gizada abre o flanco à doutrina (tradicional) que milita contra a subsunção dos direitos sociais no modelo de controlo judicial de restrições legislativas usado no domínio dos direitos de liberdade.

Desde logo, o primeiro argumento expendido pela doutrina tradicional é o de que os direitos sociais (em geral) e o direito a um rendimento de existência condigna (em particular) não têm densidade constitucional suficiente para que se logrem identificar ablações, interferências ou sacrifícios, como acontece nos direitos de liberdade.

Isto porque os direitos de liberdade incidem sobre bens ditos “naturais” (como a vida), ao contrário dos direitos sociais que recaem sobre bens “artificiais”, porque carecidos de intervenção do legislador.

Não se contesta que o objecto dos direitos sociais tem associada essa artificialidade, mas o facto de a sua existência depender do legislador não significa que a essência do seu objecto esteja, igualmente, no âmbito de disposição daquele.

É que, como afirma ALMEIDA RIBEIRO²³⁷, “Para além dos casos de definição constitucional explícita de algumas dimensões do objecto do direito (...) – como o direito à segurança social – (...) a obra legislativa é guiada, mesmo no que diz respeito a um direito largamente não-escrito, como é o direito a um rendimento de existência condigna, pelo sentido da

²³⁷ *Op. cit.*, p. 80.

protecção constitucional”.

Logo, conclui (pertinentemente) que a objecção tradicional subestima o alcance das normas constitucionais atinentes aos direitos sociais, ao mesmo tempo que exagera a determinação das normas relativas aos direitos de liberdade, até porque, também nestes últimos, alguns deles incidem sobre objectos artificiais, como é o caso da garantia do juiz natural, prevista no n.º 9 do art.º 32.º da CRP.

Advoga, igualmente, a doutrina tradicional que a dimensão positiva do direito a um rendimento de existência condigna corresponde a um dever estatal de *facere*, sendo que as garantias dos deveres constitucionais de agir são muitos débeis, por força, desde logo, do princípio da separação de poderes e, bem assim, por força da própria natureza do poder judicial, que se resumem, essencialmente, à fiscalização (de mera verificação do incumprimento) corporizada pela inconstitucionalidade por omissão (prevista no art.º 283.º da CRP).

Todavia, este reparo apenas se mostra certo quando o que está em causa é garantir um dever de *facere* integralmente por cumprir ou cumprido de forma defeituosa pelo legislador no momento da sua concretização.

Assim não será, no entanto, quando o que está em causa é a apreciação da constitucionalidade de uma acção legislativa que redunde na exclusão de certa categoria de pessoas do acesso ao bem, ou na redução do nível de protecção anteriormente concedido.

Ou, nas palavras do Acórdão do TCP n.º 39/84²³⁸, “Quer isto dizer que, a partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas para realizar um direito social, o respeito constitucional deste deixa de consistir (ou deixa de consistir apenas) numa obrigação positiva, para se transformar (ou passar a ser) uma obrigação negativa. O Estado, que está obrigado a actuar para dar satisfação ao direito social, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social”.

Não obstante, nos direitos sociais o dever estatal continuar a ser, primordialmente, um dever de prestação positiva, não podendo deixar igualmente de se falar de um dever acessório de não o limitar ou restringir o seu nível de protecção, o qual – tal como defendido por ALMEIDA RIBEIRO²³⁹ – entendemos que pode ser controlado pela jurisdição constitucional através da apreciação da sua conformidade com a CRP e da eventual invalidação de uma norma.

Um terceiro argumento aventado pela doutrina tradicional funda-se no raciocínio de que, assim gizado o modelo de restrições aos direitos sociais, o mesmo conduz, fatalmente, à “constitucionalização” da legislação ordinária anterior, precisamente por atribuir um nível de

²³⁸ Proferido no Proc. n.º 6/83 e disponível em tribunalconstitucional.pt.

²³⁹ *Op. cit.*, p. 83.

protecção mais robusto e restaurando-se o princípio da proibição do retrocesso, sistematicamente descartado pela jurisprudência do TCP.

Mais uma vez o argumento não colhe, já que – e socorrendo-nos novamente do Acórdão do TCP n.º 39/84 – o mesmo clarifica, de forma certa, que o objecto de protecção constitucional não é o instrumento normativo, sobre o qual somente incide o direito fundamental.

Na verdade, a sindicância do carácter restritivo da medida assentará, não na comparação entre o objecto da protecção legal antes e depois da alteração legislativa, mas sim entre o objecto do direito configurado a nível constitucional e o nível de protecção que resulta da alteração legislativa.

Dito de outra forma, não basta que a alteração promovida pelo legislador ordinário implique uma redução do nível de protecção, sendo igualmente fundamental averiguar um eventual recuo do nível de concretização legal do direito fundamental, assim se evitando que se estabeleça uma (fatal) confusão entre o plano constitucional e o legal, e se esfume a ameaça ao princípio democrático associado à proibição de retrocesso social.

Acresce, igualmente, que a crítica assim erigida pela doutrina tradicional nem sequer encontra campo de aplicação nos casos em que uma norma opere não uma regressão, mas uma exclusão do acesso ao bem por certa categoria de pessoas, pois do que aqui se tratará é de um défice de protecção, e não de um retrocesso social.

Por fim, aduz igualmente a doutrina tradicional que o rendimento de existência condigna (como, de resto, os direitos sociais enquanto direitos positivos), se encontram sob uma reserva de possibilidade financeira, da prerrogativa do legislador, a qual, a ser desconsiderada, interfere com o princípio constitucional da separação de poderes.

Todavia, e como já anteriormente se afirmou, a natureza restritiva de uma medida não implica, necessariamente, que a mesma seja inconstitucional, já que “(...) constitui apenas o pressuposto de uma sequência de testes cumulativos – legitimidade, adequação, necessidade e justa medida – através da qual se exerce o controlo judicial da proporcionalidade em sentido amplo”²⁴⁰.

Constituindo o n.º 2 do art.º 18.º da CRP o critério constitucional que releva para aferição do controlo da proporcionalidade de normas restritivas, o mesmo aplica-se somente aos direitos, liberdades e garantias e – por força do art.º 17.º do mesmo diploma – aos direitos fundamentais de natureza análoga.

²⁴⁰ ALMEIDA RIBEIRO, op. cit., pp. 85 e 86.

Nesse sentido, podemos ser tentados a concluir que o direito a um rendimento de existência condigna é um direito de natureza análoga (por força do art.º 17.º da CRP) apenas quando se trata da sua dimensão negativa, isto é, como direito de defesa contra ablações patrimoniais empreendidas pelo poder público, o que não se afigura correcto.

Na verdade, constituindo os direitos fundamentais uma unidade axiológica e gozando – todos eles – de protecção jurídica correspondente ao respectivo escalão constitucional, a exclusão dos direitos positivos (ou a prestações) do âmbito do art.º 18.º da CRP basear-se-ia exclusivamente no mero reconhecimento de que estes não comungam de todas as características estruturais do regime aí estabelecido.

Logo, não existe nenhuma razão que impeça a aplicação aos direitos positivos das parcelas daquele regime global, conquanto se mostrem compatíveis com a sua natureza, pelo que seria arbitrário fazer depender a aplicação de parte do regime, da possibilidade da sua aplicação integral.

Assim, tal como ALMEIDA RIBEIRO²⁴¹, entendemos que a dimensão positiva do direito a um rendimento de existência condigna tem natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias “(...) para efeitos de aplicação do regime das restrições, porque não há nenhum obstáculo estrutural a essa possibilidade sempre que se trata de sindicar uma norma que tem um efeito de exclusão ou regressão, constitucionalmente relevante, do nível de protecção social concedido pela lei”.

De notar, quanto ao alcance deste modelo de controlo judicial e tendo em mira o direito a um rendimento de existência condigna, é que este último (mesmo na sua vertente prestacional) não se confunde com a prestação social criada pelo legislador, pois – no caso concreto visado pelo Acórdão do TCP n.º 509/02 – uma coisa é o direito fundamental ao rendimento de existência condigna, outra (bem diversa) é o direito legal ao Rendimento Social de Inserção, sendo que neste último o legislador goza de larga liberdade de escolha quanto à forma de o cumprir.

E daqui se infere a importante noção – que teremos de ter sempre presente – de que não é o regime legal que determina o objecto do direito fundamental.

Ademais, e quanto ao alcance de juízos de inconstitucionalidade que versem sobre normas de exclusão ou regressão do nível de protecção social, não se coloca em causa poder o legislador instituir meios alternativos de apoio social, estando-lhe vedado (isso sim) excluir o seu acesso a um determinado grupo de pessoas sem garantir uma alternativa suportada em critérios objectivos e sindicáveis.

²⁴¹ *Op. cit.*, p. 89.

Em suma, e como conclui ALMEIDA RIBEIRO²⁴², o modelo de controlo das restrições aos direitos de liberdade “(...) pode e deve ser aplicado ao próprio controlo judicial das intervenções legislativas no domínio dos direitos sociais como direitos positivos ou a prestações, não de syndicar a omissão absoluta ou relativa – um déficit vertical – de medidas legislativas de protecção social, mas uma actuação do legislador que opera a exclusão de certa categoria de pessoas ao acesso a um bem social – um déficit horizontal – ou uma regressão constitucionalmente relevante no nível de protecção social anteriormente concedido pela lei”.

A este dever de prestar dever-se-á associar um dever acessório de conteúdo negativo de não limitação ou destruição da habilitação legal indispensável ao cumprimento integral do dever principal.

Como o próprio propugna, “o reconhecimento deste facto é um passo importante no sentido de se “tomarem a sério” os direitos sociais como direitos fundamentais, ao mesmo tempo que exerce um efeito racionalizador sobre a justiça constitucional, obviando ao perigo de um “constitucionalismo dos princípios” sem critério dogmático e freio político”²⁴³.

Da nossa parte, porém, propomo-nos ir mais longe, como adiante enunciaremos.

Como já tivemos oportunidade de salientar, o conceito de dignidade humana globalizou-se, o mesmo se podendo dizer do conceito de existência condigna, o qual pode ser encontrado no art.º 25.º da DUDH, bem como no art.º 11.º do PIDESC.

De notar que, mesmo não tendo a CEDH uma referência expressa à noção de existência condigna, costuma chamar-se à colação, ainda assim, e pela similitude de conceitos, a decisão do TEDH no caso *Aleksandra Larioshina v. Russian Federation*²⁴⁴, onde esta cidadã russa reclamava que, em determinado período, a sua pensão de velhice paga pela segurança social do seu país não se mostrava corretamente calculada, sendo que reclamava ainda o direito a uma pensão de viuvez concedida a mulheres de ex-combatentes da segunda guerra mundial, insurgindo-se contra a exiguidade de meios de que dispunha para sobreviver.

O TEDH considerou que uma queixa sobre um montante insuficiente de pensão (e demais prestações sociais), pode – em princípio – fazer apelo ao disposto no art.º 3.º da CEDH, o qual proíbe o tratamento desumano ou degradante.

No entanto, e atendendo ao caso concreto, considerou não estar suficientemente demonstrado que os montantes recebidos a título de pensão pela queixosa lhe causaram danos (físicos ou psicológicos) com a gravidade que se exige naquele art.º 3.º.

²⁴² *Op. cit.*, p. 93.

²⁴³ ALMEIDA RIBEIRO, *op. cit.*, p. 94.

²⁴⁴ Proferida a 23/04/2002, relativa à queixa n.º 56869/00, disponível em <https://www.echr.coe.int/>.

Igualmente no âmbito da CDFUE, a existência condigna é afluída no n.º 3 do art.º 34.º, em contexto de direito assistencial, ao prescrever que “(...) a União reconhece e respeita o direito a uma assistência social e a uma ajuda à habitação destinadas a assegurar uma existência condigna a todos aqueles que não disponham de recursos suficientes (...)”.

A “existência condigna”, porém, foi apenas estendida aos direitos das pessoas idosas (nos termos do disposto no art.º 25.º da CDFUE), sendo que a “remuneração” é apenas mencionada a propósito da igualdade entre homens e mulheres, não merecendo especial atenção por parte da Convenção.

Segundo CATARINA BOTELHO²⁴⁵, no plano constitucional português, o direito a um mínimo de existência condigna, entendido como um direito análogo aos direitos, liberdades e garantias, poderá ser retirado do princípio da dignidade humana vertido no art.º 1.º da CRP.

Para a autora, “Ainda que a nossa Constituição não preveja no seu texto o direito a uma existência condigna, faz alusão a esta ideia, na parte final da alínea a) do n.º 1 do artigo 59.º, quando se consagra o direito à paridade retributiva de forma a garantir uma existência condigna”.

Permito-nos, no entanto, pretextar que a alínea a) do n.º 1 do art.º 59.º da CRP não consagra apenas ou principalmente o direito à paridade retributiva e, salvo o devido respeito, não consideramos que a “alusão” à existência condigna esteja associada em particular à paridade retributiva ínsita na norma constitucional.

Tal entendimento tem sido igualmente replicado em jurisprudência (recente) do TCP, nomeadamente no Acórdão n.º 313/2021²⁴⁶, o qual se debruçou sobre o recurso de constitucionalidade da norma contida na alínea k) do n.º 1 do art.º 6.º da Lei n.º 13/2003, de 21 de Maio, diploma que criou o “rendimento social de inserção” (RSI).

O preceito em causa estabelece que o reconhecimento do direito ao rendimento social de inserção depende de o requerente (à data de apresentação do requerimento), cumprir, cumulativamente, determinadas condições, entre elas “não se encontrar em prisão preventiva ou cumprir pena de prisão, salvo nos 45 dias anteriores à data previsível de libertação”.

Em concreto, o recorrente invocava que esta norma estava em desconformidade com o princípio da dignidade humana e o direito à segurança social, consagrados, respectivamente, nos artigos 1.º e 63.º da CRP, bem como o princípio da igualdade (art.º 13.º), na medida em que – segundo o mesmo – discriminava negativamente, de forma excessiva e desrazoável, os reclusos em razão da sua condição social.

²⁴⁵ *Op. cit.*, p. 269.

²⁴⁶ Acórdão n.º 313/2021, disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt>.

Começa, lapidariamente, o aresto por referir que o direito das pessoas a recursos e prestações indispensáveis a viver conforme a dignidade humana – o denominado direito ao mínimo para uma existência condigna – “(...) há décadas que foi autonomizado pela jurisprudência constitucional como direito fundamental que não se dissolve noutros direitos fundamentais” (sublinhado nosso).

Ressalta, todavia, que “A Constituição não prevê no seu texto o direito a um mínimo para uma existência condigna – na revisão de 2001 foi proposta a consagração de um direito desse tipo, mas sem êxito –, embora haja afloramento de tal ideia na parte final da alínea a) do n.º 1 do artigo 59.º quando se consagra o direito à paridade retributiva “de forma a garantir uma existência condigna”.

Reconhece o aresto que, não obstante, a jurisprudência constitucional reconheceu-o e desenvolveu-o autonomamente a partir do princípio da dignidade humana em conjugação com o direito à segurança social em situações de carência, o que – nota – “(...) tem suscitado relevantes questões jusfundamentais quanto ao seu conteúdo, objeto e força jurídica”.

Da nossa parte, e quanto à garantia constitucional de uma existência condigna, preferimos o enquadramento gizado pelo Acórdão do TCP n.º 257/2008²⁴⁷, onde a questão subjacente ao recurso era a de saber se, em concurso de credores, devia ser dada preferência, na graduação dos créditos reconhecidos em relação aos imóveis integrados na massa falida, aos trabalhadores ou aos bancos recorridos, com base em hipoteca.

O acórdão em apreço não deixou – pertinentemente – de salientar que a retribuição da prestação laboral, quer na sua causa, quer na sua destinação típica, está intimamente ligada à pessoa do trabalhador, sendo a contrapartida do seu labor posta ao serviço da entidade patronal.

Mais importante, a retribuição assume-se como o único ou principal meio de subsistência do trabalhador, “(...) que se encontra numa situação de dependência da retribuição auferida na execução do contrato para satisfazer as suas necessidades vivenciais”.

E, para o aresto em análise, é precisamente esta dimensão pessoal e existencial que qualifica diferentemente os créditos laborais, justificando a tutela constitucional reforçada de que gozam.

“É, na verdade, esta perspectiva valorativa que levou à consagração do direito à retribuição do trabalho entre os direitos dos trabalhadores enumerados no n.º 1, alínea a), do artigo 59.º da CRP, por forma a garantir uma existência condigna – direito este já expressamente con-

²⁴⁷ Acórdão n.º 257/2008, disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt>.

siderado pelo Tribunal Constitucional como um direito de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias”.

Ressaltou mesmo que, no caso em apreço, o ponto de partida e o quadro normativo primordial de referência era o do direito à retribuição, consagrado na alínea a) do n.º 1 do art.º 59.º da CRP.

Vai mais longe, referindo – lapidarmente – que “Como a norma expressamente acentua – nos seus próprios termos, tem-se em vista “garantir uma existência condigna” – o reconhecimento de tal direito exprime o valor básico da dignidade da pessoa humana (artigo 1.º da CRP), constituindo, no seu específico âmbito de protecção, um instrumento do preenchimento das condições materiais da realização deste valor. E o relevo nuclear do direito à (justa) retribuição do trabalho é atestado pela vinculação do legislador ao estabelecimento de garantias especiais para os salários (n.º 3 do artigo 59.º)” (sublinhado nosso).

É este o nosso ponto: mais do que se realçar que a alínea a) do n.º 1 do art.º 59.º da CRP “afloresce” ou “faz alusão” à ideia de existência condigna quando consagra o “direito à paridade retributiva”, o que transparece mais exuberantemente da norma é o direito do trabalhador à retribuição como forma de garantir uma existência condigna.

Mais, não apenas o direito do trabalhador à retribuição, mas a justa retribuição, pois só esta lhe permitirá a satisfação das suas “necessidades vivenciais”.

Acresce – reiteramos – que como decorre da fundamentação do Acórdão do TCP n.º 509/02 (já analisado) “a norma em apreciação vem atingir o conteúdo mínimo do direito a um mínimo de existência condigna, postulado, em primeira linha, pelo princípio do respeito pela dignidade humana”.

Somos, no entanto, mais ambiciosos, propondo-nos alargar a construção dogmática empreendida pelo Acórdão do TCP n.º 313/21 – como da esmagadora maioria dos arestos que reconhecem o direito a um mínimo de existência condigna – para o desenvolver autonomamente a partir do princípio da dignidade humana em conjugação com o direito à segurança social em situações de carência.

Temos, para nós, claro que o direito a um rendimento de existência condigna resulta, igualmente, do art.º 59.º da CRP, já que a alínea a) do seu n.º 1 estatui terem os trabalhadores direito a uma retribuição que lhes garanta uma existência condigna, atribuindo-lhes, para tanto – alínea a) do n.º 2 – o direito ao estabelecimento e actualização (por parte do Estado) de um salário mínimo.

Detenhamo-nos, neste particular, na jurisprudência vertida no Acórdão do TCP n.º

177/02²⁴⁸, onde o Procurador-Geral Adjunto no Tribunal Constitucional veio requerer a declaração de inconstitucionalidade da norma constante dos números 1 e 2 do art.º 824.º do CPC “na medida em que permitia a penhora até 1/3 das prestações periódicas pagas a título de aposentação ou de outra regalia social, seguro, indemnização por acidente ou renda vitalícia, ou de quaisquer outras pensões de natureza semelhante, cujo valor não seja superior ao do salário mínimo nacional então em vigor”.

Para tanto, invocou ter sido a norma julgada inconstitucional “por violação do princípio da dignidade humana contido no princípio do Estado de Direito, que resulta das disposições conjugadas dos artigos 1.º, 59.º n.º 2 alínea a) e 63.º números 1 e 3 da CRP pelo Acórdão n.º 318/99 (...)”.

Notificado para o efeito o Primeiro-Ministro (à data) pronunciou-se no sentido da não inconstitucionalidade, alegando, em síntese, que, para a Constituição, o salário mínimo representa a garantia de uma “retribuição mínima pelo trabalho desenvolvido”, imposta pelo princípio da justiça, não tendo natureza de “prestação de carácter assistencialista” nem reflectindo um critério de “garantia do rendimento mínimo, adequado e necessário a uma existência condigna”.

Assim, para o Primeiro-Ministro, a querer encontrar-se um critério de aferição desse mínimo, seria mais adequado recorrer aos que são utilizados no domínio dos regimes de segurança social ou para a fixação do rendimento mínimo garantido.

O certo é que o aresto em análise não viria a acolher os argumentos apresentados pelo chefe do governo por considerar, desde logo, que a existência de outras referências possíveis não invalidava que o TCP pudesse considerar, como considerava, que o valor do salário mínimo constituía referência adequada ao caso *sub judice*.

Isto porque entendeu que nenhum obstáculo resultava da consideração de que o salário mínimo representa a garantia de uma retribuição mínima pelo trabalho desenvolvido e que tem subjacente um princípio de justiça, não sendo considerado como prestação de carácter assistencialista.

Efectivamente, não deixou o aresto de considerar que “Como se afirmou no acórdão n.º 318/99 e resulta da análise dos sucessivos diplomas relativos à criação e às diversas actualizações introduzidas no respectivo montante, ao fixar o regime do salário mínimo nacional o legislador teve presente a intenção de garantir “a remuneração básica estritamente indispensável para satisfazer as necessidades impostas pela sobrevivência digna do trabalhador” (acórdão n.º

²⁴⁸ Acórdão n.º 313/21, disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt>.

318/99)” (sublinhado nosso).

Para espelhar tal desiderato legal, imposto pelo comando constitucional ínsito na alínea a) do n.º 2 do art.º 59.º da CRP, o Acórdão em apreço traz à colação o Decreto-Lei n.º 217/74, de 27 de Maio, diploma que introduziu, precisamente, no ordenamento jurídico português, o regime do salário mínimo.

Notou, pertinentemente, que da leitura do preâmbulo do diploma decorre que o salário mínimo foi concebido como um dos “(...) benefícios sociais especialmente dirigido a melhorar a situação das classes que se encontram em pior situação (ponto 4.), juntamente com várias prestações de carácter social previstas no mesmo diploma destinadas a melhorar os “níveis de vida muito baixos” da “generalidade do povo português, especialmente a classe trabalhadora” (ponto 1.)”.

Ademais, anotou o TCP (que acabou por declarar inconstitucional a norma do CPC em crise) que essa preocupação se manteve “(...) por exemplo no diploma, que, por último, veio actualizar o respectivo montante (o Decreto-Lei n.º 325/2001, de 17 de Dezembro) e que teve como objectivo permitir, em simultâneo, uma elevação sustentada do poder de compra dos trabalhadores e da competitividade das empresas nacionais”.

Logo, para o Acórdão do TCP n.º 177/02 esta dupla ordem de considerações é imposta pela alínea a) do n.º 2 do art.º 59.º da CRP quando, ao determinar que cabe ao Estado “o estabelecimento e actualização do salário mínimo nacional” aponta como critérios a ter em conta, para além de outros factores, as necessidades dos trabalhadores e o aumento do custo de vida.

Neste particular, não podemos deixar de relembrar que a Directiva (EU) 2022/2041 do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa a salários mínimos adequados na União Europeia, institui no art.º 5.º um procedimento para a sua fixação tendo por objectivo (entre outros) alcançar um nível de vida digno e diminuir a pobreza no trabalho.

Para tanto, enuncia que os critérios a levar em conta pelos Estados-Membros na fixação desse salário mínimo adequado, incluem, no mínimo, os seguintes elementos: o poder de compra dos salários mínimos nacionais, tendo em conta o custo de vida; o nível geral de salários e sua distribuição; a taxa de crescimento dos salários; os níveis e a evolução da produtividade nacional a longo prazo.

Previamente, no seu preâmbulo, a Directiva (EU) 2022/2041 não deixa de realçar que a CSE estabelece que todos os trabalhadores têm direito a condições de trabalho justas, reconhecendo o direito de todos os trabalhadores a uma remuneração suficiente para lhes assegurar, assim como às suas famílias, um nível de vida digno.

De igual modo se enuncia que o capítulo II do Pilar Europeu dos Direitos Sociais («Pilar») - proclamado em Gotemburgo em 17 de Novembro de 2017 - estabelece um conjunto de princípios que servem de orientação para garantir condições de trabalho justas.

Nesse sentido, o princípio 6 do Pilar reafirma o direito dos trabalhadores a salários justos que garantam um nível de vida digno, estabelecendo ainda que deve ser garantido um salário mínimo adequado, de forma a permitir a satisfação das necessidades do trabalhador e da sua família.

Por seu turno, a Orientação n.º 5 no anexo da Decisão (UE) 2020/1512 do Conselho²⁴⁹, exorta os Estados-Membros a dispor de métodos nacionais de fixação dos salários mínimos nacionais destinados a garantir salários justos que possibilitem um nível de vida digno, apresentando simultaneamente especial atenção aos grupos de rendimentos mais baixos e médios.

Além disso, a Comunicação da Comissão de 17 de Dezembro de 2019, intitulada «Estratégia Anual para o Crescimento Sustentável 2020»²⁵⁰, recorda que, no contexto das crescentes clivagens sociais, é importante assegurar que cada trabalhador receba um salário justo.

Isto porque em tal Comunicação não se descarta que “(...) a pobreza no trabalho continua acima dos níveis anteriores à crise, com quase 1 em cada 10 trabalhadores em risco”.

É igualmente expresso que, quando fixados em níveis adequados, os salários mínimos, protegem o rendimento dos trabalhadores (mormente dos trabalhadores desfavorecidos), contribuindo decisivamente para assegurar um nível de vida digno, como propugnado pela Convenção n.º 131 da OIT.

Na verdade, e ainda de acordo com a Directiva (EU) 2022/2041, em 2018, em nove Estados-Membros, o salário mínimo nacional não proporcionava um rendimento suficiente para que um trabalhador solteiro saísse do limiar de risco de pobreza.

Ora, de acordo com o Instituto Nacional de Estatística (INE), na informação sobre a síntese económica de conjuntura portuguesa relativa a Outubro de 2022²⁵¹ refere-se que os “sinais de abrandamento da economia acumulam-se num contexto de elevada inflação”.

Concretiza, registando que, em Portugal, o Produto Interno Bruto (PIB) registou uma variação homóloga de 4,9% no terceiro trimestre de 2022 (7,4% no trimestre anterior) o que, comparando com o 2.º trimestre de 2022, aumentou 0,4% em volume, mais 0,3 pontos percentuais que o registado no ano anterior.

²⁴⁹ De 13 de outubro de 2020, relativa às orientações para as políticas de emprego dos Estados-Membros, publicada no JO L 344 de 19.10.2020, p. 22.

²⁵⁰ Directiva 2022/2041, disponível em <https://eur-lex.europa.eu>.

²⁵¹ Disponível em https://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine_destaques&DESTAQUES_dest_boui=539383705&DESTAQUESmodo=2

De igual modo, assinala que “A variação homóloga do Índice de Preços no Consumidor (IPC) foi 10,1% em outubro de 2022, a taxa mais elevada desde maio de 1992, superior em 0,8 pontos percentuais (p.p) à do mês anterior” (sublinhado nosso).

Nas classes com contribuições positivas para a variação homóloga do IPC destacam-se “Bens alimentares e bebidas não alcoólicas”, “Habitação, água, eletricidade, gás e outros combustíveis”, “Transportes” e “Restaurantes e hotéis”, com variações de 18,6%, 18,5%, 9,9% e 16,3%, respectivamente.

Em Outubro de 2022, “(...) a componente de bens do IPC registou uma variação homóloga de 13,5%, valor mais elevado desde janeiro de 1986 (11,9% em setembro), enquanto a componente de serviços aumentou 5,1% em outubro (5,3% nos dois meses precedentes)” (sublinhado nosso).

Por outro lado, a remuneração bruta mensal média por trabalhador (por posto de trabalho) aumentou 4,0% no trimestre terminado em Setembro de 2022 em relação ao mesmo período de 2021, sendo que a componente regular e a componente base daquela remuneração aumentaram 3,8% e 3,7%.

“Em termos reais, tendo como referência a variação do Índice de Preços do Consumidor, a remuneração bruta total média diminuiu 4,7%. As componentes regulares e base diminuíram ambas 4,9%. Estes resultados abrangem 4,5 milhões de postos de trabalho, correspondentes a beneficiários da Segurança Social e a subscritores da Caixa Geral de Aposentações” (sublinhado nosso).

De acordo com a mesma informação, e segundo a estimativa do Eurostat (serviço de estatísticas da UE), o índice harmonizado de preços no consumidor (IHPC) na Área Euro voltou a acelerar de forma significativa em Outubro, registando uma variação homóloga de 10,6%, taxa 0,7 p.p. superior à observada no mês precedente.

Segundo a previsão do Fundo Monetário Internacional (FMI)²⁵², a inflação em Portugal no ano de 2023 dever-se-á cifrar nos 5,7%.

Por isso mesmo, o BCE (responsável pela política monetária da Zona Euro) decidiu recentemente (através de comunicado datado de 17 de Julho de 2023)²⁵³, não obstante a ligeira descida da inflação, aumentar as suas três taxas de juro diretoras (em 25 pontos base) na prossecução (quase cega) de “assegurar o retorno atempado da inflação ao seu objectivo de médio prazo de 2%”.

²⁵² Disponível em <https://www.gee.gov.pt/pt/daily-indicators/gee-daily-indicators-category/32151-country-report-artigo-iv-portugal-fmi>.

²⁵³ Disponível em <https://www.ecb.europa.eu/home/html/index.en.html#/search/17/1>

Atenta a sua (imediata) influência na definição das taxas de juros praticadas pelos bancos comerciais, milhões de portugueses vêm aumentar as prestações contraídas pelos mútuos celebrados junto destes últimos, de que constitui exemplo paradigmático o aumento (colossal) das prestações contraídas com o crédito à habitação.

Isto para demonstrar que o custo de vida dos trabalhadores portugueses – critério que obrigatoriamente os Estados-Membros terão de levar em devida conta na actualização do salário mínimo nacional – aumentou exponencialmente.

Aliás, o n.º 2 do art.º 273.º do CT prescreve igualmente que na determinação da retribuição mínima mensal garantida são levados em consideração, entre outros factores, “(...) as necessidades dos trabalhadores, o aumento de custo de vida e a evolução da produtividade, tendo em vista a sua adequação aos critérios da política de rendimentos e preços”.

O certo é que o preâmbulo do Decreto-Lei n.º 85-A/2022, de 22 de Setembro – que actualiza o valor da retribuição mínima mensal garantida para o ano de 2023 – nada refere ou cuidou de referir quanto aos critérios que presidiram à referida actualização, limitando-se a fixá-la no montante de € 760,00 (setecentos e sessenta euros), o que traduz um aumento de 7,8%²⁵⁴, uma RMMG das mais baixas da UE.

Já a base remuneratória da Administração Pública foi actualizada para o valor de € 761,58 (setecentos e sessenta e um euros e cinquenta e oito cêntimos), de acordo com o previsto no Decreto-Lei n.º 84-F/2022, de 16 de Dezembro, praticamente paritária, pois, com a prevista para o sector privado.

Idênticos considerandos podem ser expendidos quanto aos trabalhadores angolanos, os quais – fundamentalmente pela desvalorização acentuada do kwanza – vêm aumentar o custo de vida, não acompanhado pela remuneração auferida.

Fortemente dependente da exportação petrolífera, a economia angolana viu o kwanza desvalorizar quase 40% no primeiro semestre de 2023 face ao dólar, motivado (pelo menos em parte) pelo fim dos subsídios estatais aos combustíveis, o que motivou um aumento dos preços.

Em Agosto de 2023, o Conselho Executivo do FMI, na Avaliação Pós-Financiamento ao Estado Angolano²⁵⁵, considerou adequada a capacidade deste último para proceder ao reembolso do empréstimo de 3,7 mil milhões de dólares concedido por aquele organismo no ano de 2018.

²⁵⁴ De acordo com os dados fornecidos pela Direção-Geral da Administração e do Emprego Público, disponíveis em dgaep.gov.pt.

²⁵⁵ Disponível em <https://www.imf.org/pt/News/Articles/2023/09/05/pr23303-angola-imf-executive-board-concludes-first-post-financing-discussion-with-angola>

No entanto, não deixou o referido Comité Executivo de deixar alguns reparos, nomeadamente quanto à forte depreciação da taxa de câmbio nominal e à supressão parcial dos subsídios aos combustíveis, o que levou a inflação a aumentar, em Junho de 2023, para os 11,3% pela primeira vez em 15 meses consecutivos, prevendo que esta possa aumentar ainda mais até ao final do ano civil.

Ainda de acordo com a avaliação do Conselho Executivo, as autoridades angolanas devem continuar a actuar energeticamente para inverter a grande derrapagem orçamental ocorrida em 2022, para tanto considerando fundamental a aplicação da “reforma dos subsídios anunciada em 1 de Junho, com medidas de mitigação para apoiar os mais vulneráveis” (sublinhado nosso).

É, pois, o próprio FMI a antever, face ao cenário económico traçado, dificuldades para aqueles que apelidou de “mais vulneráveis”.

Na sequência da avaliação do Conselho Executivo do FMI, o Comité de Política Monetária do Banco Nacional de Angola (BNA), em reunião ordinária realizada nos dias 14 e 15 de Setembro de 2023, emitiu um comunicado²⁵⁶ onde deliberou manter a taxa BNA em 17%, manter a taxa de juro de facilidade permanente de cedência de liquidez em 17,5% e manter a taxa de juro da facilidade permanente de absorção de liquidez em 13,5%, justificando a decisão de manutenção das taxas de juro directoras por considerar que o aumento dos preços teve origem em factores sazonais e de insuficiência de oferta de bens e serviços, num contexto em que a procura interna se manteve “reprimida”.

Ainda de acordo com o referido comunicado, e segundo as estatísticas de preços divulgadas pelo Instituto Nacional de Estatística Angolano (INEA) – e confirmando as previsões do FMI, a inflação mensal em Agosto de 2023 registou um aumento de 2,04% (cifrando-se em 13,54%), ditado, essencialmente, pela aceleração dos preços dos bens alimentares e dos serviços de educação.

O sobredito demonstra que o atual cenário de aumento do custo de vida traçado para os trabalhadores portugueses pode igualmente ser replicado para os trabalhadores angolanos (ainda que radique em motivos diferenciados), o que nos leva a discorrer se também no ordenamento jurídico de Angola poderemos identificar um direito a um rendimento de existência condigna.

A CRA prevê o direito à “justa remuneração” no art.º 76.º n.º 2, o qual tem por epígrafe o próprio “Direito ao trabalho”, não sentindo, assim, necessidade de o autonomizar, como o faz a CRP, que lhe dedica um artigo próprio (art.º 58.º).

²⁵⁶ Disponível em bna.ao.

De acordo com o referido no art.º 76.º n.º 2 da CRA, “Todo o trabalhador tem direito à formação profissional, justa remuneração, descanso, férias, protecção, higiene e segurança no trabalho, nos termos da lei” (sublinhado nosso).

O cotejo entre esta norma constitucional e o preceito plasmado no art.º 59.º n.º 1 alínea a) da CRP poderá levar-nos à conclusão (precipitada) de que a lei fundamental angolana trata a remuneração de forma menos garantística ou não tão vinculada como o faz o ordenamento constitucional português, que – recorde-se – proclama terem os trabalhadores o direito à retribuição do trabalho “de forma a garantir uma existência condigna”.

Na verdade, concede-se que o conceito de “justa remuneração” se apresenta como vago e indeterminado, mas essa é, também, a razão para que possamos encontrar, legitimados pelo próprio comando constitucional, a sua concretização.

Nesse sentido, não podemos perder de vista que nos termos do art.º 26.º n.º 2 da CRA, “Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos e os tratados internacionais sobre a matéria, ratificados pela República de Angola”.

Vale o mesmo por dizer que o art.º 23.º n.º 3 da DUDH, de acordo com o qual “Quem trabalha tem direito a uma remuneração equitativa e satisfatória, que lhe permita e à sua família uma existência conforme com a dignidade humana, e completada, se possível, por todos os outros meios de protecção social”, como fonte internacional de direito, é diretamente aplicável no ordenamento jurídico angolano, por força do disposto no art.º 13.º n.º 1 da CRA.

O mesmo se diga quanto à Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos (ratificada por Angola em 2 de Março de 1990), dela decorrendo que “toda a pessoa tem direito de trabalhar em condições equitativas e satisfatórias e de receber um salário igual para um trabalho igual”, como decorre do seu art.º 15.º.

Vigora também, plenamente, no ordenamento jurídico angolano o Pacto Internacional sobre Direitos Económicos, Sociais e Culturais, de que destacamos o vertido na alínea a) do seu art.º 7.º, onde os Estados signatários reconhecem o direito de todas as pessoas a gozarem de condições de trabalho justas e favoráveis, que assegurem em especial “(...) uma existência decente para eles próprios e para as suas famílias (...)”.

Realce-se, igualmente, a plena aplicabilidade no ordenamento jurídico angolano das convenções da OIT.

Assim, não obstante a CRA fazer mera menção à “justa remuneração” como direito dos trabalhadores, tal norma tem de ser devidamente respaldada pelos princípios decorrentes da

DUDH e da Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos e demais instrumentos internacionais.

Mais, como desenvolveremos em capítulo próprio, esta “suficiência remuneratória” está indelevelmente associada ao próprio princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no art.º 1.º da CRA, onde se proclama, de forma solene, que “Angola é uma República soberana e independente, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade do povo angolano(...)”.

Logo, e como afirma JORGE NOVAIS²⁵⁷ “quando formalmente acolhido no texto constitucional a dignidade da pessoa humana, sem perder a sua qualidade de valor moral legitimador da força normativa da Constituição de um Estado de Direito material, transforma-se também em dever-ser jurídico, em princípio que vincula toda a actuação dos poderes do Estado, pelo que suscita naturalmente o problema dos potenciais efeitos jurídicos concretos que é possível extrair dessa sua natureza”.

Dúvidas não subsistem em como uma das principais decorrências do supraprincípio da dignidade humana assenta no direito fundamental a uma existência condigna, a que a instituição de um salário mínimo nacional (entre outros deveres assistenciais do Estado) dá corpo.

Pese embora a CRA não o contemple, o salário mínimo nacional encontra-se previsto na LGT (art.º 161.º), sendo fixado, periodicamente, “pelo titular do Poder Executivo”.

E, como se prescreve na alínea a) do n.º 3 do art.º 161.º da LGT, na fixação do salário mínimo nacional dever-se-á atender “À evolução e tendência do índice nacional de preços ao consumidor, nível geral dos salários e das prestações da segurança social e o nível de vida relativo de outros grupos sociais”.

No que concerne ao ano de 2023, o salário mínimo nacional garantido único e o salário mínimo por agrupamentos económicos consta do Decreto Presidencial n.º 54/22, de 17 de Fevereiro, o qual actualizou o salário mínimo nacional garantido único em 32.181,15 kwanzas, o salário mínimo para os agrupamentos do comércio e da indústria extractiva em 48.271,73 kwanzas, o agrupamento dos transportes, serviços e da indústria transformadora em 40.226,44 kwanzas e, por fim, o agrupamento da agricultura em 32.181,15 kwanzas.

Contempla, no entanto, o art.º 3.º do referido Decreto Presidencial n.º 54/22 a possibilidade – para as empresas dos sectores da agricultura e da indústria transformadora – de estabelecer salários abaixo do salário mínimo nacional “(...) desde que comprovem documentalmente a impossibilidade de efectuarem o pagamento dos valores fixados por lei”.

²⁵⁷ NOVAIS, Jorge Reis – *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 51.

Todavia, tal redução (abaixo do salário mínimo nacional), por contender fortemente com as garantias remuneratórias dos trabalhadores visados, colocando-os em precárias condições existenciais, tem de ser autorizada pelo titular do departamento ministerial responsável pelo Sector do Trabalho.

De igual modo, e quanto à remuneração dos trabalhadores da Administração Pública, foi a própria Ministra da Administração Pública, Trabalho e Segurança Social de Angola a reconhecer que o país tem, neste particular, salários muito baixos, mesmo que em comparação com outros países africanos, como Moçambique.

Daí que a Comissão Económica do Conselho de Ministros de Angola tenha aprovado, face a este cenário de baixos salários, desvalorização do kwanza e aumento da inflação, um Roteiro para Implementação da Nova Arquitectura Remuneratória (RINAR) da Administração Pública²⁵⁸, com o objectivo de uniformizar as normas dos salários e outros benefícios dos funcionários públicos.

Neste particular, nunca é demais sublinhar que a alínea c) do art.º 21.º da CRA impõe como tarefa fundamental do Estado Angolano “Criar progressivamente as condições necessárias para tornar efectivos os direitos económicos, sociais e culturais dos cidadãos”, bem como “promover a erradicação da pobreza”, tal como plasmado na alínea e) do mesmo artigo.

Aqui chegados, reiteramos o entendimento de que o direito a um rendimento de existência condigna, encimado pelo supraprincípio da dignidade da pessoa humana (art.º 1.º da CRP e art.º 1.º da CRA) pode ser erigido não apenas em conjugação com o direito assistencial (art.º 63.º da CRP e 77.º da CRA), ou com o direito à saúde (art.º 64.º da CRP), conforme ideia fortemente enraizada.

Na verdade, e como sustenta PAULA DE BARCELLOS²⁵⁹, “(...) o mínimo existencial que ora se concebe é composto de quatro elementos, três materiais e um instrumental, a saber: a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à justiça. Repita-se, ainda uma vez, que esses quatro pontos correspondem ao núcleo da dignidade da pessoa humana a que reconhece eficácia jurídica positiva e, a fortiori, o status de direito subjetivo exigível diante do Poder Judiciário”.

Obviamente que não negamos que no direito assistencial o direito a um rendimento de existência condigna é mais vincado, por incumbir ao Estado a proteção dos cidadãos nas condições particulares a que alude o n.º 3 do art.º 63.º, isto é, “na doença, velhice, invalidez e

²⁵⁸ Aprovado em 26 de Setembro de 2023 e disponível em scm.gov.ao.

²⁵⁹ BARCELLOS, Ana Paula - *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana*. 2.ª ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 288.

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”.

Nestas, a dimensão positiva do direito a um rendimento de existência condigna – seja pela atribuição de pensões, do subsídio de desemprego ou do rendimento social de inserção – é bem mais patente.

Todavia, sendo a fixação/actualização da retribuição mínima mensal garantida (RMMG) a corporização do direito fundamental à justa retribuição que possibilite uma existência condigna, não vemos como não possamos igualmente ancorar o direito (não escrito) ao rendimento de existência condigna, em sentido mais amplo, no art.º 59.º da CRP.

E, bem assim, que tal direito ao rendimento de existência condigna, conjugado com o direito a uma retribuição condigna ou a uma justa remuneração, possa ser constitucionalmente sindicado – quer no ordenamento jurídico português, quer no ordenamento jurídico angolano – por se tratar para nós (pelo menos no que diz respeito aos trabalhadores da função pública) de direito ao qual terá de ser reconhecida eficácia jurídica positiva.

Até porque (e no contexto português) o art.º 12.º da Directiva (EU) 2022/2041, sob a epígrafe “Direito de recurso contra tratamentos ou consequências desfavoráveis”, impõe a obrigatoriedade de os Estados-Membros assegurarem aos trabalhadores “(...) acesso a mecanismos eficazes, oportunos e imparciais de resolução de litígios, bem como um direito de recurso, em caso de violação dos direitos em matéria de salários mínimos nacionais ou de protecção salarial mínima (...)”.

O que se compreende, até pela cláusula de não regressão contida no art.º 16.º da Directiva, na qual se propugna que esta última não pode constituir um fundamento válido para reduzir o nível de protecção já concedida aos trabalhadores nos Estados-Membros.

A ser assim, poderiam os cidadãos obter “amparo constitucional” contra eventuais violações desse direito fundamental.

3.2. O recurso de amparo constitucional

Aqui chegados, torna-se iniludível que o direito à retribuição se assume como direito fundamental e – como decorre do próprio art.º 59.º n.º 1 da CRP – encontra-se intimamente conexionado com a dignidade humana, tendo o legislador constitucional optado, expressamente, por fazê-lo coexistir com o princípio da existência condigna.

Efectivamente, a retribuição do trabalho, por assumir uma importância (económica e social) primordial para o trabalhador, mereceu da parte do legislador uma especial protecção,

atribuindo-lhe não só a dignidade de direito fundamental, não tendo deixado também de criar para o próprio Estado a obrigação de o assegurar, como decorre do (já mencionado) art.º 59.º n.º 2 e 3 da CRP.

Coloca-se, no entanto, a questão de saber se o mecanismo de tutela constitucional dos direitos fundamentais instituído se mostra apto a salvaguardá-los, em particular o direito fundamental à retribuição enquanto decorrência da dignidade humana.

Dito de outra forma, urge executar, no plano prático, os ditames constitucionais relativos aos direitos fundamentais.

Conforme já salientámos, a Constituição alemã adoptou expressamente no n.º 3 do seu art.º 1º, o princípio da aplicabilidade directa dos direitos fundamentais, vinculando os poderes legislativo, executivo e judicial a estes direitos.

A CRP (influenciada por aquela *Grundgesetz*), plasmou no seu art.º 18.º n.º 1, taxativamente, que “os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas”.

Assim, o conteúdo normativo da eficácia dos direitos fundamentais faz-se valer através da própria Constituição, pelo que a lei fundamental tem a responsabilidade acrescida de tornar aplicáveis os direitos nelas garantidos, nomeadamente implementando técnicas que confirmam efectividade à tutela de tais direitos.

É, precisamente, quanto a este mecanismo de tutela constitucional que alguma doutrina reflete, criticamente, quanto à necessidade de – no ordenamento constitucional português – se caminhar no sentido da sua reformulação, pugnando pela implementação do denominado “recurso de amparo”.

Na verdade, alguma doutrina – como a defendida por CATARINA BOTELHO²⁶⁰ – numa dimensão constitucional e inspirada na figura da reclamação constitucional alemã (*verfassungsbeschwerde*) e no recurso de amparo constitucional espanhol, defende a inserção de um mecanismo de acesso directo dos particulares ao Tribunal Constitucional.

Segundo a mesma, “(...) os textos constitucionais vigentes, fecundados e enriquecidos com um forte pendor axiológico e material, necessitam de mecanismos de salvaguarda desses direitos fundamentais, não apenas garantidos através da jurisdição ordinária, mas também, a título subsidiário e extraordinário, pela jurisdição constitucional”²⁶¹.

²⁶⁰ BOTELHO, Catarina – *A Tutela Directa dos Direitos Fundamentais: Avanços e Recuos na Dinâmica Garantística das Justiças Constitucional, Administrativa e internacional*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 40.

²⁶¹ *Op. cit.*, p. 41.

O mesmo se diga de MELO ALEXANDRINO²⁶², justificando que a posição de acolhimento *a uma certa dimensão de amparo* radica numa perspectiva moral e jurídico-constitucional, por lhe parecer evidente a necessidade de uma articulação adequada entre a componente material da Constituição, o princípio geral da tutela jurisdicional efectiva e a garantia de um elevado nível de efectividade jurídica dos direitos fundamentais.

Para o autor, “(...) em casos de violação (e não de mera inconstitucionalidade de normas) de direitos fundamentalíssimos, atenta a gravidade da ilicitude e a importância do plano normativo em que a mesma ocorre, é natural que em derradeira instância o julgamento desses casos seja entregue a um (novo) Tribunal do Areópago”²⁶³.

Tema que se torna tanto mais premente quando sabemos que o direito fundamental à retribuição foi alvo de alguma (digamos) “compressão” na que ficou conhecida em Portugal como a “jurisprudência da crise”, “(...) nomenclatura utilizada para designar o conjunto de decisões tomadas sob conjunturas de escassez excepcional”²⁶⁴, tomadas em consequência da assinatura pelo Estado português dos memorandos com a “Troika”.

Como é sobejamente conhecido, a (periclitante) situação das finanças públicas portuguesas forçou o Estado a aceitar, em Maio de 2011, um “programa de assistência económica e financeira”, traduzido no “Memorando de Entendimento” acordado com a Comissão Europeia, Banco Central Europeu e Fundo Monetário Internacional (conhecida por “Troika”).

O referido memorando, entre outras medidas draconianas, implementou a adopção de fortes medidas de austeridade, que se traduziram, nomeadamente, em cortes de despesa pública (nas pensões e salários) e aumento de impostos.

Terreno fértil para que, entre nós, no tema da tutela imediata dos direitos fundamentais tenha recrudescido a noção de que, para que possam gozar de aplicabilidade directa, devem gozar da correspondente tutela directa.

Todavia, a discussão em torno da (eventual) consagração de um recurso de amparo no ordenamento jurídico-constitucional português não dispensa que se analisem (ainda que sumariamente) os regimes de tutela dos direitos, liberdades e garantias previstos no ordenamento constitucional alemão e espanhol.

Acompanhando CATARINA BOTELHO²⁶⁵, podemos afirmar que o recurso de amparo

²⁶² ALEXANDRINO, José de Melo – *Sim ou Não ao Recurso de Amparo?*. Revista Julgar, n.º 11, 2010, p. 41.

²⁶³ *Op. cit.*, p. 41.

²⁶⁴ MALLET, Estêvão, HIGA, Flávio, JUNQUEIRA, Fernanda – *Jurisprudência de Crise e Direitos Fundamentais*. Lisboa: Revista Internacional de Direito do Trabalho. Ano I, n.º 1, 2021, p. 131.

²⁶⁵ BOTELHO, Catarina – *A Tutela Directa dos Direitos Fundamentais: Avanços e Recuos na Dinâmica Garantística das Justiças Constitucional, Administrativa e Internacional*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 81.

ou a queixa constitucional são apenas duas das possibilidades que se oferecem ao legislador na (delicada) tarefa de criação de instrumentos de protecção dos direitos fundamentais, os quais “(...) se têm vindo a globalizar, conquanto com evidentes diferenças no que toca ao seu modo de funcionamento, em particular, relativamente aos catálogos de direitos e liberdades tutelados, à tramitação processual, à legitimidade processual activa, e, por último, no que concerne ao órgão incumbido de decidir sobre o recurso ou queixa”.

Daí que, como salienta TUR AUSINA²⁶⁶, o recurso de amparo jurisdicional abarca três modalidades: o amparo judicial, o amparo constitucional e o amparo internacional.

Na verdade, a internacionalização do recurso de amparo foi operada, por um lado, através do amparo (europeu) confiado ao TEDH em decorrência do mecanismo de queixa individual criado pelo Protocolo Adicional n.º 11 e plasmado no art.º 34.º e seguintes da CEDH.

Efectivamente, dispõe o art.º 34.º da CEDH que “O Tribunal pode receber petições de qualquer pessoa singular, organização não governamental ou grupo de particulares que se considere vítima por qualquer Alta Parte Contratante dos direitos reconhecidos na Convenção ou nos seus protocolos. (...)”, colocando termo às críticas anterior e legitimamente expendidas de apenas serem permitidas queixas apresentadas pelos Estados.

Por outro lado, foi igualmente instituído o amparo Inter-Americano, previsto no art.º 25.º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ao prever que toda a pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efectivo, perante os tribunais competentes, que a proteja contra actos que violem os seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela Convenção.

Para tanto, a instituição do amparo encontra-se reconhecida na competência jurisdiccional atribuída ao Tribunal Inter-Americano dos Direitos do Homem.

Por seu turno, o recurso de amparo constitucional distingue-se do amparo judicial por constituir a última instância na protecção de direitos fundamentais, assim abrangendo ou completando uma potencial imperfeição da sua tutela pela justiça ordinária.

Daí que o amparo constitucional tenha natureza subsidiária, ao permitir somente a interposição de competente acção perante o Tribunal Constitucional pelo particular lesado (nos seus direitos fundamentais), após prévio esgotamento da via judicial ordinária.

Nesse sentido, compreende-se que (ao contrário do amparo judicial) o seu âmbito material contemple apenas a apreciação de eventuais violações de direitos constitucionais (em particular, os direitos fundamentais), não conhecendo de legislação ordinária.

²⁶⁶ AUSINA, Rosário Tur – *Garantia de Derechos y Jurisdicción Constitucional: Efectividad del Amparo tras la Sentencia Estimatoria*. Valencia: Tirant to Blanch Editorial, 2008, p. 132.

Possui, por fim, carácter extraordinário, pois não opera como mecanismo normal (ou ordinário) de protecção dos direitos fundamentais.

Vimos já que a **queixa constitucional** foi o instrumento escolhido pelo legislador constitucional alemão de protecção dos direitos fundamentais.

Certo é que a mesma foi inicialmente introduzida fora do texto constitucional, em concreto na Lei do Tribunal Constitucional Federal (*BVerGG*), tendo sido mais tarde vertida no próprio texto constitucional (*Grundgesetz*, GG), em concreto no seu art.º 93.º.

A queixa constitucional configura-se, pois, como um mecanismo de tutela concebido para controlar as intervenções ablativas nos direitos fundamentais dos cidadãos provocadas por qualquer decisão administrativa, decisão judicial ou acto normativo.

Contudo, como refere CATARINA BOTELHO²⁶⁷ “(...) relativamente ao seu âmbito de aplicação, o legislador não visou salvaguardar todos os direitos fundamentais em sentido material, mas apenas os “Grundrechte” (direitos fundamentais) catalogados como tal na GG e os “grundrechtsgleiche Rechte” (direitos de natureza análoga aos direitos fundamentais), taxativamente enumerados no artigo 90.º, n.º 1 da BverfGG”.

Assim, uma leitura conjugada de ambos os diplomas permite-nos concluir que a queixa constitucional pode ter como objecto toda a actuação do poder público, independentemente de se tratar de actos emanados pelo poder legislativo, executivo ou judicial.

De igual modo, o requerente da queixa deverá especificar qual o direito que considera violado e qual acto ou omissão a cargo da autoridade pública foi o responsável pela ofensa da sua esfera jurídica subjectiva.

A queixa constitucional constitui um mecanismo extraordinário de protecção dos direitos fundamentais, uma vez que se exige o esgotamento prévio das vias judiciais ao dispor do queixoso.

Impõe-se, no entanto, distinguir se a queixa é dirigida contra uma decisão administrativa ou se tem por objecto uma decisão judicial.

No primeiro caso, e dando provimento à queixa, o Tribunal Constitucional alemão anula a decisão que considerou ofensiva dos direitos fundamentais.

No segundo caso, se o Tribunal Constitucional chegar à conclusão que é a própria legislação onde a decisão em crise se respaldou que afronta a constituição, declará-la-á inconstitucional, limitando-se a revogar a decisão do tribunal *a quo* se entender, pelo contrário, que foi

²⁶⁷ BOTELHO, Catarina Santos – *Haja Uma Nova Jurisdição Constitucional: Pela Introdução de um Mecanismo de Acesso Directo dos Particulares ao Tribunal Constitucional*. Revista da Ordem dos Advogados (ROA), Ano 70, Vol. I-IV, 2010, p. 596.

este último que aplicou a legislação de modo inconstitucional.

Pode ainda entender que a constitucionalidade da legislação em apreciação carece da sua interpretação, sendo esta última vinculativa para os tribunais ordinários, os quais não a poderão contrariar.

Tais méritos levam CATARINA BOTELHO²⁶⁸ a concluir que a grande virtude deste mecanismo de queixa constitucional reside na possibilidade de abrir aos cidadãos uma “via de acesso directo” ao tribunal constitucional federal alemão, que terá como tarefa primacial interpretar de maneira oportuna as normas consagradoras de direitos fundamentais, indo para além da protecção individual destes direitos.

Isto porque, estipulando o art.º 31.º n.º 1 da BVerfGG que as decisões do Tribunal Constitucional vinculam todos os órgãos constitucionais do Estado Federal e dos Estados Federados, “(...) acolhe, de forma cristalina, uma vertente objectiva da queixa constitucional, visto que os acórdãos proferidos nesta sede servirão de critério de interpretação e desenvolvimento do Direito Constitucional”²⁶⁹.

O **recurso de amparo** constitucional espanhol encontra-se previsto no art.º 53.º n.º 2 da Constituição Espanhola de 31 de Outubro de 1978, o qual dispõe que “Qualquer cidadão poderá pedir a tutela das liberdades e direitos reconhecidos no artigo 14 e na Secção Primeira do Capítulo Segundo perante os Tribunais ordinários mediante um procedimento baseado nos princípios de preferência e sumariade, e, se for caso disso, através do recurso de amparo perante o Tribunal Constitucional”.

Acrescenta-se, porém, na Lei n.º 2/1979 de 5 de Outubro (Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Espanhol), em concreto no n.º 1 do art.º 41.º, que “os direitos e liberdades reconhecidos nos artigos 14.º a 29.º da Constituição serão susceptíveis de amparo constitucional, nos casos e formas que esta Lei estabelece, sem prejuízo da sua tutela geral atribuída aos Tribunais de justiça”.

A simples leitura do art.º 53.º n.º 2 da Constituição espanhola permite-nos chegar à conclusão de que o mesmo prevê dois mecanismos de protecção dos direitos fundamentais, assentes no recurso de amparo constitucional (ou amparo extraordinário), interposto perante o Tribunal Constitucional espanhol e no amparo judicial (ou ordinário), a interpor perante as concretas jurisdições ordinárias.

Quanto ao âmbito de aplicação do recurso de amparo, o mesmo incide sobre a violação ou lesão efectiva dos direitos fundamentais e liberdades públicas (Secção I do Capítulo II do

²⁶⁸ *Op. cit.*, p. 598.

²⁶⁹ *Op. cit.*, p. 598.

Título I da Constituição), o direito à igualdade e o direito à objecção de consciência, empreendida pela actuação dos poderes públicos, e quando tal violação não tiver sido reparada pelos tribunais judiciais ou provier de acto ou omissão destes últimos.

Relativamente à legitimidade para a interposição do recurso de amparo, e espelhando a natureza mista (objectiva e subjectiva) dos direitos fundamentais, dispõe o art.º 162.º n.º 1 alínea b) da lei fundamental espanhola estarem legitimados “(...) toda a pessoa individual ou colectiva que invoque um interesse legítimo, assim como o Defensor do Povo e o Ministério Público”.

À semelhança do que acontece com a queixa constitucional alemã, o recurso de amparo no ordenamento constitucional espanhol exige a verificação de três pressupostos de admissibilidade.

Desde logo, o recurso extraordinário de amparo obriga a que se esteja perante uma violação (real ou efectiva) de um direito fundamental inserido no catálogo constitucional previsto para esse fim, “(...) não se podendo fazer valer outras pretensões que não sejam as dirigidas a restabelecer ou preservar os direitos ou liberdades em razão dos quais se formulou o recurso”, como preceitua o n.º 3 do art.º 41.º da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Espanhol (LOTCE).

Ademais, o recurso de amparo tem natureza excepcional, encontrando-se pensado para as (eventuais) violações de direitos ou liberdades fundamentais que não tiveram reparação através da via garantística oferecida pelo sistema ordinário, obrigando ao esgotamento dos recursos jurisdicionais adequados.

Por fim, e atenta a sua excepcionalidade, o recurso constitucional de amparo tem cariz subsidiário, o “(...) que espelha com clareza o facto de este não ser uma via alternativa, mas uma via sucessiva de protecção de direitos fundamentais e liberdades públicas”²⁷⁰.

Vai, todavia, o recurso constitucional de amparo vigente no direito constitucional espanhol mais longe do que a queixa constitucional alemã no que toca aos efeitos das decisões que lhes conferem provimento, sendo-lhes conferidas maior eficácia.

Efectivamente, a queixa constitucional alemã intentada contra decisões judiciais possui efeitos meramente anulatórios, devolvendo os autos ao tribunal competente, como decorre do art.º 95.º n.º 2 da BVerfGG.

Já do art.º 55.º da LOTCE decorre que a decisão que confira provimento ao amparo pode reconduzir-se (isolada ou cumulativamente) à declaração de nulidade da decisão, acto ou resolução impugnada, ao reconhecimento do direito ou liberdade em conformidade com o figurino

²⁷⁰ BOTELHO, Catarina - *A Tutela Directa dos Direitos Fundamentais: Avanços e Recuos na Dinâmica Garantística das Justiças Constitucional, Administrativa e internacional*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 233.

constitucional garantido, bem como (e por fim) ao restabelecimento do recorrente na integridade do seu direito ou liberdade.

O recurso constitucional de amparo, a queixa constitucional ou institutos similares podem ser igualmente encontrados em inúmeros outros ordenamentos jurídicos que não o europeu e sempre com o mesmo escopo: a tutela dos direitos fundamentais.

Em (meritório) estudo de direito comparado entre a figura do direito de amparo e expedientes que lhe são próximos no ordenamento jurídico brasileiro, GOMES ALVES²⁷¹ traça uma análise das ferramentas processuais de salvaguarda de direitos fundamentais previstas neste último, destacando os mecanismos processuais do Mandado de Segurança, da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e do Recurso Extraordinário.

O Mandado de Segurança (instituído com a reforma constitucional de 1926) é pelo autor definido como um “(...) remédio jurídico com nítido carácter subsidiário, de atuação ampliada, para reivindicação de direito líquido e certo, não atinente à liberdade de locomoção, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade”²⁷².

Na Constituição vigente (denominada “Constituição Cidadã”) encontra-se previsto no art.º 5.º, inciso LXIX, se bem que o instituto tenha igualmente merecido consagração ao nível infra-constitucional.

Concretiza o conceito, referindo que o Mandato de Segurança constituiu “(...) uma ação constitucional de cognição, submetida a rito especial sumário, cuja finalidade principal é obrigar a Administração Pública (ou pessoa jurídica que esteja na atribuição de Poder Público) a fazer ou deixar de fazer algo (postura executória ou omissiva compulsória, inclusive, em carácter liminar ou antecipatório de tutela)”²⁷³.

Pese embora reconheça que a aludida acção constitucional comunga de inegável semelhança funcional com o recurso de amparo constitucional – desde logo porque têm como finalidade primacial tornar efectivos direitos subjectivos violados pelo poder público – assinala, porém, que o Mandato de Segurança detém um alcance mais vasto, pois não se limita à protecção de direitos fundamentais, mas de todo e qualquer direito líquido e certo, constitucional ou legal.

O direito deve ser, ainda, incontroverso (insusceptível de dúvida) detendo legitimidade activa o demandante lesado.

²⁷¹ ROSÁRIO, Pedro Trovão, ALVES, Diego Gomes e GADELHA, Gisela – *O Tribunal Constitucional Português e a Justiça Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2023, p. 108.

²⁷² *Op. cit.*, p. 108.

²⁷³ *Op. cit.*, p. 110.

Todavia, não obstante o recurso de amparo ter por característica a subsidiariedade, obrigando ao esgotamento das instâncias judiciais ordinárias, pode, todavia, em situações de manifesta urgência (devidamente fundamentada) o particular ver o seu direito apreciado directamente pelo Tribunal Constitucional, o que não ocorre no Mandato de Segurança.

Na verdade, somente em casos muito contados “(...) existe a possibilidade da demanda chegar ao STF – Supremo Tribunal Federal (o que mais se aproxima da essência de um Tribunal Constitucional no Brasil – mas as vias são extremamente restritas, seja através do recurso extraordinário, se preenchidas algumas das causas previstas no art.º 102, inciso III, da CRFB ou do recurso ordinário, quando o mandato de segurança tiver sido denegado em instância exclusiva por um Tribunal Superior (art. 102, inciso II, alínea a) da CRFB)”²⁷⁴.

Torna-se, assim, incontestável que no STFB e nos tribunais superiores brasileiros, a apreciação do Mandado de Segurança de forma autónoma está limitada (de forma bastante criticável...) a quem figura no lado passivo da lide (Ministro de Estado, Comandante das Forças Armadas ou do próprio Tribunal).

Tal leva o autor a concluir que “(...) sem a previsão de acesso direto ao STF por cidadãos comuns, através do mandato de segurança, é temerário pretender qualquer equiparação ao amparo que, por si só, é responsável por estreitar o diálogo com o TC, materializando-se como um verdadeiro instrumento de liberdade civil e política”²⁷⁵.

Por seu turno, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (prevista no 102, 1.º, da Carta Constitucional de 1988), inspirou-se na queixa constitucional alemã.

Trata-se de uma acção autónoma cujo objectivo é “evitar ou reparar lesão a direito fundamental, resultante de ato do Poder Público”.

O certo é que – como nota GOMES ALVES²⁷⁶ – o instituto apresenta-se, à partida, fragilizado pela falta de concretização do próprio conceito de “preceito fundamental”, já que nem mesmo o STFB conseguiu uniformizar uma posição concreta e definitiva.

Ainda assim, ZENO VELOSO²⁷⁷ encontra similitudes entre a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e o recurso de amparo, desde logo quanto ao seu objecto (preceitos/direitos fundamentais), bem como quanto à natureza subsidiária das acções.

Entendimento que, pertinentemente, não deixou de merecer reparo por parte de GOMES

²⁷⁴ GOMES ALVES, *op. cit.*, p. 115.

²⁷⁵ *Op. cit.*, p. 117.

²⁷⁶ *Op. cit.*, p. 118.

²⁷⁷ VELOSO, Zeno – *Controle jurisdicional de constitucionalidade: atualizado conforme as Leis 9.868 de 10.11.1999 e 9.882 de 03.12.1999*. 2ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 305.

ALVES²⁷⁸, já que para este autor, a subsidiariedade do recurso de amparo constitucional radica, essencialmente, na necessidade de serem previamente esgotadas as instâncias judiciais (sem embargo das exceções previstas que permitem o acesso direto à instância constitucional) o que difere da subsidiariedade da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Na verdade, esta última não releva ou exige a (prévia) apreciação da acção por outras instâncias, mas sim verificar se existem outros meios idóneos a salvaguardar a pretensão do autor, os quais (a existirem) terão de ser os eleitos pelo particular.

Ademais (e mais importante), ao contrário do recurso de amparo, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental não permite o acesso pelos cidadãos a instância constitucional, pelo que a possibilidade de a mesma “(...) operar como amparo é absolutamente inviável, tendo em vista que somente alguns poucos privilegiados detêm a prerrogativa de provocar a apreciação individualizada do STF por maculação a preceito fundamental. Outra vez, restou o particular renegado do sistema constitucional de defesa”²⁷⁹.

Por fim, o Recurso Extraordinário (previsto no art.º 102.º, inciso III da CRFB) é igualmente apontado, no ordenamento jurídico brasileiro, como apresentando similitudes com o recurso constitucional de amparo.

Consiste num mecanismo processual de impugnação (para o STJ) de decisões proferidas em última instância pelos tribunais ordinários (estaduais ou federais) por violação de normas constitucionais, assim se aproximando da subsidiariedade do recurso de amparo.

De igual modo, se no recurso de amparo espanhol se exige ter a acção especial transcendência constitucional e na queixa constitucional alemã se requer a demonstração de relevância constitucional, também no recurso extraordinário se exige que o recorrente demonstre a “repercussão geral” da (alegada) inconstitucionalidade, conforme decorre do art.º 102.º em apreço.

Segue, pois, o recurso extraordinário a (compreensível) preocupação de evitar a banalização deste (importante e solene) mecanismo processual de tutela dos direitos fundamentais, utilizando-o como mero expediente (tantas vezes dilatório...) pela parte interessada.

Não obstante, e ao contrário do recurso de amparo (cujo objecto se restringe à protecção de direitos e garantias fundamentais), o recurso extraordinário tem um campo de atuação mais alargado, ao proteger violações mais genéricas à Constituição, por permitir a sindicância de decisões que violem qualquer disposição nela prevista, independentemente da natureza do direito violado.

²⁷⁸ *Op. cit.*, pp. 120 e 121.

²⁷⁹ GOMES ALVES, *op. cit.*, p.123.

De igual forma, o recurso extraordinário, ao visar decisões proferidas em última instância, afasta-se, igualmente, do recurso de amparo espanhol (que permite a impugnação de “decisões de actos sem valor de lei”, nos termos do art.º 42.º da respectiva Lei Orgânica do Tribunal Constitucional) e da queixa constitucional alemã (onde se permite syndicar actos do poder executivo e legislativo).

Não obstante as diferenças ora salientadas, é justo afirmar-se – como o faz JOSÉ TAVARES²⁸⁰ – que “Ao conferir ao particular, portanto, uma prerrogativa – praticamente um *múnus público* – dele se faz depender o desencadeamento de um controle de legitimidade constitucional das leis em geral, para tutela de todos os direitos constitucionais, especialmente os direitos fundamentais”.

Certo é que o ordenamento jurídico brasileiro não contempla uma acção exclusiva a (árdua e sensível) tarefa de protecção dos direitos fundamentais, o que parece não causar sobressalto à doutrina ou jurisprudência brasileira, que não se mostra particularmente sensível ou empenhada na introdução de um mecanismo com as características de um recurso constitucional de amparo.

Tal pode ser explicado, como nota GOMES ALVES²⁸¹, pelo facto de os mecanismos processuais existentes no ordenamento brasileiro, agindo de forma integrada, tutelarem devida e satisfatoriamente os direitos fundamentais “(...) garantindo, ao contrário do que ocorre em Portugal, que o cidadão possa chegar à Corte Suprema, através de um recurso de natureza extraordinária, contra decisões que tenham ferido frontalmente direitos constitucionalmente consagrados”.

Recurso de natureza extraordinária que pode igualmente ser encontrado no ordenamento jurídico angolano, o que impõe que detalhemos o seu modelo de garantia jurisdicional dos direitos fundamentais, que lhe conferem efectividade.

Efectivamente, em Angola vigora (atualmente) o sistema de controlo da constitucionalidade jurisdicional, introduzido com a revisão constitucional empreendida em 1991.

Anteriormente (de 1980 a 1991) vigorou o sistema de controlo político da constitucionalidade, da competência da Assembleia do Povo.

Na verdade, com as alterações à Lei Constitucional introduzidas em Março de 1991 (através da Lei n.º 12/91) – que (entre outras) procedeu à ampliação do reconhecimento e ga-

²⁸⁰ TAVARES, José Ramos - *Perfil Constitucional do Recurso Extraordinário*. São Paulo: Celso Bastos, 1998, p. 9.

²⁸¹ *Op. cit.*, p. 127.

rantias dos direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos – foi introduzido o sistema de controlo judicial misto, posteriormente desenvolvido pela revisão constitucional de 1992 e acolhido pela CRA de 2010.

Assim, o sistema jurisdicional (misto) angolano comunga as características do sistema de controlo da constitucionalidade concentrado (realizado por um tribunal de jurisdição especializada - Tribunal Constitucional) e do sistema difuso (levado a cabo pelos demais tribunais).

Dito de outra forma, no modelo de controlo (misto) angolano os tribunais de jurisdição comum procedem à fiscalização (concreta ou difusa) da constitucionalidade das normas aplicáveis aos processos *sub judice*, competindo ao Tribunal Constitucional (enquanto órgão superior da jurisdição constitucional) realizar o controlo (abstracto ou concentrado) da constitucionalidade.

Daí que o sistema jurisdicional misto seja definido por ser difuso na base (por todos os tribunais de jurisdição comum poderem efetuar, em primeira instância, o controlo das normas aplicáveis ao processo sob seu julgamento) e concentrado no topo (por incumbir ao Tribunal Constitucional, em última instância, pronunciar-se sobre a (in)constitucionalidade das normas).

Tem, pois, o tribunal constitucional angolano (TCA) a competência para efetuar o controlo abstracto da constitucionalidade assim como para efetuar o controlo difuso em segunda instância.

Na verdade, o art.º 3.º da Lei n.º 3/08 de 17 de Junho (que instituiu a Lei Orgânica do Tribunal Constitucional, posteriormente alterada pela Lei n.º 25/10, de 3 de Dezembro) contempla no seu artigo 3.º treze espécies de processos, de que destacamos (para o que ora nos interessa) o processo de fiscalização preventiva (alínea a), o processo de fiscalização sucessiva (alínea b), o processo de fiscalização de omissão inconstitucional (alínea c), o recurso ordinário de inconstitucionalidade (alínea d) e o recurso extraordinário de inconstitucionalidade (alínea e).

Efectivamente, em sede de controlo concreto (que é sempre sucessivo) encontram-se previstos dois tipos de recurso: o recurso ordinário e o recurso extraordinário de inconstitucionalidade.

O recurso ordinário de inconstitucionalidade assenta em duas premissas processuais essenciais, já que apenas se admite a sua interposição da sentença final proferida pelo tribunal *a quo* e limitado à questão da (in)constitucionalidade por violação de norma ou princípio constitucional, ou mesmo por violação de direitos, liberdades e garantias fundamentais dos cidadãos.

Quanto à primeira premissa, ela resulta evidente do Acórdão do TCA n.º 329/2014²⁸², onde se decidiu que “No caso apreciado, não se verificam os pressupostos do recurso ordinário de inconstitucionalidade que implicam a existência de uma acção judicial que aplique uma norma em desconformidade com a Constituição ou se recuse a fazer a aplicação de uma norma com o mesmo fundamento”.

O mesmo se diga do recurso (ordinário de inconstitucionalidade) interposto de decisões interlocutórias que não ponham termo ao processo.

Neste particular, tem sido jurisprudência constante do TCA – como sucedeu, a título meramente exemplificativo, no Acórdão n.º 402/2016, de 22 de Agosto²⁸³, onde foi “(...) entendimento do Tribunal Constitucional que em face do disposto no n.º 3 do artigo 36.º da Lei 3/08, de 17 de Junho – Lei do Processo Constitucional Angolano (LPCA), bem como da alínea m) do artigo 16.º da Lei n.º 2/08, de 17 de Junho – Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Angolano (LOTCA), não cabe recurso ordinário de inconstitucionalidade do despacho de pronúncia, ainda que esgotado o seu recurso para o Tribunal Supremo por não se tratar de uma decisão que ponha termo ao processo”.

Por sua vez, o recurso extraordinário foi inicialmente consagrado pela Lei n.º 3/08, de 17 de Junho (LPCA), e previa a possibilidade de o mesmo ser interposto de todo e qualquer acto que comportasse a violação de direitos fundamentais.

Todavia, com as alterações que lhe foram introduzidas pela Lei n.º 25/10, de 3 de Dezembro, foi instituída a regra da precedência obrigatória (também conhecida por princípio da exaustão) de acordo com a qual a sua interposição apenas será permitida após prévio esgotamento das instâncias comuns.

É o que decorre do Acórdão do TCA n.º 118/2010²⁸⁴ onde, começando por enunciar o objecto do recurso extraordinário de inconstitucionalidade, sufragou que “Para além de ser manifesto que o recorrente não vem impugnar qualquer sentença, nem qualquer decisão que contrarie princípios, direitos e liberdades ou garantias fundamentais, também decorre dos factos expostos e apresentados que o recorrente não esgotou todos os meios que a lei lhe confere para fazer prosseguir os autos de execução e fazer valer o seu direito à justa indemnização que o Tribunal já lhe reconheceu”.

Na verdade, não deixou o TCA de enfatizar o facto de, não obstante a CRA permitir a sindicância da constitucionalidade não apenas de actos normativos mas também dos demais

²⁸² Acórdão n.º 329/2014, disponível em www.tribunalconstitucional.ao.

²⁸³ Acórdão n.º 402/2016, disponível em www.tribunalconstitucional.ao.

²⁸⁴ Acórdão n.º 118/2010, disponível em www.tribunalconstitucional.ao.

actos do Estado (nos termos do n.º 3 do art.º 6.º e 226.º da CRA) tal não significar que “(...) os cidadãos disponham indistintamente de um atalho para o Tribunal Constitucional sempre que se encontrem perante um qualquer acto lesivo dos seus direitos”.

Prossegue o aresto, referindo que, conquanto não se trate de acto que directamente ofenda um direito fundamental que a lei obrigue o TCA a tutelá-lo imediatamente, “(...) o cidadão inconformado deve seguir o curso legal do processo, reclamando para o Juiz da causa ou recorrendo para o Tribunal superior”, não lhe sendo lícito desviar-se do circuito processual normal.

O recurso extraordinário de inconstitucionalidade constitui, pois, no âmbito da fiscalização concreta, do recurso destinado a proteger os direitos e liberdades fundamentais (alegadamente) violados por decisões judiciais ou por acto administrativo definitivo e executório.

Importante é igualmente, salientar a força jurídica das normas de direitos, liberdades e garantias prevista no Direito angolano (e dos direitos fundamentais de natureza análoga, por força do art.º 27.º da CRA) as quais, nos termos do art.º 28.º n.º 1 da CRA, gozam de aplicabilidade directa e vinculam todas as entidades públicas e privadas, pelo que podem ser (directamente) invocadas pelo cidadão contra o Estado.

A propósito da regra da precedência obrigatória, o TCA tem defendido, uniforme e constantemente, ser admissível a interposição de recurso extraordinário de inconstitucionalidade das decisões do Tribunal Supremo que, pese embora sem se pronunciarem sobre o mérito da causa, ponham termo à instância.

Este mesmo entendimento encontra-se vertido, entre outros, no Acórdão do TCA n.º 400/2016, de 6 de Julho²⁸⁵, onde o aresto propugnou que “(...) quando exista decisão do Venerando Tribunal Supremo que ponha termo à instância, sem conhecimento do mérito da causa, mas esgotando a cadeia recursória ordinária, o Tribunal Constitucional deve, para não denegar justiça constitucional, conhecer a constitucionalidade, da decisão de primeira instância, quando esta tenha sido suscitada ou resulte evidente dos autos”.

Segundo o TCA, o entendimento assim plasmado enquadrava-se no âmbito e nos limites do recurso extraordinário de inconstitucionalidade, por ser este um mecanismo jurisdicional de “(...) último *ratio* que visa conferir protecção contra violações de direitos fundamentais, conforme resulta das disposições conjugadas dos artigos, 28.º, 29.º n.º 5, 72.º, 180.º n.º 1 e n.º 2 alínea a) e 226.º da CRA”.

Ora, estando o objecto do recurso extraordinário de inconstitucionalidade balizado pelas

²⁸⁵ Acórdão n.º 400/2016, disponível em www.tribunalconstitucional.oa.

sentenças que contendam com os princípios, direitos, liberdades e garantias consagradas na CRA e pelos actos administrativos que igualmente os contrariem, coloca-se a questão – nestes últimos e em função do princípio da precedência obrigatória – de saber se o TCA deve apreciar a constitucionalidade da sentença, do acto administrativo ou de ambos.

A doutrina que advoga a “perspectiva da restrição decisória” sustenta que os referidos actos administrativos não são passíveis de controlo constitucional pelo TCA, pois o mesmo incidirá, necessariamente, sobre a sentença judicial, a qual (essa sim) constituirá o objecto do processo.

Pelo contrário, os partidários da “perspectiva da abrangência decisória”, respaldados no comando constitucional de que todos os actos estão sujeitos ao controlo da constitucionalidade, consideram que os actos administrativos são passíveis de sindicância pelo TCA.

A este propósito, RAUL ARAÚJO, ELISA NUNES e MARCY LOPES²⁸⁶, acolhem a perspectiva da abrangência decisória por entenderem que “Se o que está na base da impugnação do acto administrativo é a sua desconformidade com a Constituição e considerando que essa inconstitucionalidade não é directamente impugnável perante o Tribunal Constitucional porque carece de ser esgotada a cadeia recursória ordinária comum (...) não faz sentido que a inconstitucionalidade do acto que serve de fundamento à impugnação escape à apreciação deste Tribunal”.

Essa foi, de resto, a posição sufragada pelo TCA no Acórdão n.º 401/2016, de 7 de Julho de 2016²⁸⁷.

Neste, o TCA decidiu que o mesmo aprecia “(...) não só, a constitucionalidade da decisão proferida por órgão (que, na jurisdição comum, julgou em última instância, a fim de saber se o Tribunal Supremo decidiu conforme a Constituição e os direitos fundamentais nela previstos), mas também, se o acto administrativo praticado pelos Ministros da Justiça e do Urbanismo e Habitação, que culminou com a anulação do confisco, violou ou não algum dos princípios, direitos, liberdades ou garantias fundamentais consignados na Constituição”.

Ora, dependendo a validade das leis (e dos demais actos do Estado, da Administração Pública e do Poder Local) da sua conformidade com a CRA (art.º 226.º n.º 1), serão inconstitucionais as leis e os actos que violem os princípios e normas nela consagrados (art.º 226.º n.º 2).

Para tanto, não podemos deixar de salientar que, de acordo com o art.º 174.º n.º 2 da CRA, compete aos tribunais assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos

²⁸⁶ ARAÚJO, Raul, NUNES, Elisa e LOPES, Marcy – *Constituição da República de Angola Anotada*. Tomo II. Luanda, 2018, p. 784.

²⁸⁷ Acórdão n.º 401/2016, disponível em www.tribunalconstitucional.ao.

dos cidadãos, competindo-lhes igualmente garantir e assegurar a observância da Lei Fundamental (n.º 1 do art.º 177.º da CRA), assim funcionando os mesmos (especialmente o TCA) como o seu verdadeiro guardião.

É nesse sentido que MELO ALEXANDRINO²⁸⁸, afirma que no figurino de controlo gizado no ordenamento jurídico angolano “(...) o Tribunal Constitucional encontra-se numa posição destacada por ser considerado o “tribunal dos direitos fundamentais”, quer por via dos seus poderes no âmbito da fiscalização abstracta (e também no controlo de acto do processo eleitoral e político-partidário), quer por via da fiscalização concreta (no designado recurso ordinário de constitucionalidade), quer sobretudo por via do recurso extraordinário de inconstitucionalidade”.

Tece, aliás, um comparativo com o homólogo TCP para chegar à conclusão de que a centralidade do TCA é mais reforçada, notando que, neste último, as decisões não podem ser postas em causa pelo parlamento em sede de fiscalização preventiva, pela maior abertura ao exercício de poderes de conformação normativa, pela possibilidade de sindicar a constitucionalidade de actos administrativos e decisões judiciais violadoras de direitos, liberdades e garantias, bem como pela expressa consagração “(...) de um mecanismo de acesso virtualmente directo ao Tribunal Constitucional”.

Referindo-se, em concreto, ao mecanismo do recurso extraordinário de inconstitucionalidade, o autor²⁸⁹ apelida-o de “remédio próprio” destinado à reparação de violações de direitos, liberdades e garantias (e direitos análogos), remédio esse que, sustenta, não existe (mas deveria existir...) em Portugal.

Desde logo porque sustenta que, pelo menos numa perspectiva da sociologia política, o acesso (ainda que extraordinário) à instância máxima da justiça constitucional significa a adopção de uma “(...) postura política antropologicamente amiga da dinamização processual dos direitos fundamentais”²⁹⁰.

Ademais, e numa perspectiva jurídico-constitucional, mostra-se patente a necessidade de uma articulação adequada entre a componente material da Constituição, o princípio geral da tutela jurisdicional efectiva e a garantia de um elevado nível de efectividade jurídica dos direitos fundamentais.

²⁸⁸ ALEXANDRINO, José Melo – *O Novo Constitucionalismo Angolano*. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas (ICJP), 2013, p. 104.

²⁸⁹ *Op. cit.*, p. 106.

²⁹⁰ *Op. cit.*, p. 106.

Acresce que, para o autor e na perspectiva do prestígio das instituições, o mesmo seguramente sairá abalado se, por falta de mecanismos com estas características, o amparo a direitos e liberdades fundamentais seja deferido a instância internacional (através do acesso, directo, ao TEDH, ao Tribunal Interamericano dos Direitos do Homem, e agora, também, ao Tribunal Africano dos Direitos do Homem e dos Povos), onde (não raras vezes) os Estados são alvo de condenações por estas instâncias.

Efectivamente, destaca o autor que “(...) a inexistência de um mecanismo de amparo constitucional tem um triplo efeito dogmático negativo: por um lado, torna irrelevante a distinção básica entre norma, direito e posição, confundindo esses diversos níveis; por outro lado, desvaloriza totalmente o plano absolutamente inafastável da violação (ou afectação ilegítima) do conteúdo de um direito fundamental ou de uma posição de direito fundamental; por fim, raramente o Tribunal Constitucional se ocupa com a tarefa de se debruçar sobre o âmbito de protecção de cada direito fundamental e sobre o tipo de afectações de que o mesmo é passível”²⁹¹.

No específico caso do ordenamento jurídico português, salienta o peso que o argumento social convoca na medida em que o recurso de constitucionalidade efectivamente praticado aumenta a desprotecção das pessoas socialmente mais desfavorecidas, urgindo lançar uma tomada de consciência aos cidadãos da “(...) existência desta extraordinária ferramenta de protecção dos direitos, liberdades e garantias”²⁹².

Para que se possa debater a introdução de uma acção directa de controlo da constitucionalidade como garantia da defesa de direitos e liberdades fundamentais no ordenamento constitucional português, necessário se torna que, previamente, discorramos (ainda que de forma sucinta) quanto à fiscalização da constitucionalidade das normas efetuada pelo TCP.

Acompanhando de perto TROVÃO DO ROSÁRIO²⁹³ na análise à acção do Tribunal Constitucional português e dos demais Tribunais na garantia da Constituição, esclareça-se que “Desde 1982, herdeiro da Comissão Constitucional que atuava junto do Conselho da Revolução Portuguesa, esta Lei fundamental prevê entre os seus quatro órgãos de soberania (o Presidente da República, a Assembleia da República, o Governo) o Tribunal Constitucional”.

Na verdade, e nos termos da Lei n.º 62/2013, de 26 de Agosto (Lei da Organização do Sistema Judiciário Português - LOSJP), em concreto do seu art.º 2.º, define-se que “os tribunais

²⁹¹ *Op. cit.*, p. 109.

²⁹² *Op. cit.*, p. 109.

²⁹³ ROSÁRIO, Pedro Trovão, ALVES, Diego Gomes e GADELHA, Gisela – *O Tribunal Constitucional Português e a Justiça Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2023, p. 9.

são órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo” (n.º 1), sendo que “a função jurisdicional é exercida pelos tribunais” (n.º 2), incumbindo-lhes “(...) assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos, reprimir a violação da legalidade democrática e dirimir os conflitos de interesses públicos e privados” (n.º 3).

Por seu turno, o art.º 221.º da CRP define que o TCP é “o tribunal ao qual compete especificamente administrar a justiça em matérias da natureza jurídico-constitucional”.

Saída, igualmente, da primeira revisão constitucional de 1982, a Lei n.º 28/82, de 15 de Novembro, instituiu a Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Português (LOTCP), na qual se prescreve (art.º 6.º) a competência do TCP para “(...) apreciar a inconstitucionalidade e a ilegalidade nos termos dos artigos 277.º e seguintes da Constituição e nos termos da presente lei”.

Interessa-nos, neste particular, deter-nos nas questões atinentes à apreciação da (in)constitucionalidade, esclarecendo o art.º 277.º da CRP serem inconstitucionais “(...) as normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consagrados”.

Impõe-se, todavia, que aclaremos a que “herança” recebida pelo TCP se reporta TROVÃO DO ROSÁRIO para que melhor se compreendam as raízes do sistema de fiscalização da constitucionalidade do ordenamento jurídico português.

Na verdade, se hoje podemos falar de um sistema de fiscalização da constitucionalidade integralmente judicial, alicerçado num sistema de “compromisso” entre as competências do TCP e as dos demais tribunais, idêntica solução já se encontrava vertida na Constituição portuguesa de 1911 (que consagrava um sistema de fiscalização difusa pelos tribunais) e que se manteve na Constituição de 1933.

Somente na revisão constitucional operada em 1971 se viria a consagrar um modelo misto, judicial e político (este último assegurado pela Assembleia da República), e que se manteve na versão original da CRP de 1976, desta feita atribuindo-se competências de fiscalização da constitucionalidade à Comissão Constitucional.

Tal, como nota TROVÃO DO ROSÁRIO²⁹⁴, “(...) com óbvio prejuízo na configuração de um “verdadeiro, completo e pleno” Tribunal Constitucional, como o alemão, o espanhol, ou o austríaco, conhecendo de Recurso de Amparo ou Queixa Constitucional (...)”.

Foi, pois, somente com a revisão constitucional de 1982 que foi criado o TCP, instituindo-se um sistema jurisdicional híbrido entre a fiscalização difusa (artigos 202.º, 204.º e 280.º da CRP) e a concentrada (artigos 221.º, 278.º e 281.º da CRP).

Assim, a fiscalização da constitucionalidade das normas empreendida pelo TCP opera

²⁹⁴ *Op. cit.*, p. 11.

de quatro modos distintos, refletindo as (quatro) espécies de processo previstas.

Falamos da fiscalização preventiva da constitucionalidade (art.º 278.º da CRP), da fiscalização sucessiva concreta (art.º 280.º da CRP), da fiscalização sucessiva abstracta (art.º 281.º) e da fiscalização da inconstitucionalidade por omissão (art.º 283.º da CRP).

A fiscalização preventiva da constitucionalidade sendo, por natureza, abstracta, ocorre antes da promulgação ou assinatura das normas (nacionais ou internacionais) submetidas ao Presidente da República, sendo requerida ao presidente do TCP (art.º 51.º LOTCP) e por quem tenha, para tanto, legitimidade (art.º 278.º e 281.º n.º 2 da CRP), dela devendo constar qual a norma ou princípio jurídico violado.

Não obstante o TCP só poder apreciar e declarar a inconstitucionalidade de norma cuja apreciação lhe tenha sido requerida, pode, no entanto, fazê-lo invocando (como fundamento) normas (ou princípios) diversas daquelas concretamente em apreciação.

Pronunciando-se sobre a inconstitucionalidade de uma norma, deve obrigatoriamente o Presidente da República (art.º 279.º da CRP) vetar o diploma e devolvê-lo ao órgão que o aprovou, sem prejuízo de poder a Assembleia da República confirmar o seu decreto (por maioria de dois terços dos deputados presentes), nos termos do art.º 279.º n.º 2 da CRP.

A fiscalização abstracta pode ainda ser sucessiva quando empreendida em momento posterior à publicação da norma (art.º 62.º e seguintes da LOTCP), sendo que, ao contrário da fiscalização abstracta preventiva, abrange a apreciação e a declaração de inconstitucionalidade de “quaisquer normas”, nos termos do art.º 281.º n.º 1 da CRP.

Percebe-se, pois, que possa ser requerida a todo o tempo (não estando sujeita aos prazos previstos para a fiscalização abstracta preventiva), estando para tanto legitimadas a suscitar a sua apreciação pelo TCP as entidades previstas no art.º 281.º n.º 2 (de que destacamos o Presidente da República, o Presidente da Assembleia da República, o Primeiro-Ministro, o Provedor de Justiça, o Procurador-Geral da República e um décimo dos deputados à Assembleia da República).

Admitido o pedido, o órgão de onde emanou a norma em crise é notificado para, querendo, se pronunciar quanto ao pedido de apreciação, sendo que neste tipo de fiscalização (sucessiva abstracta) a decisão do TCP versará sobre a (in)constitucionalidade (total ou parcial) da norma em causa.

Nos termos do art.º 282.º da CRP, a declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade tem força obrigatória geral desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal, ressalvados que estejam os casos julgados de conteúdo menos favorável ao arguido, ou quando ponderosas razões de segurança jurídica, equidade ou interesse público ditarem que

o TCP fixe efeitos com alcance mais restritivo.

No que reporta à fiscalização sucessiva concreta da constitucionalidade (prevista no art.º 280.º da CRP e 69.º da LOTCP), esta, ao contrário das anteriormente analisadas, “(...) integra já elementos subjectivos, trazidos pelas partes ao processo, de acordo com o seu interesse e análise efetuada ao Direito aplicável”²⁹⁵.

Espelha, no fundo, o modelo híbrido ou misto de fiscalização anteriormente afluído, mas assente exclusivamente em órgãos judiciais, em concreto empreendido pelo TCP e pelos demais tribunais.

Nos termos do art.º 204.º da CRP a competência para a fiscalização concreta da constitucionalidade incumbe ao tribunal no qual penda a acção, sendo-lhe, concomitantemente, aplicável a respectiva tramitação processual.

Efectivamente, o tribunal tem não só o poder como o dever de apreciar a conformidade das normas *sub judice* à Constituição, sendo-lhe vedada a aplicação daquelas que repete por inconstitucionais.

Daí que, caso tenha aplicado norma cuja (in)constitucionalidade haja sido alegada pela parte no processo, ou quando não a aplique com fundamento na sua inconstitucionalidade, caberá sempre recurso para o TCP, nos termos conjugados entre o disposto no art.º 280.º da CRP e o art.º 70.º da LOTCP.

Saliente-se, no entanto, que o objecto do recurso não incidirá sobre a decisão em si mesma, mas sim sobre a norma (des)aplicada em função do juízo formulado pelo tribunal *a quo*.

Isso mesmo resulta do Acórdão do TCP n.º 286/2000²⁹⁶, onde o aresto ressalva constituir jurisprudência reiterada, impressiva e uniforme seguida pelo mesmo de que “(...) os recursos de constitucionalidade interpostos ao abrigo da alínea b) do n.º 1 do artigo 70.º da sua Lei Orgânica, como é o caso dos presentes autos, só são admissíveis se congregarem necessariamente alguns pressupostos, um dos quais consiste na suscitação de constitucionalidade pelo recorrente durante o processo e o que subentende a aplicação da norma impugnada como *ratio decidendi*, pela decisão recorrida”.

Concretiza tal entendimento explicitando que o recurso de constitucionalidade em apreço não visa a apreciação de uma decisão judicial *qua tale*, reportando-se o sistema de fiscalização a normas jurídicas.

Logo, para o TCP, “(...) não se discute a constitucionalidade da decisão, uma vez que

²⁹⁵ TROVÃO DO ROSÁRIO, *op. cit.*, p. 16.

²⁹⁶ Proferido no âmbito do Proc. n.º 688/98 e disponível em tribunalconstitucional.pt.

só interessa para o julgamento da causa o juízo que na decisão se contenha sobre a constitucionalidade da norma”.

Assim, e porque no caso dos autos a recorrente não suscitou uma questão de constitucionalidade normativa (insurgindo-se, sim, contra o facto de a decisão recorrida não ter aplicado analogicamente a norma do art.º 84.º do Regime do Arrendamento Urbano), decidiu o TCP não tomar conhecimento do recurso.

Em todo o caso, torna-se patente – como ressalva TROVÃO DO ROSÁRIO²⁹⁷ – que “O recurso para o Tribunal Constitucional em sede de fiscalização sucessiva concreta da constitucionalidade de normas (artigo 280.º da CRP) constitui o único meio, no caso português, de contacto directo entre os cidadãos e este Tribunal, sendo isentos de custas (artigo 84.º/1 da LOTC), exceto nos casos previstos no artigo 84.º/2 a 8 da LOTC”.

Assim, e como se propugna no art.º 70.º n.º 1 da LOTCP, caberá recurso para o TCP (entre outras nele contempladas) das decisões do tribunal que recusem a aplicação de qualquer norma, com fundamento em inconstitucionalidade, ou que apliquem norma cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo ou norma já anteriormente julgada inconstitucional.

No caso concreto do recurso para o TCP da decisão do tribunal que aplique norma cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo (art.º 70.º n.º 1 alínea b) da LOTCP), admite-se o mesmo desde que tenha havido renúncia ou haja decorrido o respectivo prazo sem a sua interposição (nos termos dos n.ºs. 2 e 4 do mesmo artigo).

Nos processos de fiscalização concreta, o sentido da decisão do TCP pode ser a de conceder provimento (caso em que será ordenada a reformulação da decisão recorrida) ou não provimento (caso em que se confirma a decisão recorrida).

Nos termos do art.º 80.º n.º 1 da LOTCP, “A decisão do recurso faz caso julgado no processo quanto à questão da inconstitucionalidade ou ilegalidade suscitada”, tendo, pois, eficácia *inter partes*.

Por fim, na fiscalização da inconstitucionalidade por omissão (art.º 283.º da CRP e 67.º e seguintes da LOTCP), “(...) a função do Tribunal Constitucional excede o controlo de normas jurídicas, pois deverá apreciar se se verifica uma abstenção de um órgão público em cumprir com as obrigações que, no plano ativo, lhe sejam impostas pela CRP”²⁹⁸.

Vimos já que um dos exemplos mais paradigmáticos da necessidade de aprovação de actos legislativos necessários a tornar exequíveis comandos constitucionais se prende com o

²⁹⁷ *Op. cit.*, p. 17.

²⁹⁸ TROVÃO DO ROSÁRIO, *op. cit.*, p. 26.

direito à segurança social, previsto no art.º 63.º da CRP, onde no seu n.º 2 se prescreve como incumbência do Estado “(...) organizar, coordenar e subsidiar um sistema de segurança social unificado e descentralizado (...)”.

O processo de fiscalização da inconstitucionalidade por omissão, nos termos do disposto no art.º 283.º n.º 1 da CRP pode ser espoletado pelo Presidente da República, pelo Provedor de Justiça ou (quando estiverem em causa questões que contendam com direitos de uma das Regiões Autónomas) pelo respectivo Presidente da Assembleia Legislativa.

Em obediência ao princípio da separação dos poderes, e nos termos do art.º 283.º n.º 2 da CRP, quando se verificar a existência de inconstitucionalidade por omissão, o TCP disso dará conhecimento ao órgão legislativo competente, não podendo (obviamente) gizar o normativo em falta ou sequer ordenar ao referido órgão a sua produção.

Daí que, na esteira de TROVÃO DO ROSÁRIO²⁹⁹, possamos afirmar que “a declaração da inconstitucionalidade por omissão não tem efeitos jurídicos [imediatos e constitucionais, acrescentamos nós] implicando essencialmente um acto público de censura política a um órgão cujos titulares têm um mandato limitado no tempo e sujeito a eleições, onde a soberania popular se manifestará”.

Na verdade, e por força do Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Pessoas Colectivas de Direito Público (RRCEE), instituído pela Lei n.º 67/2007 de 31 de Dezembro, na sua redacção actual, em concreto no n.º 3 do art.º 15.º, consagra-se o direito dos cidadãos a serem indemnizados por danos anormais que “(...) resultem da omissão de providências legislativas para tornar exequíveis normas constitucionais” previamente verificada pelo Tribunal Constitucional.

Em todo o caso, e diferentemente do que sucede no ordenamento constitucional português, o sistema constitucional brasileiro dispõe da denominada “Acção Direta de Inconstitucionalidade por Omissão”, prevista no art.º 103/3 da Constituição da República Federativa do Brasil, sendo que – declarada a inconstitucionalidade – “(...) será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”.

Esclareça-se, todavia, não se tratar de instituto de que os cidadãos possam lançar mão, por carecerem de legitimidade para o efeito, sendo que o próprio artigo elenca quais as entidades (Presidente da República, Mesa do Senado Federal, Procurador-Geral da República, entre outras) que podem propor a acção directa de inconstitucionalidade.

²⁹⁹ *Op. cit.*, p. 27.

Certo é que, face ao que atrás se evidenciou, e como se enuncia no (recente) Acórdão n.º 156/2022 do TCP³⁰⁰, “Importa sublinhar que, independentemente da razão que porventura possa assistir a um recorrente relativamente a uma avaliação de natureza subsuntiva e no estrito plano do direito infraconstitucional, o nosso ordenamento não conhece a figura do recurso de amparo e não permite, portanto, *inter alia*, que ao juízo subsuntivo de um tribunal judicial o Tribunal Constitucional sobreponha um juízo seu da mesma natureza” (sublinhado nosso).

No entanto, a introdução de uma acção directa de controlo da constitucionalidade não é propriamente desconhecida no ordenamento jurídico-constitucional português, já que nas revisões constitucionais operadas em 1989, 1997 e 2004 foram encetadas tentativas no sentido de dotá-lo de um mecanismo similar ao do recurso de amparo espanhol ou à queixa constitucional alemã.

Aliás, na (quarta) revisão constitucional de 1997 ensaiou-se mesmo o aditamento de um n.º 5 ao art.º 20.º da CRP com o objectivo de consagrar a criação de procedimentos judiciais céleres e prioritários, erigidos contra violações dos direitos, liberdades e garantias pessoais, não sufragados pela Assembleia da República.

Discorrendo sobre o tema, CATARINA BOTELHO³⁰¹ descortinou quatro argumentos que, à data (e posteriormente replicados), militam contra a introdução do instituto do mecanismo do recurso de amparo em Portugal.

Desde logo, e a encimar os fundamentos de rejeição das propostas atrás enunciadas, aventou-se a dificuldade de harmonização do instituto do recurso de amparo constitucional com o sistema de fiscalização concreta da constitucionalidade, atentos os pontos de contacto que apresentam.

Na verdade, não é incomum ver-se o mecanismo de recurso plasmado no art.º 280.º n.º 1 alínea b) da CRP tratado como “um recurso quase directo” para o Tribunal Constitucional, vislumbrando-se igualmente certa similitude entre o recurso de amparo e o direito de petição (art.º 23.º da CRP) junto do Provedor de Justiça, o qual – nos termos da alínea a) do n.º 2 do art.º 281.º da CRP – detém legitimidade processual activa para desencadear um processo de fiscalização abstracta de constitucionalidade.

Logo, parte (substancial, diríamos) da doutrina entende que alguns dos efeitos permitidos pelo recurso de amparo logram obter-se por via do *agere licere* que o art.º 280.º n.º 1 alínea b) confere aos particulares, por nele se configurar um “quase-recurso de amparo”.

³⁰⁰ Proferido no âmbito do Proc. n.º 992/21 e disponível em tribunalconstitucional.pt.

³⁰¹ BOTELHO, Catarina - *A Tutela Directa dos Direitos Fundamentais: Avanços e Recuos na Dinâmica Garantística das Justiças Constitucional, Administrativa e internacional*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 132.

É a posição assumida, entre outros, por RUI MEDEIROS³⁰², o qual, pugnando pelo entendimento de que o sistema de protecção dos direitos fundamentais funciona eficazmente, sustenta que as hipotéticas vantagens advindas da instituição de um recurso de amparo constitucional não suplantariam os seus (inevitáveis) inconvenientes, por, desde logo, ir acentuar a reconhecida morosidade no proferimento das decisões por parte do TCP.

Idêntica posição é assumida por BLANCO DE MORAIS³⁰³ e MELO ALEXANDRINO³⁰⁴, o que leva o primeiro a concluir pela desnecessidade da introdução de um recurso constitucional de amparo.

Como vimos anteriormente, o ordenamento jurídico-constitucional português pode ser definido como híbrido, nele convergindo características específicas do modelo difuso norte-americano.

Ora, se é certo que tal modelo se possa apresentar como completo e transversal, é igualmente indiscutível que o mesmo não assegura ao cidadão uma acção constitucional directa, obrigando a que a apreciação da constitucionalidade seja sempre enxertada num processo judicial pré-existente, operando de forma incidental.

Talvez seja essa a razão pela qual – segundo CATARINA BOTELHO³⁰⁵ – o TCP, consciente do défice do sistema de fiscalização da constitucionalidade português, procurou maximizar a dimensão garantística do mesmo, “(...) quer através da adopção de um conceito “funcional” e “formal” de norma, quer pela admissão da fiscalização da constitucionalidade das normas na interpretação concreta que delas faz o juiz ordinário”.

Não isenta, todavia, de crítica tamanha latitude permitida pelo TCP relativamente à sindicância do âmago do acto de julgar – a interpretação das normas – o que acaba por “(...) propiciar que, em determinados casos, se esteja a controlar a decisão judicial em si mesma, e não a interpretação judicial de uma norma, uma vez que a linha de fronteira que se desenha entre ambas é, por vezes, pouco nítida.”³⁰⁶

O que pode redundar num factor de complexidade acrescida, pelo menos para o advogado da parte requerente do recurso, a quem incumbe demonstrar que não está em causa a

³⁰² MEDEIROS, Rui – *A Decisão de Inconstitucionalidade – Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999, pp. 353 e 357

³⁰³ MORAIS, Carlos Blanco – “*Fiscalização da Constitucionalidade e Garantia dos Direitos Fundamentais: Apontamento sobre os passos de uma evolução subjectivista*”. AAVV, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles. Coimbra: Almedina, 2003 p. 107.

³⁰⁴ ALEXANDRINO, José de Melo – *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa*, Vol. II. Coimbra: Almedina, 2006, p. 486.

³⁰⁵ BOTELHO, Catarina - *A Tutela Directa dos Direitos Fundamentais: Avanços e Recuos na Dinâmica Garantística das Justiças Constitucional, Administrativa e internacional*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 132.

³⁰⁶ *Op. cit.*, 140.

própria decisão, mas a interpretação da norma.

Acrescenta igualmente CATARINA BOTELHO³⁰⁷, que a actividade do TCP, “(...) ao sindicar a norma na interpretação que dela faz o tribunal ordinário, acaba, a nosso ver, por exceder a configuração estrita de competências que resulta do artigo 280.º da CRP e do artigo 70.º da LOTC”.

E, para a autora, é de sindicância da norma que efectivamente falamos, pois o modelo de fiscalização da constitucionalidade português tem apenas por objecto actos normativos (como resulta dos artigos 277.º n.º 1 e 283.º n.º 1 da CRP), deixando de parte o controlo dos actos não-normativos (nos quais se inserem os actos políticos e os actos jurisdicionais), notando evidente dissonância com o art.º 3.º n.º 3 da CRP, no qual se estatui que “A validade das leis e dos demais actos do Estado, das regiões autónomas, do poder local e de quaisquer outras entidades públicas depende da sua conformidade com a Constituição”.

Pese embora não discordando com o essencial do entendimento expresso por CATARINA BOTELHO, não podemos deixar de salientar, no entanto – e como flui do Acórdão n.º 74/04 do TCP³⁰⁸ – que a sua jurisprudência aponta no sentido da adopção de um conceito amplo de norma.

Efectivamente, e como reconhecido pelo próprio aresto, é vasta a jurisprudência constitucional relativa ao conceito de “norma”, dela se retirando que o Tribunal utiliza um conceito muito amplo de norma, recorrendo a um critério simultaneamente funcional e formal.

Assim, salienta o aresto que, “Como o Tribunal vem referindo de forma uniforme e reiterada, são “normas” quaisquer actos do poder público que contiverem uma “regra de conduta” para os particulares ou para a Administração, um “critério de decisão” para esta última ou para o juiz ou, em geral, “um padrão de valoração de comportamentos””.

Prossegue, referindo que este conceito (simultaneamente funcional e formal de “norma”) abarca não só os preceitos de natureza geral e abstracta bem como quaisquer normas de eficácia externa, independentemente do seu carácter geral e abstracto ou individual e concreto e de possuírem (neste último caso) eficácia consumptiva.

Daí que, no caso *sub judice*, o TCP tenha entendido que as cláusulas do “acordo de cooperação e seu aditamento” (firmado em relação laboral privada e reputado pelo recorrente como inconstitucional) não constituíam normas jurídicas, formal e funcionalmente aptas a integrarem o conceito de “norma”, pelo menos para o efeito de fiscalização da constitucionalidade, desde logo porque não provieram de nenhum poder público.

³⁰⁷ *Op. cit.*, 141.

³⁰⁸ Proferido no âmbito do processo n.º 528/03 e disponível em tribunalconstitucional.pt.

Um segundo argumento esgrimido contra a previsão de um recurso de amparo constitucional no ordenamento constitucional português encontra respaldo no n.º 5 do art.º 20.º da CRP, onde se propugna, essencialmente, que a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais céleres e prioritários destinados a obter a tutela efectiva dos direitos, liberdades e garantias pessoais.

Alega-se, portanto, não ser a justiça constitucional o único meio jurisdicional de defesa dos direitos fundamentais existente no nosso ordenamento jurídico, já que tal comando dirigido ao legislador ordinário assegura aos cidadãos a tutela jurisdicional efectiva de tais direitos, dando assim cobertura à maioria das situações que poderiam justificar a introdução do recurso de amparo.

E esse comando foi meritoriamente acolhido pelo legislador processual administrativo, em particular com a aprovação, pela Lei n.º 15/2002, de 22 de Fevereiro, do Código do Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA), que consagra no seu art.º 109.º um (inovador) procedimento de intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias.

Na verdade, dispõe o n.º 1 do art.º 109.º do CPTA que tal intimação “(...) pode ser requerida quando a célere emissão de uma decisão de mérito que imponha à Administração a adoção de uma conduta positiva ou negativa se revele indispensável para assegurar o exercício, em tempo útil, de um direito, liberdade ou garantia por não ser possível ou suficiente, nas circunstâncias do caso, o decretamento de uma providência cautelar (...)”.

A intimação constitui, pois, um sólido mecanismo de defesa desses direitos e de tutela jurisdicional efectiva, tal como se propugna no n.º 5 do art.º 20 da CRP.

Isso mesmo é reconhecido no Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul,³⁰⁹ proferido a 11 de Junho de 2016, onde se refere que “(...) esta intimação veio concretizar o comando normativo contido no n.º 5 do artigo 20.º da CRP, destinando-se, em primeira linha, a assegurar a defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais. Mas ainda que se entenda que o artigo 109.º do CPTA ampliou o seu alcance para além da protecção dos direitos pessoais, não deixa de reconduzir-se sempre ao conjunto dos direitos, liberdades e garantias tipificado no Título II da Constituição e, no limite, aos direitos fundamentais de natureza análoga àqueles”.

Entendimento que, de resto, se encontra em linha com os ensinamentos de VIEIRA DE ANDRADE³¹⁰, quando o autor refere que “(...) esta protecção acrescida justifica-se, na sua subs-

³⁰⁹ Disponível em <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/acordao/12156-2015-91480675>

³¹⁰ ANDRADE, José Carlos Vieira – *A Justiça Administrativa (Lições)*. 19.ª Edição. Coimbra: Almedina, 2021, p. 261.

tância, pela especial ligação destes direitos à dignidade da pessoa humana e, na sua oportunidade, pela consciência do risco acrescido da respetiva lesão” (sublinhado nosso).

Em suma – e como decorre do aresto do Tribunal Central Administrativo Sul –, o meio processual previsto no art.º 109.º do CPTA tem por escopo garantir uma tutela jurisdicional efectiva e célere quando estão em causa direitos, liberdades e garantias fundamentais, de natureza pessoal, ou de direitos de natureza análoga, na medida em que o regime dos direitos, liberdades e garantias também se aplica aos direitos fundamentais de natureza análoga, por força do disposto no art.º 17.º da CRP.

Percebe-se, pois, que a intimação (administrativa) para protecção de direitos, liberdades e garantias – concretizando o comando previsto no n.º 5 do art.º 20.º da CRP - constitua um argumento ponderoso para os autores que defendem a perfeição e completude do sistema de protecção dos direitos fundamentais vigentes no ordenamento jurídico português.

Contra a introdução no ordenamento jurídico português da figura do recurso de amparo, aventa-se, igualmente, o argumento de que o mesmo iria aumentar a pendência de processos submetidos para apreciação do TCP, comprometendo a sua (normal) tramitação, o que não podemos deixar de reputar como redutor, pese embora não ignoremos (e reconheçamos) as dificuldades práticas que poderia colocar.

Dificuldades que poderiam ser colmatadas com a instituição de eficazes (mas ponderados) mecanismos de filtragem, desde logo aptos a evitar a utilização do recurso de amparo como mero expediente processual dilatatório ou – como o demonstra a realidade espanhola e alemã – reservando-o para situações verdadeiramente excepcionais e extraordinárias.

Por fim, a adopção do recurso de amparo constitucional, nos casos em que verse sobre norma(s) apreciada(s) por decisões judiciais, é igualmente apontada como fonte (potencial) de conflitos entre a jurisdição constitucional e os tribunais ordinários, em especial com os Supremos Tribunais.

Em todo o caso, da nossa parte, nunca será por demais recordar que o TCP se apresenta como uma jurisdição especializada, ao contrário do que sucede com os tribunais ordinários, pelo que apenas uma (pequena) fracção da sua produção jurisprudencial abarcará matéria constitucional.

Certo é que as propostas de revisão constitucional que previam a adopção no sistema de fiscalização da constitucionalidade português de um recurso de amparo (ou instituto similar) não vingaram (por não terem reunido a maioria de dois terços exigida pelo n.º 1 do art.º 286.º

da CRP), o que mereceu forte crítica por parte de REIS NOVAIS³¹¹.

Para o autor, “(...) num Estado de Direito que só se satisfaz com a plenitude de protecção contra todas as violações de direitos fundamentais, o sistema actual revela-se deficitário e com desequilíbrios dificilmente superáveis”.

Pese embora não tão contundente na crítica, certo é que ampla e ilustre doutrina pugna pela defesa da previsão na CRP de um recurso de amparo e, consequentemente, pela sua necessidade³¹².

Adiantaremos, pois, alguns desses argumentos expendidos a favor da consagração no ordenamento jurídico-constitucional português de um recurso de amparo, sendo certo – adiante-se desde já – que se torna forçoso reconhecer que a sua introdução o tornaria mais garantístico.

Desde logo porque, e como já anteriormente referido, a protecção contra os actos emanados da função/(in)acção política apenas é tutelada (indirectamente ou em segundo grau) pelo instituto da responsabilidade civil do Estado (art.º 22.º da CRP), assim como não será menos-prezível configurarmos a possibilidade de uma decisão judicial afectar directamente a Constituição por vícios próprios e não poderem os mesmos ser conhecidos pelo recurso de constitucionalidade previsto na alínea b) do n.º 1 do art.º 280.º da CRP.

Na verdade, são inúmeros os arestos onde o TCP – como já salientámos anteriormente, quando trouxemos à colação o Acórdão n.º 156/2022 – sublinha que o ordenamento jurídico português não conhece a figura do recurso de amparo.

Parece, aliás, claro que a CRP não consagra expressamente um recurso de amparo constitucional, sendo para nós igualmente evidente – como sustenta CATARINA BOTELHO³¹³ – que o seu art.º 20.º n.º 5 abre portas à consagração, por via ordinária, deste tipo de recurso, pelo que, “Por tais razões, somos forçados a concluir que esta norma apenas vem consubstanciar um direito (constitucionalmente consagrado) ao amparo judicial ou ordinário”.

Logo, a questão que ora se coloca é a de saber se o direito ao amparo constitucional pode igualmente ser descortinado na CRP.

³¹¹ NOVAIS, Jorge Reis – *Em Defesa do Recurso de Amparo Constitucional (ou uma avaliação crítica do sistema português de fiscalização concreta da constitucionalidade)*. Coimbra: Revista da Faculdade de Direito da UNL, 2005, p. 92.

³¹² É o caso, entre outros, de GOMES CANOTILHO (CANOTILHO, José Gomes – *Constituição e Déficit Procedimental. Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004., pp. 69-84; JORGE MIRANDA (MIRANDA, Jorge – *Ideias para uma revisão constitucional em 1996*. Lisboa: Editora Cosmos, 1996, p. 29; MELO ALEXANDRINO (ALEXANDRINO, José de Melo – *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa*, Vol. II. Coimbra: Almedina, 2006, p. 487; CATARINA BOTELHO – BOTELHO, Catarina – *A Tutela Directa dos Direitos Fundamentais: Avanços e Recuos na Dinâmica Garantística das Justiças Constitucional, Administrativa e internacional*. Coimbra: Almedina, 2010, pp. 147-162.

³¹³ BOTELHO, Catarina – *A Tutela Directa dos Direitos Fundamentais: Avanços e Recuos na Dinâmica Garantística das Justiças Constitucional, Administrativa e internacional*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 145.

A autora responde afirmativamente³¹⁴, apontando o recurso constitucional de amparo como uma consequência do princípio da aplicabilidade directa previsto no art.º 18.º da CRP, que (na sua opinião) foi mais longe do que o princípio da constitucionalidade previsto no art.º 3.º n.º 3 da lei fundamental.

Daí se extrai a preocupação de dotar os direitos fundamentais de um carácter efectivo, que passa, necessariamente, pela sua aplicabilidade directa, inculcando a imperiosa faculdade de os particulares poderem reagir contra actos violadores desses direitos, como a faz a GG através da figura da queixa constitucional.

Não a consagrou o ordenamento jurídico-constitucional português, apontando-se-lhe (legitimamente) o reparo de ter ficado a “meio caminho”.

O recurso de amparo constitucional pode também encontrar respaldo no art.º 20.º n.º 1 da CRP, onde se proclama o direito de acesso ao Direito e aos Tribunais para defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos e o consequente direito a uma tutela jurisdicional efectiva, como se propugna no n.º 5 do mesmo artigo.

Ora, se os direitos liberdades e garantias (e os direitos fundamentais de natureza análoga) gozam do regime da aplicabilidade directa (art.º 17.º da CRP) e deste princípio resulta, por consequência, a incumbência de os tutelar eficazmente, então teremos de chegar à conclusão que se confira aos destinatários de tais direitos legitimidade processual activa para intentar recurso ou queixa para o TCP.

Não se ignora, no entanto, que a consagração de um direito de amparo constitucional (fundamentado pela interpretação conjunta dos aludidos preceitos constitucionais) convoca múltiplos desafios, desde logo, definindo a respectiva legitimidade processual (activa e passiva), o seu objecto e efeitos, a efectivar por via de uma revisão constitucional.

Não é esse, todavia, o entendimento (pelo menos absoluto) de MELO ALEXANDRINO³¹⁵, que – no que concerne especificamente às modificações a empreender no sistema existente – advoga que “(...) numa primeira fase, que não requer sequer revisão constitucional, deveria restringir-se a admissibilidade dos recursos de 2.º tipo, [referindo-se ao recurso das decisões negativas de inconstitucionalidade] pelo menos em termos equivalentes aos agora vigentes na Alemanha, na Suíça e na Espanha, para o recurso de amparo, e no Brasil, para o recurso extraordinário”.

Podendo (e, no nosso entendimento, devendo) o modelo constitucional português ser

³¹⁴ *Op. cit.*, p. 145.

³¹⁵ ALEXANDRINO, José de Melo – *Sim ou Não ao Recurso de Amparo?*. Lisboa: Revista Julgar, N.º 11, 2010, p. 49.

aperfeiçoado, a fim de cumprir fielmente os desígnios plasmados na CRP, onde pontificam os princípios da justiça e da dignidade humana, não podemos deixar de engrossar a fileira daqueles que advogam não só as vantagens como a própria necessidade da consagração de um recurso de amparo.

Um elenco de direitos fundamentais, num Estado de Direito material, tem de vir acompanhado da consagração da sua garantia de plena e real efectividade.

Não que entendamos que o sistema ora vigente comporte falha (pelo menos grave) na tutela de fiscalização constitucional dos direitos fundamentais.

Efectivamente, e como salienta GOMES CANOTILHO³¹⁶, pese embora não se possa entender o recurso de constitucionalidade português, na sua essência, como um recurso de amparo, atentas as diferenças que encerram, daí não podemos extrair uma alegada protecção deficitária concedida aos direitos fundamentais, por poderem as partes suscitar a inconstitucionalidade no processo onde invocam a sua (hipotética) violação.

Sustentamos, sim, que o modelo gizado pode ser complementado e, dessa forma, enriquecido com a consagração de um recurso de amparo.

Na verdade, não ignoramos que o particular tem a possibilidade, na fiscalização concreta de constitucionalidade, de “contactar directamente” ao TCP, mas ninguém ignora que tal acesso pressupõe a prévia existência de um processo judicial, uma vez que este julga, em última instância, os recursos das decisões de todos e cada um dos demais tribunais em matéria constitucional.

Igualmente não ignoramos de que os cidadãos dispõem do chamado direito de petição ou queixa, assim podendo instar e “convencer” o Provedor de Justiça (ou outro detentor dessa legitimidade activa, nos processos de fiscalização abstracta da constitucionalidade) da razoabilidade da sua pretensão, mas tal acesso ao TCP é, meramente, indirecto.

Poderá também o particular apresentar (individualmente) uma petição perante o TEDH se considerar ter sido violado um direito fundamental previsto e protegido pela CEDH, mas não deixa de ser (no mínimo) questionável que não possa obter a respectiva protecção através da tutela jurisdicional no seu próprio Estado.

De igual modo, e seguindo de perto o arquétipo do recurso constitucional de amparo defendido por CATARINA BOTELHO³¹⁷, não reputamos ser curial defender a introdução de

³¹⁶ CANOTILHO, José Gomes – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 493.

³¹⁷ BOTELHO, Catarina – *A Tutela Directa dos Direitos Fundamentais: Avanços e Recuos na Dinâmica Garantística das Justiças Constitucional, Administrativa e internacional*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 159.

um recurso de amparo que acolha todos os direitos fundamentais.

Efectivamente, e na senda do atrás exposto, o mesmo deverá cingir-se aos direitos, liberdades e garantias e aos direitos de natureza análoga (onde se insere, no nosso entendimento, o direito fundamental à retribuição) por lhes ser aplicado o regime previsto no art.º 18.º da CRP.

Para a autora³¹⁸, “na hipótese de o legislador de revisão não aderir à tese da inserção de um recurso de amparo constitucional extensível a todos os direitos protegido pelos artigos 17.º e 18.º da CRP, no mínimo, deverão ser primacialmente salvaguardados os direitos, liberdades e garantias pessoais, com fundamento no artigo 20.º n.º 5 da CRP”.

Em sentido não totalmente coincidente (se bem a compreendemos) vai a posição assumida por MELO ALEXANDRINO³¹⁹, ao defender que “Quanto ao objecto, o “recurso constitucional para protecção de direitos e liberdades fundamentais” deveria permitir a possibilidade de recurso para o Tribunal Constitucional nos casos de violação grave de um conjunto limitado de direitos, liberdades e garantias pessoais (com exclusão expressa dos direitos fundamentais análogos não-pessoais e dos puramente processuais por actos do poder judicial)”.

Para o autor, o assim configurado “recurso constitucional para protecção de direitos e liberdades fundamentais” poderia apresentar-se como uma extensão do *habeas corpus*, o qual (sustenta) deveria também admitir a hipótese de recurso para o TCP na dupla veste de garantia constitucional extraordinária para a defesa de direitos fundamentais e de testemunho da especial importância do direito à liberdade.

Coincidente é, no entanto, o entendimento de ambos quanto à natureza a atribuir ao recurso de amparo, pugnando que o mesmo configurar-se-ia como um recurso extraordinário, subsidiário e suplementar.

Na verdade, e até para obstar ao (possível) entorpecimento da actividade do TCP que a introdução de um (novo) recurso poderia implicar, e acompanhando de perto as (boas) práticas adoptadas em Espanha e na Alemanha, teriam de ser introduzidas restrições processuais quanto à admissão de recursos de amparo, pelo que o acesso directo dos particulares à jurisdição constitucional – de forma subsidiária e extraordinária – teria necessariamente de ser encarado como “um bem escasso”³²⁰.

Os bons exemplos podem, também, ser procurados internamente, pois o meritório procedimento de intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias previsto no art.º 109.º

³¹⁸ *Op. cit.*, p.159.

³¹⁹ ALEXANDRINO, José de Melo – *Sim ou Não ao Recurso de Amparo?*. Revista Julgar, n.º 11, 2010, p. 49.

³²⁰ WAHL, Rainer e WIELAND, Joachim – “Verfassungsrechtsprechung als knappes Gut”. Juristen-zeitung, 23, 1996, Tübinga, p. 1138.

do CPTA abre portas à possibilidade de esse aperfeiçoamento da tutela dos direitos fundamentais poder operar por via da jurisdição ordinária, reservando-se a intervenção do TCP apenas para os casos em que a protecção dos direitos fundamentais não tenha sido devidamente salvaguardada pelos tribunais ordinários.

Foi esse, aliás, o sentido apontado pelas reformas empreendidas no ano de 2007 no ordenamento jurídico espanhol, em concreto, com a reforma da respectiva Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, como nos dá conta ARAGÓN REYES³²¹, onde o autor começa por constatar serem indubitáveis os efeitos benéficos que o recurso de amparo teve na tarefa de dotar de plena eficácia os direitos fundamentais (ou, pelo menos, aqueles que são susceptíveis de beneficiarem desta protecção pelo Tribunal Constitucional Espanhol).

“Sem embargo, passados já tantos anos desde a sua implantação, este amparo-tutela, tão necessário nos primeiros momentos, converteu-se num obstáculo para o Tribunal, não obstante ter cumprido, em grande parte (por força de uma abundante e reiterada jurisprudência) a função que vinha desempenhando de tornar efectivos, através da sua aplicação pelos juízes e tribunais, os direitos fundamentais objecto do amparo”.

Considerava, pois, que já era tempo de transformar um recurso de amparo que tinha convertido o Tribunal Constitucional numa espécie de última instância universal das decisões emanadas da jurisprudência ordinária num remédio somente utilizável e atendível em casos verdadeiramente excepcionais.

Prossegue, referindo que foi esse o sentido da reforma, onde do anterior “amparo-tutela”, atendível sempre que houvesse violação de direitos, se passa agora a um “amparo-controlo”, unicamente exercido pelo Tribunal quando o caso convoque uma “especial transcendência constitucional”, convertendo-se o amparo, por ele, num recurso extraordinário³²².

E será esse, quanto a nós, o caminho a trilhar na (desejada) introdução de um recurso de amparo no ordenamento jurídico português, reservando-se a actuação do TCP aos casos que possam revestir especial complexidade ou se afigure imprescindível a sua interpretação na aplicação das normas constitucionais que versem sobre um conjunto (ainda que limitado) de direitos, liberdades e garantias, mas – ao invés do que sucede no ordenamento jurídico espanhol – que contemple igualmente os direitos fundamentais de natureza análoga.

Caminho que – atento o conteúdo do art.º 280.º da CRP – passará necessariamente por

³²¹ REYES, Manuel Aragón – *La Reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*. Revista Espanola de Derecho Constitucional, n.º 85, Enero-Abril, 2009, p. 34.

³²² *Op. cit.*, p. 35.

uma revisão constitucional, por forma a que se possa acolher e expandir o leque de competências do TCP.

Entendemos, pois, que a introdução do recurso de amparo constitucional como “(...) extraordinária ferramenta de protecção dos direitos, liberdades e garantias” (na frase feliz de MELO ALEXANDRINO³²³) no ordenamento jurídico-constitucional português, atentos os fundamentos atrás aduzidos, se impõe não só como necessária, mas também como inevitável.

Este seria um mecanismo privilegiado de garantia dos direitos, liberdades e garantias e dos direitos fundamentais análogos, onde o direito a um rendimento condigno – igualmente ancorado no direito fundamental à retribuição previsto no art.º 59.º da CRP – se inclui.

CAPÍTULO II – OS DIREITOS FUNDAMENTAIS (E O DIREITO À RETRIBUIÇÃO) NA UE E SUA TUTELA JURISDICIONAL

1. A “Problemática de Protecção”

Antes de mais, e como intróito, é forçoso esclarecer que não poderíamos tratar do tema da jusfundamentalidade do direito à retribuição sem que indagássemos, igualmente, qual o âmbito de aplicação dos próprios direitos fundamentais na UE.

A incursão encontra-se, desde logo, justificada pelo princípio do primado do direito da UE sobre as normas nacionais dos Estados-Membros, que determina, em caso de conflito, a prevalência do direito da União.

Pese embora o princípio do primado não esteja previsto nos tratados europeus (embora seja objecto de uma sucinta declaração apensa ao Tratado de Lisboa), o mesmo tem sido reconhecido pelo TJUE e objecto de sucessivo aperfeiçoamento jurisprudencial.

É o caso, por exemplo, do Processo 6/64³²⁴ (Costa contra ENEL) onde o TJUE continuou a desenvolver o conceito de que os objectivos dos tratados seriam prejudicados se o direito da UE pudesse, de algum modo, ser subalternizado ao direito (nacional) dos Estados-Membros, assente na ideia de que estes últimos, ao transferirem determinados poderes para a União, limitaram os seus poderes soberanos.

Saliente-se, neste particular, que a CRP prevê (artigo 8.º n.º 4) que o direito da UE é aplicável em Portugal nos termos definidos pelo próprio direito da UE.

³²³ MELO ALEXANDRINO – *O Novo Constitucionalismo Angolano*. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas (ICJP), 2013, p. 109.

³²⁴ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex:61964CJ0006>

A insusceptibilidade de subsunção do sistema de protecção dos direitos fundamentais na ordem jurídica da UE, a apenas uma forma de tutela, radica naquilo a que alguns autores, como CARLOS PROENÇA³²⁵, definem como de “problemática de protecção” dos mesmos no ordenamento europeu.

Compreende-se o enunciado do problema já que as versões originárias dos tratados de Paris e Roma não continham qualquer referência (pelo menos expressa ou directa) quanto à necessidade de protecção de tais direitos.

Efectivamente, apesar de a ordem jurídica europeia se fundar, desde a sua origem, no respeito pelos princípios da liberdade, da democracia e do Estado de Direito, as versões originais dos Tratados de Paris e de Roma reflectiam a sua preocupação com a vertente económica da integração europeia.

Na verdade, tais tratados, nas suas versões originárias, estavam essencialmente voltados para os seus Estados-Membros, e não tanto para os particulares.

Inexistência de referência expressa a direitos fundamentais não significa, contudo, absoluta omissão quanto aos mesmos, que poderiam ser descortinados (embora com carácter funcional) da decorrência das próprias atribuições comunitárias.

Dito de outra forma, as quatro liberdades fundamentais de circulação (de trabalhadores, serviços, estabelecimentos e capitais) respaldavam outro tipo de direitos e liberdades que eram essencialmente funcionais, porque necessários à realização de objectivos económicos.

Como nota pertinentemente MARIA LUÍSA DUARTE³²⁶, pese embora a ausência de uma cláusula geral ou de um catálogo sobre direitos fundamentais, o Tratado de Roma, mesmo na vertente originária, previa um conjunto assinalável de direitos, embrionários daqueles a que chamamos direitos fundamentais.

Contam-se entre estes a igualdade remuneratória entre trabalhadores de sexos diferentes, prevista no art.º 119.º do referido tratado, agora replicado e ampliado no art.º 157.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE)³²⁷, o qual estatui (n.º 1) que “Os Estados-Membros assegurarão a aplicação do princípio da igualdade de remuneração entre trabalhadores masculinos e femininos, por trabalho igual ou de valor igual”.

De igual modo, o Tratado de Roma previa ainda a proibição de discriminação em razão da nacionalidade, hoje prevista no art.º 18.º do TFUE.

³²⁵ PROENÇA, Carlos Carranho, *Tutela Jurisdicional efetiva no direito da União Europeia – Dimensões teóricas e práticas*, Petrony Editora, 2017, p. 249

³²⁶ DUARTE, Maria Luísa - *A União Europeia e os direitos fundamentais. Métodos de proteção*, in *Estudos de Direito da União e das Comunidades Europeias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 11.

³²⁷ Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=LV>.

Ora, se o enfoque na vertente económica poderia justificar a ausência de qualquer alusão à exigência de tutela dos direitos fundamentais na versão originária dos tratados, a evolução do “projeto” europeu rapidamente se encarregou de a classificar como intolerável, lacuna que urgia colmatar.

Ainda assim, nunca se registou neste período um consenso que permitisse aos Estados-Membros operar uma revisão dos Tratados de modo a consagrar a vinculação das Comunidades ao respeito dos aludidos direitos.

Foi (como muitas vezes acontece) a jurisprudência emanada do Tribunal de Justiça (TJ) quem tomou a iniciativa de abordar (diríamos mesmo, proteger) a salvaguarda dos direitos fundamentais.

Ainda assim, como nota pertinentemente MARIA LUÍSA DUARTE, este “método pretoriano”³²⁸ de proteção dos direitos fundamentais conheceu **três etapas distintas**, nitidamente recortadas nos acórdãos proferidos.

Na verdade, uma resenha jurisprudencial do TJ permite detectar que, inicialmente, os seus arestos se demitiam da função de aferir a validade do direito comunitário por referência aos direitos fundamentais.

Numa segunda fase, este mesmo TJ aceitou a integração dos direitos fundamentais nos chamados princípios gerais do direito comunitário.

Por fim, o TJ viria a respaldar a protecção dos direitos fundamentais igualmente nas tradições comuns aos Estados-Membros, como a CEDH e demais instrumentos do direito internacional.

Pela sua importância, deter-nos-emos de seguida sobre cada uma destas fases.

Numa **primeira fase**, e naquilo que denominou (de forma feliz) por “fase agnóstica”³²⁹ do TJ, CARLOS PROENÇA nota que o mesmo “(...) simplesmente recusou a invocação dos direitos fundamentais proclamados nas Constituições dos Estados membros como critério de apreciação da validade dos atos das instituições europeias, precisamente com o móbil de impor o primado do direito comunitário sobre o direito nacional de forma absoluta, isto é, sem admitir exceções que o relativizassem, e ilimitada”.

Exemplo paradigmático do referido pelo insigne autor foi o aresto proferido no caso STORK³³⁰.

³²⁸ *Op. cit.*, p. 13.

³²⁹ *Op. cit.*, p. 255.

³³⁰ Acórdão de 4 de fevereiro de 1959, proc. n.º 1/58, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61958CJ0001&from=EL>.

Neste, a empresa alemã “Friedrich Stork & Co.”, recorrente no processo contra a Alta Autoridade da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, entendeu que havia um desvio de poder ou uma violação do Tratado, que justificam a anulação da decisão impugnada, pelo facto de a Alta Autoridade não ter tido em conta que as decisões em causa deviam ser apreciadas segundo o direito alemão, nos termos do qual eram nulas.

Invocava, essencialmente, um conjunto de princípios e direitos fundamentais, como a liberdade de iniciativa e de escolha de exercício de actividade económica.

A decisão do TJ viria a ser reveladora daquela “fase agnóstica”, já que entendeu que a tese da recorrente não tinha fundamento, invocando, para tanto, dois argumentos:

Desde logo, e escudando-se no art.º 8.º do Tratado, estatuiu que “(...) a Alta Autoridade só deve aplicar o direito da Comunidade, não sendo competente para aplicar o direito interno dos Estados-membros” (sublinhado nosso); da mesma forma, segundo o artigo 31.º do Tratado, o Tribunal só tem de garantir o respeito do direito na interpretação e aplicação do Tratado e dos regulamentos de execução; regra geral, não deve pronunciar-se sobre as normas de direito interno; em consequência, não pode examinar a acusação segundo a qual, ao adoptar a sua decisão, a Alta Autoridade violou princípios do direito constitucional alemão (designadamente os artigos 2.º e 12.º da lei fundamental).

Prosseguiu o aresto, referindo também que “Compete à Alta Autoridade examinar todos os acordos e decisões aos quais se aplica o artigo 65.º do Tratado, destinados a serem postos em prática no mercado comum, para decidir sobre a sua conformidade com o disposto neste artigo, e isso sem ter em consideração a sua validade segundo o direito interno; um acordo válido segundo o direito interno pode efectivamente infringir a proibição enunciada no artigo 65.º, n.º 1; é então nulo por força do direito da Comunidade (artigo 65.º, n.º 4); se, por outro lado, um acordo é nulo segundo o direito interno, também não pode destinar-se a ser posto em prática no mercado comum e aí provocar repercussões incompatíveis com o Tratado; é para evitar esta situação que a Alta Autoridade deve também examinar a compatibilidade com o Tratado de um acordo pretensamente nulo em direito interno”.

O acórdão em apreço é demonstrativo do período em que, jurisdicionalmente, não se previa a protecção dos direitos fundamentais, em obediência ao primado do direito comunitário sobre todo o direito nacional, neste último se incluindo as normas constitucionais atinentes a direitos fundamentais.

Somente numa **segunda fase** de protecção dos direitos fundamentais viriam os mesmos a ser reconhecidos (na Comunidade Económica Europeia, CEE), já que os mesmos eram vistos

como uma categoria de princípios gerais de direito, nivelando-os pela posição assumida pelo direito primário.

Tal foi, pelo menos, a jurisprudência vertida no Acórdão STAUDER, de 12 de Novembro de 1969³³¹.

Nele é colocada ao TJ a decisão – a título prejudicial – sobre a seguinte questão: “Pode considerar-se compatível com os princípios gerais do direito comunitário vigente o facto de a Decisão 69/71CEE da Comissão das Comunidades Europeias, de 12 de Fevereiro de 1969, implicar que a oferta de manteiga a preço reduzido aos beneficiários de determinados regimes de assistência social depende da divulgação aos vendedores do nome do beneficiário?”.

Assim enunciada a questão, depressa nos apercebemos de que a mesma contendia (pelo seu melindre), efetivamente, com direitos fundamentais, já que o art.º 4.º da aludida Decisão 67/71 parecia prever duas versões linguísticas, uma (como a alemã) onde os beneficiários apenas poderiam comprar o produto mediante a apresentação de uma senha com o respetivo nome e outra onde se exigia, apenas, uma “senha individualizada”.

Mais do que esclarecer qualquer uma das versões linguísticas – o TJ acabaria por decidir que a disposição controvertida deveria ser interpretada no sentido de não impor (sem, todavia, impedir) a identificação dos beneficiários –, o aresto assume frontalmente que esta e outras disposições comunitárias deveriam respeitar os seus princípios gerais.

No caso concreto, o TJ propugnou que “(...) cada um dos Estados-membros se encontra em condições de escolher entre os vários métodos de individualização. Interpretada desta forma, a disposição controvertida não revela qualquer elemento susceptível de colocar em causa os direitos fundamentais individuais compreendidos nos princípios gerais do direito comunitário, cujas observâncias são asseguradas pelo Tribunal” (sublinhado nosso).

Pese embora se assinala o inegável mérito de ter passado a reconhecer expressamente os direitos fundamentais, compreendidos que estavam nos princípios gerais do direito comunitário, nota pertinentemente CARLOS PROENÇA que, ainda assim, o sistema não era satisfatório, atenta a forma vaga e abstrata como surgiam os referidos princípios gerais de direito.

Ainda assim, o autor ressalta que o aresto “(...) marcou decisivamente o início de uma nova Era na qual passou a existir a preocupação de a tutela jurisdicional efetiva de pretensões subjetivas decorrentes do direito comunitário se estender aos direitos fundamentais, o que não só inculcou uma superioridade normativa de alguns direitos no contexto global das referidas pretensões (direitos não fundamentais e interesses legítimos não fundamentais), como reforçou

³³¹ Proferido no proc. n.º 29/69, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61969CJ0029&from=PT>.

a importância de a efetividade da tutela jurisdicional transcender o campo da objetiva legalidade europeia”³³².

Seria, no entanto, e nesta segunda fase, o Acórdão do TJ de 17 de Dezembro de 1970³³³ INTERNATIONALE HANDELSGESELLSCHAFT do TJ a dar impulso significativo à proteção dos direitos fundamentais no quadro comunitário.

Também este levantava uma questão prejudicial submetida pelo tribunal Administrativo de Frankfurt, relativa ao denominado “regime de cauções”, previsto no Regulamento n.º 120/67/CEE do Conselho e que estabelecia a organização comum de mercado no sector dos cereais, e Regulamento n.º 473/67/CEE da Comissão, relativa aos certificados de importação e exportação.

Na sua fundamentação, aquele Tribunal Administrativo, enunciava, lapidariamente, que se tinha recusado até então a admitir a validade das disposições em causa e que, por essa razão, considerava “(...) indispensável pôr fim à insegurança jurídica existente”.

Efectivamente, para aquele Tribunal Administrativo, o regime das cauções seria contrário a certos princípios estruturais do Direito Constitucional nacional “que deveriam ser salvaguardados no âmbito do direito comunitário, pelo que a primazia do direito supranacional deveria ceder perante os princípios da lei fundamental alemã. Mais especificamente, o regime de cauções violaria os princípios da liberdade de acção e de disposição, da liberdade económica e da proporcionalidade que resultam, designadamente, dos artigos 2.º, n.º 1 e 14.º da lei fundamental”.

Não espanta, pois, que tenha sido a Alemanha o estado-membro a encabeçar o processo de consolidação da protecção dos direitos fundamentais previstos na sua Constituição, face ao ordenamento comunitário.

Como corolário dessa preocupação, a 29 de Março de 1974 é proferido pelo Tribunal Constitucional Alemão (*BVerfG*) o denominado acórdão SOLANGE I³³⁴.

Neste, o referido Tribunal Constitucional decide que a transferência de poderes para as Comunidades, efectuada com base no artigo 24.º da Lei Fundamental, não podia desembocar na permissão de legislação comunitária violadora da estrutura crucial daquela Lei, pelo que o Tribunal Constitucional considerava-se competente para apreciar a validade dessa legislação à

³³² *Op. cit.*, p. 257.

³³³ Proferido no proc. n.º 11/70 e disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:61970CJ0011&from=EN>.

³³⁴ A versão original em língua alemã com tradução francesa consta da obra de Maria Luísa Duarte/Pedro delgado Alves, *A União Europeia e a Jurisprudência Constitucional dos Estados-membros*, Lisboa, 2006, pp. 21 e ss..

luz dos direitos fundamentais enquanto (*solange*) faltasse à ordem jurídica comunitária um Parlamento democraticamente eleito, com poderes legislativos e um catálogo de direitos fundamentais.

Tais preocupações (sentidas por outros Estados-Membros, como a Itália) de salvaguarda dos direitos fundamentais dos cidadãos perante as instituições europeias tiveram eco no TJ, o qual percebeu que o primado do Direito Comunitário sobre o Direito Constitucional estava colocado em causa precisamente pela ausência de salvaguarda naquele ordenamento.

Abriu-se, assim, uma **terceira fase** de protecção dos direitos fundamentais nas Comunidades, caracterizada pela “(...) necessidade de determinação de um critério material amplo de tais direitos (...) a partir dos quais se pôde falar verdadeiramente de um sistema comunitário de protecção dos direitos fundamentais”³³⁵, assim permitindo formar um complexo normativo de direitos fundamentais protegido pelo TJ em articulação com os seus homólogos nacionais.

Decisivo para esta nova perspectiva jurisprudencial foi o acórdão NOLD, proferido pelo TJ a 14 de Maio de 1974³³⁶.

Neste processo, intentado pela empresa alemã J. Nold Kohlen contra a Comissão das Comunidades Europeias, alegava esta sociedade (que se dedicava ao comércio grossista de carvão) uma violação de alguns dos seus direitos fundamentais ditados pela nova regulamentação comercial autorizada pela Comissão, que implicava a sua exclusão do abastecimento directo.

Daí entender a J. Nold Kohlen ter sido lesada num direito equiparável ao direito de propriedade, bem como no direito ao livre exercício da sua actividade profissional, protegidos não só pela Constituição alemã, mas também pelas Constituições de outros Estados-Membros e outros instrumentos internacionais, de que destacava a Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem, de 4 de Novembro de 1950, incluindo o protocolo adicional de 20 de Março de 1952.

Neste particular – alegada violação dos direitos fundamentais da recorrente – o aresto propugnou, não em termos inovadores, que os direitos fundamentais são parte integrante dos princípios gerais do direito, cuja observância lhe incumbe garantir.

Prossegue, todavia, referindo que “O Tribunal, ao garantir a protecção destes direitos, deve inspirar-se nas tradições constitucionais comuns aos Estados-membros e não pode, assim, admitir medidas incompatíveis com os direitos fundamentais reconhecidos e garantidos pelas constituições destes Estados”.

³³⁵ PROENÇA, Carlos, *op. cit.*, p. 260.

³³⁶Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:61973CJ0004&from=PT>.

E foi mesmo mais longe, ao plasmar que “Os instrumentos internacionais relativos à protecção dos direitos do homem, a que os Estados-membros colaboraram ou aderiram, podem igualmente dar indicações que é conveniente tomar em consideração no âmbito do direito comunitário”, concluindo, por isso, que deveria ser à luz destes princípios “(...) que devem ser apreciadas as alegações apresentadas pela recorrente”.

O acórdão NOLD contribuiu, assim, decisivamente, para o reforço da protecção efectiva dos direitos fundamentais, os quais passaram a ser tutelados em todos os domínios da produção legislativa das Comunidades Europeias.

A jurisprudência vertida neste aresto foi mesmo confirmada e reforçada por outros acórdãos do TJ, mormente quanto à efectiva aplicação e respeito dos denominados “instrumentos internacionais” no âmbito do direito comunitário.

Foi o que sucedeu no acórdão VAN DUYN, de 4 de Dezembro de 1974³³⁷, relativo a uma decisão a título prejudicial submetida pelo High Court of Justice de Inglaterra sobre a interpretação do art.º 48.º do Tratado CEE e do art.º 3.º da Diretiva 64/221 do Conselho (de 25 de fevereiro de 1974), referente à coordenação de medidas especiais aplicáveis a cidadãos estrangeiros em matéria de deslocação e estada justificadas por razões de ordem, segurança e saúde pública.

Estava, pois, em causa – como delimitou o próprio TJ – a interpretação daquelas disposições do direito comunitário em matéria de livre circulação de trabalhadores.

Começou o TJ por esclarecer que o art.º 48.º do Tratado CEE (que implicava a “abolição de toda e qualquer discriminação, em razão da nacionalidade, entre trabalhadores dos Estados-Membros, no que diz respeito ao emprego, à remuneração e demais condições de trabalho”) era directamente aplicável, no sentido de conferir aos particulares direitos invocáveis em juízo num Estado-Membro.

Isto porque entendia que tal disposição impunha aos Estados-Membros uma obrigação precisa, não dependente da prática de qualquer acto posterior, não lhes deixando qualquer poder de apreciação quanto à sua execução.

Mesmo o n.º 3 do referido art.º 48.º (que definia uma reserva ao princípio da livre circulação de trabalhadores, assente em limitações justificadas por razões de ordem, segurança e saúde pública) poderia (segundo o aresto) ser sindicado jurisdicionalmente pelos particulares em juízo.

³³⁷ Proferido no proc. n.º 41/74 e disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:61974CJ0041&from=pt>.

O mesmo se diga quanto à Directiva 64/221 do Conselho, que o TJ entendeu ser directamente aplicável, por conferir aos particulares direitos que poderiam invocar em juízo num Estado-membro.

Para tanto, fundamenta lapidarmente que, ao balizar tais medidas restritivas de circulação fundadas em razões de ordem, segurança e saúde pública se pretendeu limitar o poder discricionário do ordenamento jurídico de cada Estado-membro na entrada ou expulsão de estrangeiros.

Para o TJ, “(...) uma vez que se trata de uma obrigação imposta aos Estados-membros no sentido de, ao aplicarem uma cláusula que derroga um dos princípios fundamentais consagrados no Tratado a favor dos particulares, não tomarem em consideração factores alheios ao comportamento pessoal, a segurança jurídica dos interessados exige que essa obrigação possa ser por eles invocada, mesmo tendo sido consagrada num acto normativo que, no seu todo, não tem efeito directo imediato”.

E foi quando discorria sobre a noção de ordem pública no contexto comunitário, em particular quando era invocado como justificação para derrogar o princípio fundamental da livre circulação de trabalhadores, que o TJ propugnou que constituía “(...) um princípio de direito internacional, que o Tratado CEE não podia ignorar nas relações entre os Estados-membros, que um Estado não pode recusar aos seus próprios nacionais o direito de entrada ou de residência” (sublinhado nosso).

A aplicação e respeito dos denominados “instrumentos internacionais” no âmbito do Direito Comunitário foi mais longe no denominado acórdão RUTILI, de 28 de Outubro de 1975³³⁸.

Neste, o Tribunal Administrativo de Paris suscitou (a título de questão prévia) ao TJ duas questões relativas à interpretação da excepção de ordem pública contida no art.º 48.º do Tratado da CEE e medidas adoptadas para a sua aplicação pelo Regulamento n.º 1612/68 e a Directiva 68/360 do Conselho, de 15 de Outubro de 1968.

Tais questões foram suscitadas por um cidadão italiano (Roland Rutili), residente em França, contra uma decisão que lhe atribuiu uma licença de residência de nacional de um Estado-membro da CEE, mas acompanhada de uma proibição de residência em alguns departamentos franceses (isto é, em parte do território francês), que culminou na sua ordem de expulsão (por razões de ordem pública) e posterior ordem de fixação num determinado departamento, o que poderia contender com o princípio da livre circulação de trabalhadores na Comunidade.

³³⁸ Proferido no proc. n.º 36/75 e disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61975CJ0036&from=FR>.

À liça foi novamente trazido o n.º 3 do art.º 48.º do Tratado, em concreto o recorte a ser dado à justificação aduzida por cada um dos Estados-Membros para as limitações impostas por razões de ordem pública.

Para tanto, desde logo propugnou o TJ que só seriam admitidas as limitações que estivessem em conformidade com as exigências do direito, distinguindo entre regras do direito material e regras de carácter formal ou processual que condicionavam o exercício pelos Estados-Membros dos poderes reservados pelo art.º 48.º n.º 3 em matéria de ordem e segurança pública.

Foi quanto à justificação das medidas de ordem pública, na perspectiva do direito material, que o TJ, em termos inovadores, refere expressamente que “No seu conjunto, as limitações introduzidas aos poderes dos Estados-Membros em matéria de política de estrangeiros apresentam-se como a manifestação específica de um princípio mais geral consagrado pelos artigos 8.º, 9.º, 10.º e 11.º da Convenção para Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, assinada em Roma em 4 de Novembro de 1950, ractificada por todos os Estados-Membros, e do artigo 2.º do protocolo n.º 4 da mesma convenção, assinado em Estrasburgo, a 16 de Setembro de 1963, que dispõem, em termos idênticos, que as ofensas aos direitos garantidos pelos referidos artigos, em virtude das necessidades de ordem e segurança públicas, não poderão ultrapassar o âmbito do que é necessário para protecção daquelas necessidades numa sociedade democrática” (sublinhado nosso).

Assim, e como refere MARIA LUÍSA DUARTE³³⁹, esta nova orientação do TJ relativamente ao papel dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico comunitário operou uma transição do agnosticismo valorativo inicial, que capitulou, para uma recepção material dos direitos fundamentais na ordem jurídica europeia a título de princípios gerais de direito consubstanciados em instrumentos jurídicos externos, como as Constituições dos Estados-Membros e a CEDH.

E esta nova postura teve igualmente o condão de pacificar as (quanto a nós, legítimas) “desconfianças” invocadas (designadamente) pelo Tribunal Constitucional alemão quanto à (efectiva) protecção dos direitos fundamentais pela ordem jurídica europeia, plasmadas no já referido acórdão SOLANGE.

Na verdade, volvidos doze anos sobre o referido aresto, a posição do Tribunal Constitucional alemão viria a evoluir consideravelmente no denominado acórdão SOLANGE II³⁴⁰,

³³⁹ *Op. cit.*, p. 26.

³⁴⁰ BVVerfG, Beschluss vom 22.10.1986, Az.: 2BvR 197/83.

reconhecendo este que a evolução operada no direito da União Europeia e seu quadro jurisdicional permitia agora detectar um nível de protecção dos direitos fundamentais muito semelhante ao decorrente da Lei Fundamental.

Nesse sentido, entendeu este aresto que enquanto se mantivesse este nível (adjectivo e substantivo) de protecção dos direitos fundamentais, o Tribunal Constitucional não interviria no plano das atribuições comunitárias.

Como refere, com total propriedade, o Acórdão n.º 422/2020 do TCP de 15 de julho de 2020³⁴¹ – a propósito do primado do Direito Comunitário –, o Tribunal Constitucional alemão inverteu, da primeira para a segunda decisão, o seu significado.

Na verdade, nota o aresto que “(...) afirmava-se (em Solange I) que a jurisdição constitucional interna interviria – como no caso interveio, admitindo o recurso e controlando a conformidade constitucional (interna) do direito da união europeia – enquanto a Comunidade Europeia não garantisse – como entendeu não garantir – o mesmo nível de protecção existente na ordem interna; passou a afirmar-se (em Solange II) que o Tribunal Constitucional nacional não interviria – e foi o que efetivamente sucedeu ao considerar-se o recurso em causa inadmissível – enquanto o nível de protecção comunitário fosse equivalente ao interno, como passou a suceder subsequentemente a Solange I”.

Para STEPHEN WEATHERILL³⁴², esta evolução da jurisprudência constitucional alemã “(...) envolveu uma dose substancial de subtilidade argumentativa no tratamento do problema de base – o carácter absoluto do primado invariavelmente afirmado pelo Tribunal de Justiça”.

Para este autor, tal evolução correspondeu a uma abordagem de esquiva a uma situação de conflito potencial através do esvaziamento prático do elemento confrontacional envolvido, que para ele – atenta a própria caracterização da protecção comunitária dos direitos fundamentais efectuada pelo próprio Tribunal Constitucional alemão – seria muito pouco provável ocorrer.

Isto porque, e na mesma esteira, como RUI MEDEIROS³⁴³ salienta, criou-se a convicção, em face de uma “(...) aposta reforçada da protecção dos direitos fundamentais no espaço comunitário – reforçada pela evolução do Solange I (1974) para o Solange II (1986) – de que tendencialmente ou na prática o direito comunitário se aplicaria de forma prevalente e não contestada seriamente em todos os Estados-membros”.

³⁴¹ Disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20200422.html>.

³⁴² *Law and values in the European Union*, Oxford University Press, Oxford: 2016, p. 235.

³⁴³ MEDEIROS, Rui - *A Constituição Portuguesa num Contexto Global*, Lisboa: Bertrand Editora, 2015, p. 255.

Convicção sedimentada, ainda, pelo Acórdão BANANAS³⁴⁴, onde o Tribunal Constitucional Alemão retomou a jurisprudência vertida no acórdão SOLANGE II, isto é, de que o controlo da conformidade dos actos das instituições europeias relativas a direitos fundamentais previstos só seria admissível se o próprio direito dessas instituições não fosse capaz de assegurar um nível de protecção adequado.

MIGUEL GALVÃO TELLES³⁴⁵, a propósito de acórdão BANANAS, deteta neste ainda a formulação de um verdadeiro pressuposto processual de admissibilidade do controlo do direito das instituições europeias, ao considerar “(...) que o meio processual para protecção de direitos fundamentais podia, mas só podia, ser admitido se viesse acompanhado da alegação de que o Tribunal de Justiça europeu não estaria a assegurar o nível exigível de tutela dos direitos fundamentais”, assim introduzindo um filtro processual de potenciais conflitos.

Podemos, assim, referir, como faz MARIA LUÍSA DUARTE³⁴⁶, que o TJ e os tribunais constitucionais nacionais se mantiveram, ambos, irredutíveis nas suas posições de princípio.

Efetivamente, se o TJ passou a admitir a vinculatividade dos direitos fundamentais previstos e protegidos nos ordenamentos jurídicos nacionais – ao ponto de garantir o seu respeito na ordem jurídica europeia, através dos princípios gerais de direito – não deixou, no entanto, que se colocasse em causa o carácter absoluto do primado do direito comunitário.

Por sua vez, os tribunais constitucionais nacionais cederam na querela da pretensão de relativização do primado, mas, ao invés, viram satisfeita (e com ela se satisfizeram...) a sua demanda pelo reconhecimento de um nível suficiente de protecção e tutela dos direitos fundamentais a nível comunitário.

Este espírito de cooperação entre os órgãos jurisdicionais nacionais e o TJ permitiu a este último, no âmbito do mecanismo das questões prejudiciais, sindicar o respeito dos direitos fundamentais emanados dos actos normativos dos Estados-Membros em áreas da actuação da esfera comunitária, e não já quando quanto às normas internas que não apresentem qualquer conexão com a ordem jurídica europeia.

Parece ser o que decorre do acórdão WACHAUF, de 13 de Julho de 1989³⁴⁷, onde o TJ foi chamado a pronunciar-se – como questão prejudicial – quanto à interpretação a dar ao art.º

³⁴⁴ Decisão de 7/06/2000, 2Bvl 1/978.

³⁴⁵ TELLES, Miguel Galvão - “*Constituições dos Estados e Eficácia Interna do Direito da União e das Comunidades Europeias – em Particular sobre o Artigo 8.º, n.º 4, da Constituição Portuguesa*”, em *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano, no Centenário do seu Nascimento*, vol. II, Lisboa, 2006, p. 301.

³⁴⁶ *Op. cit.*, p. 684.

³⁴⁷ Proferido no proc. n.º 5/88 e disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:61988CJ0005&from=PT>.

5.º n.º 3 do Regulamento da Comissão n.º 1371/84, relativo às compensações a efectuar ao arrendatário no termo do contrato de arrendamento de exploração rural.

Começa por realçar o aresto que tinha de dar-se por assente que os direitos fundamentais integram os princípios gerais do direito, cujo respeito o TJ tinha de garantir.

Nesse âmbito, explicita que, ao garantir a salvaguarda desses direitos, o TJ tem de se inspirar nas tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros, assim se afastando a possibilidade de existirem, na comunidade, medidas incompatíveis com os direitos fundamentais reconhecidas pelas Constituições desses estados.

Recorda, ainda, que os acordos internacionais relativos à protecção dos direitos do Homem – em que os Estados-Membros tenham aderido ou participado – poderiam fornecer indicações que não podiam ser ignoradas pelo direito comunitário.

No entanto, desde logo proclama que os direitos fundamentais reconhecidos pelo Tribunal não devem, todavia, ser entendidos como prerrogativas absolutas, antes devendo ser tomados em consideração com referência à sua função na sociedade.

Daí ter sentido a necessidade de clarificar que poderiam ser “(...) introduzidas restrições ao exercício desses direitos, designadamente no âmbito de uma organização comum de mercado, desde que essas restrições tenham, efectivamente, por fundamento objetivos de interesse geral prosseguidos pela Comunidade e não constituam, face a esses objectivos, uma intervenção desproporcionada e intolerável susceptível de atentar contra a própria essência desses direitos”.

Concretizando tal entendimento, observa o aresto que tal aconteceria se uma regulamentação comunitária privasse, sem qualquer compensação, o arrendatário no termo do contrato de arrendamento, dos frutos do seu trabalho e dos investimentos que realizou, o que seria incompatível com as exigências que decorrem da protecção dos direitos fundamentais na ordem jurídica comunitária.

No caso concreto, o TJ chega à conclusão que a regulamentação comunitária em causa deixava às autoridades nacionais competentes uma margem de apreciação relativamente ampla para lhes permitir aplicar essa regulamentação “(...) em conformidade com as exigências decorrentes da protecção dos direitos fundamentais”.

Essa fronteira – de que apenas poderão constituir objecto de controlo por parte do TJ os actos das instituições ou autoridades dos Estados-Membros que apliquem ou executem direito da União Europeia – é perfeitamente delimitada no acórdão KREMZOW, de 29 de Maio de 1997³⁴⁸.

³⁴⁸ Proferido no proc. n.º C-299/95 e disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:61995CJ0299&from=PT>.

O TJ foi chamado a pronunciar-se sobre diversas questões prejudiciais relativas à interpretação do art.º 164.º do Tratado CE e de diversas disposições da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), suscitadas no âmbito de um litígio entre a República da Áustria e F. Kremzow (cidadão austríaco), em que este último havia sido condenado a uma pena de prisão perpétua, sentença que o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem veio a considerar ser violadora do art.º 6.º da aludida Convenção.

Para justificar a competência do TJ para responder às questões prejudiciais, alegou Kremzow ser cidadão da União Europeia e, a esse título, beneficiar do direito à livre circulação de pessoas, pelo que o Estado que violar tal ditame garantido pelo Direito Comunitário ao executar uma pena de prisão ilegal, deve ser obrigado a pagar uma indemnização nos termos comunitários.

Discordando de tal posição (algo temerária, diríamos...), o TJ entendeu que a situação daquele cidadão austríaco não apresentava nenhum elemento de conexão a qualquer das disposições do Tratado que versavam sobre a livre circulação de pessoas, já que a perspectiva puramente hipotética desse exercício não constituía um nexo suficiente.

Daí ter referido que o TJ não podia fornecer “(...) os elementos de interpretação necessários à apreciação, pelo órgão jurisdicional nacional, da conformidade de uma regulamentação nacional com os direitos fundamentais cujo respeito garante, tal como resultam especialmente da convenção, quando a referida regulamentação diz respeito a uma situação que, como no caso do processo principal, não entra no âmbito de aplicação do direito comunitário”.

O TJ foi mais longe e, numa posição que se aplaude, enunciou a tutela jurisdicional efectiva (dos direitos fundamentais) como um direito fundamental, visão que resultava não só das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros, como também das suas próprias leis fundamentais e instrumentos de direito supranacionais, como a CEDH.

É o que decorre do acórdão UNECTEF/HEYLENS, de 15 de Outubro de 1997³⁴⁹, o qual se refere à questão prejudicial relativa à interpretação do art.º 48.º do Tratado CEE.

Mais concretamente, pretendia esclarecer-se se “O facto de se exigir, para o exercício das funções remuneradas de treinador de uma equipa desportiva (...), a posse de um diploma francês ou de um diploma estrangeiro reconhecido como equivalente por uma comissão que decide por parecer não fundamentado e em relação ao qual não está previsto qualquer recurso específico, constitui uma limitação à livre circulação de trabalhadores definida nos artigos 48.º a 51.º do Tratado CEE, na falta de directiva aplicável a esta profissão”.

³⁴⁹ Proferido no proc. n.º 222/86 e disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:61986CJ0222&from=PT>.

Começa por reconhecer o TJ que, inexistindo harmonização das condições de acesso a uma profissão, têm os Estados-Membros o direito de exigir a apresentação de um diploma que ateste essas qualificações.

Todavia, e lançando mão de arestos anteriores, o TJ não deixou de referir que tais exigências constituíam um verdadeiro entrave ao exercício efectivo da liberdade garantida pelo Tratado, recordando a obrigação que impedia sobre os Estados-Membros de adoptar as medidas capazes de assegurar o cumprimento do mesmo, especialmente quando inexistiam (ainda) directivas que versassem sobre o reconhecimento mútuo de tais diplomas ou qualificações.

Concluiu, assim, que “Constituindo o livre acesso ao emprego um direito fundamental conferido pelo Tratado individualmente a todo e qualquer trabalhador da Comunidade, a existência de uma via de recurso da natureza jurisdicional contra uma decisão de uma autoridade nacional que recusa o benefício desse direito é essencial para garantir ao particular a protecção efectiva do seu direito” (sublinhado nosso).

Respaldou tal entendimento no facto de esta tutela jurisdicional efectiva constituir um princípio geral de Direito Comunitário decorrente das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros, sendo que a mesma, de resto, tinha consagração expressa nos artigos 6.º e 13.º da CEDH.

Em termos verdadeiramente lapidares, entendeu o TJ que somente o controlo jurisdicional poderia, eficazmente, sindicar a legalidade dos fundamentos da decisão impugnada, já que o juiz a cuja apreciação é submetido o assunto controvertido poderá exigir à autoridade competente a sua comunicação.

Mais, tratando-se de um direito fundamental conferido pelo Tratado aos trabalhadores da Comunidade, sustenta o TJ que aos mesmos devem ser proporcionadas efectivas condições de defender esse direito (livre acesso ao emprego), o que implicará, necessariamente, que tenham pleno conhecimento de causa se lhes será útil submeter o litígio a apreciação jurisdicional, impendendo, para tanto, sobre a autoridade nacional a obrigação de lhes dar a conhecer os fundamentos dessa recusa.

O sobredito permite descortinar o (longo) percurso seguido pelo TJ quanto à (sensível) matéria da protecção dos direitos fundamentais na ordem jurídica europeia e sua tutela efectiva, em constante consolidação, através do arquétipo descrito, isto é, do recurso às tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros, às próprias constituições nacionais e aos instrumentos internacionais sobre direitos humanos (com especial enfoque na CEDH), que assim concretizam os princípios gerais de direito comunitário, hoje com maior propriedade definido como direito da União Europeia.

A importância de tal construção empreendida pelo TJ (exigindo a protecção de tais direitos fundamentais e controlando, ele próprio, essa garantia) é óbvia, já que permitiu autonomizar – em termos comunitários – esses direitos face às ordens jurídicas nacionais e internacionais de onde, inicialmente, provieram.

A tarefa, pois, que se impõe será a de – nesse cotejo entre o grau de protecção levado a cabo pelos ordenamentos jurídicos nacionais e supranacionais e o ordenamento jurídico europeu – deslindar que nível de protecção estará subjacente ao espírito do(s) Tratado(s), já que os mesmos não terão (diríamos mesmo, não serão) que ser coincidentes.

Esta dissonância está bem espelhada, por exemplo, na interpretação do alcance do direito à inviolabilidade do domicílio (previsto no art.º 8.º n.º 1 da CEDH) que dele fazem o TJ e o TEDH, onde este último “estende” tal direito a alguns estabelecimentos comerciais (*vide*, a este propósito, acórdão NIEMIETZ de 16 de Dezembro de 1992), ao contrário da posição do TJ, que o circunscreve ao domicílio pessoal, conforme resulta do acórdão HOECHST³⁵⁰.

Neste, entendeu o TJ que o art.º 8.º n.º 1 da CEDH tutelava o desenvolvimento da liberdade pessoal do homem, não podendo, por isso, tal direito ser alargado às instalações comerciais.

Referiu, ainda, que se o reconhecimento desse direito quanto ao domicílio privado das pessoas singulares se impunha na ordem jurídica comunitária como princípio comum aos direitos dos Estados-Membros, não deixou de salientar que o mesmo não sucedia com as empresas, já que os respectivos sistemas jurídicos (dos Estados-Membros) apresentavam “(...) divergências não desprezíveis no que se refere à natureza e grau de protecção das instalações comerciais face às autoridades públicas”.

Mais do que espelhar as divergências interpretativas entre o TJ e o TEDH, trouxe-nos à liça o acórdão HOECHST para evidenciar que o TJ se mostra ciente de que a sua tarefa primordial será a de salvaguardar “um núcleo mínimo de protecção”³⁵¹ dos direitos fundamentais, objectivo que a adesão da União Europeia à CEDH parece comprovar, como adiante analisaremos.

O labor jurisprudencial do TJ contribuiu decisivamente para a consciencialização da protecção dos direitos fundamentais por parte dos Estados-Membros, facilmente descortinada no reforço do comprometimento dos mesmos, plasmado nos sucessivos Tratados.

³⁵⁰ Proferido a 21 de Setembro de 1989 nos processos n.ºs. 46/87 e 227/88, disponíveis em <https://institutoeuro-peu.eu/images/stories/Hoechst.pdf>.

³⁵¹ PROENÇA, Carlos, *op. cit.*, p. 272.

Efetivamente, com o AUE³⁵² – que empreendeu a revisão dos Tratados de Roma que instituíram a CEE e a CEEA –, mostraram-se os Estados-Membros “Decididos a promover conjuntamente a democracia com base nos direitos fundamentais reconhecidos nas Constituições e legislações dos Estados-Membros, na Convenção de Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e na Carta Social Europeia, nomeadamente a liberdade, igualdade e justiça social”.

Tratava-se, como é bom de ver, de mero compromisso pelos Estados-Membros – reforçado pelo sexto parágrafo do AUE – que (inexplicavelmente) não teria concretização no normativo do Tratado (TCEE).

Somente com a entrada em vigor do Tratado de Maastricht (em 1 de Novembro de 1993), que instituiu a União Europeia, se previu com força vinculativa o respeito pelos direitos fundamentais.

Na verdade, confirmando os Estados-Membros no seu preâmbulo “(...) o seu apego aos princípios da liberdade, da democracia, do respeito pelos direitos do Homem e das liberdades fundamentais e do Estado de direito”, não deixou de prever no seu artigo F (n.º 2) que “A União respeitará os direitos fundamentais tal como os garante a Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, assinada em Roma em 4 de Novembro de 1950, e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados membros, enquanto princípios gerais do direito comunitário”.

Todavia, como refere CARLOS PROENÇA³⁵³, essa força vinculativa não foi acompanhada da (suficiente) coercibilidade, já que o artigo F não se encontrava no elenco de competência(s) do TJCE, prevista no Artigo L do Título VII, assim se eximindo ao seu controlo.

Acompanhamos, pois, a crítica expressa pelo insigne autor quando refere que a tutela dos direitos fundamentais surge, apenas, de forma proclamatória no Tratado de Maastricht (assim se mantendo até ao Tratado de Amesterdão...), sem que houvesse a possibilidade de aplicação de quaisquer sanções pela sua (eventual) violação.

Na verdade, dificilmente se compreenderá que a tutela daqueles direitos fundamentais se quede por uma proclamação meramente “política”, que não tem (consabidamente) a virtualidade de garantir a salvaguarda efectiva dos mesmos.

Teve, ainda assim, o mérito de ter consagrado o estatuto de cidadania europeia comum aos nacionais dos seus países, como referido no seu preâmbulo e concretizado pelo aditamento

³⁵² Com data de entrada em vigor em 1 de Julho de 1987, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:11986U/TXT&from=PT>.

³⁵³ *Op. cit.*, p. 279.

ao artigo G de uma Parte II, sendo que o artigo 8.º n.º 2 referia gozarem os cidadãos da União “(...) dos direitos e estar sujeitos aos deveres previstos no presente Tratado”.

Por seu turno, com a entrada em vigor (1 de Maio de 1999) do **Tratado de Amesterdão** (que altera o Tratado da União Europeia, os Tratados que instituem as Comunidades Europeias e alguns actos relativos a esse Tratados), após o terceiro considerando foi inserido – com particular interesse para o tema de que nos ocupamos –, um (novo) considerando “Confirmando o seu apego aos direitos sociais fundamentais, tal como definidos na Carta Social Europeia, assinada em Turim, em 18 de Outubro de 1961, e na Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores, de 1989”.

O Tratado de Amesterdão introduziu, igualmente, alterações na estrutura dos denominados *três pilares* em que assentava a UE (Comunidade Europeia como primeiro pilar; Política Externa e de Segurança Comum como segundo pilar; Cooperação nos domínios da justiça e dos assuntos internos como terceiro pilar), já que o método comunitário passou a aplicar-se a importantes domínios que até então integravam o *terceiro pilar*, de que são exemplo matérias como o asilo, a imigração e a cooperação aduaneira e cooperação judiciária em matéria civil.

Tal estrutura (dos três pilares) viria a ser afastada pelo **Tratado de Lisboa**, com entrada em vigor no dia 1 de Dezembro de 2009, que incrementou o método comunitário de integração iniciado pelo Tratado de Amesterdão e criou um novo arquétipo ancorado no primado do direito da UE e sua aplicabilidade directa nas relações com os ordenamentos jurídicos nacionais, na produção legislativa emanada das instituições europeias (Comissão, Parlamento Europeu e Conselho) e competência e exclusiva do TJUE.

Realce, também, para a alteração promovida quanto ao elenco dos princípios anteriormente constantes no n.º 1 do art.º 6.º do TUE, agora tratados enquanto “valores”, neles se passando a incluir o da dignidade humana.

Efectivamente, o Tratado de Lisboa aditou o artigo 1.º-A, nele se expressando que “A União funda-se nos valores do respeito pela dignidade humana, da liberdade, da democracia, da igualdade, do Estado de Direito e do respeito pelos direitos do Homem, incluindo os direitos das pessoas pertencentes a minorias. Estes valores são comuns aos Estados-Membros, numa sociedade caracterizada pelo pluralismo, a não discriminação, a tolerância, a justiça, a solidariedade e a igualdade entre homens e mulheres”³⁵⁴.

É, todavia, forçoso salientar que a dignidade humana era já entendida pela ordem jurídica comunitária como um princípio geral de direito.

³⁵⁴ Proferido no proc. n.º C-36/02 e disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62002CJ0036&from=EN>.

Isso mesmo decorre do acórdão OMEGA do TJ de 14 de Outubro de 2004, onde o órgão jurisdicional de reenvio concluiu que a exploração de jogos de simulação de homicídio por parte da empresa de direito alemã OMEGA constituía uma ofensa à dignidade humana, prevista no art.º 1.º da Lei Fundamental alemã.

Por seu turno, a aludida empresa contrapunha com a violação do Direito Comunitário, em especial a livre prestação de serviços.

O TJ não teve dúvidas em proclamar ter a ordem jurídica comunitária “(...) inegavelmente por objectivo garantir o respeito da dignidade humana como princípio geral de direito. Não há, portanto, dúvidas de que o objectivo da protecção da dignidade humana é compatível com o direito comunitário, sem que para isso seja relevante que, na Alemanha, o princípio do respeito da dignidade humana beneficie de um estatuto particular enquanto direito fundamental autónomo”.

Uma vez que o respeito dos direitos fundamentais se impunha tanto à Comunidade como aos seus Estados-Membros, concluiu o TJUE que tais direitos justificavam, em princípio, uma restrição às obrigações impostas pelo direito comunitário, mesmo tratando-se de uma liberdade fundamental como a livre prestação de serviços.

Significativo, contudo, foi a eliminação, operada pelo Tratado de Lisboa, do art.º 46.º do TUE. Ainda assim, e no enquadramento atual, o TJUE apenas pode controlar o cumprimento das exigências procedimentais previstas no Tratado, caindo fora do seu âmbito de fiscalização a matéria relacionada com o mérito dos actos adoptados e medidas sancionatórias aplicadas.

No entanto, é justo salientar que a eliminação do aludido art.º 46.º reforçou o princípio da tutela jurisdicional efectiva, já que o normativo em questão era mais limitativo das competências do TJUE.

Seria, no entanto, a adesão à CEDH operada pelo Tratado de Lisboa (através do n.º 2 do seu art.º 6.º) a ser apontada como uma forma de completar o modelo de tutela dos direitos fundamentais por parte da UE.

Pese embora tal desiderato fosse um anseio antigo da UE, o certo é que tal processo de adesão não se mostrou isento de dificuldades, como o demonstra o Parecer 2/94 do TJ de 28 de Março de 1996³⁵⁵ que, pela sua importância e inegável interesse académico, importa realçar.

Em causa estava o pedido de parecer apresentado pelo Conselho (nos termos do art.º 228.º n.º 6 do TCEE) onde formulou a seguinte questão: “A adesão da Comunidade Europeia à

³⁵⁵ Disponível em <https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=99549&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=371911>.

Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, de 4 de Novembro de 1950 (...) é compatível com o Tratado que institui a Comunidade Europeia?”.

Pese embora reconhecesse não existir (à data) nenhum texto de acordo previsto, sustentava o Conselho que o pedido era processualmente admissível, pelo que desde logo tomou posição quanto ao alcance da adesão, bem como quanto à participação da Comunidade nos órgãos de fiscalização e às alterações que deveriam ser feitas à Convenção e aos protocolos.

Vimos já que a questão do respeito dos direitos do Homem pela Comunidade, foi sendo assegurada pelo TJ, ao consagrar a protecção dos direitos fundamentais através dos princípios gerais do direito comunitário, referindo-se às tradições constitucionais comuns e aos instrumentos internacionais, como a Convenção.

Todavia, a adesão à CEDH nem sempre foi vista como uma necessidade, de que é mero exemplo o relatório da Comissão de 4 de fevereiro de 1976, intitulado “A protecção dos direitos fundamentais na criação e no desenvolvimento do direito comunitário”³⁵⁶, onde tal posição ficou bem vincada.

Na verdade, somente no dia 4 de Abril de 1979 foi proposta, pela primeira vez, pela Comissão ao Conselho (no “Memorando relativo à adesão das Comunidades Europeias à Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais”), de 4 de Abril de 1979³⁵⁷, a aludida adesão.

Ora, no Parecer 2/94 – e respondendo à concreta questão da competência da Comunidade para aderir à Convenção – desde logo declarou o TJ que “(...) nenhuma disposição do Tratado confere às instituições comunitárias, de modo geral, o poder de adoptar regras em matéria de direitos do homem ou celebrar convenções internacionais neste domínio”, pelo que restava examinar se o art.º 235.º do Tratado poderia constituir base jurídica para esse efeito.

Explicitou, no entanto, que o citado art.º 235.º visava, tão-somente, suprir a falta de poderes para agir, mas apenas nos casos em que tais poderes fossem necessários para a Comunidade (ou as suas instituições) puder atingir as metas traçadas pelo Tratado, não divisando tal norma alargar o seu âmbito de competências.

Logo, ainda que o respeito dos direitos do Homem constituísse uma condição da legalidade dos actos comunitários, ressalva, porém, que a adesão à CEDH “(...) implicaria uma alteração substancial do regime comunitário actual de protecção dos direitos do Homem, na medida em que teria como resultado a inserção da Comunidade num sistema institucional internacional

³⁵⁶ *In*, Boletim das Comunidades Europeias, suplemento 5/76.

³⁵⁷ *In*, Boletim das Comunidades Europeias, suplemento 2/76.

distinto, bem como a integração do conjunto das disposições da Convenção na ordem jurídica comunitária”.

Nestes termos, conclui que tal alteração do regime de protecção dos direitos do Homem ultrapassaria os limites do art.º 235.º do Tratado, o que implicaria a sua modificação, acabando por declarar que “(...) no estado actual do direito comunitário, a Comunidade não tem competência para aderir à Convenção”.

Pois, se o “estado actual” do Direito Comunitário inviabilizava a adesão, trataram os Estados-Membros de colmatar tal pecado original, inserindo no TUE uma norma habilitante que o permitisse, o que foi conseguido com o Tratado de Lisboa, no já mencionado art.º 6.º n.º 2.

Para tanto, o segundo parágrafo alínea a), ii) do n.º 6 do art.º 218.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) prevê que o Conselho adopta a decisão de celebração do Acordo de Adesão da União à CEDH, após aprovação do Parlamento Europeu.

Mais refere o n.º 8 do mesmo artigo que, para esse efeito, o Conselho delibera por unanimidade que a sua decisão entra em vigor após a sua aprovação pelos Estados-Membros, em conformidade com as respectivas Leis Fundamentais.

Ora, entre os protocolos dos TUE que fazem parte integrante dos mesmos (conforme previsto no art.º 51.º do TUE) importa referir o Protocolo n.º 8 da UE, referente ao n.º 2 do art.º 6.º que, como já referido, versa sobre a adesão da União à CEHD.

Estabelecidos os pressupostos, e na sequência de uma recomendação da Comissão de 17 de Março de 2010, o Conselho decidiu autorizar a abertura das negociações relativas ao Acordo de Adesão, designando a Comissão como “negociador”, negociações que redundaram na elaboração de um Projecto de Acordo, que continha todas as disposições consideradas necessárias e essenciais para que a UE pudesse aderir à CEDH.

E foi este Projecto (já revisto) de Acordo que foi submetido ao TJ pela Comissão para emissão de parecer quanto à seguinte questão: “O projeto de Acordo relativo à adesão da União Europeia à Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades (...) é compatível com os Tratados?”.

Sublinhe-se que o Projecto de Acordo continha disposições que diziam respeito à adesão propriamente dita, introduzindo mecanismos processuais necessários que permitissem uma adesão efectiva, bem como disposições de carácter técnico, nomeadamente as alterações que se impunham à própria CEDH, já que, desde logo, esta última se aplicava aos Estados-Membros do Conselho da Europa, não sendo a União um Estado ou membro dessa organização internacional.

Pronunciou-se sobre a referida questão o TJ no Parecer 2/13,¹ de 18 de Dezembro de 2014³⁵⁸, desde logo introduzindo um considerando preliminar quanto à apreciação do seu mérito.

Notou que, diversamente do estado do Direito Comunitário vigente à data da pronúncia do parecer 2/94, a adesão da União à CEDH introduzira uma base jurídica específica, aludindo ao (já várias vezes citado) art.º 6.º do TUE, mas tal adesão continuava a apresentar importantes particularidades.

Salientou, desde logo, que “(...) a circunstância de a União ser dotada de um novo tipo de ordenamento jurídico, com uma natureza que lhe é específica, um quadro constitucional e princípios que lhe são próprios, uma estrutura institucional particularmente elaborada bem como um conjunto completo de regras jurídicas que asseguram o seu funcionamento, tem consequências no que respeita ao processo e às condições de uma adesão à CEDH”.

Referia-se, quanto à estrutura constitucional da União, ao princípio da atribuição de competências referido nos artigos 4.º n.º 1 e 5.º n.ºs. 1 e 2 do TUE, bem como ao quadro constitucional definido nos artigos 13.º a 19.º do TUE, a que acresciam as características específicas da natureza do direito da União, o qual emanava de uma fonte autónoma (Tratados) e seu primado relativamente aos direitos dos Estados-Membros, premissas que a adesão não poderia beliscar.

Nessa construção jurídica integravam-se os direitos fundamentais (cujo respeito se apresentava como uma condição de legalidade dos próprios actos comunitários), os quais teriam de ser interpretados no âmbito dos objectivos prosseguidos pela União.

Daí terem os próprios Tratados instituído um sistema jurisdicional destinado a assegurar “(...) a coerência e a unidade na interpretação do direito da União (...)”, objectivo prosseguido, em especial, pelo previsto no art.º 267.º do TFUE, referente ao processo de reenvio prejudicial para o TJ.

Logo, o TJ pronunciou-se pela incompatibilidade do Acordo de Adesão com o direito da União por não se encontrar salvaguardada a autonomia do seu direito, invocando, neste particular, três ordens de razões, que apenas enunciaremos: não foi garantida a relação entre o art.º 53.º da CEDH e o art.º 53.º da Carta dos Direitos Fundamentais da UE (já que o grau de protecção dos direitos fundamentais protegidos nesta última não pode ser comprometido pelos Estados-Membros da UE); não se encontra salvaguardado o princípio da confiança mútua; não se encontra prevista uma forma de articulação entre o mecanismo previsto pelo Protocolo n.º 16 à

³⁵⁸ Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:62013CV0002&from=PT>.

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:62013CV0002&from=PT>

CEDH e o reenvio a título prejudicial para o TJ, “(...) criando assim o risco de se eludir o processo de reenvio prejudicial previsto no artigo 267.º TFUE, que, como recordado no n.º 176 do presente parecer, constitui a pedra angular do sistema jurisdicional instituído pelos Tratados”.

De igual modo, entendeu que o Acordo de Adesão era igualmente susceptível de afectar a aplicação do art.º 334.º do TFUE, o qual obrigava os Estados-Membros a não submeterem os diferendos relativos à interpretação ou aplicação dos Tratados a um modo de resolução diverso dos que neles estão previstos.

Aduz, também, que o mecanismo do corresponsável, destinado a repartir as responsabilidades entre os Estados-Membros e a UE em processos submetidos à apreciação do TEDH, não salvaguarda suficientemente a posição do TJ, que entende dever ter a última palavra nesta matéria.

Por fim, refere que em matéria de Política Externa e de Segurança Comum (PESC), o facto de não ter sido prevista qualquer limitação à jurisdição do TEDH significaria que muitos dos actos praticados neste âmbito ficariam sujeitos à fiscalização jurisdicional exclusiva de um órgão externo à UE.

Apesar de não permitir o há muito desejado “fecho do círculo” de protecção dos direitos fundamentais na Europa – ficando, assim, a adesão da UE à CEDH adiada para uma altura em que, na sequência de novas negociações, estes obstáculos tenham sido ultrapassados –, é importante notar que este parecer em nada altera a jurisprudência anterior do TJ em matéria de direitos fundamentais, em particular no que diz respeito ao especial significado que a CEDH assume neste contexto.

Adiada fica, assim, como refere VITAL MOREIRA³⁵⁹, a sujeição do sistema comunitário a um “controlo externo” por parte do TEDH, sendo que tal sindicância das decisões do TJ representaria um inegável reforço da tutela jurisdicional efectiva no direito da UE, o que se lamenta.

Isto sem que ignoremos que essa mesma sindicância seja, invariavelmente, apontada como uma das principais dificuldades suscitadas pela adesão da UE à CEDH, por se afigurar complexa a articulação entre as referidas jurisdições.

Todavia, a adesão da UE à CEDH não foi o único instrumento do arquétipo que divisava suprir as deficiências do modelo comunitário de protecção dos direitos fundamentais, de que a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia é claro exemplo.

³⁵⁹ MOREIRA, Vital – *A tutela dos direitos fundamentais na União Europeia*, in AA VV, Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 75-82.

2. A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia

Apontada por CARLOS PROENÇA como “Outra proposta destinada a completar o modelo de tutela de direitos e liberdades fundamentais da UE”, a CDFUE (assinada e proclamada em Nice a 7 de Dezembro de 2000 pelo Conselho, Parlamento Europeu e Comissão) instituiu um “(...) modelo de proclamação positiva dos direitos fundamentais, onde os órgãos do TJUE participariam como aplicadores e não já como criadores dos aludidos direitos.”³⁶⁰.

Como refere ANABELA COSTA LEÃO³⁶¹, “A Carta é uma carta de “direitos fundamentais” – a prová-lo, alguns direitos previstos não poderiam ser reconduzidos a “direitos humanos” no sentido clássico do termo”, referindo-se ao direito de acesso aos serviços de interesse económico geral, previsto no art.º 36.º.

Para a autora, a CDFUE tinha o mérito de pôr em evidência que “(...) o sistema comunitário e europeu de protecção dos direitos fundamentais é um “sistema interno” de protecção, e é como elemento interno desse sistema que a Carta tem que ser analisada”.

O intuito da Carta está, desde logo, proclamado no seu preâmbulo, pois começa-se por enunciar que a União se baseava nos valores indivisíveis e universais da dignidade do ser humano, da liberdade, da igualdade e da solidariedade, concluindo que “Para o efeito, é necessário, conferindo-lhes maior visibilidade, reforçar a protecção dos direitos fundamentais, à luz da evolução da sociedade, do progresso social e da evolução científica e tecnológica”.

Logo, e concordando com ANA MARIA MARTINS³⁶², a carta não visa criar direitos novos, mas antes conferir maior visibilidade aos direitos fundamentais existentes, tal como resultam do (complexo) sistema de protecção jurisdicional, legal e político, assim como suprir as insuficiências do sistema comunitário de protecção (jurisprudencial) dos direitos fundamentais, reforçando a certeza e segurança jurídicas quanto à existência e ao conteúdo dos direitos fundamentais.

Foi este, aliás, o conteúdo do mandato da Convenção oriundo do Conselho Europeu de Colónia (Decisão do Conselho Europeu de Colónia sobre a elaboração de uma Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, Conclusões do Conselho Europeu de Colónia, 3 e 4 de

³⁶⁰ *Op. cit.*, p. 301.

³⁶¹ LEÃO, Anabela Costa – *A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Protegendo os Direitos a um Nível Multidimensional*, in Revista da FDUP – A.3, 2006, p. 41.

³⁶² MARTINS, Ana Maria – “*A Carta dos Direitos Fundamentais da UE e os direitos sociais*”, in Direito e Justiça, Vol. XV, Tomo 2, 2001, p. 209.

Junho de 1999), onde se considerou como indispensável elaborar uma Carta que tornasse visíveis os direitos existentes e que faziam parte do património comum da UE, na sua pluralidade de fontes.

Referimo-nos, por um lado, aos direitos civis e políticos, consagrados e garantidos na CEDH e como resultam das tradições constitucionais comuns dos Estados enquanto princípios gerais de direito comunitário, bem como aos direitos dos cidadãos e aos direitos económicos e sociais, consagrados na Carta Social Europeia e na Carta Comunitária dos Direitos Fundamentais dos Trabalhadores.

Daí que, como nota ANTÓNIO VITORINO³⁶³, a CDFUE, ao coligir o acervo existente em matéria de direitos fundamentais, tenha fixado um standard mínimo, que traduzisse “os mais fundamentais dos direitos fundamentais”, de forma clara, simples e pedagógica.

A par deste princípio de simplificação, acrescenta ainda ANABELA COSTA LEÃO³⁶⁴ – com relevância para o nosso estudo – o princípio da indivisibilidade dos direitos fundamentais, segundo o qual todos os direitos fundamentais – direitos civis e políticos, cidadania europeia e direitos económicos e sociais – surgem em plano de igualdade.

Efectivamente, nota esta autora que a Carta recusou a clássica bipartição entre direitos de primeira geração e direitos sociais, tornando-se assim um dos poucos instrumentos internacionais de direitos (a par da DUDH) a reunir direitos clássicos com direitos sociais.

No entanto, é a própria CDFUE – quer no seu preâmbulo, quer no seu art.º 51.º – a ressaltar que os direitos fundamentais nela previstos não apresentam todos a mesma estrutura, já que uns são definidos como direitos e outros assumem-se como princípios, o que se critica, já que tal dicotomia gera dificuldades interpretativas.

De facto, nos termos do n.º 1 do art.º 51.º da CDFUE, “As disposições da presente Carta têm por destinatários as instituições, órgãos e organismos da União, na observância do princípio da subsidiariedade, bem como os Estados-Membros, apenas quando apliquem o direito da União. Assim sendo, devem respeitar os direitos, observar os princípios e promover a sua aplicação, de acordo com as respectivas competências e observando os limites das competências conferidas à União pelos Tratados”.

Para ANABELA COSTA LEÃO³⁶⁵, esta destrição “(...) parece querer traduzir duas realidades: a) os direitos apresentam um conteúdo determinado e densificado e destinatários

³⁶³ VITORINO, António – *La Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne*, in *Révue du Droit de l’Union Européenne*, 1/2001, p. 46.

³⁶⁴ *Op. cit.*, p. 44.

³⁶⁵ *Op. cit.*, p. 53.

determinados, pelo que, em se tornando a Carta vinculativa, poderão ser directamente invocados perante os tribunais; b) os princípios correspondem a mandatos carecidos de optimização e, portanto, ainda que susceptíveis de funcionar como limite de actuação das instituições ou dos Estados Membros, não poderão ser directamente invocados perante os tribunais”.

Dito de outra forma, e secundado pela redacção do art.º 51.º, os direitos deverão ser respeitados (o que aponta para uma dimensão negativa) e os princípios observados (o que remete para uma dimensão positiva).

A ambiguidade desta dicotomia estabelecida entre direitos e princípios parece ter justificado o normativo previsto no n.º 5 do art.º 52.º da CDFUE, ao referir que “As disposições da Carta que contenham princípios podem ser aplicadas através de actos legislativos e executivos tomados pelas instituições, órgãos e organismos da União e por actos dos Estados-Membros quando estes apliquem o direito da União, no exercício das respectivas competências. Só serão invocadas perante o juiz tendo em vista a interpretação desses actos e a fiscalização da sua legalidade”.

Se a CDFUE, ao optar pelo princípio da indivisibilidade, parece ter ido ao encontro das mais modernas concepções doutrinárias, segundo as quais direitos sociais podem conviver pacificamente com os direitos, liberdades e garantias, o certo é que tal, por si só, não foi suficiente para superar o clássico “problema” da sua protecção.

Tais dificuldades advêm, essencialmente, do facto de estes não terem um conteúdo suficientemente determinado, estando sujeitos a concretização e sob a chamada “reserva do possível”, logo, nas mãos do legislador.

Tal fragilidade tem vindo a ser combatida quer pelo denominado princípio da proibição do retrocesso social, ou mesmo através do princípio da dignidade humana, associado que está à garantia do “mínimo de existência”.

Logo, e como nota pertinentemente ANABELA COSTA LEÃO³⁶⁶, “É também hoje incorrecto sustentar a falta de relevância destes direitos como parâmetros de controlo, já que estabelecem limites aos poderes públicos, na medida em que expressam valores fundamentais que deverão ser respeitados – assumindo também uma matriz defensiva, ao lado da tradicional matriz prestadora. Este potencial limitador dos direitos sociais resulta igualmente da Carta, pelo que é sustentável que, no âmbito de aplicação do direito comunitário e europeu, nem a União nem os Estados possam desrespeitá-los”.

³⁶⁶ *Op. cit.*, p. 56.

A aludida dicotomia empreendida pela Carta entre direitos e princípios é particularmente nítida nos direitos sociais já que estes aparecem, sobretudo, consagrados em normas com a estrutura de princípios.

Sem embargo, tal não invalida que alguns desses direitos possam ser configurados como verdadeiros direitos subjectivos.

Disso é exemplo o direito a períodos de descanso, previsto no art.º 31.º n.º 2, ou mesmo o direito de acesso aos serviços de emprego, consagrado no art.º 29.º.

No entanto, e como refere JORGE PEREIRA DA SILVA³⁶⁷, a inovação traduzida pelo princípio da indivisibilidade é particularmente relativizada pelo facto de a positivização dos direitos sociais continuar, ainda assim, associada a medidas de implementação, das quais depende, muitas vezes, a sua radicação subjectiva como “direitos derivados a prestações”.

Sem embargo da sua formatação “principal”, a consagração dos direitos sociais na Carta justifica uma interpretação favorável à sua justicialidade, seja através da interpretação conforme aos direitos sociais, seja através da exigência de não discriminação e da garantia da liberdade de circulação.

Mesmo no que concerne aos princípios (e ainda que não directamente invocáveis) a Carta pode contribuir para densificar o conceito de “défice de protecção”, pois que “(...) ao impor certos princípios, como a protecção da saúde humana (consagrada no artigo 35.º), a Carta poderá fornecer um critério para densificar as situações em que, no âmbito das competências e políticas comunitárias, não foram tomadas medidas adequadas para proteger esses valores, permitindo sindicatizar omissões fundadas num défice de protecção”³⁶⁸.

Se é certo que a autonomia dos Estados em matéria de direitos sociais, reconhecida pelo Direito Comunitário, não os impele, obviamente, a violar os direitos sociais ou a abandonar políticas sociais, deixa-lhes, no entanto, salvaguardada a liberdade quanto à diminuição do grau de protecção alcançado.

Ora, “Ainda que a Carta não pareça ter tido por intenção afectar essa situação, ao não prever expressamente uma cláusula de não retrocesso para estes direitos, deverá ser vista, sobretudo quando vinculativa, como barreira última inultrapassável, se atendermos a que as res-

³⁶⁷ SILVA, Jorge Pereira – *Os Direitos Sociais e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*. Direito e Justiça, Vol. XV, Tomo 2, Lisboa, 2001, pp. 147-163.

³⁶⁸ LEÃO, Anabela, *op. cit.*, p. 58.

trições de direitos, previstas no artigo 52.º, têm sempre por barreira o respeito pelo núcleo essencial de direitos, em última análise iluminado pelo princípio da dignidade da pessoa humana”³⁶⁹.

O poder vinculativo da CDFUE – propositadamente afastado no Conselho Europeu de Nice – viria (por fim...) a ser reconhecido pelo Tratado de Lisboa, onde os Estados-Membros lhe atribuíram tal força jurídica.

Efectivamente, não obstante, continuar ausente do TUE, isto é, fora dos articulados do Tratado, o n.º 1 do art.º 6.º (como já referimos em momento anterior) remete expressamente para a Carta e determina que a União reconheça os direitos, liberdades e os princípios nela anunciados, passando a mesma a deter “(...) o mesmo valor jurídico que os Tratados”.

Precisamente por deter o mesmo valor jurídico que os Tratados, tal significa que os órgãos jurisdicionais integrados no TJUE “(...) passaram a poder (e a dever) controlar o respeito dos direitos fundamentais previstos na CDFUE, o que adquire particular importância nas atuações da UE (e dos Estados membros quando apliquem ou executem o direito da União) mais suscetíveis de colidir com os aludidos direitos (...)”³⁷⁰.

O reconhecimento da força vinculativa da CDFUE e, sobretudo, do seu âmbito de aplicação está perfeitamente recortado no Acórdão do STJ de 21 de Março de 2013³⁷¹.

Neste aresto, o STJ – recusando o instrumento jurídico do reenvio prejudicial – explicita que o Estado-Membro, se não aplicar o direito da União “(...) não está submetido às vinculações da Carta nem, por consequência, aos meios de controlo jurisdicionais com fundamento nas suas disposições. A legislação dos EM e a consequente actuação das autoridades está fora da aplicabilidade da Carta, que só será aplicável se existir, directa ou indirectamente, um elemento de conexão com o âmbito de aplicação do direito da União”.

A CDFUE, não só (mas também) pelo cunho vinculativo que reveste, assume particular relevância e importância na matéria atinente aos direitos sociais, o que particularmente releva para nosso estudo.

Como (bem) refere VITAL MOREIRA³⁷², a Carta “reconhece um amplo conjunto de direitos fundamentais dos trabalhadores, desde a liberdade do trabalho, à proibição do trabalho infantil, passando pela liberdade sindical e pelo direito a condições condignas de trabalho. (...)”

³⁶⁹ LEÃO, Anabela, *op. cit.*, p. 58.

³⁷⁰ PROENÇA, Carlos, *op. cit.*, p. 305.

³⁷¹

Disponível

em

<https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/0b89a9820240808a80257b4b003d4f9a? t>

³⁷² MOREIRA, Vital, *Trabalho digno para todos – a “cláusula laboral” no comércio externo da União Europeia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p.137.

Compreende não somente os *enabling rights* (liberdade de trabalho, liberdade de ação sindical, direito à greve (...)) mas também direitos substantivos (...) quanto às condições de trabalho e remuneração”.

Exemplo desse mesmo reconhecimento (dos direitos fundamentais dos trabalhadores previstos na Carta) é o recente Acórdão do TJ de 14 de Maio de 2019³⁷³, onde se discutiu um pedido de decisão prejudicial, o qual tinha essencialmente por objecto a interpretação do art.º 31.º n.º 2 da CDFUE e dos artigos 3.º, 5.º, 16.º e 22.º da Directiva 2003/88/CE do Parlamento Europeu e Conselho, de 4 de Novembro³⁷⁴, relativa à organização do tempo de trabalho.

Neste, o TJ explicitou que “(...) as modalidades definidas pelos Estados-Membros para assegurar a aplicação das exigências da Directiva 2003/88 não devem ser susceptíveis de esvaziar da sua substância os direitos consagrados no artigo 31.º n.º 2 da Carta e nos artigos 3.º, 5.º e 6.º alínea b) desta Directiva”.

Logo, conclui que a adopção de um sistema fiável que permitisse medir a duração do tempo de trabalho diário prestado por cada trabalhador se mostrava essencial para que estes pudessem fazer valer o direito conferido no referido art.º 31.º n.º 2, com vista a beneficiarem, em termos efectivos, da limitação da duração semanal do tempo de trabalho e dos períodos de descanso diário e semanal previstos pela Directiva.

Daí ter declarado que os artigos 3.º, 5.º e 6.º da Directiva 2003/88/CE “(...) lidos à luz do artigo 31.º n.º 2 da carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (...) devem ser interpretados no sentido de que se opõem a uma regulamentação de um Estado-Membro que, segundo a interpretação que lhe é dada pela jurisprudência nacional, não impõe às entidades patronais a obrigação de estabelecer um sistema que permita medir a duração do tempo de trabalho diário prestado por cada trabalhador”(sublinhado nosso).

Todavia, é inquestionável que os direitos dos trabalhadores não assumem na CDFUE um papel central, relegados que foram para outros instrumentos jurídicos, em linha com as reformas introduzidas pelo Tratado de Amesterdão.

Efectivamente – e como já tivemos oportunidade de salientar – o preâmbulo do Tratado de Amesterdão introduziu um novo considerando relativo aos direitos sociais, onde se confirmava o “(...) seu apego aos direitos sociais fundamentais, tal como definidos na Carta Social Europeia, assinada em Turim, em 18 de Outubro de 1961, e na Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores, de 1989”.

³⁷³ Proferida no proc. n.º C-55/18, disponível em <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-55/18&language=PT>.

³⁷⁴ JO 2003, L299, p. 9.

Como refere EMILIANO GARCIA COSO³⁷⁵, com esta remissão pretende-se demonstrar o compromisso da União e dos Estados-Membros com a melhoria da perspectiva social da construção europeia.

Para este autor, “Esta visão social encontra a sua razão de ser na denominada política social que com o Tratado de Lisboa adquiriu uma nova dimensão ou relevância (...) ao dotar a política social de um Título X, independente, e cujo desenvolvimento se encontra nos artigos 151.º a 161.º do TFUE”.

Em todo o caso – diríamos – é sintomático que o compromisso do Tratado para com a Carta Social Europeia e com a Carta Comunitária dos Direitos Fundamentais dos Trabalhadores não tenha merecido mais do que uma referência preambular, demonstrativo de um “apego” aos direitos sociais fundamentais mais político do que jurídico.

Vejamos, pois, em que medida são estes direitos previstos e (mais importante ainda) de que protecção gozam nestes dois instrumentos jurídicos.

3. A Carta Comunitária dos Direitos Fundamentais dos Trabalhadores

A entrada em vigor do Acto Único Europeu, em 1 de Julho de 1987, introduziu alterações nos tratados que instituem as Comunidades Europeias, inaugurando uma nova etapa no processo de integração, fixando como objectivo a criação de um “mercado interno”.

Todavia, nada foi contemplado quanto aos direitos sociais, nele apenas se proclamando – no seu preâmbulo – estarem os Estados-Membros “Decididos a promover conjuntamente a democracia com base nos direitos fundamentais reconhecidos nas Constituições e legislações dos Estados-Membros na Convenção de Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e na Carta Social Europeia, nomeadamente a liberdade, a igualdade e a justiça social”.

Perante o clamor pela inexistência do estabelecimento de um patamar mínimo de direitos sociais, o Conselho proclamou em Estrasburgo, em 9 de Dezembro de 1989, a Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores.

Apesar de se tratar de carta que versava sobre direitos sociais dos trabalhadores, não deixa de transparecer, mesmo nos seus considerandos, a preocupação sempre presente com o objectivo (maior) do mercado interno.

³⁷⁵ COSO, Emiliano Garcia – *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia – Comentada*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 205.

Efectivamente, pese embora comece por proclamar que, no âmbito da construção do mercado único europeu, se deve conferir a mesma importância aos aspectos sociais e aos aspectos económicos, devendo ambos ser desenvolvidos de uma forma equilibrada, o certo é que na generalidade dos restantes considerandos a preocupação pelo “mercado” está sempre presente.

Isso mesmo perpassa quando se refere que “(...) a concretização do mercado interno constitui o meio mais eficaz para criar empregos”, ou mesmo “(...) que o consenso social contribui para o reforço da competitividade das empresas”.

Contudo, a força meramente proclamatória da Carta Comunitária está bem patente quando os mesmos considerandos fazem questão de salientar que o Tratado (alterado pelo Acto Único Europeu) continha normas que estabelecem a competência da Comunidade – como a livre circulação de trabalhadores (art.º 7 e 48.º a 51.º) ou a igualdade de remunerações entre trabalhadores masculinos e femininos na realização do mesmo trabalho (art.º 119.º) – e que “(...) a aplicação da carta não poderá acarretar o alargamento das competências da Comunidade tal como se encontram definidas no Tratado”.

De igual modo, também invocam os considerandos que, em virtude do princípio da subsidiariedade, as iniciativas a tomar relativamente à aplicação destes direitos sociais são da responsabilidade dos Estados-Membros e das entidades que os constituem “(...) e, no âmbito das suas competências, da responsabilidade da Comunidade Europeia”.

Explicita, no entanto, o âmbito da aplicação no Título II, referindo no seu art.º 27.º que “A garantia dos direitos sociais fundamentais da presente carta bem como a aplicação das medidas sociais indispensáveis ao bom funcionamento do mercado interno no âmbito de uma estratégia de coesão económica e social são mais particularmente da responsabilidade dos Estados-membros, em conformidade com as práticas nacionais, designadamente por meio da legislação e das convenções colectivas”.

Em todo o caso, o Conselho “convidou” a Comissão a tomar as iniciativas que faziam parte das suas competências (e previstas no Tratado) tendentes à adopção de instrumentos jurídicos aptos a salvaguardar a efectiva aplicação dos direitos que eram da competência da Comunidade, ficando esta última igualmente encarregada de elaborar um relatório sobre a aplicação da Carta Comunitária pelos Estados-Membros.

O Título I enuncia os direitos sociais fundamentais dos trabalhadores, relativos à Livre circulação, Emprego e retribuição, Melhoria das condições de vida e de trabalho, Protecção social, Liberdade de associação e negociação colectiva, Formação profissional, Igualdade de tratamento entre homens e mulheres, Informação, consulta e participação dos trabalhadores,

Protecção da saúde e segurança no meio laboral, Protecção das crianças e dos adolescentes, Pessoas idosas e Pessoas deficientes.

Relativamente ao Emprego e retribuição, refere o art.º 4 que “Todas as pessoas têm direito à liberdade de escolha e de exercício de uma profissão, nos termos que regem esta última”.

Por seu turno, o art.º 5.º estatui que “Todos os empregos devem ser remunerados de forma justa. Para o efeito, e de acordo com as regras próprias de cada país é necessário que:

- seja garantida aos trabalhadores uma remuneração equitativa, ou seja, uma remuneração que lhes permita um nível de vida decente;
- os trabalhadores sujeitos a um regime de trabalho diferente do contrato a tempo inteiro e de duração indeterminada beneficiem de um salário de referência justo;
- os salários não possam ser objecto de retenção, penhora ou cessão a não ser em conformidade com as disposições nacionais; tais disposições deverão prever medidas que garantam ao trabalhador a manutenção dos meios necessários para assegurar o seu sustento e o da sua família”.

Assim, e no que concerne especificamente à remuneração, bem se percebe que o preâmbulo da Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores tenha sentido a “(...) necessidade de buscar inspiração nas convenções da Organização Internacional do Trabalho e na Carta Social Europeia do Conselho da Europa”, já que, pelo menos no que respeita a esta última, os preceitos são muito similares.

Vejamos, pois, seguidamente, como os direitos sociais são protegidos na Carta Social Europeia.

4. A Carta Social Europeia

Como refere FILIPE CERQUEIRA ALVES³⁷⁶, a Carta Social Europeia (CSE), aberta para assinatura por qualquer Estado membro do Conselho da Europa em Turim em 1961 e em vigor desde 1965, “(...) é o instrumento regional europeu de protecção dos direitos sociais que acompanha e complementa a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), suprimindo a menor ressonância da matéria atinente aos direitos sociais nesta”.

³⁷⁶ ALVES, Filipe Cerqueira – *Compreender a Carta Social Europeia Revista: Convenções Internacionais e os seus efeitos nas ordens jurídicas nacionais*. “Lex Social”, Monográfico 1, 2017, p. 17.

Na verdade, a CSE não pode deixar de ser entendida como sendo a base da política social da UE, cuja preocupação e tutela foi sendo, paulatinamente, reforçada, assim se explicando a adopção em 1996 (e em vigor desde 1999) da Carta Social Europeia Revista (CSER), que mais não é do que uma versão consolidada da anterior, com um novo leque de direitos e protocolos adicionais³⁷⁷.

Como realça FILIPE CERQUEIRA ALVES “A doutrina foi lesta em assinalar, numa primeira fase, que a CSE consagrava essencialmente objectivos a desenvolver pelos legisladores locais, contendo no seu corpo poucas normas determinadas, passíveis de invocação directa pelos cidadãos nacionais de cada Estado Parte em juízo junto dos tribunais locais”³⁷⁸.

A discussão quanto à força vinculativa (ou falta dela) não perdeu acuidade com a aprovação da CSER, sendo que, para o referido autor, a compreensão do grau de produção de efeitos desta obriga à análise não só da própria vinculatividade dos tratados internacionais para as ordens jurídicas internas, mas também ao recorte da natureza das normas que consagra.

Quanto a este último aspecto – natureza das normas – recorda que a determinabilidade da norma e, portanto, a capacidade que esta tem de conferir direitos subjectivos influencia o leque dos efeitos que a mesma gera nos ordenamentos jurídicos internos, assim contendendo com a sua coercibilidade judicial.

Sem descurar que no plano internacional multiplas vezes o sujeito das prerrogativas consagradas é o Estado e não o indivíduo (que deverá implementar a nível local o conteúdo das obrigações), realça que os tratados relacionados com direitos humanos – como é o caso da CSER – “(...) tendem a ter a pessoa humana como destinatária das suas normas, razão pela qual a distinção aqui ganha relevo uma vez que o sujeito individual tem, à luz dos mesmos, uma pretensão e uma expectativa de justicialidade dos poderes que as normas lhe conferem”³⁷⁹.

Assim, contrapõe à menorização de uma norma pela ausência de aplicabilidade directa com o facto de tal, por si só, não implicar uma menor fundamentalidade da mesma, sobretudo quando pensamos nos direitos consagrados na CSER, ancorados que são (pelo menos alguns deles) no princípio da dignidade da pessoa humana.

Daí entender a natureza da CSER como consagradora de direitos abertos e pendentes de integração e concretização pelo consenso social.

³⁷⁷ Em Portugal a CSER entrou em vigor no dia 1 de Julho de 2002, publicada em Diário da República 1-A, n.º 241, 1.º suplemento, de 17/10/2001.

³⁷⁸ *Op. cit.*, p. 19.

³⁷⁹ *Op. cit.*, p. 29.

Aliás, já salientámos acima o facto de as normas que contemplam direitos sociais nem sempre se encontrarem dotadas da determinabilidade associada aos direitos de liberdade, pela exigência que o seu cumprimento coloca (sobretudo) aos orçamentos estatais.

Logo, para FILIPE CERQUEIRA ALVES, “Se a invocação plena conferindo direitos subjectivos destas normas poderá ser uma característica que não possuirão, a possibilidade de recurso às mesmas para efeitos derogativos de normas contrárias é pacificamente afirmada pela doutrina contemporânea”³⁸⁰.

No mesmo sentido, CATARINA SANTOS BOTELHO³⁸¹ refere que “A bem dizer, a fundamentalidade de uma norma e a protecção que a mesma confere não são conceitos análogos ou sobreponíveis. Com efeito e segundo nos parece, a aplicabilidade direta dos direitos fundamentais poderá ser entendida em duas perspectivas: (i) a aplicabilidade *stricto sensu*, que se relaciona com a sindicabilidade e justiciabilidade plenas, mormente pela suscetibilidade de invocação autónoma; (ii) e a aplicabilidade *lato sensu*, que se prenderá já com a capacidade de derogar normas contrárias”.

O certo é que não podemos ignorar que o grau de vinculação às normas da CSER por parte dos Estados-Membros é determinante para se aquilatar da respectiva força jurídica, nomeadamente quanto à aceitação/recusa pelos mesmos de mecanismos de cumprimento coercivo ou sancionatório, como os jurisdicionais.

Ora, neste particular, basta atentarmos que os mecanismos de controlo de implementação da CSER são diametralmente diversos dos previstos para a CEDH.

Nesta última, o controlo é assegurado pelo TEDH, sendo assegurada legitimidade processual activa aos particulares e gozando os seus arestos – nos termos do art.º 46.º da CEDH – de força vinculativa.

Ao invés, cabe ao Comité Europeu dos Direitos Sociais (CEDS) zelar pela observância das disposições da CSER por parte dos Estados-Membros, através da apresentação de conclusões anuais instituídas pela própria Convenção e pelas decisões proferidas no âmbito do procedimento de Reclamações Colectivas instituído pelo Protocolo Adicional de 1995.

O certo é que nenhuma é vinculativa para os Estados nem os particulares têm legitimidade processual activa para desencadear qualquer um destes mecanismos de controlo, o que é sintomático (mais do que isso, revelador...) do grau de compromisso dos Estados-Membros para com a CSE.

³⁸⁰ *Op. cit.*, p. 30.

³⁸¹ BOTELHO, Catarina - *Os direitos sociais num contexto de austeridade: um elogio fúnebre ao princípio da proibição do retrocesso social?*. Revista da Ordem dos Advogados, Vol. I, n.º II, 2015, p. 271.

Dito de outra forma, os Estado-Membros pretenderam eximir-se do dever de execução vinculada das decisões do órgão de controlo instituído pela CSER, e muito menos pretenderam dotá-lo de judicialidade.

Ainda assim, para FILIPE CERQUEIRA ALVES³⁸² “(...) a ausência de um mecanismo de revista judicial próprio da CSER não implica a sua menor vinculatividade para os Estados contraentes nem a menor justicialidade do seu conteúdo”.

Justifica o autor tal entendimento com o papel “quasi-jurisprudencial” das decisões proferidas em sede de procedimento de Reclamações Colectivas, que revestem (segundo ele) verdadeiras interpretações autênticas do teor das normas da CSER, pelo que, pese embora não estejam os Estados vinculados directamente ao seu teor, devem conformar-se com o conteúdo de tal interpretação empreendida pelo CEDS quando decidam aplicá-las.

Advoga, igualmente, que a produção de efeitos da CSER nos ordenamentos jurídicos internos é igualmente passível de concretização num dever progressivo de justificação e fundamentação de opções legislativas internas na concretização de direitos fundamentais e consequente necessidade de opção de decisões ponderadas, sendo que este “processo sucessivo de densificação poderá ajudar a afirmar a determinabilidade do conteúdo da carta, dando-lhe vida e abertura para lá do seu texto”.

Apesar dos pecadilhos apontados, o certo é que a CSER tem, ainda assim, sido acolhida – em maior ou menor medida – em algumas decisões judiciais dos Estados-Membros.

No caso particular de Portugal, o acolhimento judicial do normativo da CSER processa-se, essencialmente, de duas formas: ou quando as respectivas normas são utilizadas enquanto meio de reforço da fundamentação dos arestos proferidos (estribando-se a subsunção do caso concreto a norma interna), ou quando são olhadas como normas de carácter supra-legal, carentes de desenvolvimento através da legislação ordinária.

Podemos descortinar como exemplo dessa aplicação “subsidiária” o vertido no Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 17 de Dezembro de 2013³⁸³, onde se aferia se uma decisão proferida pelo tribunal *a quo* incorria em erro de julgamento, ao fixar em determinada quantia *o quantum* do rendimento disponível que, nos termos da alínea b) do n.º 3 do art.º 239.º do CIRE, ficaria excluída da obrigatoriedade de cedência pelos insolventes ao fiduciário, ou se deveria antes fixar-se, em substituição daquela, a quantia equivalente a um salário mínimo nacional para cada um dos insolventes.

³⁸² *Op. cit.*, p. 32.

³⁸³ Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/-/FD2E76A8C3F8CAEA80257C68005BFD2D>.

Para justificar a sua decisão, o Tribunal da Relação de Guimarães, pese embora ciente de que outros critérios podem ser utilizados (a decisão recorrida lançou mão do IAS – Indexante de Apoios Sociais), entendeu por mais razoável – para efeitos do art.º 239.º do CIRE – partir do montante do salário mínimo nacional como o limite/padrão que assegurava a subsistência do devedor com o mínimo de dignidade.

Para tanto, recordou que, por força da 131.^a Convenção da OIT³⁸⁴ e que orienta as normas para a fixação da retribuição mínima mensal garantida, é suposto que – de entre os elementos a tomar em consideração para determinar o nível dos salários mínimos – sejam atendidas “As necessidades dos trabalhadores e das respectivas famílias, tendo em atenção o nível geral dos salários no país, o custo de vida, as prestações de Segurança Social e os níveis de vida comparados de outros grupos sociais”.

Prossegue, referindo que “De igual forma, tendo presente que as “Partes” da Carta Social Europeia reconhecem como objectivo de uma política que prosseguirão por todos os meios úteis, nos planos nacional e internacional, a realização dos direitos e princípios nela consignados, designadamente (cfr. art.º 4.º) o Direito a uma remuneração justa, tendo-se igualmente comprometido a reconhecer o direito dos trabalhadores a uma remuneração suficiente que lhes permita assegurar, assim como às suas famílias um nível de vida decente, é assim o RMMG o critério (em abstracto) mais seguro e o adequado para efeitos de fixação do limite mínimo abaixo do qual já passa a estar em causa a satisfação das necessidades do devedor e do seu agregado familiar”.

Por seu turno, e já como afloramento do carácter supralegal das normas da CSER, a carecer de concretização interna, apontamos como exemplo o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 9 de Outubro de 2014³⁸⁵, onde uma das questões a decidir consistia em saber se as retribuições mínimas garantidas por contrato colectivo de trabalho, de montantes superiores ao salário mínimo nacional e que não são actualizadas por via de actualização negociada das respectivas tabelas salariais, deveriam ser actualizadas nos mesmos termos e valores do salário mínimo nacional.

O entendimento sufragado no acórdão foi no sentido de que as razões subjacentes à fixação de um salário mínimo nacional e à sua actualização não impõem que idêntica actualização seja operada relativamente às retribuições mínimas fixadas convencionalmente em montantes superiores aos do salário mínimo nacional.

³⁸⁴ In DR, 1.^a Série, n.º 138, de 19/6/1981.

³⁸⁵

Disponível

<http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/94c9d9a1024f9bd880257d7400372926>

em

Para o aresto, a fixação de um salário mínimo nacional (e as suas actualizações) justificavam-se por diversas ordens de razões (como a de garantir ao trabalhador um nível retributivo mínimo com o qual possa prover à sua sobrevivência condigna), destacando, entre elas que, “Através do salário mínimo e das suas actualizações também procura dar-se satisfação, por exemplo, ao estatuído no art.º 59.º/1/a da CRP, no art.º 131.º da Convenção OIT e no art.º 4.º da Carta Social Europeia”.

Por seu turno, o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 18 de Dezembro de 2013, a propósito do direito (constitucional) à habitação, começa por caracterizar a norma do art.º 65.º n.º 1 da CRP como tendo uma nítida feição programática, visível pelos contornos que a norma constitucional lhe empresta.

E, referindo-se (entre outros) à norma do art.º 31.º da CSER, propugnou que “(...) nenhum dos tratados internacionais referidos pela recorrente lhe confere um “direito à habitação” cuja potência activa, e defensiva, fosse superior à que da CRP consta”.

Para FILIPE CERQUEIRA ALVES³⁸⁶, ao remeter para um entendimento tradicional da dicotomia entre direitos de defesa e direitos a prestações, “(...) parece o Supremo Tribunal Administrativo confirmar a impressão difusa do entendimento jurisprudencial da natureza das normas da CSER: cabe ao legislador ordinário desenvolver o conteúdo dos poderes outorgados ao sujeito pela mesma lá onde esta não seja suficientemente determinada para lhe conferir direitos positivos (...)”.

No entanto, não nega o próprio autor que a jurisprudência elencada indicia, claramente, uma certa reticência na aplicabilidade directa (em sentido estrito) do teor da CSER.

Ainda assim, realça o relevo jurídico estruturante e fundamental atribuído à CSER na argumentação judicial, equiparando-se a mesma a um instrumento legislativo de nível constitucional, pelo que “Aqui e então, os direitos consagrados na CSER não são tratados de forma distinta dos mesmos direitos analogamente consagrados na CRP, sendo necessária a análise da consagração dos mesmos na ordem jurídica ordinária a fim de aferir do cumprimento cabal do mandato de desenvolvimento social progressivo que aquela encerra”³⁸⁷.

Acrescenta, igualmente, que a produção de efeitos da CSER vai para além da mera aplicabilidade directa, em sentido estrito, das suas normas, já que as monitorizações empreendidas pelo CEDS, através das suas conclusões anuais, poderão culminar em decisões de não conformidade da actuação dos Estados-Membros para com a Carta.

³⁸⁶ *Op. cit.*, p. 36.

³⁸⁷ *Op. cit.*, p. 37.

Reiteramos, no entanto – como o faz RUI MEDEIROS³⁸⁸ –, que no contexto europeu (Conselho da Europa, União Europeia e Constituições dos Estados-Membros), o princípio do Estado Social, pese embora configure um elemento fundamental do Estado constitucional europeu, conhece ainda importantes diferenças no seu modo de concretização.

E se recortarmos dos direitos sociais a matéria atinente ao direito à retribuição, então percebemos as dificuldades que temos em confirmar a existência de um Direito Constitucional comum europeu.

Desde logo porque (como já referido em momento anterior) na interpretação de preceitos constitucionais atinentes a direitos fundamentais se tomam em consideração as tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros, sendo díspar – principalmente quanto à remuneração – a resposta constitucional neste domínio.

Na verdade, pese embora tenhamos já reconhecido que os direitos de liberdade reconhecidos pela CEDH protegem também os trabalhadores (nomeadamente quanto à liberdade de trabalho), forçoso é, no entanto, reconhecer que a mesma não prevê especificamente nenhum direito laboral propriamente dito, dedicando uma relevância superficial aos direitos fundamentais dos trabalhadores.

Dir-se-á, então, que a matéria atinente aos direitos dos trabalhadores está, isso sim, patente na CSER.

Referimos, aliás, que no seu art.º 4.º – sob a epígrafe “direito a uma remuneração justa” – as Partes comprometem-se (entre outras) a “reconhecer o direito dos trabalhadores a uma remuneração suficiente para lhes assegurar, assim como às suas famílias, um nível de vida decente”.

Debruçar-nos-emos, igualmente, sobre a norma prevista no seu art.º 25.º, atinente ao direito dos trabalhadores à protecção dos seus créditos em caso de insolvência do empregador, em que as Partes igualmente se comprometem a prever que tais créditos sejam garantidos por uma instituição de garantia ou por qualquer outra forma efectiva de protecção, o que – no ordenamento jurídico português – é actualmente corporizado pelo (Novo) Fundo de Garantia Salarial.

Quanto a este último, veremos de que forma e com que alcance tal garantia é instituída, e quais as interpretações jurisprudenciais que a enformam.

De igual modo, salientámos que a eficácia das suas normas não pode ficar diminuída pela impossibilidade da sua aplicabilidade directa.

³⁸⁸ MEDEIROS, Rui - *O Direito Fundamental à Retribuição – em especial o princípio a trabalho igual salário igual*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2016, p. 10.

O certo, no entanto, é que a força normativa da CSER não é – consabidamente – comparável à CEDH.

E esta menorização dos direitos sociais no contexto europeu advém, como já salientámos, do notório contraste entre o nível de integração económica e o nível de protecção social.

Como refere VITAL MOREIRA³⁸⁹, “(...) durante muito tempo, a integração europeia avançou sem uma correspondente integração das normas sociais, permitindo, portanto, uma competição (des)regulatória em matéria social”.

Como salientámos, só a criação do “mercado único” (1988-1992) levou à aprovação de uma Carta dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores – sem força vinculativa – e de um “acordo sobre política social” aquando da instituição do Tratado de Maastricht e que, por oposição do Reino Unido, só viria a ser incorporado nos Tratados da União pelo tratado de Amesterdão.

“Mesmo depois do Tratado de Amesterdão e do Tratado de Lisboa, os poderes legislativos da União nessa área são escassos, além de facultativos (artigo 153.º do TFUE), com expressa exclusão de algumas áreas nobres dos direitos dos trabalhadores (remuneração, liberdade sindical e direito de greve), que continuam a ser reserva normativa dos Estados-membros (artigo 153.º do TFUE)”³⁹⁰.

O certo é que com o tempo assistiu-se ao desenvolvimento do Direito Comunitário em matéria social, de que a CDFUE é testemunho, já que constituiu um salto qualitativo neste domínio.

Ainda assim, entendemos que se trata de instrumento jurídico manifestamente insuficiente.

Como nota, pertinentemente, RUI MEDEIROS³⁹¹ “Concretamente em matéria de retribuição, a Carta tem uma relevância diminuta”.

Efectivamente, para além da afirmação do princípio da igualdade entre homens e mulheres em todos os domínios, incluindo a remuneração (art.º 23.º), acrescenta apenas (art.º 31.º) que todos os trabalhadores têm direito a períodos de descanso diário e semanal, bem como a um período anual de férias pagas.

Acresce, decisivamente, que os direitos fundamentais previstos na CDFUE apenas são vinculativos para a acção política e legislativa da União nos limites das atribuições conferidas

³⁸⁹ MOREIRA, Vital - *Trabalho digno para todos – a cláusula laboral no comércio externo da União Europeia*, pág. 136.

³⁹⁰ MOREIRA, Vital, *op. cit.*, p. 137.

³⁹¹ *Op. cit.*, p. 14.

pelos Tratados, vinculando os Estados-Membros quando estes actuam ao abrigo do direito da União.

Daí que, como salienta VITAL MOREIRA³⁹², tendo a União competências muito limitadas em matéria atinente à regulação das relações de trabalho, a sua vinculação (e dos Estados-Membros) pela Carta em matéria de direitos laborais é assaz limitada.

Urgia, pois, desenvolver, no contexto europeu, mecanismos mais eficazes de protecção dos direitos sociais.

Um passo (muito) importante nesse sentido foi a proclamação pelas três instituições da União (Conselho, Comissão e Parlamento), na cimeira social realizada em Gotemburgo em 2017, do **Pilar Europeu dos Direitos Sociais**.

O texto proclamatório³⁹³ tece alguns considerandos que explicitam o motivo pelo qual as três instituições “edificaram” o Pilar.

Ancorou-se o mesmo (entre outros) no art.º 9.º do TFUE, onde se proclama, na definição e execução das políticas da União, que esta deve ter em conta as exigências relacionadas com a promoção de um nível elevado de emprego e a garantia de uma protecção social adequada.

E, como não podia deixar de ser, no art.º 151.º do TFUE, que a União e os Estados-Membros, tendo presentes os direitos sociais fundamentais enunciados na CSE e na Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores, terão por objectivos (nomeadamente) a promoção do emprego, a melhoria das condições de vida e uma protecção social adequada.

Nesse sentido, consideram que a criação de um Pilar Europeu dos Direitos Sociais “(...) tem como objectivos servir de orientação para atingir resultados eficazes em matéria social e de emprego que permitam dar resposta aos desafios actuais e futuros e satisfazer as necessidades essenciais da população, no sentido de garantir uma melhor adoção e aplicação dos direitos sociais”.

Daí que o Pilar (ainda segundo o seu preâmbulo) defina os princípios e os direitos fundamentais para assegurar a equidade e o bom funcionamento dos mercados de trabalho e dos sistemas de protecção social, reafirmando alguns direitos já presentes no acervo da União e acrescentando novos princípios, sendo que estes “Para serem juridicamente aplicáveis (...) exigem primeiro medidas específicas ou a adoção de legislação ao nível adequado”.

Explicita, igualmente, que o Pilar Europeu dos Direitos Sociais não impede os Estados-Membros ou os seus parceiros sociais de estabelecerem normas sociais “mais ambiciosas”, nem

³⁹² *Op. cit.*, p. 77.

³⁹³ Disponível em <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-13129-2017-INIT/pt/pdf>.

devendo nenhuma das suas disposições ser interpretada no sentido de restringir os direitos e princípios reconhecidos pelo direito da União, pelo direito internacional e por acordos internacionais em que a União ou todos os Estados-Membros sejam partes (designadamente a CSE e as convenções ou recomendações da OIT).

Adianta, igualmente, que a realização dos objectivos do Pilar “(...) constitui um compromisso político e uma responsabilidade política partilhados”, devendo o mesmo ser implementado “(...) tanto a nível da União como a nível dos Estados-Membros, no âmbito das respectivas competências”, não descurando os diferentes ambientes socio-económicos e a diversidade de sistemas nacionais.

Ressalva-se, por fim, que o Pilar não alarga as competências e tarefas da União conferidas pelos Tratados, devendo ser aplicado dentro dos limites dessas competências e, quanto aos Estados-Membros, o mesmo não afecta o direito de serem estes a definir os princípios fundamentais dos seus sistemas de segurança social e gerirem as suas finanças públicas.

O Pilar Europeu dos Direitos Sociais encontra-se dividido em 3 capítulos, contendo 20 pilares fundamentais.

Assim, o capítulo I tem como epígrafe a “Igualdade de oportunidades e acesso ao mercado de trabalho”, e enuncia 4 pilares:

A Educação, a Igualdade de Género, a Igualdade de Oportunidades independentemente do Género e o Apoio Activo ao Emprego.

O capítulo II, sob a epígrafe “Condições de Trabalho justas” elenca 6 pilares:

O Emprego seguro e adaptável, Salários, Informações sobre as condições de emprego e protecção em caso de despedimento, Diálogo social e participação dos trabalhadores, Equilíbrio entre a vida profissional e a vida privada e o Ambiente de trabalho são, seguro e bem adaptado, e protecção dos dados.

Por fim, o capítulo III, com a epígrafe “Protecção e inclusão sociais”, abarca os restantes 10 pilares, a saber:

Acolhimento e apoio a crianças, Protecção social, Prestações por desemprego, Rendimento mínimo, Prestações e pensões de velhice, Cuidados de saúde, Inclusão das pessoas com deficiência, Cuidados de longa duração, Habitação e assistência para os sem-abrigo e por último o Acesso aos serviços essenciais.

Não podendo deter a nossa análise sobre todos os pilares enunciados, destacamos, contudo, o Pilar 6, relativo aos “Salários”, o qual encerra três alíneas, dispondo a alínea a) que “Os trabalhadores têm direito a um salário justo que lhes garanta um nível de vida decente”, refe-

rindo a alínea b) (em termos algo inovadores) que “Deve ser garantido um salário mínimo adequado, de forma a permitir a satisfação das necessidades do trabalhador e da sua família, à luz das condições económicas e sociais nacionais, assegurando, ao mesmo tempo, o acesso ao emprego e incentivos à procura de trabalho. A pobreza no trabalho deve ser evitada”.

Por fim, a alínea c) refere que “Todos os salários devem ser fixados de forma transparente e previsível, em conformidade com as práticas nacionais e respeitando a autonomia dos parceiros sociais”.

E se enfatizamos que a proclamação do Pilar Europeu dos Direitos Sociais constituiu poderoso impulso na protecção e salvaguarda dos direitos sociais no contexto comunitário europeu, a adopção da Directiva (EU) 2022/2041 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de Outubro de 2022³⁹⁴, relativa a salários mínimos adequados na União Europeia parece finalmente colocar esta última na rota há muito ansiada de elevação do grau de integração social, vicissitude que desde sempre lhe foi apontada.

Na verdade, a Directiva em apreço (ainda que se cinja à matéria atinente aos salários mínimos) parece querer indicar que as instituições europeias não olham já para os direitos sociais fundamentais como meras declarações de princípio.

Tal como o fizera o texto proclamatório da instituição do Pilar Europeu dos Direitos Sociais, também os Considerandos da Directiva (EU) 2022/2041 não deixam de salientar os preceitos da CDFUE e da CSE atinentes a esta matéria, aludindo expressamente ao capítulo II do Pilar (proclamado em Gotemburgo a 17 de Novembro de 2017), destacando, obviamente, o princípio 6 (já salientado, referente ao direito a um salário justo que garanta um nível de vida digno, estabelecendo, igualmente, a garantia a um salário mínimo adequado).

Nota-se, igualmente, que a protecção salarial mínima (existente em todos os Estados-Membros) decorre ou de disposições legislativas ou administrativas, ou é proporcionada por convenções colectivas, sendo que tais tradições nacionais deverão ser respeitadas.

Daí que a Directiva em apreço tenha por objectivo (para além de melhorar as condições de vida e de trabalho) obter a “convergência social ascendente na União”, estabelecendo os requisitos mínimos e obrigações de natureza processual relativas à adequação dos salários mínimos nacionais e consequente acesso efectivo dos trabalhadores a uma protecção salarial mínima.

Alerta-se, todavia, nos seus considerandos que “Nos termos do artigo 153.º, n.º 5 do TFUE, a presente directiva não tem por objetivo harmonizar o nível dos salários mínimos em

³⁹⁴ Publicada no Jornal Oficial da União Europeia, em 25/10/2022 e disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32022L2041&from=PT>.

toda a União, nem estabelecer um mecanismo uniforme de fixação de salários mínimos. Não interfere com a liberdade de os Estados-Membros estabelecerem salários mínimos nacionais ou promoverem o acesso a uma protecção salarial mínima através de convenções colectivas, de acordo com o direito e a prática nacionais e as especificidades de cada Estado-Membro e no pleno respeito das competências nacionais e do direito dos parceiros sociais de celebrar convenções”.

Na verdade, a Directiva não estabelece o nível das remunerações, matéria que é da competência dos Estados-Membros, mas não deixa de apontar critérios para a adequação dos salários mínimos nacionais, determinados e avaliados por cada Estado-Membro em função das suas condições socio-económicas, tendo em conta o poder de compra, os níveis e a evolução da produtividade nacional e os níveis salariais.

Aplicar-se-á aos trabalhadores que tenham contrato ou relação de trabalho conforme definido na legislação ou práticas vigentes em cada Estado-Membro e pelos critérios estabelecidos nesta matéria pelo TJUE, o que deixa de fora os trabalhadores vulgarmente definidos como “independentes”.

Realce-se, igualmente, que a presente Directiva fixa obrigações de natureza processual como requisitos mínimos “(...) deixando aos Estados-Membros a prerrogativa de introduzirem ou manterem disposições mais favoráveis. Os direitos adquiridos ao abrigo do regime jurídico nacional em vigor deverão continuar a ser aplicáveis, salvo disposições mais favoráveis que sejam introduzidas pela presente portaria”.

Os 19 artigos da Directiva (EU) 2022/2041 dão, de seguida, corpo legal aos considerados expendidos, permitindo-nos destacar o seu art.º 1.º n.º 1 (que define o seu objecto), onde - com o intuito de melhorar as condições de vida e de trabalho na União, em especial a adequação dos salários mínimos para os trabalhadores – se estabelece um regime para:

- “a) A adequação dos salários mínimos nacionais com o objectivo de alcançar condições de vida e de trabalho dignas;
- b) A promoção da negociação colectiva sobre a fixação dos salários;
- c) A melhoria do acesso efectivo dos trabalhadores ao direito à protecção salarial mínima, se previsto no direito nacional e/ou em convenções colectivas”.

Por sua vez, o art.º 5.º institui o procedimento para a fixação de salários mínimos adequados, a cargo dos Estados-Membros, que definem os respectivos critérios de acordo com as práticas nacionais, sendo que o n.º 2 do presente artigo obriga a que tais critérios incluam, no mínimo, os seguintes elementos:

- “a) O poder de compra dos salários mínimos nacionais, tendo em conta o custo de vida;

- b) O nível geral de salários e sua distribuição;
- c) A taxa de crescimento dos salários;
- d) Os níveis e a evolução da produtividade nacional a longo prazo”.

Realce, por fim, para o art.º 17.º da Directiva, o qual prescreve terem os Estados-Membros de tomar as medidas necessárias para dar cumprimento à mesma até 15 de Novembro de 2024.

É, como salientámos, uma medida que se aplaude e que se espera possa ser estendida aos restantes princípios do Pilar Europeu dos Direitos Sociais, o que constituirá um poderoso instrumento na afirmação de um verdadeiro direito constitucional comum europeu.

CAPÍTULO III – VERTENTES JUSCONSTITUCIONAIS DO DIREITO À RETRIBUIÇÃO

1. O ordenamento jurídico português

1.1. A retribuição suficiente

Modernamente, e tendo por escopo a redacção constitucional, alguns autores optam por dissecar o texto legal, desdobrando-o em dimensões que são possíveis descortinar do texto da Lei Fundamental.

É o caso de LOBO XAVIER³⁹⁵, que detecta no n.º 1 do art. 59.º da CRP a ideia de uma retribuição suficiente “(...) de forma a garantir uma existência condigna”, de uma retribuição adequada “(...) segundo a quantidade, natureza e qualidade” e, finalmente, a noção de retribuição paritária ou equitativa “(...) observando-se o princípio de que para trabalho igual, salário igual”.

Também RUI MEDEIROS (acompanhando ABÍLIO NETO³⁹⁶) julga por útil – em coerência com a rejeição de uma leitura monista do art.º 59.º n.º 1 alínea a) da CRP – discernir três dimensões distintas (remuneração equitativa, proibição de discriminação salarial e suficiência da retribuição) e, conseqüentemente, não tomar o direito fundamental à retribuição como um todo.

Aliás, quer para RUI MEDEIROS, quer para LOBO XAVIER, as três dimensões distintas ora apontadas estão perfeitamente alinhadas com a idêntica trilogia plasmada no art.º 23.º da DUDH e art.º 7.º do Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais), até porque no art.º 16.º n.º 2 da CRP é expressamente referido que “Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem”.

Analisemos, pois, separadamente cada uma destas vertentes do direito à retribuição no ordenamento jusfundamental português para que possamos cotejá-lo com o ordenamento angolano e, assim, aquilatar se o mesmo é igual ou diversamente tutelado pelas respectivas Constituições.

³⁹⁵ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo - *O programa Constitucional e os seus desenvolvimentos*, Estudos de Direito do Trabalho, Parte I. Nov. Causa, Nov. 2017, p. 213.

³⁹⁶ *Op. cit.*, p. 42.

No tocante à **retribuição suficiente**, a CRP estabelece que todos os trabalhadores têm direito à retribuição do trabalho de forma a garantir uma existência condigna.

Ora, LOBO XAVIER³⁹⁷ nota que a “existência condigna” é “um conceito indeterminado, que carece de concretização, variável com os tempos e suas exigências. O que há aqui a destacar é que a Constituição nos deixa uma outra norma que realiza na prática esta ideia, que é o salário mínimo previsto no n.º 2”.

Essa concretização do conceito foi empreendida pelo próprio TCP, como sucedeu no Acórdão n.º 187/2013³⁹⁸, a propósito do pedido de fiscalização da constitucionalidade das normas que integravam o Orçamento de Estado e versavam sobre a suspensão do pagamento do subsídio de férias, que estudaremos a propósito do princípio da irredutibilidade salarial.

Neste, afirmou-se que a instituição do salário mínimo nacional dá corpo à dimensão constitucional da retribuição suficiente.

Aliás, a CRP vai mais longe e exige mesmo (alínea a) do art.º 59.º n.º 2) que o salário mínimo tenha em conta “as necessidades dos trabalhadores”, o “aumento do custo de vida”, o “nível de desenvolvimento das forças produtivas”, as “exigências da estabilidade económica e financeira” e, por fim, “a acumulação para o desenvolvimento”.

O problema, como nota LOBO XAVIER³⁹⁹, é que a ampla definição constitucional do salário cria embaraços ao legislador ordinário, que actualmente se limita a actualizar o quantitativo do ordenado mínimo e onde apenas é cumprido o primeiro parâmetro estabelecido no aludido art.º 59.º n.º 2 alínea a).

Prova disso mesmo é que o actual Código do Trabalho, ao dar execução a esta norma constitucional, pura e simplesmente omitiu (art.º 273.º n.º 2 do CT) o último parâmetro!

Mais, resultando da CRP que esta matéria deve ser interpretada de acordo com os ditames da DUDH, mais concretamente do art.º 23.º n.º 2, onde se prevê expressamente uma retribuição ajustada à dignidade do trabalhador “e à sua família”, o que se constata é que o ordenamento jurídico português não fixa, de todo, um salário familiar.

Não é apenas a DUDH a prever o chamado salário familiar. A Convenção da OIT n.º 117 de 1962, no seu art.º 5.º n.º 2, refere que “ao fixar o nível de vida mínimo, deverão ter-se em conta as necessidades familiares essenciais dos trabalhadores, incluindo a alimentação e o seu valor nutritivo, a habitação, o vestuário, a assistência médica e a educação”.

³⁹⁷ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo, *O programa Constitucional e os seus desenvolvimentos*. Estudos de Direito do Trabalho, Parte I. Nova Causa, Nov. 2017, p. 223.

³⁹⁸ In DR, 1.ª Série - n.º 78, de 22 de Abril de 2013.

³⁹⁹ *Op. cit.*, p. 225.

LOBO XAVIER⁴⁰⁰ aponta um obstáculo óbvio à fixação de um salário familiar, por entender que o mesmo “teria efeitos perversos, dificultando o emprego nas famílias numerosas”.

RUI MEDEIROS⁴⁰¹, não deixando de reconhecer inexistir qualquer dever do empregador de atender aos específicos encargos de um determinado trabalhador, ainda assim entende nada obstar a que o legislador constitucional, ao gizar o conceito de retribuição suficiente, não descure a sua dimensão familiar, pese embora a mesma não tenha de ser plasmada no salário mínimo nacional.

E, em certa medida, essa dimensão familiar pode ser prosseguida de outras formas que não na concreta fixação salarial de um trabalhador.

É o que acontece, por exemplo, a propósito dos bens parcialmente penhoráveis a que alude o art.º 738.º do Código de Processo Civil.

No seu n.º 6, refere-se, taxativamente, que, “ponderados o montante e a natureza do crédito exequendo, bem como as necessidades do executado e do seu agregado familiar, pode o juiz, excepcionalmente e a requerimento do executado, reduzir, por período que considere razoável, a parte penhorável dos rendimentos e mesmo, por período não inferior a um ano, isentá-los de penhora”.

1.2. A retribuição adequada

Quanto à **retribuição adequada**, segundo a “quantidade, natureza e qualidade” do trabalho cuja previsão constitucional é replicada no art.º 270.º do CT, torna-se claro que a “quantidade” está associada à clássica prestação temporal do trabalho, àquilo a que vulgarmente se denomina de horas de trabalho.

Todavia, tal não deve (nem pode) ser entendido na lógica estrita do sinalagma contratual, de uma simples relação de troca, até porque em certos casos (como o das férias e dos feriados, ausências por luto) é devida a retribuição sem que haja lugar à prestação do trabalho.

A este propósito se pronunciou, doutamente, o Acórdão do TCP n.º 454/97⁴⁰², que empreendeu uma abordagem clara sobre esta temática.

Versa o aresto sobre o pedido de apreciação da constitucionalidade da norma prevista no art.º 6.º n.º 1 alínea c) da Lei n.º 26/81 de 21 de Agosto (Estatuto do trabalhador-estudante),

⁴⁰⁰ *Op. cit.*, p. 228.

⁴⁰¹ *Op. cit.*, p. 115.

⁴⁰² Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19970454.html>.

que previa ter (o trabalhador-estudante) “(...) direito a ausentar-se, sem perda de vencimento ou de qualquer outra regalia, para prestação de exame ou provas de avaliação”.

Entendia a recorrente que a norma em questão violava o normativo constitucional previsto no art.º 59.º n.º 1 alínea a), na medida em que o trabalhador-estudante, não se encontrando ao serviço sem perder a remuneração, trabalha menos do que os seus colegas, auferindo a mesma retribuição.

Ora, para o TCP, “mesmo que se sustentasse uma visão contratualista da relação laboral, afastando-se (por razões de argumentação) uma perspectiva comunitário-pessoal, que facilmente explicaria a manutenção da retribuição em certas situações em que o trabalhador não presta efectivamente qualquer actividade, sempre haveria que admitir excepções ao sinalagma entre trabalho e salário. Tais excepções verificar-se-iam precisamente nas situações em que persiste o dever de prestar a retribuição sem que tenha sido efectuada a correspondente prestação de trabalho. São os casos de férias, feriados, dias de descanso e de um modo geral os de faltas justificadas de curta duração”.

Prossegue o acórdão, referindo, lapidariamente, que são várias as explicações da *ratio essendi* das aludidas excepções, entre as quais entender-se que existe um risco no âmbito do contrato de trabalho que deve ser suportado pelo empregador, como contrapartida da disponibilidade da capacidade de trabalho, o que, de resto, o distingue do contrato de prestação de serviços.

Ademais, existe um dever de prestar assistência ao trabalhador, adiantando-se também “a transformação das noções quantitativas de trabalho e salários em conceitos qualitativos”, pelo que o dever de retribuição corresponderia, em termos gerais, à prestação do trabalhador, entendida como disponibilidade”.

Ainda de acordo com o aresto, mesmo que se considere que tais ideias não explicariam satisfatoriamente a existência de excepções ao sinalagma entre trabalho e salário, sempre se poderia entender que a prestação do trabalho possui um significado “que ultrapassa o quadro obrigacional que o envolve. Embora seja o empregador o directo beneficiário do resultado final alcançado pela prestação de trabalho, mediamente é toda a sociedade que dele beneficia. Existe, assim, uma função social do trabalho, que tem por efeito reflexo a protecção dos direitos fundamentais do trabalhador (...)”.

Já a “qualidade” do trabalho está intimamente associada à produtividade, permitindo, no amplo conceito retributivo, descortinar outros conceitos a ele associados, como os prémios e gratificações.

Para LOBO XAVIER⁴⁰³, “a circunstância de o CT (art.º 260.º) considerar certas gratificações e prémios como não correspondendo ao conceito legal de retribuição não tem para este efeito constitucional demasiado relevo, tanto mais que tal ocorre, sobretudo, para evitar alguns problemas de cômputo e de reversibilidade”.

Ademais, ao contrário do que acontece com o princípio da paridade retributiva (o qual tem densidade suficiente para ser directamente aplicado), o mesmo não se verifica na indeterminação da exigência de uma retribuição “segundo a quantidade, natureza e qualidade”.

Daí que a sua aplicabilidade directa apenas possa ser reservada para a ocorrência de casos onde se verifique uma manifesta desproporcionalidade entre o trabalho prestado e a retribuição auferida.

Por fim, a “natureza” da prestação remete-nos para o tipo de trabalho realizado e, por consequência, para as qualificações e categorias profissionais dos trabalhadores.

Nesta diferenciação de factores reside, igualmente, a “igualdade proporcional” da retribuição, assim obstando a um “igualitarismo” que desvirtuaria a própria ideia de igualdade.

Os destinatários principais do princípio da proporcionalidade são, sobretudo, as entidades às quais incumbe a fixação das várias carreiras profissionais e respectivas componentes retributivas.

Na função pública, tal tarefa incumbe ao legislador, balizada pelos comandos constitucionais.

Nas relações laborais privadas, a contratação colectiva assume um importante papel na conformação constitucional do princípio da paridade.

Ainda no que respeita à tendencial inaplicabilidade directa desta dimensão do direito fundamental à retribuição, “tal não obsta, ainda assim, a que se reconheça que em situações-limite o direito a uma retribuição proporcional à quantidade, natureza e qualidade do trabalho pode ser aplicado directamente pelos tribunais”⁴⁰⁴.

À partida, essa aplicabilidade directa ressalta, desde logo, do art.º 272.º do CT onde, sob a epígrafe “Determinação judicial do valor da retribuição”, se refere no seu n.º 1 que “Compete ao tribunal, tendo em conta a prática da empresa e os usos do sector ou locais, determinar o valor da retribuição quando as partes o não fizeram e ela não resulte de instrumento de regulamentação colectiva de trabalho aplicável”.

Todavia, a própria norma enuncia quais os critérios a ter em conta pelo tribunal, convocando um outro princípio – o da igualdade retributiva – o qual, ao invés, parece dar força à tese

⁴⁰³ *Op. cit.*, p. 230.

⁴⁰⁴ RUI Medeiros, *op. cit.*, p. 58.

de que o controlo jurisdicional da adequação remuneratória apenas será possível se amparado pelo juízo de igualdade.

1.3. A retribuição paritária

Relativamente à **retribuição paritária** (e não discriminatória, já que os conceitos se entrecruzam), a par do art.º 13.º n.º 2 da CRP, o princípio da igualdade encontra igualmente expressão no art.º 59.º n.º 1 quando refere dever a retribuição observar “o princípio de que para trabalho igual salário igual”.

Adiante-se, desde já, que a enunciação do princípio da igualdade em torno do fenómeno retributivo nem sempre se afigura de fácil configuração, porventura porque tradicionalmente a igualdade de tratamento era mais facilmente convocável para proibir específicas discriminações, mormente em função do sexo, raça ou religião.

Daí que, tal como propugna LOBO XAVIER, “há que começar por dizer o óbvio: não há trabalho igual nem trabalhadores iguais e o que interessa é que na ponderação entre eles reclamada pelo próprio princípio da igualdade o ajuizamento seja o mais possível aceitável, dentro duma difícil sindicabilidade das estipulações salariais. Talvez por isso se fale em “igualdade proporcional””⁴⁰⁵.

A retribuição paritária tem como parâmetro o “de que para trabalho igual salário igual”.

Na interpretação que faz o Acórdão do TCP n.º 584/98⁴⁰⁶ do art.º 59.º n.º 1 alínea a) da CRP, impõe-se “que a remuneração do trabalho obedeça a princípios de justiça. Ora, a justiça exige que, quando o trabalho prestado for igual em quantidade, natureza e qualidade, seja igual a remuneração. E reclama (nalguns casos, apenas consentirá) que a remuneração seja diferente, pagando-se mais a quem tiver melhores habilitações ou mais tempo de serviço. (...) O que, pois, se proíbe são as discriminações, as distinções sem fundamento material, designadamente porque assentes em meras categorias subjectivas. Se as diferenças de remuneração assentarem em critérios objectivos, então elas são materialmente fundadas, e não discriminatórias. Tratar por igual o que é essencialmente igual e desigualmente o que é essencialmente diferente – eis o que exige o princípio da igualdade”.

Todavia, o enunciado princípio, pese embora facilmente concretizável no plano teórico, nem sempre se mostra pacífico na prática.

⁴⁰⁵ *Op. cit.*, p. 234.

⁴⁰⁶ Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/jurel/cst_main.php?ficha=9325&pagina=310&nid=3889).

Daí que grande parte da doutrina e jurisprudência entenda que a retribuição paritária não tenha de se reconduzir, necessariamente, à mera quantidade, natureza ou quantidade do trabalho prestado, apenas se vedando situações em que a retribuição seja diferente sem uma causa de justificação objectiva, estando, porém, longe de encontrar unanimidade.

Veja-se, a este propósito, o Acórdão do TCP n.º 277/99⁴⁰⁷, onde em causa estava uma norma que previa que os trabalhadores em regime de tempo parcial recebiam um salário calculado em função do tempo de trabalho acordado, mas com um acréscimo de 50%.

Ora, no ponto 5 do aludido Acórdão, refere o Tribunal ser óbvio que a quantidade de trabalho prestada por trabalhadores em regime de tempo completo e em regime de tempo parcial é diferente: no caso de que agora nos ocupamos, é este o ponto que distingue trabalhadores que prestam o mesmo tipo de trabalho com as mesmas habilitações. Assim, a aplicação do princípio referido implica que a diferença de remuneração corresponda à diferença de quantidade de trabalho prestado – regra que a cláusula em crise, manifestamente, não respeita. É certo que a lei prevê que o regime de tempo parcial seja atribuído a trabalhadores em situações (pessoais) particulares, a saber, com responsabilidades familiares, com capacidade de trabalho reduzida ou que sejam trabalhadores estudantes. Essas situações, todavia, se justificam (...) que, nos instrumentos de regulamentação colectiva, lhes seja dada a preferência na admissão em regime de tempo parcial, já não explicam o privilégio em que são colocados face aos trabalhadores em tempo completo, no que toca ao cálculo da remuneração.

Em suma, entendeu o aresto que a diferença de remuneração fixada deveria corresponder (somente) à diferença de quantidade de trabalho prestado, pelo que julgou inconstitucional a norma que previa a aludido acréscimo remuneratório de 50%.

Todavia, o sentido do TCP tem sido outro, ao admitir diferenciações que não são reconduzíveis à quantidade, natureza e qualidade do trabalho.

Desde logo, o (já aludido) Acórdão do TCP n.º 454/97 entendeu que a falta para prestação de exames por parte do trabalhador-estudante, sem perda de vencimento, não violava o princípio “para trabalho igual, salário igual”, não obstante o mesmo trabalhar menos e auferir a mesma retribuição.

Idêntico raciocínio foi expandido no Acórdão do TCP n.º 313/89⁴⁰⁸, onde se entendeu que uma justa retribuição do trabalho “não proíbe, naturalmente, que o mesmo tipo de trabalho seja remunerado em termos quantitativamente diferentes, conforme seja feito por pessoas com mais ou menos habilitações e com mais ou menos tempo de serviço, pagando-se mais, naturalmente, aos que maiores habilitações possuem e mais tempo de serviço têm”.

Consideramos, tal como RUI MEDEIROS⁴⁰⁹ que “a Constituição não veda que, na determinação da retribuição, se atenda a outros factores não directamente relacionados com a quantidade, natureza e qualidade do trabalho”.

⁴⁰⁷ Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/jurel/cst_busca_actc.php?ano_actc=1999&numero_actc=277.

⁴⁰⁸ Publicado nos Acórdãos do Tribunal Constitucional, 13.º volume, tomo II, p. 917 e ss..

⁴⁰⁹ *Op. cit.*, p. 74.

Em todo o caso, parece que o princípio da paridade retributiva, colocado nestes termos, acaba por não introduzir qualquer elemento diferenciador à proibição de discriminação.

Tal não é verdade, pois a autónoma referência constitucional ao princípio da paridade retributiva impõe-se, por fazer impender sobre o empregador a justificação da diferenciação retributiva entre trabalhadores que prestam trabalho igual segundo a natureza, qualidade e quantidade.

1.4. A retribuição não discriminatória

Como dissemos anteriormente, a proibição de discriminação, pese embora inicialmente gizadas para certos grupos particulares de trabalhadores, pode (e deve) ser estendida a um conjunto alargado de motivos, logo, entendida como tutelando práticas diferenciadoras mais alargadas.

No fundo, o que se pretende é impedir diferenciações injustificadas com base em critérios dúbios ou, como refere VITALINO CANAS⁴¹⁰, “o carácter fundante da dignidade da pessoa humana (art.º 1.º) implica que todas as diferenciações baseadas em características das pessoas (as que elas inevitavelmente têm, as que só dificilmente poderiam deixar de ter ou as que escolhem e querem ter (...)) por princípio requerem um diapasão mais intenso do que as diferenciações baseadas noutros factores”.

É neste pressuposto que o CT enuncia no art.º 23.º aquilo a que se convencionou chamar de “discriminações suspeitas”.

A proibição da discriminação em razão do sexo, por se manter ainda hoje (infelizmente) na ordem do dia, justifica que dela se faça um controlo jurisdicional atento e vigilante.

Todavia, o problema da sua identificação agudiza-se quando se elencam outras categorias “suspeitas”.

Dúvidas não subsistem em como a discriminação em razão da orientação sexual deve ser, também ela, proibida, mas a tal conclusão só se chega através do preceito constitucional previsto no art.º 13.º n.º 2, o que não impede que se faça a transposição de tal princípio para as relações laborais.

⁴¹⁰ CANAS, Vitalino - *Constituição prima facie: igualdade, proporcionalidade, confiança (aplicados aos “cortes” de pensões)*, in Revista Eletrónica de Direito Público, 2014, p. 20.

2. O princípio da irredutibilidade salarial

A retribuição apresenta-se como um requisito primário da relação contratual garantindo ao trabalhador a sua subsistência (bem como a da sua família), pelo que, atenta esta função social, o legislador conferiu-lhe especial protecção, consubstanciada (entre outras, que adiante analisaremos) na garantia de irredutibilidade da retribuição.

Analisaremos, de seguida, em que medida o aludido princípio é delimitado nos ordenamentos jurídicos português e angolano.

2.1. Ordenamento jurídico português

No ordenamento jurídico português, o princípio da irredutibilidade não contém consagração constitucional, encontrando-se regulado no art.º 129.º n.º 1 alínea d) do Código de Trabalho, o qual prescreve a proibição de o empregador “Diminuir a retribuição, salvo nos casos previstos neste Código ou em instrumento de regulamentação colectiva de trabalho”.

Desde logo, o preceito inculca a dificuldade de recortar a possibilidade de diminuição do *quantum* retributivo através de Lei, sem que esta última, entenda-se, incorra em inconstitucionalidade.

Por outro lado, tal como se mostra plasmada, a norma pode ser entendida como contendo um comando (de irredutibilidade) imperativo para o contrato de trabalho e meramente supletivo para as disposições contidas em instrumento de regulamentação colectiva de trabalho.

Daí entender MARIA DO ROSÁRIO RAMALHO⁴¹¹, que o “Princípio da Irredutibilidade constitui um limite geral à diminuição da retribuição dos trabalhadores, mas não impede que tal retribuição seja reduzida por lei”.

Em sentido contrário, defende MENEZES LEITÃO⁴¹², em anotação ao Acórdão n.º 396/2011 do TCP (que interpretou restritivamente o direito fundamental à retribuição) que, “Ao contrário do que sustenta o Tribunal Constitucional, a Constituição não se basta com uma simples garantia do direito à retribuição, exigindo antes um nexo de corresponsabilidade entre a retribuição e o trabalho prestado. Ora, é manifesto que esse nexo de corresponsabilidade é quebrado quando o salário é reduzido, mas o trabalhador se mantém obrigado a prestar exactamente o mesmo trabalho”.

⁴¹¹ RAMALHO, Maria do Rosário – *Tratado de Direito do Trabalho*, II. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 204.

⁴¹² LEITÃO, Luís Manuel Teles Menezes – *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 71, Vol. IV, Out/Dez 2011, pp. 1225-1285.

Na verdade, em apoio desta tese, sempre se dirá que o salário seria tendencialmente irredutível por força do próprio direito fundamental à retribuição, sendo igualmente certo que as excepções à proibição da diminuição salarial previstas no Código de Trabalho encerram, também elas, a própria diminuição da quantidade de trabalho prestada.

Importa, pois, proceder à destrição entre **o plano legal, o plano contratual** e perante instrumento de **regulamentação colectiva**.

No **plano legal**, sendo o direito à retribuição um direito fundamental, a questão central a dilucidar nesta matéria é a de aquilatar da possibilidade de ocorrer diminuição salarial através de lei, isto é, se o legislador infraconstitucional pode reduzir o *quantum* retributivo sem incorrer em inconstitucionalidade.

Convém sublinhar que, pese embora não disponha a CRP de uma norma que preveja, expressamente, a irredutibilidade salarial, somos levados a considerar que uma diminuição do montante retributivo constituirá, tendencialmente, uma restrição ao próprio direito fundamental à retribuição.

E dizemos tendencialmente porque os próprios direitos fundamentais consentem restrições, por ser impossível manter perene e imutável uma dada situação jurídica.

Nesse sentido, desde que respeitadas as balizas constitucionais, o direito fundamental à retribuição não espoleta uma absoluta proibição de diminuição do salário por parte do próprio legislador.

Como refere BÁRBARA CAIADO⁴¹³, pode e deve “quando tal se mostrar ancorado em uma indispensabilidade da medida haver redução do montante salarial através da ação do legislador sem que haja, em decorrência disto, uma inconstitucionalidade. Tal significa que, em Portugal, respeitado o mínimo legal, de Protecção da Confiança e da Proibição do Excesso, o montante retributivo poderá vir a ser diminuído por meio de Lei”.

O tema (em Portugal) revestiu especial acuidade com as alterações promovidas ao CT pela Lei n.º 23/2012, de 25 de Junho⁴¹⁴, já que a mesma empreendeu medidas legislativas que contendiam, *in pejus*, com os montantes salariais a receber pelos trabalhadores.

Na verdade, e face à crise generalizada vivida pelo país, o aludido diploma – a pretexto da necessária solvabilidade económica – continha diversas disposições onde o *quantum* retributivo era, efectivamente, reduzido.

Era o caso da diminuição dos acréscimos devidos por trabalho suplementar que, nos termos do art.º 2.º daquele diploma, decresciam em 50% daqueles previstos no CT de 2009.

⁴¹³ *Op. cit.*, p. 125.

⁴¹⁴ Disponível http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1755&tabela=leis&so_miolo=.

O mesmo se diga do estatuído no art.º 9.º n.º 2 da Lei n.º 23/2012, onde o trabalho suplementar prestado em dia normal, em dia de descanso complementar ou feriado deixou de gerar o direito a um descanso compensatório.

Ademais, foram igualmente abolidos alguns feriados (o Corpo de Deus, 1 de Novembro, 5 de Outubro e 1 de Dezembro), e instituiu-se a penalização por falta em dia anterior ou posterior ao dia de descanso ou feriado, prevendo-se para ela não só a perda de retribuição do dia em falta como a perda retributiva do dia que correspondesse ao descanso ou feriado em causa.

Tais medidas legislativas operaram, pois, uma significativa redução salarial dos trabalhadores, não se estranhando que a mesma – por poder beliscar o direito fundamental à retribuição – tenha sido objecto de fiscalização da constitucionalidade pelo Acórdão do TCP n.º 602/2013 de 20 de Setembro⁴¹⁵.

Pela sua importância para o tema, analisaremos os termos em que – desde já adiantamos – o TCP se pronunciou pela constitucionalidade do diploma.

Saliente-se que o pedido de fiscalização da constitucionalidade de tais normas (entre outras) foi pedido por um grupo de 24 deputados da Assembleia da República, os quais começavam por alertar o TCP que a CRP “atribui aos trabalhadores um conjunto de direitos fundamentais, individuais e colectivos, garantes da sua dignidade como seres humanos, quer como cidadãos, quer como trabalhadores. Estes direitos fundamentais, nos termos do art.º 18.º da Constituição, impõem-se às entidades públicas e privadas, não podendo a extensão e o alcance do seu conteúdo ser diminuídos por lei ordinária”.

Viam, igualmente, o trabalhador como o contraente mais fraco na relação de trabalho, o que – no seu entender – conferia maior ênfase à relevância constitucional dada a estes direitos fundamentais do trabalhador.

Em suma, entendiam que, “Na medida em que não respeita os direitos dos trabalhadores à retribuição e ao repouso, nos termos definidos constitucionalmente, a Lei viola o disposto nas alíneas a), c) e d) do n.º 1 do artigo 59.º da Constituição da República Portuguesa”.

Não podendo fazer uma análise exaustiva do Acórdão, limitar-nos-emos a apreciar a decisão do TCP quanto ao art.º 9.º n.º 2 da Lei n.º 23/2012, na parte em que procedeu (através da revogação dos anteriores artigos do CT) à eliminação do descanso compensatório, à redução para metade do pagamento do trabalho suplementar e alterou as prestações relativas a dia feriado, bem como ao art.º 2.º da referida lei, na parte em que eliminou quatro feriados obrigatórios

⁴¹⁵ Disponível em <https://dre.pt/pesquisa/-/search/502979/details/maximized>.

e o aumento do período anual de férias em função da assiduidade, revogando desse modo os segmentos daqueles preceitos que, na sua redacção anterior, os previam.

Antes, porém, convém ter presente – como destaca o próprio Acórdão em análise – que as alterações normativas promovidas pela Lei n.º 23/2012 se destinavam (assim se proclamava nos trabalhos preparatórios) “a dar resposta às exigências em matéria laboral decorrentes dos compromissos do Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica, de 17 de maio de 2011, tendo em vista o fomento da economia, via aumento de produtividade e da competitividade das empresas, a criação de emprego e o combate à segmentação do mercado de trabalho”.

Tem de ser, pois, sob este prisma que deve ser apreciada a constitucionalidade das normas referenciadas supra.

Para o TCP, dúvidas não subsistem sobre como as referidas alterações conduzem a uma redução da remuneração devida pela prestação do trabalho suplementar, bem como a uma eliminação do descanso compensatório remunerado, na generalidade das situações de trabalho suplementar.

Em todo o caso, mostrou-se logo crítico quanto à invocação da inconstitucionalidade de tais normas por violação (no entender dos requerentes) dos direitos dos trabalhadores de conciliação da actividade profissional com a vida familiar (art.º 59.º da CRP), de desenvolvimento da personalidade (art.º 26.º n.º 1 CRP) e de protecção da família (art.º 67.º da CRP), por entender não ser “(...) o nível remuneratório do trabalho suplementar que pode dar efectividade a tais direitos”.

E mesmo quando os requerentes fundam o seu pedido de fiscalização de constitucionalidade na violação do direito à retribuição do trabalho segundo a quantidade, natureza e qualidade (alínea a) do art.º 59.º n.º 1 da CRP), refere o aresto que “(...) a redução para metade, dos acréscimos remuneratórios devidos pela prestação de trabalho suplementar não é, só por si, suscetível de atentar contra aquele direito, uma vez que, apesar da forte redução, se mantém um tratamento diferenciado (mais favorável do ponto de vista remuneratório) do trabalho prestado a título suplementar. E a definição dessa diferenciação remuneratória é matéria que a Constituição não pode deixar de atribuir ao legislador ordinário”.

No que diz respeito à supressão do descanso compensatório nas concretas situações já referidas, entendeu o TCP que, nos casos em que se elimina o direito ao descanso compensatório, a retribuição do trabalho suplementar prestado continuava a ser quantitativamente diferenciada, através do acréscimo remuneratório previsto no artigo 268.º do Código do Trabalho.

Relativamente às questões de constitucionalidade referentes à eliminação de feriados obrigatórios e à eliminação do aumento do período anual de férias em função da assiduidade, para os requerentes, tais eliminações seriam inconstitucionais por violarem o direito ao repouso, a férias pagas, implicando “sete dias de trabalho por ano” sem qualquer acréscimo na remuneração, em violação do disposto no art.º 59.º n.º 1 alíneas a), c) e d) da CRP.

Começa por notar o acórdão que, no âmbito das relações laborais, os dias de feriado obrigatório obrigam ao encerramento ou suspensão da laboração das actividades que não sejam permitidas aos domingos, destinando-se, assim, a possibilitar a celebração colectiva de datas ou eventos considerados nacionalmente relevantes.

Daí que não haja um direito (ao descanso ou repouso) do trabalhador perante o empregador, mas apenas “(...) um dever das entidades empregadoras perante o Estado que se articula com um direito subjectivo público dos trabalhadores, traduzido num direito a tempo livre para participar na comemoração”.

Assim, entendeu o aresto que a supressão de feriados obrigatórios não constitui uma ofensa a direitos dos trabalhadores, embora reconheça que a eliminação de alguns desse elenco leva a que haja um acréscimo dos dias de trabalho, já que se repõe a laboração em dias em que anteriormente a mesma se encontrava encerrada.

Também não ignora o TCP que tal acréscimo de dias de trabalho resultante dessa eliminação de alguns feriados não comporta o correspondente aumento de remuneração.

Explicita, todavia, o acórdão que “Embora, no plano dos factos, esse possa ser o efeito verificado, a verdade é que, no plano jurídico, não é uma consequência imputável à medida legislativa de extinção de feriados. De facto, a remuneração não se encontra indexada ou concebida em função de um número fixo de feriados anuais, pelo que a variação destes não é uma causa com efeitos remuneratórios directos. Não tem, por isso, sustentação o entendimento de que a eliminação dos dias feriados possa constituir uma restrição dos direitos do trabalhador consagrados no artigo 59.º n.º 1 da Constituição”.

Por fim, no que diz respeito à eliminação do mecanismo de majoração de férias, esclareceu o TCP que o mesmo (previsto anteriormente) não se destinava, pelo menos de forma directa, a aumentar a duração do período de férias, o qual contempla um período fixo de 22 dias úteis e que se manteve inalterado pela nova lei.

Em suma, o acórdão do TCP em análise, atendendo ao fim prosseguido pela norma em questão, considerou a medida de corte como “adequada, necessária e equilibrada em vista da salvaguarda de interesses constitucionalmente relevantes como o cumprimento das metas e compromissos assumidos internacionalmente no quadro do Memorando de Entendimento e a

própria competitividade da economia nacional numa conjuntura particularmente difícil para as empresas nacionais”.

Não foi somente com a Lei n.º 23/2012 que os alicerces normativos relativos à irredutibilidade salarial foram abalados no ordenamento jurídico português.

Efectivamente, também a aprovação das Leis Orçamentais relativas aos anos de 2011, 2012, 2013 e 2014 provocaram ondas de choque em significativa franja dos trabalhadores (no caso, dos funcionários públicos), já que foram aprovadas algumas medidas que contendiam com o direito fundamental à retribuição, o que, por isso, justifica que os analisemos.

Assim, através da Lei n.º 55-A/2010⁴¹⁶, mais concretamente do seu art.º 19.º, foi instituída uma medida legislativa que operava uma forte diminuição retributiva dos trabalhadores da função pública e que viria a ser constitucionalmente sindicada através do Acórdão do TCP n.º 396/2011⁴¹⁷, que passamos a analisar.

Sustentavam os requerentes que o aludido art.º 19.º estabelecia uma redução definitiva e permanente das remunerações de diversas categorias de funcionários públicos e instituições equiparadas, pois tal alteração legislativa não foi acompanhada de qualquer cláusula de temporalidade.

A ilustrar isto mesmo, apontavam o art.º 187.º da própria Lei em crise, o qual estabelecia o início da vigência do diploma, nada dispondo sobre o seu fim, daí retirando os mesmos que as reduções remuneratórias eram definitivas.

Daí considerarem que a gravidade da medida orçamental, para além de injusta e imoral, era também inconstitucional, por violar a CRP em várias das suas disposições e princípios.

Efectivamente, sustentavam que o art.º 19.º daquela Lei do Orçamento do Estado violava quatro princípios fundamentais com expressa previsão constitucional: o princípio do Estado de Direito, o princípio da igualdade, o princípio do direito fundamental à não redução do salário e, por último, o princípio fundamental de participar na elaboração da legislação laboral por parte das entidades representativas dos trabalhadores.

Analisaremos o segmento do acórdão que versou sobre a alegada violação do “direito fundamental à não redução do salário”, configuração que lhe foi dada pelos requerentes do recurso, e que constitui um dos temas centrais do nosso estudo.

Sem surpresas, por tudo o sobredito, começa por ressaltar o acórdão que inexistia na CRP qualquer regra que estabeleça de forma expressa e autónoma, uma garantia de irredutibilidade dos salários, salientando que tal regra se inscreve, apenas, no direito infra-constitucional,

⁴¹⁶ In Diário da República n.º 253/2010, 1.º Suplemento, Série I, de 31 de Dezembro de 2010.

⁴¹⁷ Disponível em: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/3036937/details/maximized>.

mais concretamente o art.º 89.º n.º 1 alínea d) do Regime do Contrato de Trabalho em Funções Públicas e o art.º 129.º n.º 1 alínea d) do Código de Trabalho.

Não ignora, porém, o aresto que a arguição da inconstitucionalidade pelos requerentes, se fundava no facto de tal garantia – não obstante constar de legislação ordinária – gozar de força constitucional paralela, conferida pelo art.º 16.º n.º 1 da CRP.

Dilucidando que mesmo a regra de direito ordinário valia, apenas, para a retribuição em sentido próprio – por não abranger, entre outras, as ajudas de custo e outros abonos – importava ao TCP “sublinhar que a regra não era absoluta”.

Isso mesmo decorria das próprias normas infra-constitucionais, pois o CT (como já amplamente referimos) excepciona “os casos previstos neste Código ou em instrumento de regulamentação colectiva”, e no Regime do Contrato de Trabalho em Funções Públicas admite-se que a lei (qualquer lei) possa prever reduções remuneratórias.

Nesse sentido, enunciou a já célebre explicitação de que “O que se proíbe, em termos absolutos, é apenas que a entidade empregadora, tanto pública como privada, diminua arbitrariamente o quantitativo da retribuição, sem adequado suporte normativo” (sublinhado nosso).

Mais do que um preâmbulo, lançou assim o aresto uma verdadeira premissa jurisprudencial, que iria encimar toda a sua argumentação nesta matéria.

Na verdade, é com base nela que estatui não colher a argumentação de que o direito à irredutibilidade do salário consagrado na legislação laboral teria força de direito fundamental, pois se assim fosse o legislador encontrar-se-ia vinculado por tal imperativo, o que – como demonstrou – não era o caso.

Depois, porque não se pode dizer – salvaguardado que seja um mínimo – que a irredutibilidade do salário possa ser considerada uma exigência da dignidade humana ou que se imponha como conquista essencial.

E estes eram, segundo o acórdão, os critérios materiais que nos poderiam apontar no sentido de reconhecer um direito subjectivo considerado “fundamental”, apesar de não ter consagração constitucional, por figurar somente em lei ordinária.

A este propósito, recordando que o legislador constitucional teve a preocupação de consagrar uma extensa rede de garantias acrescidas relativamente ao próprio direito fundamental à retribuição, de que eram meros exemplos a incumbência do Estado de estabelecer e actualizar o salário mínimo (art.º 59.º n.º 2 alínea b) da CRP) e a imposição de garantias especiais dos salários (art.º 59.º n.º 3 da CRP).

Daí inferia o TCP não se afigurar crível que o programa constitucional, tão meticuloso nesta matéria, só ficasse integralmente salvaguardado com a atribuição de direito fundamental

legal ao direito à irredutibilidade da retribuição, não descortinando fundamento material que justificasse tal qualificação.

Isto porque entendeu que “Direito fundamental, esse sim, é o “direito à retribuição”, e direito de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias, como é pacífico e este Tribunal tem afirmado (...). Mas uma coisa é o direito à retribuição, outra, bem diferente, é o direito a um concreto montante dessa retribuição, irredutível por lei, sejam quais forem as circunstâncias e as variáveis económico-financeiras que concretamente o condicionam. Não pode, assim, entender-se que a intocabilidade salarial é uma dimensão garantística contida no âmbito de protecção do direito à retribuição do trabalho ou que uma redução do *quantum* remuneratório traduza uma afectação ou restrição desse direito”.

Com base neste (sólido) pressuposto, concluiu o TCP que teriam de ser outros parâmetros valorativos, contidos em diferentes princípios constitucionais – como os da igualdade e da confiança dos cidadãos – a estarem aptos a aferir da conformidade das normas em crise com a CRP já que, repete-se, inexistia nesta última qualquer norma que directamente proibisse tal diminuição das retribuições.

Nesse sentido, por entenderem não estar em causa a afectação do direito a um mínimo salarial (dado que a redução abrangia retribuições de valor superior a € 1.500,00, valor muito superior ao ordenado mínimo nacional), a eventual violação do princípio da irredutibilidade apenas poderia ser sindicada através da análise do (des)respeito pelo princípio da protecção da confiança e do princípio da igualdade.

Em suma, considerou que a inconstitucionalidade das normas em apreciação não poderia ser aferida pelo (inexistente) princípio constitucional da irredutibilidade da retribuição.

Buscou-a, pois, no cotejo das normas em crise com os aludidos princípios da protecção da confiança e da igualdade.

Razão pela qual, com os fundamentos expostos, decidiu o TCP não declarar a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, das normas dos artigos 19.º, 20.º e 21.º da Lei n.º 55-A/2010, de 31 de Dezembro (Lei do Orçamento de Estado para 2011).

Por se tratar de uma questão muito complexa, e de intrincada resolução constitucional, não constituiu particular surpresa que a decisão não tenha sido tomada por unanimidade, somando três declarações de voto contrário, proferidas pelos juízes conselheiros PAMPLONA DE OLIVEIRA, CURA MARIANO e CUNHA BARBOSA.

Todavia, nenhuma das mencionadas declarações de voto se insurgiu quanto à violação do (alegado) direito constitucional à irredutibilidade retributiva, já que neste segmento do acórdão em particular – e que a nós nos interessa particularmente – a decisão recolheu a unanimidade dos juízes do Tribunal Constitucional.

Sintetizando, poder-se-á afirmar, como faz BÁRBARA CAIADO⁴¹⁸ que “Os Conselheiros partiram de uma interpretação restritiva do Direito Fundamental à Retribuição, entendendo que tal não abarcaria uma garantia de irredutibilidade de salário, uma vez que tal pretensão é adstrita à protecção somente em normas infraconstitucionais, pelo que fundamental é um direito a retribuição o que não se confunde com um montante a retribuição”.

A questão da redutibilidade retributiva **em sede de contrato de trabalho** pode ser reconduzida à análise da relação entre fontes laborais.

Nesse sentido, dispõe o art.º 3.º n.º 4 do CT que “As normas legais reguladoras do contrato de trabalho só podem ser afastadas por contrato individual de trabalho que estabeleça condições mais favoráveis para o trabalhador, se delas não resultar o contrário”.

Vale o mesmo por dizer que as normas legais só podem ser afastadas para estabelecer um regime de tratamento mais favorável ao trabalhador, tendo as mesmas de admitir derrogação em contrário.

Ora, como resulta do já aludido art.º 129.º n.º 1 alínea d), para além da imperatividade das normas e das excepções produzidas em sede de contratação colectiva, o próprio CT contempla situações em que poderá ocorrer a diminuição salarial sem que ocorra violação do princípio da irredutibilidade.

Desde logo, a contemplada no art.º 298.º do CT e vulgarmente designada por “lay off”.

Efectivamente, dispõe o n.º 1 do aludido artigo que “O empregador pode reduzir temporariamente os períodos normais de trabalho ou suspender os contratos de trabalho, por motivos de mercado, estruturais ou tecnológicos, catástrofes ou outras ocorrências que tenham afectado gravemente a actividade normal da empresa, desde que tal medida seja indispensável para assegurar a viabilidade da empresa e a manutenção dos postos de trabalho”.

Neste caso, durante o período da redução ou suspensão do trabalho, o trabalhador tem direito a auferir um montante mínimo igual a dois terços da sua retribuição normal ou – consoante o que for mais elevado – o valor da retribuição mínima mensal garantida correspondente ao seu período normal de trabalho (art.º 305.º n.º 1 do CT), sendo que, durante o período de redução, a retribuição é calculada em proporção das horas de trabalho prestadas.

⁴¹⁸ *Op. cit.*, p. 185.

Este instituto tem sido validado pela jurisprudência portuguesa como uma forma (lícita) de se proceder à diminuição retributiva, desde que (obviamente) se mostrem cumpridos os (rígidos) formalismos a que o mesmo tem de obedecer.

É disso exemplo o (recente) Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 26 de Outubro de 2018⁴¹⁹, onde os recorrentes – um grupo de docentes de um estabelecimento de ensino que viram reduzidos os seus horários de trabalho, tendo sido colocados em “lay-off” – advogavam não estarem preenchidos os requisitos de que aquele depende.

Considerou, diferentemente, o aresto (fundado na matéria dada como provada) ter a recorrida/entidade patronal observado o procedimento estabelecido por lei para a aplicação da medida.

Sumariou, assim, o aludido acórdão que “para que possa ser aplicada uma medida de redução do período normal de trabalho é necessário que se verifique: uma situação de crise da empresa fundada nos motivos enunciados no n.º 1 do artigo 298.º do CT que tenha afetado de forma grave a sua atividade normal e que seja suscetível de pôr em causa a viabilidade da empresa; que a redução seja temporária, posto que com a mesma se pretende a recuperação da empresa e que tal medida seja indispensável para assegurar a viabilidade da empresa e a manutenção dos postos de trabalho”.

Por maioria de razão, poderá ocorrer perda de retribuição quando se esteja perante um encerramento temporário do estabelecimento ou diminuição temporária da actividade devido a caso fortuito ou de força maior, nos termos do art.º 309.º do CT.

Outro caso de redução (lícita) da retribuição refere-se à hipótese legal contemplada no art.º 155.º n.º 1 do CT e relativa à alteração do contrato a tempo inteiro para tempo parcial.

De igual modo, quando ocorrer mudança de categoria de trabalho, por mútuo acordo, processar-se-á a (inevitável) redução salarial, em consonância com a nova categoria ocupada, mas para tanto terão de ser observados os necessários requisitos legais, como ficou expresso no Acórdão do STJ de 02 de Outubro de 1996, onde o “acordo” do trabalhador não foi suficiente para viabilizar tal alteração de categoria⁴²⁰.

Efectivamente, colocou o próprio aresto a seguinte questão: “É possível uma norma convencional impor uma baixa de categoria, mesmo que haja o acordo do trabalhador e se mantenha o seu estatuto económico? Entendemos que não”.

⁴¹⁹ Disponível em <https://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/2f41edf2479b079280258340005bcd1?OpenDocument>

⁴²⁰ Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/0/f8ecc45c4836c4e2802568fc003b777a?OpenDocument>.

Fundou tal entendimento no facto de a lei proibir à entidade patronal a baixa de categoria, só a permitindo observados que sejam os seguintes requisitos: ser a mudança imposta por necessidades prementes do trabalhador ou da empresa, ser aceite pelo trabalhador e ser autorizada pelo Instituto Nacional do Trabalho e Previdência (ou organismo que hoje lhe corresponde).

Sendo a categoria profissional um elemento substancial do contrato de trabalho e só podendo ser baixada nas estritas condições previstas no (então) art.º 23.º, norma imperativa insusceptível de ser alterada pela vontade das partes, aparecia (para o Acórdão) como evidente a impossibilidade de a norma convencional se sobrepor à lei, permitindo a baixa de categoria sem o cumprimento de todas as condições impostas pela referida disposição legal.

E para o aresto dúvidas não havia de que não se precisou a necessidade premente da empresa, nem a audição do organismo competente do Ministério do Trabalho.

Nesta medida, entendeu que as normas convencionais em causa não podem ser aplicadas por se lhe oporem as normas legais constantes dos artigos 21.º n.º 1 alínea d) e 23.º do Decreto-Lei n.º 49408, de 24 de Novembro de 1969.

Em idêntico sentido, e com base em jurisprudência mais recente, pronunciou-se o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 11 de Outubro de 2017⁴²¹.

Nestes autos, a recorrente veio interpor recurso de uma decisão administrativa que a condenou numa coima por violação do disposto no art.º 129.º n.º 1 alínea c) do CT, por violação do princípio da irredutibilidade da retribuição.

Na verdade, não se conformava com tal decisão por entender que a mesma não se justificava, já que a empresa/recorrente atravessava uma situação económica difícil, razão pela qual acordou com os trabalhadores a diminuição das retribuições, a qual (nalguns casos) foi acompanhada da diminuição da carga horária e da atribuição de outras regalias.

Ademais, sustentava que a diminuição da retribuição era temporária e baseara-se no contrato colectivo de trabalho celebrado com o Sindicato.

Cumpre salientar, no entanto, que ao Tribunal da Relação incumbia apenas apreciar uma eventual violação da adequação, proporcionalidade e critério da pena que resultava da decisão mantida pela instância anterior.

⁴²¹ Referente ao processo 6/17.0T8GDR-A.C1 e disponível em www.dgsi.pt.

Começa por lembrar o acórdão que as contra-ordenações laborais são reguladas pelo disposto no CT e, subsidiariamente (art.º 549.º do CT), pelo Regime Geral das Contra-Ordenações⁴²².

Ora, no Regime Geral das Contra-Ordenações vigora o princípio da legalidade, de acordo com o qual só poderá ser punido como contra-ordenação o facto descrito e declarado como passível de coima por lei anterior ao momento da sua prática.

Entendeu, assim, o aresto que a vigência de tal princípio reconduzia a questão a dilucidar à diminuição da retribuição pelo empregador.

Convocando o estatuído no art.º 129.º n.º 1 alínea d) e n.º 2 do CT, ressaltava constituir contra-ordenação muito grave a diminuição da retribuição pelo empregador quando não processada nos casos previstos no Código ou em instrumento de regulamentação colectiva de trabalho.

Citando alguma doutrina, notou o aresto que, desde a entrada em vigor do CT de 2003, “deixou de ser lícita a diminuição da retribuição que não resulte de modificações contratuais, por mero acordo das partes”.

Ora, da factualidade dada como provada considerou o acórdão que se evidenciava uma acção do empregador/recorrente reveladora de um acto proibido (a diminuição da retribuição fora dos casos consentidos por lei).

Efectivamente, foi entendimento deste Tribunal superior que “o acordo celebrado com os trabalhadores tendo e vista a diminuição da retribuição não valida o ato em si. Contudo, em sede de ponderação da culpa do agente merece ser levado em conta”.

No fundo, sancionou o acórdão a diminuição da retribuição, por ilícita, mas – em sede de definição da medida da pena – considerou que o facto de ter havido (prévio) acordo com os trabalhadores e a diminuição comprovada do volume de negócios da empresa/recorrente justificava a atenuação da culpa.

Esta foi a razão pela qual manteve a condenação, mas diminuiu consideravelmente a coima que fora anteriormente aplicada à recorrente.

Chamamos igualmente à colação este acórdão por entendermos que o mesmo fez uma correcta ponderação dos interesses em causa.

Na verdade, a decisão de primeira instância defendia que “uma diminuição tão drástica na remuneração dos trabalhadores, para mais mantida no tempo (no limite, a arguida deveria apresentar-se à insolvência, como é sua obrigação legal), revela elevada ilicitude e culpa”.

⁴²² Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro, na sua redacção actual.

Temos, para nós, que a questão da diminuição da retribuição dos trabalhadores suscita particular melindre, pois se por um lado está por vezes a necessidade premente que o empregador terá de proceder a tal redução, por outro figurará o direito (fundamental) à retribuição e à legítima expectativa dos trabalhadores de não verem reduzido o seu salário.

Com o que não podemos concordar é com a aplicação cega e desmedida do (fundado) princípio da irredutibilidade.

Daí termos convocado o presente Acórdão e, neste particular, a análise empreendida pela primeira instância que considerou – face às comprovadas dificuldades económicas da empresa – dever esta última apresentar-se à insolvência.

A questão que se coloca, a nosso ver, é perceber se uma defesa acérrima da irredutibilidade não poderá revelar-se contraproducente com a defesa dos próprios interesses dos trabalhadores, que – no entender da decisão recorrida – ditaria a própria extinção da empresa/entidade patronal e consequente eliminação dos postos de trabalho.

Ademais, e estando comprovadamente a empresa em débil situação económica, difícil se torna compreender que tenha a decisão recorrida, perante o que considerou de “elevada ilicitude e culpa”, condenado a recorrente em multa substancialmente elevada, o que certamente não contribuirá para a sua sustentabilidade.

Ora, um entendimento mais “amplo” da redutibilidade salarial pode ser encontrado no Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 7 de Janeiro de 2016⁴²³, onde a questão central a decidir radicava em saber se era lícito à recorrente/entidade patronal reduzir a retribuição aos trabalhadores em causa na proporção da redução do tempo de trabalho semanal dos mesmos.

Na avaliação desta questão, a decisão do tribunal de primeira instância foi acompanhada pelo Ministério Público, já que se tratava de decisão da Autoridade para as Condições de Trabalho que redundou na aplicação de uma coima por violação do disposto no art.º 129.º n.º 1 alínea d) do CT.

Na verdade, sentenciou o tribunal *a quo* ser a irredutibilidade um dos princípios gerais orientadores do regime jurídico da retribuição, o qual determinava que o valor da retribuição não podia ser diminuído, a não ser nos casos previstos naquele preceito legal.

Tal princípio constituía, assim, um limite geral à diminuição da retribuição dos trabalhadores, sendo que essas possibilidades legais de redução da retribuição estavam contempladas de forma taxativa no CT.

⁴²³ Disponível em <https://www.dgsi.pt/jtre.nsf/-/7C76A96677F9BCD580257F4800502AD3>.

Reconduzindo o caso dos autos à hipótese (legal) prevista no art.º 305.º do CT, entendeu o tribunal *a quo* que, pese embora se tenha alegado que tal redução seria para obviar a despedimentos, “(...) não fez prova de existir uma situação de crise que justificasse tal redução e de nada vale o trabalhador ter manifestado a sua aceitação por tal redução ser ilícita”.

Outro era o entendimento da recorrente/entidade patronal, por considerar que o regime estabelecido nos art.ºs. 298.º e seguintes do CT (*lay-off*) determinava as condições formais e substanciais com que a entidade patronal poderia proceder à redução da carga horária ou à suspensão do contrato de trabalho por decisão unilateral, isto é, sem necessidade de acordo dos trabalhadores.

Para a recorrente, não era esse o caso verificado nos presentes autos, pois que nestes todas as alterações aos períodos normais de trabalho foram obtidas consensualmente.

Logo, para a mesma, não lhe era exigível a demonstração de uma crise que justificasse a redução das cargas horárias e das respectivas retribuições, uma vez que tal diminuição resultou de um acordo de vontades.

Mais importante ainda, advogava que as aludidas reduções salariais, por serem meras alterações acordadas aos períodos normais de trabalho, não representavam efectivas reduções da retribuição dos trabalhadores em causa, já que com a variação do tempo de trabalho prestado variava, necessariamente, o valor da respectiva retribuição.

Foi este último entendimento da recorrente que o Tribunal da Relação ora em análise viria a sufragar.

Efectivamente, partindo da análise do aludido art.º 129.º n.º 1 alínea d) do CT, propugnou a aresto que “(...) verificando-se modificação no contrato de trabalho, designadamente quanto ao período normal de trabalho, nada impede, antes se apresenta uma decorrência lógica e legal, que também a retribuição seja ajustada a esse novo período normal de trabalho”.

Isto porque entendeu o aresto que tal situação não configurava, em rigor, uma diminuição da retribuição, mas sim uma mera modificação, por acordo, do período normal de trabalho e a inerente alteração proporcional da retribuição.

Entendeu mesmo o aresto que idêntica situação se verificava quando ocorria um aumento do período normal de trabalho, onde era paga uma retribuição proporcional na qual – pese embora (em termos diários, semanais ou mensais) o trabalhador receba uma importância superior pelo trabalho prestado – o valor/hora desse trabalho mantém-se.

Tal entendimento era – como fez questão de salientar – sustentado por anterior jurisprudência do STJ, a qual (pese embora se tenha movido pela anterior legislação) se mantinha actual.

Apontou como exemplo o Acórdão do STJ de 1 de Março de 2007⁴²⁴, onde se sumariou ser “lícito às partes, na vigência de um contrato de trabalho, reduzirem por acordo o período normal de trabalho de 21 para 19 horas semanais, com a inerente redução da correspondente retribuição”.

Assim, e respaldado no princípio da liberdade contratual, entendeu que nada impedia as partes de modificarem o contrato no que se refere ao período de prestação da actividade laboral, já que tal possibilidade decorria das disposições conjugadas dos art.ºs. 405.º e 406.º do Código Civil e art.º 197.º do CT.

Sendo lícita essa alteração do tempo de trabalho, lícita seria a alteração proporcional da correspondente retribuição.

Logo, e reportando-se ao caso dos autos, não tendo sido alegado qualquer vício na formação da vontade, designadamente dos trabalhadores, entendeu o aresto desvalorizar o facto de tal alteração ter sido proposta pela entidade patronal, nela não descortinando qualquer forma de inquinação da vontade dos contratantes laborais.

“Daí que se entenda que a modificação do contrato de trabalho, no que ao tempo de trabalho diz respeito, é válida e, consequentemente, que a arguida/recorrente podia ajustar proporcionalmente a retribuição, como ajustou, ao novo tempo de trabalho. Por isso, como já se deixou afirmado, e aqui se sublinha, no caso não se verificou uma diminuição da retribuição – diminuição essa proibida à empregadora nos termos do art.º 129.º n.º 1 alínea d), do Código de Trabalho -, mas sim uma redução do tempo de trabalho, com a consequente redução proporcional da retribuição”.

Tal foi suficiente para o Acórdão ter considerado não ter a recorrente cometido a contra-ordenação pela qual foi condenada, tendo revogado a sentença recorrida e absolvido a mesma do pagamento da respectiva coima.

Constituem ainda casos de perda de retribuição previstas no CT, sem necessidade de recurso à negociação colectiva, algumas faltas justificadas dadas pelo trabalhador, nos termos do art.º 255.º n.º 2 do CT, assim como as faltas injustificadas, previstas no art.º 256.º n.º 1 do CT, por constituírem violação grave do dever de assiduidade.

Outrossim, podemos falar de perda de retribuição no âmbito do processo disciplinar exercido pela entidade patronal contra o trabalhador, sendo que esta pode, dentre o elenco das sanções disciplinares ao seu dispor, aplicar a suspensão do contrato de trabalho com perda de retribuição, prevista no art.º 328.º n.º 1 do CT, a qual não violará o princípio da irredutibilidade.

⁴²⁴ Proferido no âmbito do processo n.º 3542/06, disponível em: www.dgsi.pt.

Efectivamente, dispõe o n.º 1 alínea e) do mencionado preceito legal que, no exercício do poder disciplinar, o empregador pode aplicar a sanção de “suspensão do trabalho com perda de retribuição e de antiguidade”.

Se dúvidas não subsistem quanto à legalidade de tal redutibilidade retributiva, já o prazo de impugnação das sanções disciplinares diversas do despedimento – onde se insere a perda de retribuição – tem sido objecto de discussão, quer na doutrina quer na jurisprudência.

Esta questão foi – novamente – suscitada no Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 30 de Maio de 2018⁴²⁵.

Aqui, o recorrente – que peticionara a revogação da sanção de suspensão do seu contrato de trabalho e consequente reposição salarial – não se conformava com a decisão proferida pela primeira instância, de dar por verificada a excepção de caducidade do direito de impugnar a sanção disciplinar em causa, invocada pela recorrida, absolvendo esta última dos pedidos formulados.

Efectivamente, o recorrente não concordava com a posição do tribunal *a quo* de que tinha já decorrido um ano desde a data em que lhe fora comunicada a sanção disciplinar, prazo de que dispunha para a impugnar, pelo que esse direito caducara.

Diversamente, entendia o recorrente que o prazo para impugnar a sanção disciplinar era de um ano após a cessação do contrato de trabalho (e não após a sua comunicação ao trabalhador), sendo que tal posição encontrava respaldo no art.º 337.º do CT.

Para sustentar a sua posição enumera alguns acórdãos que julgaram válida a interpretação de que as razões que fundamentam a suspensão da prescrição dos créditos laborais na pendência da relação laboral também legitimam a faculdade de impugnar a sanção disciplinar distinta do despedimento apenas após a cessação do contrato de trabalho.

E tal justificava-se, desde logo, pela especificidade da relação laboral relativamente às demais relações contratuais no sentido de que somente após a cessação do contrato terá o trabalhador a liberdade (psicológica) suficiente para instaurar uma acção judicial contra a entidade patronal, uma vez que já não se encontra sob qualquer subordinação, jurídica ou económica.

Delimitado o problema, começa por salientar o acórdão ora em análise que o CT de 2009, tal como os anteriores diplomas que o antecederam, não prevê expressamente o prazo de impugnação das sanções disciplinares diversas do despedimento.

Ora, tal falta de previsão legal tem levado a que a doutrina e a jurisprudência se tenham pronunciado sobre esta matéria de forma não uniforme.

⁴²⁵Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/-/88A5C8515888779E802582C200395D6B>.

Aliás, uniformidade tem existido (desde sempre) na jurisprudência do STJ, a qual tem mantido o entendimento de tal prazo ser de um ano a contar da comunicação da sanção, a não ser que esteja em causa a impugnação de sanção susceptível de ser considerada abusiva.

Reconhecia, pois, o acórdão que quer a doutrina, quer a jurisprudência dos Tribunais da Relação tem divergido.

Assim, para responder à questão de fundo no caso em apreço, isto é, saber se caducara o direito do recorrente de impugnar a sanção que lhe fora aplicada de suspensão do contrato com perda de retribuição, achou por bem o aresto sumariar quais os argumentos esgrimidos por ambas as partes.

Do lado dos defensores de ser o prazo de um ano a contar da data de cessação do contrato figuram os Professores LEAL AMADO⁴²⁶ e ROMANO MARTINEZ.

Essencialmente, entendem que as razões que fundamentam a suspensão da prescrição dos créditos laborais na pendência da relação laboral são também as que fundamentam a faculdade de impugnar a sanção disciplinar distinta do despedimento apenas após a cessação do contrato.

Recorde-se que os defensores desta tese sustentam tal interpretação no art.º 337.º n.º 1 do CT, o qual dispõe (sob a epígrafe “prescrição e prova de crédito”) que “O crédito de empregador ou de trabalhador emergente de contrato de trabalho, da sua violação ou cessação prescreve decorrido um ano a partir do dia seguinte àquele em que cessou o contrato de trabalho”.

Entre os partidários da tese que sustentam que o prazo de impugnação das sanções disciplinares diversas do despedimento é de um ano a contar da comunicação da aplicação da sanção, figura ADELAIDE DOMINGUES⁴²⁷, que considera serem argumentos bastantes que militam em defesa da sua opinião as razões de paz jurídica, da estabilidade da relação laboral, da celeridade, solidez e salvaguarda do efeito útil necessariamente ínsitas ao processo disciplinar.

Seguindo de perto a jurisprudência seguida pelo STJ⁴²⁸, esta refuta que à matéria controvertida pudesse ser aplicada a disciplina contida no (actual) art.º 337.º n.º 1 do CT, nomeadamente o entendimento de que o citado artigo não se referia apenas ao crédito, no sentido de

⁴²⁶ AMADO, Leal – *Uma questão interessante: de que prazo dispõe o trabalhador para impugnar uma sanção disciplinar?*, Reflexões: Revista Científica da Universidade Lusófona do Porto, n.º 2, 2007, pp. 9-23.

⁴²⁷ DOMINGUES, Maria Adelaide – *Poder e Procedimento Disciplinar: algumas alterações introduzidas pelo Código de Trabalho de 2009*, in Código de Trabalho – a revisão de 2009, Coimbra Editora, 2009, p.453 e ss..

⁴²⁸ Nomeadamente o Acórdão de 12 de Fevereiro de 2014, proferido no âmbito do processo n.º 298/12.1TTMTS-A.P1.S1, disponível em www.dgsi.pt.

prestação pecuniária, nem poderia ser entendido num puro critério civilístico, antes se tendo de atender às especificidades próprias do direito laboral.

Assim, afastou a interpretação dada pelos defensores da tese do prazo de um ano a contar da data da cessação do contrato segundo a qual a expressão “créditos” teria de ser entendida como um critério mais genérico, correspondendo ao direito pessoal, aí se incluindo o direito de impugnação de decisão disciplinar, já que o que estaria em causa era o acionamento tempestivo de um direito.

Discordou o aresto (e a jurisprudência uniforme do STJ) de tal entendimento por considerar que, se o despedimento – a sanção mais grave – só pode ser impugnado no prazo de um ano a contar da data em que foi decretado, “(...) não se compreende que uma sanção menos grave pudesse ser impugnada dentro do critério definido pelo citado n.º 1, pois se o contrato se mantivesse em vigor por um período superior a um ano – v.g. 10 ou 20 anos – seria aquele prazo mais dilatado do que o correspondente ao do despedimento”.

Conclui, assim, o acórdão que a impugnação em geral de sanções disciplinares diversas do despedimento deve ocorrer no prazo de um ano após a comunicação da decisão sancionatória, sob pena de caducidade, entendendo não haver qualquer razão válida para se afastar uma orientação há muito sedimentada no STJ e que o aresto acompanha.

E aludiu mesmo o acórdão à constitucionalidade de tal entendimento já que tal interpretação seguida pelo STJ foi mesmo sindicada pelo TCP no Acórdão n.º 422/03⁴²⁹.

Urge, agora, analisar a problemática suscitada à luz – exclusivamente – dos preceitos normativos vigentes, promanados do CT de 2009.

Efectivamente, dispõe o art.º 329.º n.º 7 do CT que “sem prejuízo do correspondente direito de acção judicial, o trabalhador pode reclamar para o escalão hierarquicamente superior ao que aplicou a sanção, ou recorrer a processo de resolução de litígio quando previsto em instrumento de regulamentação colectiva de trabalho ou na lei”.

Vale o mesmo por dizer que o actual ordenamento jurídico continua sem estatuir expressamente qual o prazo de que dispõe o trabalhador para impugnar judicialmente uma sanção disciplinar diversa da sanção de despedimento.

E dizemos diversa da de despedimento porque esta foi inovadoramente regulada pelo CT de 2009 em moldes diversos daqueles que se vinham aplicando no âmbito da anterior legislação.

⁴²⁹ Disponível em www.tribunalconstitucional.pt.

Na verdade, dispõe o art.º 387.º n.º 2 do CT que “O trabalhador pode opor-se ao despedimento (...), junto do tribunal competente, no prazo de 60 dias contados a partir da recepção da comunicação de despedimento ou da data de cessação do contrato, se posterior, excepto no caso previsto no artigo seguinte”.

Ora, se no domínio de aplicação do CT de 2003 a acção de impugnação do despedimento tinha de ser intentada no prazo de um ano a contar da data do despedimento (excepto no caso do despedimento colectivo, onde a acção tinha que ser interposta no prazo de 6 meses), com a entrada em vigor do CT de 2009 deu-se início à vigência do novo regime de apreciação judicial do despedimento onde, para além da redução do prazo, se criou, paralelamente, uma nova espécie de acções, denominadas “acções de impugnação judicial da regularidade e licitude do despedimento” (art.ºs. 98.º-B a 98.º-P), configuradas como acções declarativas de condenação com processo especial, de natureza urgente.

Ora, o que é que tal alteração legislativa influi na resposta à questão – que a nós mais interessa – de saber qual o prazo de que o trabalhador dispõe para impugnar judicialmente a sanção da suspensão do contrato de trabalho com perda de retribuição.

A relevância de tal alteração legislativa radica no facto de se ter começado a poder entender que este (reduzido) prazo de 60 dias para impugnação de despedimento deveria ser igualmente aplicado à impugnação das restantes sanções disciplinares.

Esse foi o entendimento plasmado na decisão recorrida no âmbito do Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 8 de Março de 2017⁴³⁰, demonstrando o aresto que a problemática do prazo de impugnação das sanções disciplinares, afinal, não se mostrava encerrada.

No caso dos autos, o recorrente – que peticionara a ilicitude da aplicação, pela sua entidade patronal, de uma sanção disciplinar de 10 dias de suspensão com perda de retribuição – não se conformava com a decisão do tribunal *a quo* que considerou ter caducado o direito de impugnar tal sanção.

Para tanto, fundou-se a decisão recorrida no facto de a aludida petição de impugnação ser extemporânea “(...) uma vez que, estando previsto no actual quadro normativo o prazo de 60 dias para a impugnação do despedimento (art.º 387.º n.º 2 do CT), não faria sentido estabelecer um prazo mais alargado para uma sanção menos grave”.

Em jeito de questão prévia, assumiu o acórdão ter sido em tempos entendimento desta Relação – atenta a inexistência de prazo legal previsto para o exercício da acção de impugnação de sanções disciplinares diversas do despedimento – que os créditos emergentes da aplicação

⁴³⁰ Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/jurel/jur_mostra_doc.php?nid=5226&codarea=59&.

de tais sanções (entendidas como ilícitas) podiam ser reclamados dentro do prazo geral de prescrição dos créditos laborais, isto é, dentro do ano subsequente à cessação, nos termos do que prescrevia o art.º 38.º da LCT, o art.º 381.º do CT de 2003 e do que prescreve o (actual) art.º 337.º do CT de 2009.

No entanto, terá abandonado tal entendimento, já que, reponderando a questão, acabaria por reconhecer – como o faz a jurisprudência unânime do STJ – que “(...) ponderosas razões de paz jurídica reclamem que não se protele excessivamente no tempo a resolução efectiva de litígios associados à prática de uma infracção disciplinar e, consequentemente, que o prazo de impugnação da sanção corra na vigência do contrato de trabalho”.

Cumpre-nos, nesta fase, expressar o nosso entendimento face à aludida *vexata quaestio*.

Analisando, em particular, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 8 de Março de 2017, entendemos que não poderia o mesmo deixar de revogar a decisão proferida, mormente por a mesma sustentar o (peregrino) entendimento de que o prazo para impugnar a aplicação de uma sanção disciplinar diversa do despedimento seria de 60 dias, por a mesma não ter qualquer sustentação legal.

Na verdade, aquele prazo de 60 dias – como refere o próprio art.º 387.º do CT – apenas se aplica ao despedimento comunicado ao trabalhador, assim espoletando um processo especial de impugnação, especificidade essa não prevista para a impugnação de sanção disciplinar diversa.

Resta, assim, analisar a bondade do entendimento – agora aparentemente unânime na jurisprudência – de ser necessário lançar mão da interpretação analógica para apontar o prazo de que o trabalhador dispõe para impugnar aquelas outras sanções disciplinares.

À semelhança do que acontece com a generalidade da jurisprudência que se pronunciou sobre o tema, o Acórdão da Relação apontou para o prazo de um ano (art.º 287.º do CC) a contar da data da comunicação da mesma ao trabalhador.

E é neste particular segmento que confessamos não vislumbrar suficiente contundência argumentativa que justifique a opção tomada, mormente a “reponderação” da posição anteriormente seguida pelo Tribunal da Relação de Lisboa.

Na verdade, a maior crítica que podemos expressar quanto ao Acórdão ora analisado é a de o mesmo ter seguido (durante largos anos) na esteira argumentativa que entendia ser de aplicar (à impugnação da sanção disciplinar) o prazo de um ano, contado (na letra do art.º 337.º do CT) “(...) a partir do dia seguinte àquele em que cessou o contrato de trabalho” e agora ter invertido essa orientação, obliterando (pura e simplesmente) este último normativo.

Efectivamente, na nossa modesta opinião, deveria o aresto não só explicitar (como explicitou) a razão de ter alterado a sua posição, mas também porque abandonou a aplicação do vertido no art.º 337.º, algo que não fez.

Assim, entendemos que a falta de previsão legal relativa ao prazo de impugnação de sanção disciplinar diversa do despedimento (como a suspensão do trabalho com perda de retribuição) pode ser colmatada – com recurso à analogia, art.º 10.º do CC – pelo art.º 337.º n.º 1 do CT.

Nestes termos – e ao contrário de alguma doutrina e do entendimento hoje quase unânime da jurisprudência –, consideramos que o prazo de que o trabalhador dispõe para impugnar a sanção de suspensão do contrato de trabalho com perda de retribuição é de um ano a contar da data de cessação desse mesmo contrato de trabalho.

Mais entendemos que, por estar em causa um direito fundamental (o direito à retribuição), difícil fica compreender que a fixação de tal prazo não constitua uma preocupação do legislador ordinário, deixando-o ao sabor das flutuações jurisprudenciais dos tribunais superiores.

Sumariando, poderemos concluir que, salvo as situações excepcionais previstas no CT, qualquer diminuição da retribuição sem o acordo prévio do trabalhador é ilegal, e é passível de configurar uma contra-ordenação muito grave, nos termos do art.º 129.º n.º 2 do mesmo diploma.

Ademais, constituindo o princípio da irredutibilidade da retribuição uma garantia do trabalhador, caso ela (injustificadamente) ocorra, conferir-lhe-á o direito de resolver o contrato com justa causa, nos termos do disposto na alínea b) do n.º 2 do art.º 394.º do CT.

Se a questão da redutibilidade retributiva em sede de contrato de trabalho pode ser reconduzida à análise da relação entre fontes laborais, não podemos encerrar este capítulo sem que façamos referência aos chamados usos laborais e à forma como estes se podem repercutir na (não) diminuição do salário.

Efectivamente, não podemos olvidar que o art.º 1.º do CT (sob a epígrafe “fontes específicas”) estatui que “O contrato de trabalho está sujeito, em especial, aos instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho, assim como aos usos que não contrariem o princípio da boa fé”.

A questão que se coloca é a de saber se poderão tais “usos” influir no *quantum* retributivo ou impedir que, em determinadas circunstâncias, se possa diminuir o montante salarial colocado à disposição do trabalhador.

Para tanto, chamamos à colação o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17 de Novembro de 2016⁴³¹, onde o trabalhador demandou judicialmente a sua entidade patronal, peticionando que esta última fosse condenada a repor a concessão do feriado facultativo da terça-feira de Carnaval que lhe havia retirado.

O tribunal *a quo* viria a concluir que a decisão de retirar aos trabalhadores o gozo desse dia como feriado fora legítima, já que apenas transpusera para a empresa o modelo vigente para a função pública.

Todavia, o Tribunal da Relação não validou tal entendimento, vindo a revogar a decisão, sendo quanto a esta última que a recorrente/entidade patronal se insurge.

Começou o acórdão em análise por esclarecer que, com o Decreto-Lei n.º 874/76, de 28 de Dezembro, procedeu-se à unificação da regulamentação respeitante a férias, feriados e faltas, consagrando a existência de feriados obrigatórios (art.º 18.º) e de feriados facultativos (art.º 19.º), de que fazia parte a terça-feira de carnaval.

E, em nome do que definiu como interesses gerais da comunidade de salvaguarda da produção nacional, considerou nulas as cláusulas de contrato individual de trabalho ou as disposições de instrumento de regulamentação colectiva que consagrassem feriados em dias diferentes dos estabelecidos naqueles artigos.

Prosseguiu o aresto referindo que o aludido regime previsto naquele diploma legal transitou para o CT de 2003, já que também ele (no art.º 209.º) considerava nulas as cláusulas de contrato individual de trabalho ou de instrumentos de regulamentação colectiva que consagrassem feriados diferentes dos previstos naquele preceito.

O mesmo se diga do (actual) art.º 234.º do CT (que elenca os feriados obrigatórios), dispondo no art.º 235.º n.º 1 que podiam ser observados – mediante instrumento de regulamentação colectiva de trabalho ou contrato de trabalho – como feriados facultativos a terça-feira de Carnaval e o feriado municipal da localidade.

Todavia, o n.º 2 do art.º 236 do CT considera igualmente nulas as cláusulas de contrato individual de trabalho ou de disposições de regulamentação colectiva que consagrem feriados diferentes.

Entendidos como dias em que a empresa deve normalmente suspender a sua laboração para permitir que os seus trabalhadores possam celebrar datas festivas, prescreve o art.º 269.º

⁴³¹ Disponível em

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/74db46dcd0f86cfb8025806e005a1efe?OpenDocument>.

do CT que “O trabalhador tem direito à retribuição correspondente a feriado, sem que o empregador a possa compensar com trabalho suplementar”, sendo que as empresas que estejam dispensadas de suspender o seu funcionamento têm de majorar a retribuição dos seus trabalhadores ou conceder-lhes descanso compensatório, nos termos do n.º 2 do mesmo preceito legal.

Em suma, no caso dos autos, estava em causa saber se os trabalhadores haviam adquirido o direito a não trabalhar na terça-feira de Carnaval sem perda da respectiva retribuição, como legalmente prescrito.

Esclareça-se que esse direito começou por ser reconhecido aos trabalhadores da recorrente, filiados no sindicato respectivo, como se extraía de cláusula ínsita no contrato colectivo de trabalho.

Sucedo, porém, que o aludido contrato colectivo de trabalho caducou em 2009, pelo que, não lhe sendo aplicável outra contratação colectiva, colocava-se a questão de saber se poderiam manter aquele direito.

Para o STJ, esta questão reconduzia-se à apreciação da relevância dos usos como forma de regulamentação do contrato de trabalho, não hesitando em trazer para a discussão o disposto no art.º 3.º n.º 1 do Código Civil, que prescreve serem juridicamente atendíveis, quando a lei o determine, os usos que não forem contrários aos princípios da boa-fé.

Discorrendo sobre a relevância atribuída aos usos como elemento normativo de integração do vínculo laboral, notou o aresto que já no domínio da LCT (mais concretamente no art.º 12.º n.º 2) era de atender aos usos da profissão do trabalhador e das empresas na regulamentação dos contratos de trabalho, desde que conformes com as normas legais ou convencionais aplicáveis e aos ditames da boa-fé.

Essa mesma doutrina viria a ser seguida na vigência do CT de 2003, acabando por transitar para o CT de 2009, nos termos definidos pelo art.º 1.º, já citado.

No entanto, frisa o acórdão – sustentado por anterior jurisprudência daquele tribunal – que na sua relação com a lei os usos podem afastar normas legais supletivas mas já não valerão se contrariarem norma imperativa.

Fundamental, para o aresto, era que se fixasse a natureza atribuída aos “usos”, a qual não era unívoca para a doutrina.

Efectivamente, alguns autores⁴³² entendiam o uso como verdadeira fonte de direito laboral, traduzindo-se o mesmo em práticas sociais reiteradas a que não está associada a convicção de obrigatoriedade.

⁴³² Como ROMANO MARTINEZ – *Direito do Trabalho*, 5ª Edição, Almedina, p. 197.

A restante e maioritária doutrina tende a ver o uso como fonte meramente mediata de normas jurídicas por não terem relevância autónoma, razão pela qual se apresentam como mero elemento de integração das estipulações individuais, isto é, destinado a preencher condições a que as partes não se referiram, de harmonia com aquilo que elas presumivelmente estariam dispostas a aceitar.

Prefere o aresto seguir de perto a doutrina de JÚLIO GOMES⁴³³, para quem na noção de uso está ínsita ou implícita a ideia de uma reiteração de um comportamento ao longo de um período relevante.

E se a essa prática reiterada começa, num primeiro momento, por não corresponder a qualquer obrigação jurídica, o certo é que a mesma se vai transformar numa conduta devida, passando a ter conteúdo de obrigação do empregador e de correspondente direito do trabalhador.

Rejeitando que na base desta verdadeira metamorfose esteja a chamada tese negocial (que vê na conduta da entidade patronal uma proposta tacitamente aceite pelo trabalhador), o referido autor sustenta que a vinculação do empregador pelo uso da empresa resulta da sua auto-vinculação por força da boa-fé na execução do contrato, da tutela da confiança e da proibição do abuso do direito.

Para JÚLIO GOMES, esta é uma vinculação que a entidade patronal vai criando a si própria por comportamentos que adopta perante o colectivo, assentando a tutela da confiança não em o trabalhador confiar que o empregador se quis vincular juridicamente para o futuro, mas sim na convicção de que o empregador prosseguirá no futuro aquele uso, sendo essa expectativa dos trabalhadores na continuidade da prática reiterada que é merecedora de tutela.

Conclui, assim, o referido autor que “é de certo modo pela exigência de boa-fé na execução do contrato, pela proibição do arbítrio e pela necessidade de tutela da pessoa que trabalha e que está sujeita ao poder de outrem na execução do seu trabalho, que a prática espontânea e reiterada do empregador desemboca, mesmo que este sem disso tenha consciência, em uma vinculação e uma fonte de obrigações para o próprio empregador”⁴³⁴.

Dito de outra forma, poderemos afirmar que a relevância jurídica atribuída pela lei laboral aos usos advém do facto de se valorar uma auto-vinculação da entidade patronal, assumida através de uma prática espontânea, mas continuada, que, por efeito do princípio da confiança, gera no trabalhador a convicção de que o empregador a prosseguirá no futuro.

⁴³³ GOMES, Júlio Manuel Vieira – *Novos Estudos de Direito de Trabalho*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 15.

⁴³⁴ *Op. cit.*, p. 38.

Para o acórdão – e tal como sustentado em jurisprudência anteriormente firmada pelo Supremo Tribunal de Justiça –, “É a partir do momento em que tal prática se consolidou e passou a constituir um uso laboral relevante como fonte de direito do trabalho que o objecto deste uso passou a incorporar directa e imediatamente os contratos de trabalho dos trabalhadores ao serviço da empresa”.

Mais sustenta o acórdão que, não sendo (obviamente) estabelecido o tempo necessário para que ocorra essa consolidação, tal questão terá de ser definida pelos próprios Tribunais.

Nesse sentido, impunha-se, pois, para o aresto, analisar o caso concreto sujeito a apreciação a fim de se determinar da existência de um uso que legitimasse a pretensão do trabalhador.

Da matéria de facto apurada deu-se por assente que desde 1994 até ao ano de 2013 a entidade patronal sempre concedeu o gozo da terça-feira de Carnaval a todos os seus trabalhadores, permitido a estes últimos que não trabalhassem nesse dia e sem que fossem prejudicados na respectiva retribuição.

E conferiu esse gozo a todos os trabalhadores independentemente da sua sindicalização, isto é, mesmo para aqueles que não se encontravam vinculados pelo contrato colectivo de trabalho.

O certo é que, pese embora aquele instrumento de regulamentação colectiva (que consagrava este direito para os trabalhadores por ele abrangidos) tenha caducado em 2009, a entidade patronal continuou a conceder aos seus empregados o gozo desse feriado facultativo.

E foi em face deste circunstancialismo que o acórdão ora em análise concluiu que o direito ao gozo da terça-feira de Carnaval que a entidade patronal retirou aos seus trabalhadores em 2014 não teve fundamento legal.

Isto porque, “(...) tratando-se duma prática que vigorou desde 1994 e até 2014, temos que concluir que estamos perante uma prática espontânea da empresa, pois a regulamentação colectiva de trabalho que vigorou no período de 2002 a 2009 abrangeu apenas os trabalhadores filiados no sindicato outorgante. Por outro lado, tratou-se duma prática constante, uniforme e pacífica, sendo por isso merecedora da tutela da confiança dos trabalhadores na sua continuidade, pois face aos anos em que a mesma vigorou, criou nestes a convicção de que o empregador a prosseguiria no futuro”.

Daí ter entendido o acórdão que com a quebra unilateral dessa prática constante por parte da entidade foi abalada essa confiança na sua continuidade, sendo que essa prática reiterada assumiu a natureza de um “uso” relevante à luz dos art.ºs. 12.º n.º 1 da LCT e 1.º do CT

de 2003 e do art.º 1.º do CT de 2009, já que tinha abarcado o período de vigência de todas estas normas.

Nos termos sobreditos, considerou o aresto ilegítimo que a entidade patronal tivesse retirado, unilateralmente, o gozo da terça-feira de Carnaval, pois esta prática tornou-se vinculativa, razão pela qual confirmou o acórdão recorrido, assim recolocando aquele direito na esfera jurídica dos trabalhadores e consequente reparação retributiva.

Destarte, e sustentado pela referida jurisprudência, torna-se hoje pacífico o entendimento que a concessão da terça-feira de Carnaval (bem como de feriado municipal) aos trabalhadores, sem perda de retribuição, não só não ofende o princípio da boa-fé, como também não viola norma imperativa, já que tal é expressamente admitido nos termos e para os efeitos do art.º 235.º n.º 1 do CT.

Quanto à aplicação do princípio da irredutibilidade **em sede de regulamentação colectiva do trabalho**, como bem se compreenderá foi, contudo, a CRP de 1976, nascida do fervor revolucionário e fortemente imbuída na defesa do direito dos trabalhadores, quem mais impulsionou o chamado direito colectivo laboral, instituindo (entre outros) o direito à constituição de comissões de trabalhadores (art.º 54.º), a garantia de liberdade sindical (art.º 55.º), o direito de negociação colectiva (art.º 56.º) e o direito à greve (art.º 57.º).

Foi, todavia, o CT de 2003 quem mais impulsionou a autonomia colectiva, ao prever (art.º 4.º n.º 1) a possibilidade de afastamento de normas legais por convenção das partes, ainda que menos favoráveis aos trabalhadores.

Revelou-se, pois, crescente a relevância dada às normas emanadas de Instrumentos de Regulamentação Colectiva de Trabalho como fonte de direito.

Mas revestiam tais cláusulas a qualidade de normas passíveis de recurso de constitucionalidade?

O tema foi amplamente discutido no ordenamento jurídico português, sendo tal qualidade negada pelo Acórdão do TCP n.º 172/93⁴³⁵, que ora analisaremos.

Começa o acórdão por delimitar a questão de fundo, que consistia em saber se a cláusula (alegadamente violada) constante num CCT poderia ser definida como “norma”, na acepção que lhe é dada pelo art.º 280.º da CRP.

Efectivamente, enfatiza o aresto que tal disposição constitucional tornava indispensável, para que se pudesse recorrer para o TCP, que estivesse em causa a constitucionalidade de uma norma.

⁴³⁵ Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19930172.html>.

Prossegue o Acórdão referindo não ser “(...) unívoco o conceito de norma constante do artigo 280.º da Lei Fundamental; designadamente, não é seguro, à partida, que nele se enquadrem as cláusulas das convenções colectivas de trabalho. A este propósito, note-se que não importa aqui saber se tais cláusulas devem ou não ser consideradas como normas para qualquer outro efeito, nomeadamente para efeitos de classificação doutrinal: do que se cura é de apurar se a Constituição pretendeu submetê-las ao específico sistema de controlo da constitucionalidade constante do artigo 280.º (e 281.º)”.

Percebe-se esta referência à doutrina empreendida pelo acórdão, pois é o próprio a sublinhar que o tema não era pacífico, citando mesmo GOMES CANOTILHO no sentido de demonstrar que para este insigne constitucionalista “os contratos e acordos colectivos de trabalho têm um valor normativo pelo menos equivalente ao das portarias (cfr. art.º 57º/4 da CRP). Como actos normativos, e na parte em que têm valor normativo, estão sujeitas ao controlo da constitucionalidade”.

Este era, aliás, o entendimento maioritário da doutrina. Como voz dissonante, e novamente citado pelo Acórdão, surgia JORGE MIRANDA, que defendia que “a fiscalização da constitucionalidade não abrange normas provenientes da autonomia privada ou da autonomia colectiva, como as provenientes de convenções colectivas de trabalho (art.º 57.º n.º 4); não abrange, simplesmente, porquanto qualquer contradição entre essas normas e a Constituição não se reconduz, como acima vimos, a inconstitucionalidade no sentido técnico rigoroso e elas só poderão ser arguidas, nos termos gerais das respectivas normas, perante os tribunais competentes em razão da matéria”.

Tomando como ponto de partida estas duas correntes doutrinárias, considerava o aresto que – independentemente da concepção que se quisesse adoptar relativamente à natureza jurídica das convenções colectivas – considerando-as ou jurisprivatísticas ou jurispublicísticas – tinha por assente que, no ordenamento jurídico português, as mesmas não tinham constitucionalmente fixado o respectivo regime de eficácia, uma vez que a CRP (art.º 56.º n.º 4) remetia tal fixação para o legislador ordinário.

Daí que tenha buscado infra-constitucionalmente a resposta à questão formulada, encontrando-a na redacção do art.º 7.º do Decreto-Lei n.º 519-C1/79, de 29 de Dezembro (Regime Jurídico das Relações Colectivas de Trabalho) que dispunha (n.º 1) que “as convenções colectivas de trabalho obrigam as entidades patronais que as subscrevam e as inscritas nas associações patronais signatárias, bem como os trabalhadores ao seu serviço que sejam membros quer das associações sindicais celebrantes, quer das associações sindicais representadas pelas associações sindicais celebrantes”.

Daqui extraiu o acórdão que a lei (ordinária) estabelece que as convenções colectivas obrigavam exclusivamente as entidades que as celebram bem como as organizações e trabalhadores que nela venham a estar inscritos.

Todavia, como argumento decisivo, notava que a extensão dessa eficácia a terceiros só se poderia concretizar através de um acto normativo público, no caso, a portaria de extensão prevista no art.º 29.º n.º 1 desse diploma.

Como nota de direito comparado, acrescente-se que – em comentário ao preceito homólogo (art.º 39.º) da Constituição Italiana, que reconhece o contrato colectivo de trabalho como modo de produção de normas jurídicas, como fonte de direito – GUSTAVO ZAGREBELSKY⁴³⁶ entende que tal norma autorizatória nunca teve qualquer concretização (por obstáculos técnicos e políticos) à sua regulamentação, daí retirando como consequência que os contratos colectivos celebrados não assumem a natureza de fontes de direito em sentido próprio.

Vertendo tal entendimento para a realidade portuguesa, ressaltou o acórdão que, apesar de o art.º 56.º n.º 4 da CRP dar ao legislador ordinário a possibilidade de estabelecer a eficácia normativa das convenções colectivas de trabalho, estas últimas não eram por ele gizadas como actos normativos públicos, por as entidades que as subscrevem não deterem poderes de autoridade e o respectivo clausulado não ter a virtualidade de obrigar terceiros.

Retira, assim, o TCP a conclusão de que “a lei regulamenta a eficácia específica das convenções colectivas impondo a sua obrigatoriedade unicamente quanto àqueles que devem considerar-se representados pelas entidades que as subscrevem, à luz dos princípios do direito do trabalho. As organizações profissionais que as celebram não têm poderes de autoridade, mas apenas poderes de representação, isto é, de defesa e de promoção da defesa dos direitos e interesses dos respectivos filiados (cfr. artigo 56.º n.º 1, da Constituição). E, assim, o clausulado que elas incorporam não contém normas, entendidas como padrões de conduta emitidos por entidades investidas em poderes de autoridade”.

Independentemente da discussão em torno do exacto alcance da palavra “norma” (plasmada no art.º 280.º n.º 1 da CRP), tinha, no entanto, o aresto por seguro que a mesma se cingia, tão-somente, aos actos dispositivos dos poderes públicos, questão já dada como assente no Acórdão do TCP n.º 26/85⁴³⁷, sendo que neste último se concluiu mesmo que nem todos os actos dos poderes públicos podem considerar-se normas.

⁴³⁶ Manuale di Diritto Costituzionale, I - *Il sistema delle fonti del diritto*, UTET, Torino, 1988, pp. 247 e ss..

⁴³⁷ Publicado no Diário da República, 2.ª Série, de 26 de Abril de 1985.

Na verdade, o acórdão n.º 26/85 enveredou por um conceito “funcionalmente adequado”, nos termos do qual não poderiam considerar-se normas as decisões judiciais e os actos sem carácter normativo, nem os actos políticos ou actos de governo em sentido estrito.

Decisivo, contudo, na argumentação expendida pelo acórdão n.º 172/93 foi a (anterior) jurisprudência do TCP vertida no Acórdão n.º 472/89 (e seguida por acórdãos posteriores),⁴³⁸ o qual propugnava que escapavam ao seu poder de cognição “as normas provenientes da autonomia privada”, a não ser que a essas entidades privadas fossem atribuídos poderes ou funções públicas.

Pelas razões expendidas, entendeu o acórdão n.º 172/93 não tomar, sequer, conhecimento do recurso que lhe fora apresentado.

O certo é que a maior demonstração de que o tema não era pacífico foi a inserção, no aludido acórdão n.º 172/93, da declaração de voto (vencido) do conselheiro JOSÉ DE SOUSA e BRITO, da qual, pela pertinência argumentativa e eloquência, passamos a respigar as principais motivações.

Pugnava pelo entendimento de que tais normas eram gerais e abstractas, por se aplicarem, não a uma classe fechada, mas sim a uma classe aberta de pessoas (e casos) e de forma indefinidamente repetida.

Assim, para este juiz conselheiro, “As normas das convenções colectivas são potencialmente heterónomas, vinculam as pessoas por ela abrangidas nos termos da lei independentemente e eventualmente contra a vontade dos destinatários das normas. Impõem-se aos contratos individuais de trabalho que lhes estão subordinados como se fossem leis interpretativas e mesmo contra leis imperativas: ao alterarem mínimos legais de remuneração, por exemplo, proíbem cláusulas de contratos individuais permitidas por lei.(...). É certo que para as partes outorgantes, as normas das convenções colectivas são autónomas, são resultado de um processo negocial de criação normativa, regulam de acordo com a sua vontade os seus interesses, mas impõem-se depois aos seus destinatários por força e nos termos da lei, independentemente da contribuição destes para a sua criação”.

Os motivos – ponderosos – que acabam de se enunciar contra a corrente jurisprudencial que recusava a natureza de “normas” em sentido formal e que, concomitantemente, não as considerava passíveis de fiscalização da constitucionalidade viriam a culminar na inversão desse entendimento pelo TCP, expresso no Acórdão n.º 174/2008⁴³⁹.

⁴³⁸ Publicado no Diário da República, 2.ª Série, de 22 de Setembro de 1989.

⁴³⁹ Disponível em <https://dre.pt/pesquisa/-/search/2066498/details/maximized>.

Este, lançando mão da (bondade) dos argumentos vertidos na declaração de voto do juiz conselheiro JOSÉ DE SOUSA E BRITO, aliada às alterações legislativas operadas pela aprovação do CT de 2003, viria a sustentar uma posição contrária à vertida no Acórdão n.º 172/93.

Assim, e quanto às aludidas alterações legislativas, realçava o aresto o reforço do papel conferido às convenções colectivas de trabalho no contexto das fontes de direito aplicáveis às situações jurídico-laborais, o que (à data) era tido como uma evidência.

Na verdade, LIBERAL FERNANDES⁴⁴⁰ referia mesmo que se assistiu “(...) ao recrudescimento de um certo neo-contratualismo em que se advoga o reforço da autonomia, individual e colectiva, dos empregadores e dos trabalhadores em detrimento do intervencionismo do Estado e a consequente redução do conteúdo vinculativo das normas legais e a redefinição do sistema de fontes de direito”.

Poder-se-á afirmar, efectivamente, que a relevância normativa das cláusulas das CCT enquanto fonte de direito de trabalho (reconhecida constitucionalmente) saiu reforçada com a entrada em vigor do CT de 2003.

Neste, destacamos o art.º 4.º n.º 1, que consentia o afastamento de normas legais por normas convencionais, mesmo que estas não se mostrassem mais favoráveis para os trabalhadores, bem como o art.º 3.º, que manteve a regra da subsidiariedade dos instrumentos não negociais de regulamentação colectiva de trabalho face aos instrumentos negociais.

Apoiando-se nos excertos da declaração de voto supra-mencionada, entendeu o acórdão n.º 174/2008 constituírem hoje as disposições contidas em convenções colectivas (não obstante a sua origem contratual) regras dotadas das características de generalidade e abstracção, isto é, verdadeiras normas, em sentido funcionalmente adequado ao sistema de fiscalização de constitucionalidade seguido no ordenamento jurídico português.

Refere mesmo o acórdão que “(...) nelas se encontram os apelidados critérios adicionais que, na óptica da jurisprudência deste Tribunal, justificam a sua sujeição à fiscalidade constitucional: a heteronomia (intenção vinculativa não dependente da vontade dos seus destinatários), e o reconhecimento jurídico-político (imposição desse vinculismo pelo ordenamento jurídico)”.

Assim, acompanhamos a posição sufragada pelo acórdão, segundo a qual “a constitucionalidade das normas contidas em convenções colectivas de trabalho, ou da interpretação que delas façam os tribunais, poder constituir objecto de recurso para o Tribunal Constitucional – não só porque a mesma se mostra mais consentânea com o escopo legislativo português mas,

⁴⁴⁰ FERNANDES, *Liberal – Alguns aspectos da evolução do Direito do Trabalho*: Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Ano I, 2004, pp. 197-219.

acima de tudo, porque seria manifestamente incompreensível que uma considerável franja da vida dos cidadãos (atinente aos direitos dos trabalhadores) ficasse privada de acesso ao Tribunal Constitucional”.

O CT de 2009, por sua vez, reintroduziu no ordenamento jus-laboral português o princípio do tratamento mais favorável ao trabalhador, ficando assim numa posição intermédia entre a LRCT e o CT de 2003.

Na verdade, dispõe o art.º 3.º n.º 3 do CT 2009 que “As normas legais reguladoras de contrato de trabalho só podem ser afastadas por instrumento de regulamentação colectiva de trabalho que, sem oposição daquelas normas, disponha em sentido mais favorável aos trabalhadores quando respeitem às seguintes matérias: (...)”.

Quer isto significar que, não obstante o legislador tenha mantido a regra da supletividade das normas legais em relação aos instrumentos de regulamentação colectiva, podendo estes últimos afastar a lei para dispor em sentido diverso, tal não é consentido no caso de normas absolutamente imperativas, como as elencadas no citado art.º 3.º n.º 3, onde figura – alínea j) – a “forma de cumprimento e garantias de retribuição”.

Assim, para além da consagração constitucional da autonomia colectiva e suas derivações (art.º 55.º a 57.º da CRP), tal matéria encontra-se ainda regulada nos art.ºs. 476.º a 504.º do CT, dispondo o art.º 485.º ser dever do Estado a promoção da contratação colectiva, por forma a que as convenções colectivas possam ser aplicáveis ao maior número de trabalhadores.

Face ao ordenamento jurídico português, e em sede de instrumentos de regulamentação colectiva, podemos distinguir entre Contratos Colectivos de Trabalho (celebrados entre duas associações, uma patronal e outra sindical), Acordos Coletivos de Trabalho (celebrados entre um conjunto de empresas e associações sindicais) e o Acordo de Empresa (celebrados entre uma entidade patronal e associações sindicais).

E se, aquando da entrada em vigor do CT 2003, se poderia falar de um recrudescimento do já enunciado “neo-contratualismo”, BÁRBARA CAIADO⁴⁴¹ não deixa de apontar, actualmente, uma crise da autonomia colectiva, apontando como causas (entre outras) a banalização do papel dos sindicatos provocada pelas portarias de extensão e a irredutibilidade da defesa das respectivas posições, mormente quando em causa esteja o princípio do *favor laboratoris*.

⁴⁴¹ *Op. cit.*, p. 159.

Daí que a doutrina mais recente, não fechando os olhos a estes sinais, tenha apontado para a urgência de uma reestruturação do direito colectivo português, ciente do seu papel preponderante na melhor adequação dos interesses (por vezes conflitantes) em causa na justa composição da relação laboral.

Após este (extenso) considerando, convém recentrar o nosso estudo no alcance do princípio da irredutibilidade salarial no âmbito da negociação colectiva, do qual já demos nota ter o CT 2009⁴⁴² possibilitado a redução da retribuição efectuada por meio de instrumento de regulamentação colectiva.

Assim, podemos afirmar que esta matéria é definida pela própria lei como sendo de natureza convénio-dispositiva, uma vez que no âmbito contratual a redução salarial é proibida, sendo que tal regra assume natureza supletiva quando em causa estejam instrumentos de regulamentação colectiva, os quais podem dispor em sentido diverso.

Percebe-se que assim seja: tal orientação tende a respeitar quer o princípio da autonomia colectiva quer o princípio da protecção do trabalhador, já que às associações sindicais não pode ser apontada a debilidade negocial que terá de ser reconhecida ao (singular) trabalhador.

Em todo o caso, é forçoso referir que, face ao vertido no art.º 503.º n.º 3⁴⁴³, e por força da reintrodução do princípio do tratamento mais favorável ao trabalhador, ainda que seja permitida a diminuição da retribuição por meio de instrumento de regulamentação colectiva, esta (diminuição) só é permitida caso ocorra sucessão entre convenções, sendo a última globalmente menos favorável ao trabalhador.

No fundo, o que aquele dispositivo legal vem instituir é uma verdadeira irredutibilidade dos chamados direitos adquiridos.

MARIA PALMA RAMALHO⁴⁴⁴ insurge-se contra o dispositivo em causa, que reputa de criticável, por não concorrer para o desenvolvimento das normas laborais, “não só porque se baseia num estatuto de minoridade dos parceiros da convenção colectiva, que há muito não se lhes adequa, como porque impede a adequação dos regimes convencionais colectivos a novas conjunturas económicas e é, em geral, um entrave à flexibilização do Direito do Trabalho”.

Opinião contrária advoga GUILHERME DRAY⁴⁴⁵, para quem a solução legislativa (da aplicabilidade da convenção globalmente mais favorável ao trabalhador) não é mais do que a

⁴⁴² Art.º 129.º, n.º 1, alínea d).

⁴⁴³ “Os direitos decorrentes de convenção só podem ser reduzidos por nova convenção de cujo texto conste, em termos expressos, o seu carácter globalmente mais favorável”.

⁴⁴⁴ “Tratado...”, op. cit., p. 204.

⁴⁴⁵ DRAY, Guilherme Machado – *O Princípio da Protecção do Trabalhador*. São Paulo: LTR Editora, 2015.

“consagração do subprincípio do tratamento mais favorável, enquanto projecção do princípio da proteção do trabalhador em matéria de sucessão de fontes no tempo”.

Propendemos para defender a posição assumida pelos autores que criticam a solução legal preconizada, pois a mesma poderá ser, até, contraproducente.

Basta imaginar o cenário em que dada empresa se depara com uma conjuntura económica difícil e necessita, prementemente, de diminuir salários para evitar um despedimento colectivo.

Não sendo possível a nova convenção ser globalmente mais desfavorável ao trabalhador, a radicalização do princípio do tratamento mais favorável pode redundar, em última instância, no seu despedimento.

Aliás, cenários de (profunda) crise económica foram (muito) recentemente vividos em Portugal e, como vimos anteriormente, a Lei n.º 23/2012 procurou eliminar algumas barreiras que se erigiam contra a plena eficácia das medidas de austeridade por ela implementadas, mormente a procura de operar, em sede de instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho, o regime da caducidade das convenções em matéria remuneratória.

Para melhor se compreender a extensão (e importância) de tais medidas, recordamos que o art.º 7.º n.º 2 daquele diploma neutralizou as disposições de instrumentos de regulamentação colectiva celebrados antes da sua entrada em vigor que dispusessem sobre descanso compensatório por trabalho suplementar.

Escusado será dizer que várias vozes se insurgiram contra o disposto no aludido art.º 7.º da Lei n.º 23/2012, por o mesmo poder contender com o art.º 56.º n.º 3 da CRP, já que passível de constituir uma afronta ao núcleo essencial do direito fundamental de contratação colectiva.

Também sobre este segmento legislativo se pronunciou o Acórdão do TCP n.º 602/2013 (já analisado anteriormente, mas sob a perspectiva da redução, para metade, do pagamento do trabalho suplementar e eliminação de alguns feriados nacionais).

Da análise da jurisprudência acima citada extrai BÁRBARA CAIADO o entendimento de que, no que concerne ao contrato de trabalho, “(...) pode ser concluída uma inclinação para vedar alterações unilaterais no sentido de diminuir a retribuição dos trabalhadores. Adicionalmente, quando se trata de diminuição da remuneração, se justificada pelo desaparecimento da causa geradora do acréscimo remuneratório, pode ser encontrada evidência de decisão jurisprudencial diversa”.

Já com relação a reduções por meio de instrumentos de regulamentação colectiva, nota a autora que “respeitando a autonomia coletiva e a própria excepção consignada no artigo 129.º

do CT, os tribunais tendem a validar as medidas redutoras, tanto de retribuição como de remuneração, sem considerar que haja ofensa ao Princípio da Irredutibilidade de Retribuição”.

Por sua vez, “(...) quando a restrição se deu por meio de Lei, ainda que de forma controversa, porque justificada por interesse público prevalente, alguns cortes no montante retributivo, respeitando determinados limites, foram entendidos como indispensáveis diante do contexto e assim encontraram anuência da Corte Suprema. Contudo, porque esses cortes atingiram direitos fundamentais, traçaram-se limites para estas afetações, tentando viabilizar uma convivência com os princípios estruturantes da República Portuguesa”⁴⁴⁶.

O que atrás se enunciou quanto à possibilidade de redução do *quantum* retributivo operado por meio de instrumento de regulamentação colectiva justifica que abordemos igualmente (e em momento próprio), os denominados instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho, em especial a problemática da aplicação da(s) portaria(s) de extensão de convenção colectiva e seu confronto com o princípio da (dupla) filiação.

2.2. Ordenamento jurídico angolano

À semelhança do que acontece no ordenamento jurídico português, a Constituição da República Angolana (CRA) não contém uma norma que expressamente preveja o princípio da irredutibilidade retributiva.

Na verdade, o legislador constitucional angolano, no art.º 76.º n.º 2 da CRA “limitou-se” a estatuir (como direito económico e social) que todo o trabalhador tem direito à justa remuneração.

Bastar-nos-ia, pelo simples elemento literal, extrair a noção de que a CRA, pese embora reconheça tratar-se a remuneração de um direito fundamental, não previu, no entanto, a proibição de diminuição do *quantum* salarial.

Todavia, valem igualmente aqui os considerandos que explanámos a propósito da análise ao ordenamento português, mormente a questão suscitada pelo facto de se saber se – ao prever a remuneração como um direito fundamental - a diminuição do seu quantitativo não terá de ser (pelo menos tendencialmente) entendida como uma violação desse mesmo direito.

E essa questão releva sobremaneira se atentarmos na própria estatuição pelo constituinte angolano do conceito de “justa retribuição”, que parece desde logo inculcar a noção de que a

⁴⁴⁶ *Op. cit.*, pp. 187 e 188.

sua redutibilidade encerrará, concomitantemente, uma injustiça, por remunerar de forma diversa, em prejuízo do trabalhador, uma mesma prestação laboral.

Com efeito, apesar de a CRA não contemplar uma norma que imponha expressamente a necessidade de a remuneração ser adequada à quantidade, natureza e qualidade do trabalho prestado, encontramos na legislação ordinária diversas decorrências deste princípio.

Desde logo, o expresso no art.º 41.º alínea c) da LGT, onde se consagra ser dever do empregador de pagar ao trabalhador *o salário justo e adequado ao trabalho realizado*, o que parece contender com a possibilidade de redução dessa mesma remuneração operada unilateralmente pela entidade patronal.

Não obstante o sobredito, podemos afirmar que a CRA apenas contempla o direito (fundamental) à remuneração, mas não se imiscui na concreta previsão quantitativa desse direito, isto é, concede-se constitucionalmente aos trabalhadores a garantia da remuneração, mas não a um determinado montante dessa mesma remuneração.

Obviamente que tal estatuição terá, sempre, de ser temperada pelo facto de o salário ter que ser apto a garantir uma existência condigna, a qual tendencialmente será aferida pela instituição de um salário mínimo.

Efectivado que está o recorte constitucional da matéria, impõe-se – tal como efectuámos a propósito do ordenamento português – que analisemos o princípio da irredutibilidade remuneratória do **ponto de vista legal, contratual e em sede de negociação colectiva**.

Do ponto de vista legal, o princípio da irredutibilidade salarial tem consagração infra-constitucional no art.º 43.º alínea e) da LGT, onde se consagra ser direito do trabalhador “Receber um salário justo e adequado ao seu posto de trabalho, a ser pago com regularidade e pontualidade, não podendo ser reduzido, salvo nos casos excepcionais previstos na lei” (sublinhado nosso).

Da simples leitura do artigo em apreço poder-se-ia pensar que, ao contrário do que sucede no ordenamento jurídico português, a excepcionalidade ditada ao princípio da irredutibilidade apenas poderia provir dos casos contemplados na lei, o que deixaria de fora as (eventualmente) contempladas em convenção colectiva.

Cremos não ser o caso.

Desde logo porque o próprio art.º 43.º da LGT não faz um elenco exaustivo do que epigrafou de “Direitos do trabalhador”, ressaltando que a estes ter-se-ão de acrescentar “(...) os direitos fundamentais previstos no artigo 7.º e outros estabelecidos nesta Lei, nas convenções colectivas de trabalho e no contrato individual de trabalho (...)”.

Ora, nos termos do art.º 7.º da LGT, reconhece-se aos trabalhadores, para além do direito ao trabalho e ao livre exercício da profissão, o direito fundamental da *liberdade sindical* (alínea b) do art.º 7.º n.º 1 da LGT) e o *direito de negociação colectiva* (alínea c) do art.º 7.º n.º 1 da LGT).

Assim, não só pela relevância constitucional que lhes é conferida pelo ordenamento jurídico angolano como pela relevância assumida pelos instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho em matéria remuneratória, justifica-se que empreendamos igualmente um estudo detalhado da realidade da negociação colectiva em Angola, o que faremos em momento posterior.

Para já, não podemos deixar de salientar que o princípio da irredutibilidade (ou proibição da redução salarial) constante no art.º 43.º alínea e) da LGT reproduz, na íntegra, o preceituado na anterior Lei Geral do Trabalho (Lei 2/00 de 11 de Fevereiro), mais concretamente o art.º 45.º alínea e).

Tal é, desde logo, um indicador claro de que o legislador ordinário vê o aludido princípio como estruturante do direito laboral angolano.

E, por força da consagração legal (que não constitucional) da proibição de redução salarial, forçoso é concluir estar expressamente vedado à entidade patronal diminuir a remuneração dos trabalhadores.

Ou, *a contrario*, apenas o poderá fazer no âmbito do contrato de trabalho nas situações expressamente previstas na lei, que passaremos a analisar.

Assim, e desde logo, a entidade patronal pode reduzir a remuneração do trabalhador no caso de este ter faltado, injustificadamente, ao trabalho.

Efectivamente, o art.º 143.º n.º 1 da LGT distingue entre faltas justificadas e faltas injustificadas, sendo que estas últimas são as motivadas pela ausência do trabalhador não autorizada pela entidade patronal, bem como aquelas em relação às quais aquele não cumpre com a obrigação de justificação, nos termos conjugados dos art.ºs. 143.º n.º 2 da LGT e 144.º.

Ora, dispõe o art.º 153.º alínea a) da LGT que as faltas injustificadas do trabalhador ditam a consequente (e inevitável) *perda de retribuição*.

E essa perda de retribuição respeitará, obviamente, ao tempo em que o trabalhador não prestou o seu labor, atento o sinalagma do contrato de trabalho.

Esse é, aliás, o princípio insito no art.º 160.º n.º 1 da LGT que, sob a epígrafe “Redução de salário”, dispõe que “Salvo nos casos expressamente previstos na lei, em convenção colectiva ou contrato de trabalho, o salário não é devido em relação aos períodos de ausência do trabalhador ao serviço”.

Assim, para se apurar o montante do valor a deduzir em virtude desses períodos de ausência, a LGT (art.º 160.º n.º 2) reporta tal cálculo para o efectuado a propósito da determinação do valor do salário-hora do trabalhador⁴⁴⁷, mas desde logo ressalvando não poder ser paga quantia inferior à correspondente ao tempo de trabalho efectivamente prestado.

De igual forma prevê o art.º 160.º n.º 3 da LGT que “Com as excepções previstas na lei ou em convenção colectiva de trabalho, os complementos e adicionais ao salário-base que constituem contrapartida das condições em que o trabalho é prestado, deixam de ser devidas logo que a prestação do trabalho deixe de estar sujeita às mesmas condições”.

Compreende-se que assim seja, já que, tendo o factor que justificava a atribuição desses complementos ou adicionais, geralmente associado à maior penosidade/dificuldade da prestação do trabalho, deixado de existir, o pagamento de tais acréscimos salariais deixa de ter de fundamento.

Curioso é, no entanto, o caso previsto no art.º 152.º da LGT, o qual prevê a hipótese de o empregador poder autorizar a falta ao trabalho pelo falecimento de pessoas não previstas no elenco do art.º 146.º n.º 1 (caso em que tais faltas seriam consideradas justificadas), sempre que a presença do trabalhador seja devidamente justificada, e “(...) ficando o pagamento da remuneração ao critério do empregador”.

Vale, pois, neste caso, o livre arbítrio da entidade patronal na decisão de remunerar (ou não) o trabalhador faltoso.

Entendemos que esse livre-arbítrio só deixará de existir, para se tornar numa obrigação da entidade patronal, se esta última – de forma regular e continuada no tempo – proceder ao pagamento dessa retribuição.

Na verdade, e tal como sucede no ordenamento jurídico português, também no ordenamento jurídico angolano constituem fontes de regulamentação do direito de trabalho, nos termos do art.º 9.º n.º 1 alínea f), os *usos e costumes, profissionais e da empresa*.

Ora, como referem ANTÓNIO MARQUES e MIGUEL LUCAS PIRES⁴⁴⁸, a qualificação como fonte de direito dos “(...) costumes (entendidos como práticas sociais reiteradas, acompanhadas da convicção da sua obrigatoriedade) e usos (análogos aos costumes, mas privados do elemento do convencimento da necessidade da sua observância) apenas ocorrerá: em caso de falta de normas legais ou convencionais, por remissão de qualquer destas fontes (n.º 4), ou em qualquer caso, se não forem contrários à Constituição e não atentarem contra a dignidade da pessoa humana (art.º 7.º da Constituição)”.

⁴⁴⁷ Expresso na fórmula $S/h = S_m \times 12/52s \times Hs$.

⁴⁴⁸ *Op. cit.*, p. 29.

Por remissão do art.º 39.º n.º 2 da LGT, o art.º 73.º do mesmo diploma contempla, igualmente, uma excepção legal ao princípio da irredutibilidade remuneratória.

Falamos das situações em que ocorra uma modificação temporária de funções por motivos respeitantes ao trabalhador.

Efectivamente, nos termos do n.º 1 do aludido artigo, a entidade patronal tem a faculdade de transferir temporariamente o trabalhador do posto de trabalho onde se encontra, ou mesmo de encarregá-lo de serviços próprios de uma outra categoria profissional, “(...) desde que da transferência não resulte modificação substancial da situação jurídico-laboral do trabalhador”.

Ora, para o que mais nos interessa relevar, o n.º 2 do mesmo artigo contempla expressamente o direito de o trabalhador auferir uma retribuição mais elevada se o posto de trabalho ocupado temporariamente a contemplar.

Todavia, “Logo que cesse a transferência o trabalhador regressa ao anterior posto de trabalho, auferindo o salário correspondente ao mesmo” (art.º 73.º n.º 5 da LGT), isto é, é-lhe diminuída a remuneração.

A remuneração pode ser também diminuída temporariamente quando, a pedido do trabalhador – ditado por razões sérias e por razões de doença –, este ocupe posto de trabalho onde a remuneração é mais baixa, conforme prescreve o art.º 74.º da LGT.

Outrossim, essa remuneração pode ser definitivamente diminuída pelo empregador quando o trabalhador for colocado (em definitivo) em funções onde o salário é mais baixo, o que só poderá acontecer, nos termos do art.º 75.º n.º 1 da LGT, no caso de extinção do posto de trabalho que ocupava, por diminuição da capacidade física ou psíquica, ou se essa modificação de funções ocorrer a pedido (fundado) do próprio trabalhador.

Relativamente ao regime do trabalhador estudante, previsto no art.º 105.º da LGT, dispõe o n.º 1 que o mesmo está sujeito a acordo escrito entre a entidade patronal e o trabalhador, o qual deverá definir, entre outros aspectos, a remuneração deste último.

Todavia, dispõe o art.º 106.º da LGT que “a remuneração do trabalhador estudante é proporcional ao tempo de trabalho prestado, podendo, por acordo das partes, ser estabelecido outro valor”.

Ora, esse valor terá de ser definido, como resulta do art.º 105.º n.º 1 da LGT, no acordo escrito celebrado.

O que se pergunta é se esse valor pode, posteriormente, ser alterado e resultar numa redução retributiva, distinta daquela acordada pelas partes.

Tendemos a afirmar que sim, já que a norma tem (a nosso ver) natureza supletiva e contempla claramente a possibilidade de – por acordo expresso das partes – ser estabelecido outro valor (não ressaltando se superior o inferior) que não aquele que resulte da proporcionalidade do tempo de trabalho prestado.

Frisamos, no entanto, que tal só será possível uma vez que é a própria norma a admiti-lo no específico regime do trabalhador-estudante, sem estar aqui em causa o princípio do tratamento mais favorável ao trabalhador, pois falamos do estabelecimento do valor do salário por acordo das partes, não estando aqui em causa o conflito de disposições contidas em duas ou mais fontes de direito do trabalho.

Todavia, porventura a possibilidade (legal) de diminuição do *quantum* salarial do trabalhador por parte da sua entidade patronal ocorre porventura quando esta, no exercício do seu poder disciplinar, aplica a medida de *redução temporária do salário*, prevista no art.º 47.º, n.º 1, alínea c) da LGT.

Dispõe, igualmente, o n.º 2 do mesmo artigo que tal medida de redução da retribuição pode ser fixada entre um a seis meses.

No entanto, esta (ampla) previsão é mitigada pelo facto de no mesmo artigo estar expressamente consignado não poder essa redução ser superior a 20% do salário-base mensal do trabalhador.

Como é óbvio, por se tratar de uma medida gravosa para o trabalhador, teve o legislador angolano a preocupação de instituir algumas salvaguardas a esse exercício do poder disciplinar, não podendo este último ser exercido sem a instauração de um processo disciplinar (art.º 48.º da LCT), que conta sempre com a audição do trabalhador (art.º 49.º da LGT).

Em nome dessa salvaguarda ditada pela aplicação de medida (gravosa) de diminuição da remuneração, é contemplada a possibilidade de o trabalhador dela recorrer, se entender que não praticou os factos de que é acusado ou que a sanção é excessiva (art.º 56.º da LGT).

E, para tanto – ao contrário do que acontece no ordenamento jurídico português, onde o CT é omissivo – o legislador laboral angolano (em técnica legislativa que se louva) prevê expressamente qual o prazo de que o trabalhador dispõe para o efeito e a partir de que momento o mesmo começa a correr.

Efectivamente, por remissão do art.º 56.º n.º 2 da LGT, dispõe o art.º 61.º n.º 1 alínea c) da LGT que “O recurso contra as medidas disciplinares tem de ser apresentado dentro dos vinte e dois (22) dias úteis seguintes à notificação das mesmas medidas”, sendo que ao recurso contra medida de despedimento se aplica o prazo de cento e oitenta dias.

Tal estatuição bastará para que, no ordenamento jurídico angolano, dúvidas não subsistam quanto ao prazo de que dispõe o trabalhador para exercer o seu direito de impugnação contra a medida de redução temporária do salário.

Ao invés, e como se referiu em momento anterior, no ordenamento jurídico português ainda hoje se ocupam os tribunais superiores com a resposta à questão de se saber não só qual o prazo relativo a essa impugnação e a partir de que momento se inicia a sua contagem.

Refira-se que – certamente para se limitar a aplicação indiscriminada de tal medida e ditada pela mera intenção do empregador de diminuir salários – impõe-se a este último que deposite os valores das remunerações não pagas na conta da Segurança Social, tal como prescreve o art.º 47.º n.º 3 da LGT.

Ademais, e tal como se verifica no ordenamento jurídico português, também o legislador laboral angolano contempla hipóteses (presunções legais) em que se consideram abusivas determinadas medidas disciplinares aplicadas ao trabalhador, nomeadamente pelo facto de este “exercer ou ser candidato ao exercício de funções de representação sindical”, como se refere na alínea b) do art.º 57.º n.º 1 da LGT.

Caso se confirme essa presunção legal de abuso disciplinar e se a medida for a redução do salário, a entidade patronal será condenada em indemnização “(...) correspondente a cinco (5) vezes o valor da percentagem do salário que o trabalhador deixou de receber”.

Esta é, pois, uma forte garantia consagrada pelo legislador e que tutela jurisdicionalmente a remuneração do trabalhador, tida como direito fundamental.

A medida abusiva contemplada no citado art.º 57.º n.º 1 alínea b) da LGT (exercício de funções sindicais) é o mote perfeito para indagarmos do princípio da irredutibilidade salarial em sede de negociação colectiva.

Dispõe o art.º 9.º, n.º 1, alínea d), que constituem fontes de regulamentação do direito do trabalho “As convenções colectivas do trabalho”.

O reconhecimento aos trabalhadores do direito à liberdade de criação de associações sindicais para defesa dos seus interesses individuais e colectivos está expressamente consagrado no art.º 50.º, n.º 1 da CRA.

Mais consagra a CRA (art.º 50.º, n.º 3) regular a lei (ordinária) a constituição, filiação, organização e extinção das associações sindicais, assim garantindo a sua autonomia e independência face ao Estado.

Essa lei ordinária ganhou corpo com a Lei n.º 21-D/92, de 28 de Agosto, vulgarmente conhecida como Lei Sindical (LS).

Ora, logo no art.º 1.º da LS é reconhecido aos trabalhadores o direito à constituição de associações sindicais e ao livre exercício da respectiva actividade.

Todavia, essa dimensão de liberdade assume especial relevância na alínea b) do n.º 1 do art.º 1.º, pois aos trabalhadores é reconhecido o direito “de se inscreverem ou não e de se retirarem das organizações sindicais em que estejam filiados”.

Esta é a chamada liberdade sindical negativa, que desde logo se caracteriza pela proibição de contribuição obrigatória para os sindicatos – como acontece (num verdadeiro contrassenso) no ordenamento jurídico brasileiro – decorrendo do art.º 19.º n.º 1 da LS.

A importância das associações sindicais reside, essencialmente, no facto de lhes competir o exercício do direito de negociação colectiva bem como a celebração de convenções colectivas de trabalho, *nos termos da lei*, conforme prescreve o art.º 7.º n.º 1 alínea a) da LS.

Essa regulamentação foi efectuada pela Lei n.º 20-A/92, de 14 de Agosto, conhecida como Lei sobre o Direito de Negociação Colectiva (LDNC).

Conforme resulta do art.º 3.º n.º 1 da LDNC, só podem celebrar convenções colectivas as associações sindicais (em representação dos trabalhadores), os órgãos dirigentes das empresas e as associações de empregadores (em representação destes últimos).

E, nos termos do art.º 11.º n.º 2 da LDNC, o acordo colectivo deverá referir expressamente os direitos e deveres das entidades patronais e dos trabalhadores, bem como o período da sua vigência.

No entanto, e para o que mais nos interessa, é forçoso notar que, nos termos do art.º 12.º da LDNC, “O acordo colectivo de trabalho não poderá contrariar normas legais imperativas, instituir regimes para os trabalhadores menos favoráveis do que os consagrados na lei, incluir disposições sobre os regimes fiscais e de formação de preços, nem limitar os poderes de organização e direcção da entidade empregadora”.

Ora, este dispositivo legal está em linha com a disposição contida no art.º 9.º n.º 3 da LGT, o qual prescreve que “em caso de conflito entre as disposições de várias fontes prevalece a solução que, no seu conjunto e no que respeita às disposições quantificáveis, se mostrar mais favorável ao trabalhador, salvo se as disposições de nível superior forem imperativas”.

Este último preceito contempla, assim, duas ordens de valorações para as normas vertidas em convenção colectiva de trabalho.

Desde logo, há que referir de acordo com o princípio ínsito no art.º 9.º n.º 2, que as convenções colectivas de trabalho situam-se hierarquicamente em nível inferior à CRA, e às convenções internacionais do trabalho ratificadas pelo Estado angolano, e às leis.

Depois, e em caso de conflito, aplicar-se-á aquele que for globalmente mais favorável ao trabalhador, a menos que as disposições de nível superior sejam imperativas.

Temos, pois, que também em sede de negociação colectiva, está vedada a possibilidade de se proceder à redutibilidade da remuneração, pois dificilmente se conceberá que uma redução salarial, ainda que acompanhada da atribuição de alguns benefícios aos trabalhadores, possa ser concebida como contemplando um tratamento que lhe é mais favorável.

Ademais, a irredutibilidade contida no art.º 43.º alínea e) da LGT assume um comando imperativo, logo, insusceptível, portanto, de ser afastado pela vontade (colectiva) das partes contratantes.

3. Instrumentos de Regulamentação Colectiva

Os instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho (IRCT) inserem-se entre as fontes colectivas do trabalho e – como nota ROMANO MARTINEZ⁴⁴⁹ – “(...) representam uma especificidade deste ramo do direito, pois, ao lado das comuns fontes heterónomas (v.g., a lei), surgem como fonte do direito regras produto da autorregulamentação de interesses (art.º 1.º CT)”.

Daí que, na sugestiva expressão de MENEZES CORDEIRO⁴⁵⁰, “O Direito coletivo de trabalho constitui, seguramente, a área mais original do juslaboralismo”, atendendo a que, para o autor, a capacidade reconhecida aos operadores colectivos, à margem das estritas regras de representação, de celebrar convenções colectivas aplicáveis aos diversos sujeitos surge como criação *a priori* incompreensível, para o Direito Civil.

Vimos já que, para além de fonte legal, os IRCT têm igualmente base constitucional, vertida no art.º 56.º da CRP.

E distinguem-se, nos termos previstos no n.º 1 do art.º 2.º do CT, em “negociais” (referentes à auto-regulamentação dos interesses) e “não negociais” (a pressuporem intervenção governamental).

Concretiza o n.º 2 do mesmo artigo que os IRCT negociais são a convenção colectiva, o acordo de adesão e a decisão arbitral proferida em processo de arbitragem voluntária, sendo os IRCT não negociais a portaria de extensão, a portaria de condições de trabalho e a decisão

⁴⁴⁹ MARTINEZ, Pedro Romano – *Direito do Trabalho*, 10.ª ed., Coimbra: Almedina, 2022, p. 1129.

⁴⁵⁰ CORDEIRO, Menezes – “*Direito do Trabalho e Cidadania*”, AAVV, III Congresso Nacional de Direito do Trabalho - Memórias, coordenação de António Moreira. Coimbra: Almedina, 2001, p. 40.

arbitral proferida em processo de arbitragem obrigatória ou necessária (cfr. n.º 4 do art.º 2.º do CT).

As convenções colectivas podem ainda, nos termos do n.º 3 do citado artigo, revestir a forma de contrato colectivo (celebrada entre a associação sindical e a associação de empregadores), de acordo colectivo (celebrada entre associação sindical e uma pluralidade de empregadores) e, por fim, de acordo de empresa (celebrada entre a associação sindical e um empregador, para uma empresa ou estabelecimento).

Em suma, podemos definir – como o faz ROMANO MARTINEZ⁴⁵¹ – convenção colectiva de trabalho como “(...) o contrato celebrado entre sindicatos e associações de empregadores ou empregadores com vista a estabelecer regras relativas às condições de trabalho de uma determinada profissão ou conjunto de profissões análogas ou com determinadas interligações”.

E, como refere GONÇALVES DA SILVA⁴⁵², “Completado o ciclo final de procedimento da convenção – i.e., depósito, publicação e entrada em vigor –, esta produz os efeitos legais e convencionalmente previstos; o facto de esses efeitos serem, em regra, gerais e abstractos, impõe que se considere estarmos, situação que também já decorria do anteriormente exposto, ante uma fonte específica de Direito do Trabalho, posição que tem, como decorre dos artigos 56.º, n.º 4, *in fine*, da CRP, e do artigo 1.º, expresso acolhimento no direito positivo”.

No mesmo sentido, ROMANO MARTINEZ⁴⁵³ propugna ser a “(...) convenção coletiva uma fonte convencional de direito do trabalho, assente no art.º 56.º n.º 3 da CRP, com especial relevo, pois a produção normativa não é um exclusivo estadual”.

Mesmo em sede jurisprudencial, tem vindo a ser sistematicamente entendido, mesmo perante diversos e sucessivos regimes legais, que a convenção colectiva é fonte de direito do trabalho.

Isso mesmo decorre, a título meramente exemplificativo, do Acórdão do STJ, de 12 de Abril de 2012⁴⁵⁴, onde se clarificou que “A Convenção Colectiva, enquanto modalidade dos IRCT’s (Instrumentos de Regulamentação Colectiva de Trabalho) negociais, constitui uma fonte específica do contrato de trabalho – art.ºs. 1.º e 2.º do Código do Trabalho/2003, diploma aplicável atenta a temporalidade dos factos relevantes.”.

⁴⁵¹ *Op. cit.*, p. 1139.

⁴⁵² SILVA, Luís Gonçalves – *Da Escolha do Trabalhador da Convenção Coletiva Aplicável* – RJLB, Ano 4 (2018), 1969-2034, p. 1973.

⁴⁵³ *Op. cit.*, p. 1139.

⁴⁵⁴ Disponível em

<https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/620eba33122bffd4802579e2004db58a?OpenDocument>

Prosseguiu o referido aresto referindo ser a convenção colectiva a expressão fundamental da autonomia colectiva, entendida como fenómeno de auto-regulamentação de interesses entre grupos contrapostos, instrumento este que envolve a aceitação, pelo ordenamento jurídico, do compromisso obtido pelas partes quanto às condições de trabalho que irão vigorar entre as entidades empregadoras e os trabalhadores abrangidos.

Citando HUECK/NIPPERDEY naquilo que apelidou de feliz expressão, o acórdão relembra que “a convenção coletiva é um contrato colectivo com primazia sobre os contratos individuais. Fornece uma forma jurídica que possibilita aos trabalhadores organizados em autodefesa contratar, como colectivo, as condições de trabalho com os empregadores e, assim, transformar a igualdade jurídica formal da relação individual de trabalho, baseada no princípio da liberdade contratual, numa real equiparação”.

Daqui decorre para o aresto que, na relação entre convenção colectiva de trabalho e contratos individuais de trabalho, as cláusulas de feição normativa que as integram constituem “um mínimo de condições de trabalho”, as quais apenas podem ser afastadas na contratação individual se resultarem efectivamente em melhoria de condições de trabalho para os trabalhadores, conquanto que daquelas disposições não resulte o contrário.

No mesmo sentido, ROMANO MARTINEZ⁴⁵⁵ refere resultar do art.º 476.º do CT que as disposições dos instrumentos de regulamentação colectiva podem ser afastadas por cláusula de contrato de trabalho desde que nesta se estabeleçam condições mais favoráveis ao trabalhador, por se partir do pressuposto de que “(...) por via de regra, no instrumento de regulamentação colectiva de trabalho se prescrevem condições mínimas, podendo o contrato estabelecer para além destas, de modo mais favorável ao trabalhador”.

Por outro lado, relativamente ao conteúdo das convenções colectivas, previsto no art.º 492.º do CT, é frequente fazer-se a distinção entre cláusulas de natureza obrigacional e de cariz regulativo.

As cláusulas obrigacionais dizem respeito às regras que disciplinam as relações entre as partes signatárias, como a prevista no art.º 492.º n.º 2 alínea a) do CT, que versa sobre o cumprimento da convenção e os meios de resolução dos conflitos colectivos.

Por seu turno, as cláusulas de conteúdo regulativo correspondem, essencialmente, às normas típicas das convenções colectivas e têm em vista regular as relações individuais de trabalho estabelecidas entre empregador e trabalhador filiados nas associações outorgantes, de que

⁴⁵⁵ *Op. cit.*, p. 1130.

destacamos – a título exemplificativo – a constante no art.º 492.º n.º 2 alínea e) do CT, atinente à estatuição da retribuição base para todas as profissões e categorias profissionais.

Efectivamente, dentre estas cláusulas, é incontornável não se atribuir especial relevo às que respeitam a tabelas retributivas, sendo as que, tradicionalmente, maior peso assumiam na negociação colectiva.

Aliás, é a própria lei (art.º 488.º n.º 1 do CT) a prever, expressamente, ser dever das partes outorgantes “(...) atribuir prioridade à negociação da retribuição e da duração e organização do tempo de trabalho, tendo em vista o ajuste do acréscimo global de encargos daí resultante (...)”, o que diz bem do peso do fenómeno retributivo em sede de contratação colectiva de trabalho.

De igual modo, é usual recortar-se o âmbito de aplicação da convenção colectiva na sua vertente pessoal (art.º 496.º e seguintes do CT), temporal (art.º 499.º e seguintes do CT) e geográfica (art.º 492.º n.º 1 alínea c) do CT).

Interessa-nos, essencialmente, o âmbito de aplicação pessoal (reportado ao princípio da filiação), que encerra algumas questões que carecem de dilucidação, mormente no que diz respeito à relação entre este princípio e instrumentos não negociais de regulamentação colectiva do trabalho, como a portaria de extensão, com claros reflexos na componente retributiva, como atrás se referiu, bem como a referência à possibilidade de suspensão da convenção coletiva (prevista no n.º 3 do art.º 502.º do CT), que coloca algumas questões no que concerne à retribuição a auferir nesse período pelos trabalhadores.

Como já se adiantou, **o princípio da filiação** reporta-se ao âmbito pessoal da convenção colectiva de trabalho.

Nesse sentido, e como referido por GONÇALVES DA SILVA, “Concentrando a nossa análise na eficácia pessoal (âmbito subjetivo) da fonte convencional, retenhamos que o nosso ordenamento estabeleceu a regra segundo a qual a convenção coletiva tem somente eficácia *inter partes* (artigo 496.º, n.ºs. 1 e 2). Nestes termos, o âmbito subjetivo – ou pessoal – da convenção é determinado, em regra, pela filiação do empregador (caso não celebre a convenção diretamente) e do trabalhador nas associações outorgantes. A isto se chama princípio da filiação ou, talvez mais corretamente, princípio da dupla filiação”⁴⁵⁶.

Dito de outra forma, é necessário – para que se possa aplicar a convenção (e respectivas tabelas retributivas) – que (por regra) as partes (empregador e trabalhador) estejam filiadas nas organizações signatárias.

⁴⁵⁶ GONÇALVES DA SILVA, *op. cit.*, p. 1976.

E dizemos por regra porque o princípio comporta duas exceções, a prevista no art.º 497.º do CT (em que se permite que um trabalhador não filiado possa escolher qual dos instrumentos de regulamentação colectiva em vigor na empresa quer que se lhe aplique) e a constante no art.º 498.º do CT (que estatui ser a convenção colectiva aplicável à entidade adquirente de empresa onde vigorava um instrumento de regulamentação colectiva).

Interessa-nos, sobretudo, a excepção contida no art.º 497.º do CT.

Para GONÇALVES DA SILVA “O presente preceito permite que um trabalhador não filiado escolha, por acto unilateral – aplicando-se, no âmbito da empresa, uma ou mais convenções colectivas ou decisões arbitrais – ser destinatário de um destes instrumentos. Este direito potestativo conferido pelo legislador torna naturalmente irrelevante a posição do empregador”⁴⁵⁷.

Trata-se, pois, de um acto unilateral que o trabalhador não filiado pode livremente praticar, sem necessidade de qualquer fundamentação, restando ao empregador suportar a modificação unilateral operada, ao arrepio do quadro geral constante do art.º 406.º n.º 1, segunda parte do Código Civil.

Neste particular, importa salientar que – ao contrário do referido pelo denominado Livro Branco das Relações Laborais⁴⁵⁸ – não estamos perante uma adesão (individual) ao IRCT por parte do trabalhador.

Na verdade, o aludido Livro Branco refere que “A comissão ponderou, ainda, a possibilidade de adesão individual do trabalhador não sindicalizado a uma convenção colectiva aplicável na empresa que abranja a respectiva profissão, como meio de estender a cobertura das convenções e, eventualmente, promover a unidade da regulamentação colectiva na empresa. (...) Nestas situações, se a lei atribuir à adesão o mesmo efeito vinculante que decorre do princípio da filiação, não é posto em causa o direito de contratação colectiva, constitucionalmente reconhecido a todas as associações sindicais, porque a convenção anteriormente aplicável ao trabalhador continua em vigor”.

Ora, o trabalhador não passa a ser parte do instrumento convencional, já que mantém a sua incapacidade para esse efeito, tendo “apenas” a possibilidade (porque titular desse verdadeiro direito potestativo conferido pelo Código de Trabalho) de optar pela aplicação desse instrumento.

⁴⁵⁷ *Op. cit.*, p. 1982.

⁴⁵⁸ Ministério do Trabalho e da Segurança Social, Lisboa, 2017, p. 119, disponível em <http://www.oa.pt/upl/%7B36835102-0af2-4deb-9ad1-0ab3ee0fb61f%7D.pdf>.

Não obstante a (quanto a nós, incorrecta) alusão à possibilidade de “adesão” individual de trabalhador não sindicalizado no aludido Livro Branco, perpassa do mesmo que um dos objectivos de tal permissão radicava no desejo de uniformização regulativa das empresas.

Por outro lado, se atendermos a que as taxas de filiação de empresas e trabalhadores em estruturas de representação colectiva têm vindo, paulatinamente, a decrescer⁴⁵⁹, divisava o legislador suprimir as limitações da eficácia do instrumento convencional, criando um mecanismo de extensão pessoal da convenção.

Acompanhamos GONÇALVES DA SILVA⁴⁶⁰ quando este refere que a solução legal plasmada no art.º 497.º do CT se presta a críticas já que, ao permitir que um trabalhador usufrua, por acto unilateral, da aplicação de uma convenção colectiva outorgada por uma associação em que não se encontra filiado encerra o risco de esvaziar de conteúdo útil a filiação e, consequentemente, fragilizar a actividade sindical.

Ou, como refere JÚLIO GOMES⁴⁶¹, a permissão contida no art.º 497.º do CT pode redundar num “(...) claro efeito anti-sindical”.

Na verdade, como nota o autor, o preceito “(...) pode propiciar fenómenos de gestão de interesses patrimoniais dos sindicatos pelos empregadores, quando não verdadeiros “apadrinhamentos” de certos sindicatos por alguns empregadores, permitindo a referida norma contornar a exigência legal de independência dos sindicatos face aos empregadores”⁴⁶².

As reservas ora suscitadas lançaram, legitimamente, dúvidas quanto à compatibilização constitucional do preceito em apreço, levando mesmo a que um grupo de deputados à Assembleia da República tenha pedido a apreciação e declaração da inconstitucionalidade (entre outras) da norma constante no art.º 497.º do CT, e sobre o qual viria a ser proferido o Acórdão do TCP n.º 338/10, de 22 de Setembro de 2010⁴⁶³.

E, convenhamos, os argumentos aduzidos nesse sentido revelavam-se ponderosos, já que qualificavam a possibilidade de extensão contida na norma “(...) desnecessária e atentatória dos direitos das associações sindicais e dos seus associados”.

Desnecessária porque entendiam que a lei já previa o mecanismo de extensão das convenções colectivas e decisões arbitrais, que permite alargar o âmbito originário da convenção a trabalhadores e empregadores, nomeadamente a trabalhadores sem filiação sindical.

⁴⁵⁹ Actualização de 2018 do Livro Verde sobre as Relações Laborais 2016, p. 14 e disponível em <https://www.portugal.gov.pt>.

⁴⁶⁰ *Op. cit.*, p. 1988.

⁴⁶¹ GOMES, Júlio – “*Código do Trabalho de 2009 e a Promoção da Desfiliação Sindical*”, Novos Estudos de Direito do Trabalho. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 179.

⁴⁶² GOMES, Júlio – “*Código do Trabalho de 2009 e a Promoção da Desfiliação Sindical*”, *op. cit.*, p. 182.

⁴⁶³ Disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20100338.html>.

Atentatória contra os direitos das associações sindicais, por defenderem que “(...) a Constituição consagra a competência destas para cumprir desiderato fundamental de defesa dos direitos e interesses dos trabalhadores que representem, o direito de contratação colectiva (artigo 56.º n.º 3 da Constituição)”.

Insurgiam-se, no fundo, contra a circunstância de a norma – ao permitir que o trabalhador que voluntariamente optou por não se sindicalizar, adira a uma convenção colectiva ou decisão arbitral em substituição da sua filiação no sindicato outorgante – constituir um mecanismo que poderia incentivar a não filiação sindical, ou mesmo a desfiliação sindical.

De igual modo, atenta a subordinação económica do trabalhador à entidade patronal, esta poderia influenciá-lo na escolha e determinar a desfiliação do sindicato em que estiver inscrito, sendo que “Qualquer uma das situações referidas poderá determinar a violação do direito de liberdade de inscrição sindical, na dupla vertente positiva e negativa”.

Neste particular, começa o acórdão por reconhecer ser legítimo questionar se os trabalhadores não sindicalizados não deverão ser excluídos dos benefícios da actividade sindical, nomeadamente dos benefícios decorrentes da contratação colectiva, atento o disposto no art.º 56.º n.º 3 da CRP, que prescreve competir às associações sindicais esse exercício, o qual é garantido nos termos da lei, não ilidindo existir “(...) uma incindível ligação entre contratação colectiva e associações sindicais”.

No entanto, e referindo-se à permissão concedida a trabalhador não filiado de escolher os instrumentos de regulamentação colectiva que lhe serão aplicados, relembra o acórdão que os mesmos são muitas vezes aplicáveis “(...) por força de portarias de extensão, a trabalhadores não filiados nos sindicatos que as celebram. E ninguém defende a inconstitucionalidade de tais portarias de extensão pelo facto de permitirem a trabalhadores não filiados nos sindicatos terem os mesmos direitos que os trabalhadores filiados em sindicato que tenha celebrado convenção colectiva”.

De igual modo, para refutar o argumento de que o disposto no art.º 497.º do CT desincentiva a inscrição sindical, enfraquecendo as respectivas associações (o que não refuta), nota que a CRP salvaguarda a liberdade de inscrição sindical, desde logo enquanto liberdade negativa, pelo que constituiria uma violação da constituição (art.º 55.º) obrigar os trabalhadores a inscreverem-se num determinado sindicato.

Aduz, igualmente, que o juízo de (in)constitucionalidade da norma sindicada terá de levar em consideração o princípio da igualdade, no que especificamente respeita às condições do trabalho, parcialmente afluído no art.º 59.º da CRP.

E, neste particular, propugna que, sem prejuízo das diferenças resultantes dos contratos individuais de trabalho “(...) os trabalhadores de unidades ou sectores de produção semelhantes devem, tendencialmente, estar sujeitos ou beneficiar de condições gerais de trabalho semelhantes. É este o fundamento das chamadas portarias de extensão e é isto que, em conjugação com a liberdade sindical negativa (...) legitima que, nos termos do artigo 497.º do Código do Trabalho, o trabalhador não inscrito ou filiado possa aderir a uma convenção colectiva ou a decisão arbitral aplicável a outros trabalhadores da mesma unidade ou do mesmo sector de produção”.

Finalmente, lançando mão do disposto no art.º 492.º n.º 4 do CT (que prescreve a possibilidade de a convenção colectiva prever, caso o trabalhador lance mão da escolha prevista no art.º 497.º do mesmo diploma, que este pague um montante nela estabelecido às associações sindicais envolvidas, a título de comparticipação nos encargos da negociação) o acórdão descortina no preceito um mecanismo de salvaguarda das associações sindicais.

De acordo com o aresto, a norma do art.º 492.º n.º 4 do CT permite tornar a solução da filiação sindical (que automaticamente aplica a convenção colectiva) mais vantajosa do que o pagamento de uma verba específica para beneficiar dessa mesma convenção colectiva, considerando que o pagamento de tal verba constituía, só por si, uma forma de envolvimento com a associação sindical.

No entender do aresto, “Consegue-se, assim, uma concordância prática entre a liberdade individual de inscrição ou não inscrição nos sindicatos conjugada com o princípio da igualdade (que postula iguais condições de trabalho, para trabalhadores em igualdade de situações, dentro das mesmas unidades ou sectores de produção), por um lado, e o direito das associações sindicais a quem compete a contratação colectiva, por outro”.

Conclui, pois, que o art.º 497.º do CT não viola os direitos das associações sindicais (art.º 56.º n.ºs 1 e 2 da CRP) e, em especial, o direito de contratação colectiva que exclusivamente lhes compete (art.º 56.º n.º 3 da CRP).

Entendemos que esta verdadeira “solução de compromisso” gizada pelo douto Acórdão do TCP não fica isenta de reparos, pois – na esteira de GONÇALVES DA SILVA⁴⁶⁴ – o preceito vertido no art.º 497.º do CT aparenta situar-se numa zona cinzenta de inconstitucionalidade, atentos os argumentos aduzidos pelo aresto.

Desde logo porque a “equiparação” entre convenções colectivas e portarias de extensão tem merecido profunda (e dissonante) reflexão do próprio Tribunal Constitucional.

⁴⁶⁴ *Op. cit.*, p. 1991.

Basta atentarmos no vertido no Acórdão do TCP n.º 580/2004, de 28 de Setembro⁴⁶⁵, onde se reiterou – referindo-se ao Acórdão n.º 368/97⁴⁶⁶ – que “O Tribunal Constitucional, ainda que com jurisprudência divergente, já considerou que a conformidade à Constituição das normas contidas em convenções colectivas de trabalho pode ser apreciada no âmbito de um recurso de fiscalização concreta de constitucionalidade”.

Apoiando-se no vertido no n.º 4 do art.º 56.º da CRP, o acórdão vinca ser indiscutível a juridicidade das normas constantes de convenções colectivas, salientando que não só são normas jurídicas por determinação da lei, como se adequam a um conceito funcional de norma jurídica, por regularem direitos e deveres recíprocos dos trabalhadores e entidades patronais.

Aliás, tais normas, quando estabelecem limites mínimos (condições mais favoráveis aos trabalhadores), prevalecem até sobre as normas estatais.

Prossegue, referindo que “A tudo isto acresce que as convenções colectivas e portarias de regulamentação regulam idênticas matérias, o que significa que existe identidade de objecto entre normas estatais e normas convencionais”.

Daí ter entendido que, contendo as portarias de extensão (necessárias por força do princípio da igualdade) normas jurídicas sujeitas ao controlo de constitucionalidade, ocorreria ofensa ao aludido princípio se as normas das convenções colectivas não estivessem sujeitas aos mesmos critérios de validade e (mais importante ainda) se os sujeitos abrangidos não tivessem os mesmos direitos e garantias.

Por seu turno, e conforme já referido anteriormente, a **portaria de extensão** figura entre os IRCT não negociais.

Na verdade, a lei prevê (art.º 514.º do CT) que, em determinadas circunstâncias, e ultrapassando o princípio da filiação, possam as convenções colectivas e as decisões arbitrais aplicar-se a quem não seja filiado nas associações signatárias mediante portaria de extensão.

No entanto, como nota TERESA RIBEIRO⁴⁶⁷, “(...) apesar de as portarias lograrem suprir algumas das deficiências provocadas pela regra da eficácia limitada das convenções, levantam problemas delicados de compatibilização constitucional. Isto porque as portarias contendem com os domínios da autonomia coletiva, da reserva constitucional de lei e da hierarquia constitucional dos atos normativos”.

⁴⁶⁵ Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20040580.html>.

⁴⁶⁶ DR, II Série, de 12 de Julho de 1997.

⁴⁶⁷ RIBEIRO, Ana Teresa – *Portarias de Extensão – Um Breve Olhar*. Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas, n.º 25, 2014, p. 17.

Sublinha, no entanto, a autora que, apesar de tais dúvidas suscitadas pela doutrina, a jurisprudência constitucional pendeu para a não inconstitucionalidade de tal instrumento de regulamentação.

Referia-se, em concreto, ao Acórdão do TCP n.º 306/2003⁴⁶⁸, onde a apreciação desta questão (entre muitas outras) foi suscitada pelo Presidente da República, em concreto a inconstitucionalidade da norma constante no n.º 1 do art.º 4.º do CT, que possibilita o afastamento das normas do código por instrumentos de regulamentação colectiva, salvo quando delas resultar o contrário.

Começou o TCP por delimitar a questão em apreciação inferindo pela formulação do pedido de fiscalização que a mesma não respeitava às convenções colectivas, mas tão-somente aos regulamentos administrativos, como as portarias de extensão.

Assim, começou por referir o aresto que importava, desde logo, distinguir entre regulamentos de extensão, correspondentes às actuais portarias de extensão, e regulamentos de condições mínimas.

Nas portarias de extensão (e quando circunstâncias sociais e económicas o justifiquem) procede-se à extensão do âmbito de aplicação das convenções colectivas a empregadores do mesmo sector de actividade e a trabalhadores da mesma profissão ou profissão análoga quando não existam associações sindicais ou de empregadores e se verifique identidade económica e social.

O próprio acórdão mostrava-se ciente de que a doutrina, em geral, sempre questionara a constitucionalidade das portarias de regulamentação de trabalho (criadoras de normas jurídico-laborais), mas já não a das portarias de extensão, nas quais, diferentemente, os ministros responsáveis se limitam a alargar o âmbito de aplicação de uma convenção, não criando directamente cláusulas normativas novas.

Para o TCP, “A admissibilidade constitucional dos regulamentos de extensão radica no poder conferido à lei pelo artigo 56.º n.º 4 da CRP, de estabelecer regras quanto à eficácia das normas das convenções colectivas de trabalho e na preocupação de, por essa via, assegurar, na medida do possível, a igualdade de tratamento dos trabalhadores”.

Para tanto, e apoiando-se nos ensinamentos de MARIA DO ROSÁRIO RAMALHO⁴⁶⁹, recordou que as portarias de extensão constituem o meio de assegurar a eficácia geral da convenção colectiva e de suprir as lacunas resultantes do funcionamento normal de um sistema

⁴⁶⁸ Disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20030306.html>.

⁴⁶⁹ RAMALHO, Maria do Rosário Palma - *Da Autonomia Dogmática do Direito do Trabalho*. Coimbra: Almedina, 2000, pp. 919-923.

convencional de regulamentação colectiva assente no pluralismo e na liberdade de associação sindical e empresarial.

Logo, a portaria de extensão tem essencialmente como objectivo suprir a existência de vazios regulativos, como também o de assegurar, na medida do possível, a uniformidade da situação jurídica dos trabalhadores da mesma categoria ou área profissional.

Conclui a autora⁴⁷⁰ que “mantendo-se, em termos formais, um produto do poder regulamentar do Estado, em termos substanciais o que as portarias de extensão fazem é dotar de força pública um regime jurídico de direito privado para viabilizar a sua aplicação a sujeitos privados que, por efeito dos princípios da liberdade e do pluralismo sindical que inspiram o sistema de negociação colectiva, dele estavam excluídos”.

Nestes termos, o TCP entendeu que, independentemente da questão de saber se as portarias de extensão ainda contêm, pelos seus efeitos, uma modificação da lei num sentido proibido pelo art.º 112.º n.º 6 da CRP (referente aos actos normativos), não podia ignorar o seu carácter não inovatório, em termos de norma substantiva, ou o seu objectivo de assegurar, por relevantes razões sociais e económicas, uma uniformização mínima do tratamento dos trabalhadores da mesma profissão, bem como (e decisivamente) que com a sua emissão o legislador está ainda a regular a eficácia das normas constantes das convenções colectivas, o que lhe é consentido pelo n.º 4 do art.º 56.º da CRP.

Fundamentos que levaram o TCP a não se pronunciar por um juízo de inconstitucionalidade.

Tal não significa, no entanto, que as reticências constitucionais se tenham desvanecido (na doutrina) e que o instituto não se preste a algumas dúvidas suscitadas pelo seu âmbito de aplicação.

Ora, se para ROMANO MARTINEZ⁴⁷¹ dúvidas não subsistem que, mediante uma portaria de extensão, os referidos instrumentos estendem a sua aplicação a trabalhadores não sindicalizados e a empregadores não filiados em associações de empregadores, poder-se-á no entanto discutir “(...) se, eventualmente, se poderá alargar o âmbito de aplicação de uma convenção colectiva a trabalhadores filiados em outro sindicato ou a empregadores membros de outra associação de empregadores, distintos das entidades outorgantes do mencionado instrumento de regulamentação colectiva”.

Para o autor, não parece razoável aplicar-se, por via da extensão, um instrumento autónomo de regulamentação colectiva a trabalhadores sindicalizados em outros sindicatos ou a

⁴⁷⁰ *Op. cit.*, p. 923.

⁴⁷¹ MARTINEZ, Pedro Romano – *Direito do Trabalho*. 10.ª ed., Coimbra: Almedina, 2022, p. 1183.

empregadores filiados em outras associações pois, de contrário, estar-se-á a pôr em causa o princípio da autonomia privada.

A isto (e para o mesmo autor) acresce que, segundo a regra de subsidiariedade contida no art.º 515.º do CT, a portaria de extensão só pode ser emitida na falta de convenção colectiva, pelo que se dá preferência à autonomia da vontade.

Admite, no entanto, que a opinião contrária tem a seu favor um argumento poderoso: o facto de a portaria de extensão ter por objectivo uniformizar as relações laborais, minimizando as hipóteses de distinções entre trabalhadores e de concorrência entre empresas por aplicação de regimes distintos no mesmo sector.

A posição contrária tem sido defendida, sobretudo, por GONÇALVES DA SILVA⁴⁷², já que para este autor não lhe “(...) parece existir violação da liberdade sindical pelo simples facto de a portaria se aplicar a filiados em associações não outorgantes. Naquela subsume-se não só a possibilidade de não inscrição, mas também a de desfiliação de qualquer sindicato”.

Opinião que parece ser secundada por MARIA DO ROSÁRIO RAMALHO⁴⁷³, embora aduzindo argumentos diferentes.

Na verdade, a autora invoca fundamentalmente três motivos que militam em apoio do seu entendimento.

Desde logo, a letra da lei, uma vez que o art.º 514.º n.º 1 do CT não permite empreender qualquer distinção em razão da filiação sindical ou patronal.

Depois, porque a própria lei estabelece um mecanismo de reacção – o direito de oposição dos interessados, previsto no art.º 516.º n.º 3 do mesmo diploma – o qual seria o meio de protecção adequado da autonomia colectiva.

Por fim, porque “(...) os entes laborais colectivos poderão sempre celebrar uma outra convenção, que prevalecerá sobre a portaria de extensão, nos termos gerais do art.º 515.º do CT”⁴⁷⁴.

Este argumento foi, aliás, replicado no Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 28 de Fevereiro de 2019⁴⁷⁵, onde o aresto começa por esclarecer que as portarias de extensão constituem um modo de regulação administrativa das relações de trabalho, previsto na lei, e pelo

⁴⁷² SILVA, Gonçalves – *Pressupostos, Requisitos e Eficácia da Portaria de Extensão*, Revista Estudos do Instituto de Direito do Trabalho, Vol. 1, Coimbra: Almedina, 2001, p. 771.

⁴⁷³ RAMALHO, Maria do Rosário Palma – *Tratado de Direito do Trabalho*, parte III, Situações Laborais Colectivas, 2ª edição actualizada. Coimbra: Almedina, 2015, p. 389.

⁴⁷⁴ *Op. cit.*, p. 590.

⁴⁷⁵ Disponível em

<http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/4c3d7c22dc532bd5802583c50043b523?OpenDocument>.

qual a Administração se pode sobrepor à vontade dos respectivos sujeitos, impondo-lhes a obrigação de cumprir o clausulado de determinada convenção colectiva.

Daí ter referido que “Para ressaltar os princípios da filiação, da autonomia privada e da liberdade sindical, devem essas entidades colectivas que não pretendem que determinado CCT se lhes aplique, opor-se à aplicação da portaria de extensão, nos termos do n.º 3 do art.º 516.º do Código do Trabalho, invocando precisamente tais princípios”.

Nesse sentido, e apoiando-se igualmente no entendimento sufragado por GONÇALVES DA SILVA (atrás expresso), entendeu que “A circunstância de a entidade empregadora (e apenas ela) ter subscrito um determinado CCT, não impede que outro CCT lhe venha a ser aplicado, por via de uma portaria de extensão, desde que esse outro CCT se reporte ao sector de actividade e profissional dessa entidade empregadora e dos seus trabalhadores (art.º 514.º n.º 1, do Código do Trabalho)”.

O ora exposto é demonstrativo da incerteza jurídica com que se debatem empresas e trabalhadores nas situações em que vários instrumentos de regulamentação colectiva são potencialmente aplicáveis à sua actividade.

Reitere-se (porque relevante para o nosso estudo) que as tabelas retributivas assumem especial relevo em sede de negociação colectiva, devendo, aliás, a sua negociação ser priorizada (art.º 488.º n.º 1 do CT) pelas partes outorgantes, pelo que as dúvidas apontadas interferem (ou podem interferir) com o *quantum* da retribuição a receber pelo trabalhador, até porque as regras de conflito são de difícil apreensão e geram mesmo decisões contraditórias nos tribunais.

Foi, aliás, o que aconteceu no Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, proferido a 13 de Janeiro de 2022⁴⁷⁶, o qual, militando em sentido contrário ao do acórdão da mesma Relação (de 28 de fevereiro de 2019, anteriormente analisado), apoiar-se-ia – a nosso ver, corretamente – nos ensinamentos de ROMANO MARTINEZ.

Efectivamente, começa o aresto por lembrar que o art.º 496.º n.º 1 do CT prescreve que a convenção colectiva obriga o empregador que a subscreve ou filiado em associação de empregadores celebrante, bem como os trabalhadores ao seu serviço que sejam membros de associação sindical celebrante, assim consagrando o preceito o chamado “princípio da dupla filiação”.

Logo, o contrato colectivo de trabalho aplica-se aos contratos em que ambos os contraentes sejam filiados nas organizações subscritoras que os representem, podendo, porém, o seu âmbito alargar-se (total ou parcialmente) pelo mecanismo das portarias de extensão a entidades

⁴⁷⁶ Disponível em <https://www.direitoe-mdia.pt/search/show/98850adf4bf11b88fbb3be3a34ee7d6dc66ea8b41176f440d397977758d33ffe>.

empregadoras do mesmo sector económico e a trabalhadores da mesma profissão ou análoga, como decorre do art.º 514.º n.º 1 do CT.

No entanto, nota o acórdão que, atento o princípio da subsidiariedade vertido no art.º 515.º do mesmo diploma, a portaria de extensão só pode ser emitida na falta de instrumento de regulamentação colectiva de trabalho negocial, sendo que, no caso *sub judice*, a empregadora e o sindicato (autor na acção) estão representados em associações que celebraram contrato colectivo de trabalho em que um deles não está representado no outro.

Daí não ignorar o aresto que “Tem sido debatida da doutrina e na jurisprudência a hipótese de numa situação destas poder estender-se o CCT através de uma portaria de extensão, por violação do princípio da liberdade negocial, quer individual: art.º 405.º do Código Civil; quer colectiva: art.ºs. 55.º e 56.º da Constituição da República Portuguesa, quanto às associações sindicais, art.º 440.º do CT quanto a trabalhadores e empregadores”.

Citando o entendimento de ROMANO MARTINEZ sobre a matéria, isto é, que a portaria de extensão não deverá abranger o alargamento de aplicação duma convenção colectiva aos trabalhadores de um sindicato não signatário do acordo e a empregadores filiados noutra associação de empregadores, aduz um argumento que nos parece ponderoso e com o qual concordamos.

Referimo-nos à justificação dado pelo autor para fundamentar que, de contrário, estar-se-ia a pôr em causa a autonomia contratual desse sindicato, coarctando a sua liberdade negocial.

Na verdade, “Se um determinado sindicato não quis negociar e celebrar aquela convenção colectiva, ou não pretendeu, depois desta estar celebrada, aderir a esse instrumento, quer isso dizer que ele tinha alguma objecção relativa a essa convenção colectiva. Assim sendo, se a associação sindical tem uma objecção quanto àquela convenção colectiva ou àquela decisão arbitral, admitir-se que, por via de uma portaria de extensão, os filiados nesse sindicato ficarão submetidos ao sobredito instrumento coletivo, pressupõe que coarta a autonomia contratual das associações sindicais no que respeita à negociação e celebração de convenções colectivas.”⁴⁷⁷.

Idêntico raciocínio podia ser expendido relativamente às associações de empregadores, sendo que, de outra forma, poderia o poder estatal (mediante a portaria de extensão) pressionar sindicatos e associações de empregadores a, indiretamente, aceitá-la com o perigo de “(...) associações mais representativas verem a sua influência ser suplantada por um instrumento celebrado por associações menos representativas.”⁴⁷⁸.

⁴⁷⁷ MARTINEZ, Pedro Romano – *Direito do Trabalho*. 10ª ed., Coimbra: Almedina, 2022, p. 1185.

⁴⁷⁸ *Op. cit.*, p. 1186.

Acrescentamos nós que, também nesta esteira, JÚLIO GOMES⁴⁷⁹ sublinhou que em Portugal qualquer sindicato tem capacidade negocial colectiva, ou seja, qualquer sindicato pode celebrar uma convenção colectiva, e a nossa lei não contém uma exigência de um número mínimo de filiados para que se possa validamente constituir um sindicato, mesmo que esse sindicato seja restrito a uma empresa, nem tão-pouco qualquer exigência de um número mínimo de actividade, nem genuínos critérios de representatividade real.

Logo, as convenções celebradas por sindicatos débeis podem representar um perigo (em Itália já foram designadas de convenções colectivas “piratas”), que será potenciado se puderem ser estendidas a trabalhadores e a empregadores respectivamente filiados em sindicatos e associações não outorgantes.

Daí ter o Acórdão aderido a este entendimento (invertendo a decisão proferida pelo tribunal *a quo*), concluindo que, sob pena de violação do princípio da subsidiariedade previsto no art.º 515.º do CT, uma portaria de extensão só pode ser emitida na falta de instrumento de regulamentação colectiva de trabalho negocial.

O Acórdão não pode deixar de merecer aplauso, já que este (reiterado) atropelo da autonomia colectiva por instrumentos de regulamentação colectiva negociados por terceiros (por vezes com escassa representatividade no sector abrangido) pode gerar indesejada insegurança na definição do estatuto laboral dos trabalhadores.

E tal decisão veio mesmo a ser confirmada pelo STJ no recurso que dela foi interposto.

Efectivamente, em acórdão, proferido em 26 de Junho de 2022⁴⁸⁰, o STJ começou por delimitar a questão, que consistia em saber se uma portaria de extensão pode determinar a aplicação de uma convenção colectiva a trabalhadores não filiados na organização sindical outorgante (mas que sejam membros de um outro sindicato) e, identicamente, a empregadores filiados em associações diversas daquela que subscreveu a convenção.

Razão pela qual, e tudo ponderado, entendeu o douto Acórdão do STJ que “(...) uma Portaria de Extensão não pode determinar a aplicabilidade duma convenção colectiva a trabalhadores não filiados na organização sindical outorgante mas que sejam filiados numa organização sindical diferente”.

⁴⁷⁹ GOMES, Júlio – *A contratação coletiva in peius e a representatividade sindical, Crise Económica: Fim ou refundação do Direito do Trabalho*, Actas do Congresso mediterrânico de Direito do Trabalho, Estudos APO-DIT 1, AAFDL. Lisboa, 2016, p. 91.

⁴⁸⁰ Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/a0f207d1664eb8258025886e0036d7f7?OpenDocument>.

Reiteramos, assim, que a decisão do STJ em análise, constitui importante (e, espera-se, decisivo) contributo para clarificar o quadro do estatuto laboral das empresas e trabalhadores, passo fundamental para a estabilidade das relações laborais.

De igual modo, e porque entendemos que a fundamentação jurídica que lhe subjaz é a mais consentânea com o quadro legal vigente, deverá a mesma ser, doravante replicada, mesmo que tal comporte – como releva para o nosso estudo – que determinada tabela retributiva não possa ser aplicada a determinado trabalhador, ainda que lhe seja mais favorável.

Isso mesmo resulta do Acórdão da Relação de Lisboa de 15 de Fevereiro de 2012⁴⁸¹, onde um sindicato pretendia que as tabelas retributivas de um contrato colectivo de trabalho celebrado por um outro sindicato fossem aplicadas aos trabalhadores de uma empresa seus filiados, por serem mais favoráveis do que as tabelas retributivas consagradas no instrumento de regulamentação colectiva por si negociado.

Neste aresto, foi decidido que uma portaria de extensão que alargara o âmbito originário do contrato colectivo de trabalho mais favorável não permite que este seja aplicado a esses trabalhadores, argumentando-se que a mesma não pode ter por destinatários quem não esteja filiado nas associações sindicais e de empregadores signatárias da convenção colectiva, surgindo assim como forma de suprir a inércia daqueles que não quiseram filiar-se em associações sindicais ou de empregadores existentes.

Por fim, não podemos deixar de trazer à colação o vertido no (actual) n.º 3 do art.º 502.º do CT, que estatui que “A convenção coletiva ou parte dela pode ser suspensa temporariamente na sua aplicação, em situação de crise empresarial, por motivos de mercado, estruturais ou tecnológicos, catástrofes ou outras ocorrências que tenham afetado gravemente a atividade normal da empresa, desde que tal medida seja indispensável para assegurar a viabilidade da empresa e a manutenção dos postos de trabalho, por acordo escrito entre as associações de empregadores e as associações sindicais outorgantes sem prejuízo da possibilidade de delegação”.

Interessa-nos, sobretudo, analisar os efeitos de tal suspensão especificamente considerada em matéria retributiva, já que pode ser objecto de suspensão todo o seu regime, nomeadamente a quantia e a estrutura da retribuição.

Diga-se, desde já, que o mesmo não contende com o princípio da irredutibilidade da retribuição - previsto na alínea d) do n.º 1 do art.º 129.º do CT – por se tratar, precisamente, de excepção prevista “neste Código” (como enuncia o mencionado artigo) e como decorre do n.º

⁴⁸¹ <https://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/95023b2113f37ef7802579aa004d5aa8>

6 do art.º 502.º do mesmo diploma, ao prescrever que a suspensão e a revogação “(...) prejudicam os direitos decorrentes da convenção, salvo se na mesma forem expressamente ressalvados pelas partes”.

Questão diferente é a de saber qual a retribuição a pagar como contrapartida da prestação laboral, se as partes se limitarem a desaplicar o negociado a nível retributivo na convenção colectiva, podendo assim estar em causa a sua indeterminação.

Sobre esta questão se debruçou SÓNIA PRETO⁴⁸², a qual preconiza que tal lacuna (a existir) poderia ser colmatada pela aplicação da RMMG, mas a mesma “(...) poderia afrontar em concreto a disposição que obriga a que na determinação do valor da retribuição se deve ter em conta “a quantidade, natureza e qualidade do trabalho”, conforme vertido na alínea a) do n.º 1 do art.º 59.º da CRP.

Logo, uma solução passaria por empreender a determinação judicial do valor da retribuição, prevista no art.º 272.º n.º 1 do CT, tendo “em conta a prática da empresa e os usos do sector ou locais”.

Todavia, acompanhamos a autora quando a mesma propugna que, “(...), o acordo de suspensão deve fixar expressamente a retribuição que passará a vigorar no período de suspensão, e poderá inclusivamente prever um plano de convergência no sentido da recuperação progressiva das condições iniciais que poderá estar indexada à melhoria das condições que determinaram a crise empresarial e a respetiva medida.”⁴⁸³

Salienta-se que, caso a retribuição resulte de acordo individual, a mesma cairá, naturalmente, fora do âmbito da suspensão, o mesmo valendo para as relações laborais reguladas por outro IRCT que não seja abrangido pela suspensão.

O sobredito pode colocar em causa o princípio constitucional (e legal) da igualdade salarial (para trabalho igual, salário igual), pelo que esta garantia não pode ser descurada e terá sempre de balizar a margem negocial em matéria de suspensão da convenção colectiva em sede retributiva.

Na verdade, e conforme salienta SÓNIA PRETO⁴⁸⁴, “O salário deve ser équo assumindo assim uma projecção normativa direta e efetiva no plano das relações de trabalho, não podendo

⁴⁸² PRETO, Sónia – *Primeiras notas sobre o novo artigo 502.º do Código do Trabalho: a suspensão da convenção colectiva de trabalho*. Direito e Justiça, Vol. III (Especial), 2015, p. 517.

⁴⁸³ *Op. cit.*, p. 518.

⁴⁸⁴ *Op. cit.*, p. 518.

por nenhuma das vias possíveis (...) atingir-se o resultado de, numa concreta relação de trabalho, ser prestada retribuição desigual da que seja paga, no âmbito da mesma organização, como contrapartida de “trabalho igual”.

CAPÍTULO IV – A REMUNERAÇÃO NA “CONSTITUIÇÃO LABORAL” ANGOLANA

1. A remuneração suficiente

Transpondo a temática anteriormente explanada na análise do ordenamento jurídico português para o ordenamento jurídico angolano, coloca-se a questão de saber se são igualmente válidas as conclusões jurídico-constitucionais atrás deixadas.

Em termos de ordenamento sistemático, a Constituição da República de Angola contempla igualmente os “Direitos e Deveres Económicos, Sociais e Culturais” no Capítulo III, dentro do Título II, o qual tem por epígrafe os “Direitos e Deveres Fundamentais”.

Antes de qualquer outro considerando, convém chamar à colação o facto de a República Angolana, como estado democrático de Direito, assentar num conjunto de pilares essenciais, entre os quais a promoção e defesa dos “direitos fundamentais do Homem”, tal como se prescreve no art.º 2.º n.º 2 da CRA.

Ora, como “Tarefas fundamentais do Estado”, previstas no art.º 21.º da CRA encontra-se elencada, precisamente, a de “Criar progressivamente as condições necessárias para tornar efectivos os direitos económicos, sociais e culturais dos cidadãos” (alínea c).

Assim, como referem JÓNATAS MACHADO, PAULO COSTA E ESTEVES HILÁRIO⁴⁸⁵, “O princípio do Estado Social implica a consagração de direitos económicos, sociais e culturais (artigos 76.º e ss. da CRA) como autênticos direitos fundamentais, plenamente integrados na ordem constitucional democrática de Estado de Direito”.

Para estes autores, tais direitos extraem-se do princípio da dignidade da pessoa humana, sendo que este último aponta para o princípio da indivisibilidade dos direitos fundamentais, sejam eles direitos de liberdade ou direitos sociais.

Logo, terão os direitos sociais de ser devidamente acolhidos e integrados, entre outros, pelo princípio da igualdade previsto no art.º 23.º da CRA.

⁴⁸⁵ MACHADO, Jónatas E.M., COSTA, Paulo Nogueira e HILÁRIO, Esteves Carlos - *Direito Constitucional Angolano*. 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 139.

Ao contrário dos chamados “direitos de liberdade” (que têm uma estrutura essencialmente negativa e defensiva), os direitos sociais são direitos subjectivos garantidos constitucionalmente, isto é, conferem ao cidadão o direito de exigir do Estado um determinado *facere*, tal como sucede no direito ao trabalho.

Tal expressão deve, porém, ser entendida *cum grano salis*, já que “poucos serão os direitos a prestações expressa e imediatamente derivados da CRA que sejam directamente exequíveis”, já que “na sua maioria trata-se de direitos derivados a prestações, carecidos de mediação legislativa e administrativa, implicando decisões políticas de afetação de recursos escassos.”⁴⁸⁶.

Debrucemo-nos, então, sobre o preceito constitucional vertido no art.º 76.º da CRA que versa sobre o direito ao trabalho e – para o que mais nos interessa – o direito a uma “justa remuneração”, o qual reza o seguinte:

“Artigo 76.º

(Direito ao trabalho)

1 - O trabalho é um direito e um dever de todos.

2 - Todo o trabalhador tem direito à formação profissional, justa remuneração, descanso, férias, protecção, higiene e segurança no trabalho, nos termos da lei”.

Em contraponto com o preceito homólogo da CRP – onde, o legislador constitucional sentiu necessidade de autonomizar o “direito ao trabalho” (art.º 58.º) dos direitos do trabalhador (art.º 59.º), incluindo neste último o direito à retribuição –, a CRA enuncia o direito à “justa remuneração” no próprio direito ao trabalho.

Poder-se-ia falar de uma maior despreocupação do legislador constitucional angolano face a um elemento preponderante e central da relação jurídico-laboral, até porque sentiu necessidade de conferir dignidade constitucional, individualizando-os no art.º 78.º da CRA, aos direitos do consumidor, na nossa modesta opinião não tão relevantes em termos de política social.

Quererá isto dizer que a CRA tutela (pelo menos constitucionalmente) de forma menos garantística o direito fundamental à retribuição? A resposta é, obviamente, negativa.

Desde logo porque, nos termos do art.º 26.º n.º 2 da CRA, “Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia

⁴⁸⁶ MACHADO, Jónatas, *op. cit.*, pp. 172 e 173.

com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos e os tratados internacionais sobre a matéria, ratificados pela República de Angola”.

Ora, e no que se refere à DUDH (e, em concreto, ao seu art.º 23.º n.º 3), o mesmo, como fonte internacional de direito, é recepcionado directamente no ordenamento jurídico angolano, nos termos do art.º 13.º n.º 1 da CRA.

O mesmo se diga quanto ao PIDESC – mormente do seu art.º 7.º, que se refere em concreto à remuneração –, o qual vigora plenamente em Angola.

Já a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, por ter sido ratificada por Angola em 2 de Março de 1990, vigora desde essa data no respectivo ordenamento jurídico.

Vale o mesmo por dizer que no ordenamento jurídico angolano, e por força do art.º 15.º da aludida Carta, “toda a pessoa tem direito de trabalhar em condições equitativas e satisfatórias e de receber um salário igual para um trabalho igual”.

Aliás, no preâmbulo da Carta, é sugestivamente proclamado ser de considerar que “(...) os direitos civis e políticos são indissociáveis dos direitos económicos, sociais e culturais, tanto na sua concepção, como na sua universalidade”.

Convém não perder de vista a noção de que, quer a CRA, quer as convenções internacionais de trabalho ratificadas pelo Estado angolano (bem como as Leis, as convenções colectivas de trabalho, o próprio contrato de trabalho e os usos e costumes) constituem – nos termos do art.º 9.º n.º 1 da LGT – fontes de regulamentação do direito ao trabalho, regendo na sua aplicação o princípio da hierarquia dos actos normativos, bem como o princípio do tratamento mais favorável ao trabalhador em caso de conflito entre as disposições de várias fontes (art.º 9 n.º 3 da LGT).

Nota, neste particular, para a menção da plena aplicabilidade das convenções da OIT em Angola, pois como referem VICENTE MARQUES e MIGUEL LUCAS PIRES⁴⁸⁷, “após a independência, a República de Angola optou por manter a vinculação a tais instrumentos”.

Voltando à CRA, a menção a “direitos fundamentais” (que inculca a noção de “direitos de liberdade”) remete-nos, desde logo, para a questão da apreciação da natureza jurídica dos direitos económicos, sociais e culturais no próprio ordenamento jusconstitucional angolano.

Na verdade, não só no ordenamento constitucional português – como vimos – se discute este tema, para se saber se estamos perante normas programáticas, verdadeiras garantias institucionais ou meras declarações de intenção.

⁴⁸⁷ MARQUES, António Vicente e PIRES, Miguel Lucas. *Comentário à legislação laboral Angolana*. 1.ª ed., Luanda: Polis Editores, 2014, p. 28.

Acresce que o art.º 27.º da CRA contempla um regime específico dos “direitos, liberdades e garantias”, nada proclamando sobre um regime específico dos direitos económicos, sociais e culturais.

Aliás, CARLOS FEIJÓ⁴⁸⁸, neste particular, enfatiza o facto de a CRA consagrar, “expressamente, por um lado, os direitos, liberdades e garantias fundamentais, e, por outro, os direitos e deveres económicos, sociais e culturais”.

Assim, e para o autor, os direitos económicos, sociais e culturais, pese embora enquadrados sistematicamente no Capítulo II (relativo a Direitos, Liberdades e Garantias Fundamentais), “materialmente não correspondem a direitos, liberdades e garantias e não beneficiam do mesmo regime de protecção”⁴⁸⁹.

Efectivamente, CARLOS FEIJÓ destaca a dimensão predominantemente subjectiva dos direitos económicos, sociais e culturais no sentido em que lhes está associado o dever de o Estado realizar determinadas prestações, o que comporta igualmente uma dimensão de garantia da existência de condições que permitam custear essas mesmas prestações, “pelo que os pólos da relação serão os particulares e o Estado”⁴⁹⁰.

Para o autor, “Tal é evidenciado pela diferença adveniente da atribuição de força jurídica horizontal (em relação a entidades públicas e particulares) aos direitos, liberdades e garantias, o que não ocorre em relação aos direitos económicos, sociais e culturais”, para tanto chamando à colação o vertido no n.º 2 art.º 28.º da CRA⁴⁹¹.

Logo, CARLOS FEIJÓ destaca a vinculatividade universal, directa e (em certa medida) imediata dos direitos, liberdades e garantias, sendo que os direitos sociais (não obstante o seu núcleo ser recortado pela Constituição) encontram no Estado o seu sujeito passivo, a quem incumbe (pelos órgãos competentes) a sua regulação legal, mas sempre sujeita ao princípio da proporcionalidade e à disponibilidade de recursos⁴⁹².

Se é certo que a CRA, sistematicamente, opera uma distinção entre “direitos, liberdades e garantias” e “direitos económicos, sociais e culturais”, entendemos também que não podemos perder de vista o que se enuncia no seu art.º 27.º, isto é, que o regime jurídico aí estabelecido se aplica aos direitos, liberdades e garantias bem como aos direitos fundamentais de natureza análoga “estabelecidos na Constituição, consagrados por lei ou por convenção internacional”.

⁴⁸⁸ FEIJÓ, Carlos Maria – *Constituição da República de Angola: Enquadramento Dogmático – A Nossa Visão, Volume III*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 76.

⁴⁸⁹ *Op. cit.*, p. 77.

⁴⁹⁰ *Op. cit.*, p. 78.

⁴⁹¹ *Op. cit.*, p. 78.

⁴⁹² *Op. cit.*, p. 78.

Mais, em concreto quanto ao (direito fundamental social) à justa remuneração, é inevitável que destaquemos a forma como o mesmo é configurado no n.º 3 do art.º 23.º da DUDH, bem como ressaltemos que o mesmo se funda, igualmente, no princípio basilar da dignidade da pessoa humana, estruturante do Estado de Direito democrático angolano, como se infere pelo art.º 1.º da CRA.

Daí que FRANCISCO DE SOUSA⁴⁹³ refira que “a dignidade da pessoa humana apresenta uma relação sistemática com os princípios do Estado de direito e do Estado social e com os direitos de igualdade e de liberdade”.

Assim, e para este autor, é “ingerência típica” contra a dignidade da pessoa humana (entre outras) a privação do mínimo existencial.

Logo, como JÓNATAS MACHADO, PAULO COSTA E ESTEVES HILÁRIO, propendemos para o entendimento de que “do ponto de vista da CRA, esse debate apresenta-se destituído de sentido, na medida em que os direitos económicos, sociais e culturais se perfilam como direitos subjetivos públicos, radicados na esfera jurídico-subjetiva dos particulares. Do ponto de vista jurídico-objetivo os mesmos integram imposições legiferantes, impondo aos poderes públicos a realização de prestações fáticas e normativas (v. organizatórias e normativas), suscetíveis de uma medida razoável de controlo jurisdicional.”⁴⁹⁴.

De notar, igualmente, que, por não se limitarem a ser meras orientações para o legislador, tais direitos constituem verdadeiras normas vinculativas, pelo que a sua inacção nesta matéria pode configurar uma inconstitucionalidade por omissão.

Todavia, conforme notam os referidos autores, “A operacionalização dos direitos sociais através dos tribunais, em substituição de um legislador ou de uma administração inativos, nunca é possível no caso de inconstitucionalidade por omissão (art.º 232.º da CRA), embora seja admitida em casos extremos, quando existam omissões de atos administrativos legalmente devidos de conteúdo vinculado ou de discricionariedade zero.”⁴⁹⁵.

Em suma, e pelo que foi dito, também no ordenamento constitucional angolano a remuneração tem de respeitar os princípios da suficiência, adequação e equidade (não discriminatória).

Na verdade, ainda que a CRA não tenha traduzido e reproduzido as fórmulas legislativas previstas no art.º 23.º da DUDH ou do art.º 15.º da Carta Africano dos Direitos do Homem e

⁴⁹³ SOUSA, António Francisco – *Constituição da República de Angola, Anotada e Comentada*. Porto: Vida Económica, 2014, p. 22.

⁴⁹⁴ JÓNATAS, E.M., COSTA, Paulo Nogueira e HILÁRIO, Esteves Carlos - *Direito Constitucional Angolano*. 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 208.

⁴⁹⁵ *Op. cit.*, p. 173.

dos Povos (como o faz a CRP, em contraponto com a Constituição alemã, onde a retribuição do trabalhador nem sequer é mencionada), são plenamente válidos os princípios aí plasmados, e que, de resto, decorrem de outros princípios constitucionais presentes na Lei Fundamental Angolana.

Aliás, a escolha do legislador constitucional angolano pela estatuição de uma “justa remuneração” não foi, por certo, inocente, pois uma remuneração justa pressuporá, inevitavelmente, um salário suficiente, adequado e paritário.

Vimos já que a **suficiência salarial** está intimamente associada ao princípio da *dignidade da pessoa humana* (art.º 1.º da CRA), isto é, à ideia de assegurar uma existência condigna.

Ressaltámos, igualmente, que o direito fundamental a uma existência condigna está hoje disseminado doutrinal e jurisprudencialmente (*vide*, Acórdão do TCP n.º 187/2013) como uma emanção daquele supraprincípio (da dignidade humana), entendido como regulador primário da ordem jurídica.

Sublinhámos, de igual modo, que a instituição de um salário mínimo nacional dá forma a este princípio, e que na CRP o mesmo tem consagração constitucional na alínea a) do n.º 2 do art.º 59.º, sendo definido como uma incumbência do Estado.

Na CRA não existe um preceito normativo similar, se bem que não possamos entender tal falta de previsão constitucional como uma total demissão do Estado neste domínio.

Efectivamente, poderemos encontrar uma decorrência deste princípio no art.º 21.º alínea c) da CRA, onde se estatui constituir tarefa fundamental do Estado angolano “Criar progressivamente as condições necessárias para tornar efectivos os direitos económicos, sociais e culturais dos cidadãos”, bem como “promover a erradicação da pobreza”, tal como previsto na alínea e) do mesmo artigo.

Tem, no entanto, a instituição de um salário mínimo nacional consagração infra-constitucional, mais concretamente na Lei n.º 7/15, de 15 de Junho, que aprovou a Lei Geral do Trabalho.

Temos, neste particular, de deixar nota da evolução legislativa operada desde a primitiva LGT, instituída pela Lei n.º 6/81, de 24 de Agosto, a qual – de forte pendor socialista – instituiu um sistema salarial que (conforme referido no seu preâmbulo) constituía “(...) o instrumento fundamental da materialização do princípio socialista que preside à determinação do salário: de cada um segundo a sua capacidade, a cada um segundo o seu trabalho”, conforme previsto no n.º 1 do art.º 102.º do diploma.

Nesse pressuposto, dispunha o art.º 103.º da Lei n.º 6/81, de 24 de Agosto que o salário era composto (por todos ou alguns) dos seguintes elementos: tarifas por complexidade; tarifas por condições anormais; adicionais previstos na lei.

O caminho trilhado demonstra-nos o aperfeiçoamento do conceito remuneratório entre-tanto operado, sendo que, atualmente, o art.º 161.º n.º 1 da LCT refere que “o salário mínimo nacional é fixado, periodicamente, por diploma próprio do Titular do Poder Executivo.”.

Duas notas nos suscitam o aludido preceito. Desde logo, na revisão efectuada pela Lei n.º 7/15 à anterior LGT (aprovada pela Lei n.º 2/00, de 11 de Fevereiro, ora revogada), estabelecia-se nesta última (art.º 168.º) que o salário mínimo era fixado por Decreto do Conselho de Ministros sob proposta dos Ministros da tutela do Trabalho e das Finanças.

Todavia, esta matéria foi sucessivamente regulamentada por Decreto Presidencial, e assim continua – como acontece com o actual Decreto Presidencial n.º 91/17, de 7 de Junho – mas agora de plena harmonia com o instituído na LGT.

Acresce que o art.º 161.º da LGT institui que tal fixação (do salário mínimo) deve ser feita “periodicamente”, não determinando um prazo concreto, como o faz o CT português (art.º 273.º), que impõe uma periodicidade anual.

Diferentemente do que acontece, igualmente, no ordenamento jurídico português, a LGT, indo ao encontro das especificidades próprias do país, institui, no art.º 162.º n.º 1, várias modalidades de salário mínimo nacional, em concreto, um salário mínimo nacional único garantido⁴⁹⁶, o salário mínimo nacional por grandes ramos económicos (como a indústria, comércio, transportes, serviços e agricultura) e, por fim, o salário mínimo nacional por áreas geográficas.

Aquando da análise do princípio da suficiência salarial no ordenamento jurídico português, enfatizámos a circunstância de – apesar de nele vigorar o art.º 23.º n.º 3 da DUDH – não se ter institucionalizado o chamado “salário familiar”.

As razões então invocadas para a sua não consagração são evidentes e valem, porventura de forma mais vincada, para a realidade angolana.

No entanto, a LGT tem um claro afloramento da preocupação de permitir que o salário proporcione uma existência condigna, não só ao trabalhador como à própria família, no art.º 168.º n.º 1, quando, a propósito das formas de pagamento que o mesmo pode revestir, refere que “A parte não pecuniária do salário, quando exista, deve destinar-se à satisfação de necessidades pessoais do trabalhador ou da sua família”.

⁴⁹⁶Actualmente no valor de 16.530,30 kwanzas, nos termos do Decreto Presidencial n.º 91/17, de 7 Junho.

De resto, igual motivação se encontra plasmada no art.º 177.º n.º 3 da LGT, que prescreve, quanto à penhorabilidade do salário, que caso esta se destine “(...) a garantir dívidas de alimentos ou de assistência do trabalhador e da sua família, o limite fixado no número anterior pode, pelo tribunal competente, ser fixado em até 50%”.

Na verdade, a legislação infra-constitucional angolana, atenta a importância social da remuneração, teve a preocupação de a tutelar eficazmente, através do que designou (Secção V da LGT) de “protecção ao salário”.

Entre essas medidas, conta-se, precisamente, a impenhorabilidade do salário-base até ao montante do salário mínimo legal (177.º n.º 1), sendo que, na parte que excede o mínimo legal, somente é permitida a penhora de 25% do respectivo valor, o mesmo se estabelecendo quanto a outros créditos do trabalhador, como complementos salariais ou indemnizações (art.º 177.º n.º 2).

Outra garantia do salário está prevista no art.º 176.º n.º 1 da LGT, onde se refere que, em caso de falência ou insolvência do empregador “(...) as prestações salariais ou indemnizações devidas aos trabalhadores têm preferência sobre quaisquer outros créditos sobre o empregador, incluindo os créditos do Estado ou da segurança social e gozam” – com os limites e nas condições aí previstos “(...) de privilégios mobiliários e imobiliários”.

Se reconhecidos, os créditos do trabalhador – todos os créditos remuneratórios e não apenas relativos ao salário-base, como previsto na penhorabilidade – serão pagos integralmente ou, em caso de insuficiência do acervo patrimonial do empregador, “mediante rateio do valor do património, antes que os demais credores possam ser pagos”, nos termos do art.º 172.º n.º 2 da LGT.

Não sendo reconhecidos, esses créditos laborais terão de ser reclamados no respectivo processo de falência ou insolvência e graduados (e pagos) nos termos da lei civil e processual civil.

2. A remuneração adequada

Inexiste na CRA preceito que imponha que a **remuneração seja adequada** à quantidade, natureza e qualidade do trabalho prestado, mas poderemos vislumbrar diversas manifestações deste princípio na legislação ordinária, mais concretamente na LGT.

Desde logo há a destacar, pela sua importância, que o art.º 41.º alínea c) da LGT consagra, expressamente, ser dever do empregador “Pagar pontualmente ao trabalhador o salário

justo e adequado ao trabalho realizado, praticando regimes salariais que atendam à complexidade do posto de trabalho, ao nível da qualificação, conhecimento e capacidade do trabalhador da forma como se insere na organização do trabalho e aos resultados no trabalho desenvolvido”.

A este dever do empregador há a assinalar o correspectivo direito do trabalhador a “Receber um salário justo e adequado ao seu trabalho, a ser pago com regularidade e pontualidade, não podendo ser reduzido, salvo nos casos excepcionais previstos na lei” (art.º 43.º alínea e) da LGT).

Recordando que a remuneração adequada à quantidade de trabalho prestado está intimamente relacionada com o sinalagma próprio do contrato laboral, ainda assim não terá de existir uma estrita correspectividade de prestações.

Mais do que a remuneração das horas de trabalho prestadas, está aqui em causa a contrapartida da disponibilidade do trabalhador.

Daí que a LGT preveja, entre outras (como as excepções clássicas do pagamento dos salários nas férias, feriados e em ausência ditada por falecimento de um familiar), que no caso de o trabalhador faltar para que possa cumprir obrigações legais a que está adstrito (como seja o comparecimento em tribunal), “o empregador é obrigado a pagar o salário correspondente às faltas” (art.º 147.º n.º 1 da LGT), se bem que impondo um limite de dois dias por mês até um total de oito dias por ano.

O mesmo sucede com as faltas ao trabalho ditadas pela necessidade de prestar assistência inadiável aos membros do agregado familiar (art.º 149.º n.º 5 da LGT), as quais são igualmente remuneradas, tendo como limite máximo oito dias úteis por ano.

Em contraponto, se o trabalhador não beneficiar do regime próprio do trabalhador estudante, as faltas que der para prestação de provas escolares (documentalmente provadas) apenas terão de ser autorizadas pelo empregador, mas não remuneradas (art.º 148.º da LGT), assim se concretizando o puro sinalagma contratual das prestações.

No que se refere à adequação da remuneração com a qualidade do trabalho prestado, vimos anteriormente que a mesma diz respeito, essencialmente, à avaliação da produtividade, conceito que – por nele confluir uma miríade de factores – se torna de muito difícil recorte, ao ponto de, mesmo em sede do ordenamento constitucional português, se duvidar da sua aplicabilidade directa, por não ter a necessária densidade normativa.

Ora, a produtividade (ou os “resultados no trabalho desenvolvido”, como a ela alude o já citado art.º 41.º da LGT) tende a ser “retribuída” pela atribuição de prémios e gratificações, pelo que importa aqui olhar para o que a LGT define e baliza por “remuneração”.

De acordo com o art.º 155.º n.º 1 da LGT, “A remuneração compreende o salário-base e todas as demais prestações e complementos pagos directa ou indirectamente em dinheiro ou em espécie, seja qual for a sua denominação e forma de cálculo”.

Assim, fora do âmbito da remuneração ficam: “as retribuições acessórias do empregador ao trabalhador, quando destinadas ao reembolso ou compensação de despesas por este realizadas com a prestação de trabalho” (alínea a) do art.º 155.º n.º 2), de que são exemplo as ajudas de custo, os abonos de viagens e de instalações ou o fornecimento de alojamento; “as gratificações acidentais e voluntárias não relacionadas com a prestação do trabalho ou que sirvam de prémio ou reconhecimento pelos bons serviços” (alínea b) do art.º 155.º n.º 2); “o abono de família e todas as demais prestações e subsídios da segurança social ou seus complementos quando pagos pelo empregador” (alínea c) do art.º 155.º n.º 2).

Exceptuadas as prestações previstas neste n.º 2 do art.º 155.º da LGT (e salvo prova em contrário, a dirimir pelo tribunal competente), presume-se que fazem parte da remuneração “todas as despesas económicas que o trabalhador receba do empregador, com regularidade e periodicidade” (art.º 155.º n.º 3).

No entanto, e ainda no que toca à produtividade, menção para o facto de o art.º 156.º n.º 1 da LGT definir que “o salário pode ser certo, variável ou misto”, sendo que no n.º 6 do mesmo artigo se autonomiza a possibilidade conferida ao empregador, caso o mesmo tenha adoptado “indicadores de rendimento do trabalho e outras bases de definição de produtividade”, de poder adoptar sistemas de salário variável ou misto no sentido de “incentivar a elevação dos níveis de produtividade”.

Relativamente à adequação da prestação de trabalho tendo em conta a sua natureza, a mesma remete-nos para o tipo de trabalho realizado, donde promana a necessidade de se estabelecer um escalonamento quanto às carreiras e categorias, sempre tendo como pano de fundo uma “igualdade proporcional”.

No fundo, é a ela que se reporta a alínea c) do art.º 41.º da LGT, quando refere ser dever da entidade patronal praticar regimes salariais que atendam à complexidade do posto de trabalho.

No sector privado, assume especial relevo neste escalonamento ou categorização profissional o papel desempenhado pelos sindicatos (art.º 50 n.º 2 da CRA) na concertação social, sendo certo que “As categorias e os critérios de classificação e promoção profissional, assim como todas as demais bases de cálculo da remuneração, designadamente os critérios de avaliação dos postos de trabalho devem ser comuns aos trabalhadores dos dois sexos” (art.º 157.º n.º

3 da LGT), não podendo o salário ser inferior ao estabelecido “na convenção colectiva de trabalho aplicável para o trabalho de que é contrapartida” (art.º 157.º n.º 4 da LGT).

3. A remuneração paritária e não discriminatória

No ordenamento jurídico angolano, o princípio da **remuneração paritária e não discriminatória** não tem consagração constitucional, ou melhor, a CRA não dispõe de um normativo que, versando especificamente sobre a remuneração, estipule a necessidade de a mesma ser paritária e não discriminatória.

Em todo o caso, não podemos descurar que o art.º 23.º da CRA (princípio da igualdade) perpassa todo o texto constitucional, bem como que a “justa remuneração” a que alude o art.º 76.º n.º 2 da CRA encerra em si mesmo a noção de remuneração paritária e não discriminatória.

No entanto, e cristalinamente, dispõe o art.º 157.º n.º 1 da LGT que “O empregador é obrigado a assegurar para um mesmo trabalho ou para um trabalho de valor igual, a igualdade de remuneração entre os trabalhadores” – princípio da paridade – “sem qualquer discriminação com respeito pelas disposições desta Lei” – princípio da não discriminação –.

Vale, pois, no ordenamento jurídico angolano o velho brocardo “para trabalho igual salário igual”, aliás, em decorrência do próprio art.º 15.º da Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos.

Relativamente ao princípio da paridade retributiva, entendemos – tal como aludimos a propósito da análise ao ordenamento jurídico português – que o mesmo se justifica essencialmente para proibir diferenciações arbitrárias, não assentes em critérios atendíveis, mormente em critérios objectivos.

Em todo o caso, não nos repugna (antes, o defendemos) que, especialmente no contexto das micro, pequenas e médias empresas (conceito acolhido pela LGT no art.º 3.º, ponto 15 e com decorrências normativas, entre outras, nos art.ºs. 236.º e 238.º) possa ser gizada a hipótese da instituição de critérios diferenciadores subjectivos em ordem, por exemplo, a aumentar a retribuição de um concreto trabalhador.

Em sede de não discriminação salarial, a LGT (em função do contexto socio-económico em que se insere) teve especial cuidado em proibir a discriminação remuneratória em razão do sexo, protegendo a mulher.

Na verdade, para além de o art.º 157.º n.º 2 estatuir que “Os diferentes elementos constitutivos da remuneração devem ser estabelecidos segundo normas idênticas para os homens e

para as mulheres”, a LGT vai mais longe e instituiu (no Capítulo XI, Secção I) o que definiu como “Condições Específicas Aplicáveis à Mulher”.

Assim, para além da já aludida não-discriminação por referência ao homem, o art.º 242.º n.º 2 alínea d) da LGT estabelece, em concreto, ser garantido às trabalhadoras “o direito a salário igual para trabalho igual ou de valor igual”.

Todavia, e ao contrário do que várias vezes sucede, o legislador infra-constitucional angolano não se limitou a instituir um critério de avaliação vago e indeterminado.

Indo ao encontro do que por nós foi aventado quanto ao princípio da paridade retributiva, o art.º 242.º n.º 3 da LGT fornece-nos as pistas para que possamos detectar os chamados “critérios suspeitos”, definindo ser o “trabalho igual” aquele que seja igual ou de natureza objectivamente semelhante às funções exercidas e às tarefas desempenhadas, e o “trabalho de valor igual”, quando as tarefas desempenhadas, embora de diversa natureza, sejam consideradas equivalentes por aplicação de critérios objectivos de avaliação de funções.

Entendemos que a clarificação legislativa operada neste preceito pode e deve ser estendida ao art.º 157.º n.º 1 da LGT, já que também aqui se alude a um trabalho igual ou de valor igual.

4. A protecção do salário

Atenta a importância do direito fundamental à remuneração, não pode deixar de merecer forte aplauso que o legislador angolano tenha sentido a necessidade de contemplar, em secção autónoma da LGT – Secção V – inúmeras medidas que impõe uma efectiva defesa do mesmo.

A LGT apelidou-a, feliz e sugestivamente, de “Protecção do Salário”.

Cuidaremos, agora, de analisar como se estrutura e qual o alcance de tal protecção.

De forma a prosseguir tal desiderato, o art.º 176.º n.º 1 da LGT estatui sob a epígrafe “Garantias do salário em caso de falência ou insolvência” que em caso de falência ou insolvência do empregador, as prestações salariais ou indemnizações devidas aos trabalhadores têm preferência sobre quaisquer outros créditos sobre o empregador, incluindo os créditos do Estado ou da segurança social e gozam de privilégios mobiliários e imobiliários nos seguintes limites:

- a) O limite dos valores mínimos fixados na lei ou em convenção colectiva de trabalho, tratando-se de prestações salariais, vencidas no decurso dos seis (6) meses anteriores à abertura do processo de falência;
- b) O limite dos valores calculados nos termos da lei, tratando-se de indemnização, vencida três meses antes da abertura do processo de falência;
- c) Os limites fixados na lei, tratando-se de prestações salariais ou indemnizações vencidas em momento anterior aos fixados nas alíneas a) e b) deste artigo, se a respectiva acção judicial tiver sido proposta antes da abertura do processo de falência.

Como referem VICENTE MARQUES e MIGUEL LUCAS PIRES⁴⁹⁷, “O mecanismo utilizado para tutela daqueles créditos reside na outorga de privilégios creditórios (n.º 1), garantia esta de natureza legal, no sentido em que a sua concessão resulta directa e imediatamente da lei, sem que o trabalhador tenha necessidade da prática de qualquer acto para a sua constituição”.

Estando a figura dos privilégios creditórios consagrada no art.º 733.º e seguintes do CC, a importância que os mesmos revestem no (efectivo) recebimento das prestações salariais e, porque não dizê-lo, as dificuldades de que – quer no ordenamento jurídico português, quer no ordenamento jurídico angolano – se reveste na sua interpretação e aplicação prática, justificam que nos alonguemos sobre o tema.

Para tanto, socorrer-nos-emos dos ensinamentos proferidos por MENEZES CORDEIRO⁴⁹⁸, os quais, pese embora proferidos a propósito do art.º 12.º da Lei n.º 17/86, de 14 de Julho, conhecida como Lei dos Salários em Atraso (já revogada), se mantêm plenamente actuais.

Dispõe o art.º 733.º do CC que o “Privilégio creditório é a faculdade que a lei, em atenção à causa do crédito, concede a certos credores, independentemente do registo, de serem pagos com preferência a outros”.

Partindo da definição legal, ressalta o insigne Professor que a mesma em nada indicia a natureza ou o regime dos privilégios creditórios, já que se limita a cominar a sua função e a carrear algumas características, que reputa de insuficientes.

Nota, depois, que nos termos do princípio geral das obrigações, chamado “princípio da responsabilidade patrimonial”, pelo cumprimento das obrigações respondem: todos os bens do devedor; somente os bens do devedor; estando todos os credores em pé de igualdade.

No entanto, estas três posições lineares conhecem limitações, desde logo a prevista no art.º 602.º do CC, que prescreve não responderem pelos débitos os chamados bens impenhoráveis, bem como os que, convencionalmente, tenham sido afastados do princípio geral.

Ademais, podem igualmente responder, por determinados débitos, bens de terceiros, tal como sucede, por exemplo, no penhor e na hipoteca constituídos sobre coisas alheias ao devedor.

Por fim, podem surgir credores que, numa situação de preferência e na falta de bens para satisfazer todos os créditos, vejam realizar os seus direitos em detrimento de outros devedores

⁴⁹⁷ *Op. cit.*, p. 234.

⁴⁹⁸ CORDEIRO, António Menezes – “Salários em atraso e privilégios creditórios”, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 58, II Volume, Julho 1998, pp. 665 e ss..

(vide art.º 604.º n.º 2 do CC).

Segundo MENEZES CORDEIRO⁴⁹⁹ “É precisamente neste último ponto que devemos situar os privilégios creditórios: eles permitem, ao credor a quem eles tenham sido concedidos, preferir aos demais, no tocante à realização dos seus créditos”.

Assim, do preceito legal extrai que a) os privilégios creditórios resultam da lei; b) são atribuídos pela natureza do crédito beneficiado; c) que vêm beneficiar certos credores; d) não carecem de registo.

Dito de outra forma, os privilégios creditórios são, legalmente, definidos através da sua função e aferidos quanto às quatro características apontadas, o que nos permite defini-los como uma mera unidade funcional

Na verdade, através da enunciação legal do art.º 733.º “(...) é possível subsumir as mais variadas figuras, reductíveis a diversas categorias jurídicas e enformadas por regimes diferenciados”.

No art.º 735.º do CC é definida a tipologia dos privilégios creditórios, sendo que o texto legal os divide em privilégios creditórios mobiliários e imobiliários e subdivide os primeiros em gerais e especiais.

Ora, os privilégios mobiliários gerais respeitam, como o próprio nome indica, a bens móveis, abrangendo, genericamente, todos aqueles que se encontrem no património do devedor à data da penhora ou acto equivalente.

Já os privilégios mobiliários especiais dizem respeito a certos e determinados bens móveis.

Quanto aos privilégios imobiliários, apenas se diz (art.º 735.º n.º 3 do CC) que são sempre especiais, daí se podendo inferir que respeitam a certas e determinadas coisas imóveis.

Ora, a concretização do seu regime pode resultar, segundo o mesmo autor, da identidade do crédito garantido, da delimitação do bem ou bens atingidos e, por fim, dos seus efeitos face a terceiros.

Quanto à identificação dos créditos garantidos e à determinação das coisas por ele atingidas (tratadas conjuntamente, já que entre ambas existe uma estreita ligação) temos que – quanto aos privilégios mobiliários gerais – dele beneficiam os créditos do Estado e de autarquias locais por impostos indirectos e directos que não sejam dotados de privilégios especiais (art.º 736.º do CC) e os créditos de outra natureza (art.º 737.º do CC), intimamente relacionados com situações socialmente delicadas, de que são exemplo os créditos emergentes do trabalho,

⁴⁹⁹ *Op. cit.*, p. 648.

ou da violação ou cessação deste contrato, pertencentes ao trabalhador e relativos aos últimos seis meses.

Os privilégios mobiliários gerais atingem todas as coisas móveis existentes no património do devedor, à data da penhora ou acto equivalente.

Já os privilégios mobiliários especiais beneficiam de créditos derivados de despesas de justiça e do imposto sobre sucessões e doações (art.º 738.º do CC), sobre os frutos de prédios rústicos.

5. A tutela da retribuição

A par da tutela da retribuição operada por força do princípio da irredutibilidade, já analisado, outros princípios foram igualmente erigidos com esse desiderato – como o princípio da irrenunciabilidade e o princípio da imprescritibilidade -, sendo que os créditos emergentes do contrato de trabalho (tanto a retribuição como outras prestações pecuniárias, como as indemnizações) beneficiam também de garantias especiais, constantes dos artigos 333.º e seguintes do CT.

A análise do regime vigente permite concluir que subsistem no ordenamento jurídico português (porque já constantes do CT de 2003) como garantias os privilégios creditórios (art.º 333.º do CT) e o Fundo de Garantia Salarial (FGS, previsto no art.º 336.º do CT).

Como novidade introduzida pelo CT de 2009 surgem igualmente como garantias creditórias a responsabilidade solidária das sociedades em relação de domínio ou de grupo (art.º 334.º do CT) e a responsabilidade dos sócios (art.º 335.º do CT).

Interessa-nos sobretudo – a par dos princípios acima referidos – a garantia instituída pelo (Novo) Regime do Fundo de garantia Salarial (NRFGS), atenta a sua importância, se bem que não tenhamos enjeitado uma análise do instituto dos privilégios creditórios, no âmbito do ordenamento jurídico angolano, sendo que o mesmo vale (pela identidade da sua fonte) para o ordenamento jurídico português.

5.1. O princípio da irrenunciabilidade

O princípio da irrenunciabilidade da retribuição é descrito como aquele em que se veda ao trabalhador a hipótese de renunciar previamente à retribuição ou a parte dela.

Esta verdadeira proibição de renúncia é, comumente entendida como tendo o seu âmbito de aplicação no período de vigência do contrato de trabalho.

Podemos ver tal posição confirmada no Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 11 de Janeiro de 2007⁵⁰⁰.

Neste, decidiram os Venerandos Juízes Desembargadores que o princípio da irrenunciabilidade do direito ao salário tem vindo a ter consistente tratamento jurisprudencial desde há muitos anos.

Não decorre directamente da lei (apenas tendo afluência em alguns preceitos, designadamente hoje no artigo 271.º do Código de Trabalho) e tem vindo a ser justificado sobretudo pela situação de subordinação económica em que o trabalhador se encontra face ao empregador, que o pode inibir de tomar decisões verdadeiramente livres, em resultado do temor reverencial face aos seus superiores ou medo de represálias ou de poder ser prejudicado na sua situação profissional.

Justificação essa que conduz à conclusão que o direito à retribuição e aos restantes créditos laborais só se consideram indisponíveis durante a vigência da relação laboral (v. por todos, Ac. STJ de 24-11-2004, o qual constitui expressão de jurisprudência uniforme, não se tendo encontrado outros divergentes desta tese).

Ou seja, cessada a relação laboral nada justifica já que o trabalhador não disponha livremente dos seus créditos laborais, quer salariais, quer emergentes da sua violação ou cessação, terminados os constrangimentos existentes durante a vigência dessa relação.

Por isso a eles pode renunciar já ou estabelecer transacção sobre eles.

Na verdade, o citado Acórdão do STJ de 24 de Novembro de 2014⁵⁰¹, considerou que a declaração em que o trabalhador se considera inteiramente retribuído pelos serviços prestados, nada mais tendo a receber ou a reclamar a qualquer título, emitida cerca de um mês após a cessação do contrato de trabalho que vinculou as partes, consubstanciava uma verdadeira declaração negocial abdicativa, através da qual aquele renunciava (ou abdicava) dos créditos decorrentes do referido contrato e a que, eventualmente, ainda tivesse direito.

Para justificar tal entendimento, o aresto referiu que somente esse poderia ser o sentido que um declaratório normal poderia deduzir dessa mesma declaração (tal como prescreve o art.º 236.º do CC), sendo esse o sentido que normalmente lhe é dado, razão pela qual também o trabalhador não podia ter em mente qualquer outra perspectiva que não essa.

Logo, concluiu o aludido Acórdão que tal renúncia é válida, uma vez que o direito à retribuição (e aos restantes créditos laborais) só se consideram indisponíveis durante a vigência da relação laboral, o que se justifica, quer pela natureza da retribuição, entendida como crédito alimentar, indispensável ao sustento do trabalhador e da sua família, quer pela situação de subordinação económica e jurídica em que o trabalhador se encontra face ao empregador, o que o pode inibir de tomar decisões verdadeiramente livres, em resultado do temor reverencial em que se encontra face aos seus superiores ou do medo de represálias ou de algum modo poder vir a ser prejudicado na sua situação profissional.

Todavia, faz questão de enfatizar o aresto que cessada a relação laboral, já nada justifica que o trabalhador não possa dispor livremente dos seus eventuais créditos resultantes do contrato de trabalho, da sua violação ou cessação, uma vez que já não se verificam os constrangimentos existentes durante a vigência dessa relação.

A tal entendimento não obsta, ainda na fundamentação plasmada no acórdão, o facto da

⁵⁰⁰ Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/0/96e528a0e01a371680257274003ef6d3?OpenDocument>.

⁵⁰¹ Disponível em

<https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/d6eb3f5b687c40fa80257d9c003a60f3?OpenDocument>.

remissão de dívidas ter deixado de ser um negócio unilateral e passado a ser tratada como um contrato consensual, nos termos do art.º 863.º do CC, pelo que não bastava uma mera declaração unilateral de renúncia a créditos, sendo indispensável à sua validade o consentimento do devedor, *in casu*, a entidade patronal.

Não obstante a declaração em causa naqueles autos ser omissa quanto à aceitação, por parte da entidade patronal, sufragou aquela decisão o entendimento de que de tal omissão também não se poderia extrair que aquela não tivesse dado a sua anuência à remissão de eventuais dívidas, uma vez que tais declarações negociais não têm de ser reduzidas a escrito.

Acresce, decisivamente, o facto de o STJ ter considerado que a anuência da entidade patronal resultava da natureza da própria declaração, as quais são normalmente emitidas aquando do acerto de contas após a cessação do contrato de trabalho.

Efectivamente, nestas circunstâncias, é usual o empregador pagar determinados montantes, exigindo em troca a emissão de uma declaração daquela natureza, a fim de evitar futuros litígios.

Por seu turno, o trabalhador acede a emitir aquela declaração em troca do recebimento de determinado montante, assim se estabelecendo um verdadeiro acordo negocial vantajoso para ambas as partes.

Logo, considerou o aresto ser irrelevante que a iniciativa da declaração abdicativa proviesse do empregador ou do trabalhador, até porque, nos termos do art.º 217.º do CC, a aceitação pode ser tácita.

Daí ter entendido o STJ que “(...) a declaração constante do doc. de fls. 47, emitida após a cessação da relação laboral, na qual o trabalhador, ora recorrido, declara que se considera integralmente retribuído pelos serviços prestados, nada mais tendo a reclamar a qualquer título, constitui uma verdadeira declaração extintiva de qualquer dívida da entidade patronal para com ele, não podendo posteriormente reclamar daquela qualquer crédito, nomeadamente os que resultam da impugnação da validade da estipulação do termo apostado no contrato de trabalho”.

Na verdade, somente na doutrina surge um entendimento divergente do atrás exposto, isto é, da livre disposição dos créditos laborais por parte do trabalhador após a cessação da relação laboral.

Falamos de JOÃO LEAL AMADO⁵⁰², o qual perfilha o entendimento de que a proibição de o trabalhador renunciar ao salário vigora mesmo quando o vínculo laboral se extingue.

⁵⁰² AMADO, João Leal - *A Protecção do Salário*, Coimbra: Almedina, 1993, p. 216.

Efectivamente, propugna este autor (isoladamente, diga-se) que a retribuição é insusceptível de cessão e compensação, defendendo que tal proibição sobrevive à própria cessação do contrato de trabalho.

Segundo este autor, “o crédito salarial deve considerar-se irrenunciável, no mínimo, em medida igual àquela que é insusceptível de cessão – e isto, note-se bem, mesmo após a cessação do contrato de trabalho, pois as limitações àquela sobrevivem à extinção do vínculo” (sublinhado nosso).

Salvo o devido respeito pelo insigne autor, dificilmente se conceberá que a argumentação utilizada possa justificar a defesa de que o crédito salarial é totalmente irrenunciável.

Desde logo, porque - como se prescreveu no Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 11 de Janeiro de 2007 - o princípio da irrenunciabilidade do direito ao salário não decorre directamente da lei, apenas encontrando afluência em alguns preceitos legais.

Aliás, pela letra da lei apenas encontramos escassos exemplos de enunciação de direitos irrenunciáveis.

Um deles prende-se com o direito à greve - previsto no art.º 530.º n.º 1 do CT, onde se consagra constituir a greve, nos termos da Constituição, um direito dos trabalhadores – concretizando o n.º 3 do mesmo preceito que “O direito à greve é irrenunciável”.

Outro exemplo de direito irrenunciável é o direito a férias, previsto no art.º 237.º n.º 3 do CT, o qual prescreve que “O direito a férias é irrenunciável e o seu gozo não pode ser substituído, ainda que com o acordo do trabalhador, por qualquer compensação, económica ou outra (...)”.

Trata-se, ainda assim, de um direito parcialmente irrenunciável, já que é lícito ao trabalhador renunciar ao gozo de dias de férias que excedam 20 dias úteis, ou a correspondente proporção no caso de férias no ano de admissão, sem redução da retribuição e do subsídio relativos ao período de férias vencido, nos termos estabelecidos no art.º 238.º n.º 5 do CT.

O mesmo se diga dos créditos provenientes do direito à reparação de acidentes de trabalho.

Efectivamente, nos termos do art.º 78.º da Lei dos Acidentes do Trabalho (LAT)⁵⁰³, que regulamenta o regime de reparação de acidentes de trabalho e de doenças profissionais, é consagrado que “Os créditos provenientes do direito à reparação estabelecida na presente lei são inalienáveis, impenhoráveis e irrenunciáveis e gozam das garantias consignadas no Código do Trabalho”.

⁵⁰³ Lei n.º 98/2009, de 4 de Setembro.

Centrando-nos, novamente, nos afloramentos legais à irrenunciabilidade da retribuição, ele pode ser descortinado no art.º 74.º do Código de Processo de Trabalho (CPT).

Efectivamente, nos termos do preceituado no art.º 74.º do CPT,⁵⁰⁴ o qual, sob a epígrafe “Condenação *extra vel ultra petitum*” prescreve que “O juiz deve condenar em quantidade superior ao pedido ou em objeto diverso dele quando isso resulte da aplicação à matéria provada, ou aos factos de que possa servir-se, nos termos do artigo 412.º do Código de Processo Civil, de preceitos inderrogáveis de leis ou instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho”.

Sobre a possibilidade de condenação *extra vel ultra petitum* e o alcance da irrenunciabilidade do direito à retribuição se pronunciou o Acórdão do STJ de 20 de Dezembro de 2017⁵⁰⁵.

Este acórdão, assentando na permissão conferida pelo aludido art.º 74.º do CPT, esclarece que tal possibilidade de condenação *ultra petita* é uma decorrência natural do princípio da irrenunciabilidade de determinados direitos do trabalhador.

Na verdade, “só os direitos irrenunciáveis constituem preceitos inderrogáveis”.

Dá como exemplo de preceito inderrogável, precisamente, o direito à retribuição, mas apenas na vigência do contrato, já que o mesmo radica na subordinação jurídica em que se encontra o trabalhador.

Assim, refere o aresto que “Por outras palavras, o direito à retribuição bem como outros direitos de natureza pecuniária, são renunciáveis logo que cesse o estado de subordinação do trabalhador à entidade patronal, como é o caso do despedimento”.

Neste caso, configurando-se que os direitos passaram a ser disponíveis, não é aplicável o disposto no artigo 74.º do CPT.

Prossegue o acórdão, suportando-se em anterior jurisprudência, referindo que a oficiosidade da condenação *extra vel ultra petitum*, que se extrai do art.º 74.º do CPT, só ocorre se estiverem em causa preceitos inderrogáveis, aos quais o juiz atenderá, sendo tal inderrogabilidade consequência do princípio da irrenunciabilidade de certos direitos subjectivos do trabalhador.

Para tanto, entende-se existir tal irrenunciabilidade “(...) quando se colocarem casos em que, para além da sua existência, se conclui que o respetivo exercício se torna absolutamente necessário por razões inerentes a interesses de ordem pública”.

⁵⁰⁴ Alterado pela Lei n.º 107/2019, de 9 de Setembro.

⁵⁰⁵ Disponível em

<https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/9475ea338e9fa606802581fd0037c8a4?OpenDocument>.

Subsequentemente, o que se imporá é saber se o direito que é conferido deve ser perspectivado como a consagração de um direito irrenunciável do trabalhador, pois, não o sendo, não obterá campo de aplicação o dever oficioso do juiz de proceder à condenação “para além do pedido” formulado.

Tal como já referimos em momento anterior, é praticamente unânime a doutrina que ressalta ser de entender como direito de existência e de exercício necessário e absoluto o direito à retribuição na vigência do contrato.

No pólo oposto, é igualmente pacífico o entendimento jurisprudencial que, conquanto se perfilando como um direito cuja existência se não pode pôr em causa, o direito à retribuição após a vigência do contrato não pressupõe um direito cujo exercício é de natureza necessária.

Daí que, no caso *sub judice*, uma vez que, aquando da petição inicial já a relação laboral havia (há muito) cessado, entendeu-se no aresto que os direitos que porventura assistissem ao trabalhador e decorrentes dessa cessação não se colocavam no mesmo plano do direito à pretensão de um trabalhador de exigir, na vigência do contrato, a contrapartida da sua prestação de trabalho, isto é, o direito de exigir os salários representativos daquela contrapartida.

O que, segundo o mesmo acórdão, “(...) conduz à conclusão segundo a qual é totalmente admissível que um trabalhador, que detenha um direito indemnizatório pela ilícita cessação do seu contrato, dele possa livremente dispor”.

Assim, por já não se poder falar em subordinação jurídica da entidade patronal em relação ao trabalhador, os créditos remuneratórios que, porventura, este último detivesse tornaram-se direitos renunciáveis.

Por esse motivo, considerou o aresto que a oficiosidade da condenação “extra vel ultra petitum” deixou de existir.

Enunciado que está o princípio da irrenunciabilidade do direito à retribuição no ordenamento jurídico português, cuidaremos agora de saber de que forma o mesmo se concretiza no ordenamento jurídico angolano.

O legislador angolano, ciente da importância da salvaguarda do princípio da irrenunciabilidade da remuneração por parte do trabalhador, por constituir um vector primordial da relação laboral, não ficou indiferente a esta matéria.

Para tanto, verteu, em forma de preceito legal, no art.º 178.º n.º 1 da LGT, sob a epígrafe “Renúncia ao salário durante a vigência do contrato”, que “A assinatura dum recibo ou boletim colectivo de pagamento da salários pelo trabalhador durante a vigência da relação jurídico-laboral, sem protesto nem reserva, não vale como renúncia ao pagamento da totalidade ou parte do salário, outras prestações e complementos salariais que lhe sejam devidos por disposição

legal ou convencional, não lhe sendo oponível a expressão para saldo de qualquer crédito ou qualquer outra expressão equivalente por si subscrita”.

A cautela do legislador angolano foi (justificadamente) mais longe, ao prescrever, no art.º 178.º n.º 2 da LGT, que durante a vigência da relação jurídico-laboral, o acordo de transacção sobre o valor dos salários devidos ao trabalhador, só será válido caso seja homologado judicialmente ou, em alternativa, homologado pelo órgão competente para a mediação e para a conciliação.

Todavia, a legislação laboral angolana, mais do que um mero afloramento, contempla um preceito legal onde o princípio da irrenunciabilidade dos salários do trabalhador é especificamente previsto.

Falamos do art.º 179.º n.º 2 da LGT, o qual prevê serem “(...) nulas as estipulações pelas quais o trabalhador renuncie ao direito ao salário ou em que se estabeleça a prestação gratuita do trabalho ou faça depender o pagamento do salário de qualquer facto de verificação incerta”.

Afloramento, esse sim, plasmado no art.º 179.º n.º 1 da LGT, que prescreve a proibição de o trabalhador poder ceder o seu crédito a salários, ainda que o faça a título oneroso.

A este propósito, não podemos deixar de acompanhar a posição expressada por VICENTE MARQUES e MIGUEL LUCAS PIRES⁵⁰⁶, quando os referidos autores advogam que “Sendo compreensível o desígnio protector que inspira a proibição de cessão, importa avaliar até que ponto a cessão (ao menos parcial) dos créditos laborais não facilitaria o seu pagamento. De facto, atendendo à posição privilegiada de que gozam os créditos laborais (cfr. art.º 183.º, n.º 1) e à circunstância de a cessão de créditos envolver, normalmente, o mesmo efeito relativamente às garantias que tutelam o mesmo crédito (cfr. art.º 582.º do CC), se o trabalhador pudesse ceder o seu crédito seria provável que outro credor do empregador, com uma garantia de grau inferior, se dispusesse a adquirir, pagando, o crédito do trabalhador, para, desse modo, se sub-rogar na garantia a ele associada”.

MENEZES LEITÃO⁵⁰⁷ não foge à controvérsia de saber se esta proibição de renúncia aos salários vigora igualmente no caso de se verificar a cessação do respectivo contrato.

Enuncia, para tanto e a propósito do Direito português, a posição assumida por LEAL AMADO (já anteriormente referida), que surge em contraponto com a tese maioritária segundo a qual é lícita a remissão dos salários em dívida no acordo de cessação do contrato de trabalho.

Para MENEZES LEITÃO, e no quadro do ordenamento jurídico angolano, “A melhor posição parece-me ser a de que a renúncia ao salário não é possível enquanto o contrato de

⁵⁰⁶ *Op. cit.*, p. 238.

⁵⁰⁷ *Op. cit.*, p. 219.

trabalho vigorar, pelo que não deverá ser igualmente admissível no acordo de cessação, uma vez que este, embora extinga o contrato de trabalho, é celebrado ainda durante a sua vigência.

Apenas após a extinção do contrato de trabalho será, porém, absolutamente admissível a remissão dos créditos laborais em falta, dado que, se estes créditos prescrevem ao fim de um ano, naturalmente que poderão ser entretanto remidos pelo trabalhador”⁵⁰⁸.

Tendemos a concordar com a posição expressa.

Na verdade, ela parece ir ao encontro do vertido no art.º 306.º da LGT, o qual tem o condão de clarificar, por letra de lei, a questão controvertida no ordenamento jurídico português.

Efectivamente, dissipando quaisquer dúvidas que, nesta matéria, se pudessem suscitar, prescreve o aludido preceito legal que “É lícito ao trabalhador, após a extinção da relação jurídico-laboral, renunciar, total ou parcialmente, ao crédito que tenha sobre o empregador, bem como celebrar acordos de conciliação, de transação e de compensação sobre os mesmos créditos”.

5.2. O princípio da imprescritibilidade

Tal como já aflorado em momento anterior do nosso trabalho, o princípio da imprescritibilidade está intimamente associado ao princípio da irrenunciabilidade por parte do trabalhador ao seu salário.

Na verdade, são as mesmas as razões que militam na institucionalização de tal princípio, já que, repristinando LEAL AMADO⁵⁰⁹ “Depara-se-nos aqui uma verdadeira suspensão do curso da prescrição enquanto vigorar o contrato de trabalho. E a solução de suspender o curso da prescrição na constância da relação laboral logra fácil explicação, se atendermos à desigualdade das forças em presença nesta relação. Com efeito, à normal superioridade económica e social do empregador acrescenta-se, ao celebrar-se o contrato de trabalho, a subordinação jurídica do trabalhador (o qual, como se sabe, presta a sua actividade em moldes hétero-determinados), o que tudo vai ter importantes reflexos a nível psicológico, originando – e, o que é mais, justificando – fenómenos de inibição e receio do trabalhador face ao empregador”.

Daí, no ordenamento jurídico português, vigorar o princípio da imprescritibilidade dos créditos salariais na vigência do contrato de trabalho, isto é, no decurso da relação laboral os créditos devidos pela execução do contrato não prescrevem, já que só se extinguem a partir da

⁵⁰⁸ *Op. cit.*, p. 219.

⁵⁰⁹ *Op. cit.*, p. 330.

cessação do contrato e no prazo de um ano.

Efectivamente, dispõe o art.º 337.º n.º 1 do CT que “O crédito de empregador ou de trabalhador emergente de contrato de trabalho, da sua violação ou cessação prescreve decorrido um ano a partir do dia seguinte àquele em que cessou o contrato de trabalho”.

Partindo do (actual) texto legal, LOBO XAVIER⁵¹⁰ advoga que o mesmo parece pressupor e não substituir o regime geral do CC, adicionando esta prescrição de curto prazo para liquidação dos créditos relativos à relação de trabalho extinta, mantendo-se a validade geral do sistema prescricional de longo prazo (cinco anos relativamente a prestações periódicas e vinte anos relativamente a outros créditos, a contar da sua exigibilidade), bem como a extensão do regime da prescrição para certos direitos (tendo em conta que nem sempre são posições creditórias, como os direitos de impugnação).

Relevante, neste aspecto, fazer-se menção do facto de os créditos laborais resultantes de despedimento ilícito promovido pelo empregador não estarem, após a entrada em vigor do CPT (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 295/2009, de 13 de Outubro, isto é, após 1 de Janeiro de 2010), abrangidos pelo prazo prescricional de 1 ano (previsto no art.º 337.º n.º 1 do CT), já que para esse despedimento em concreto se prevê um prazo de prescrição de 60 dias, correspondente à acção especial de impugnação da regularidade e ilicitude do despedimento (esta última prevista no art.º 387.º n.º 2 do CT), e é nela que tais créditos têm de ser reclamados.

Este é, actualmente, o panorama no âmbito do ordenamento jurídico português, no qual o princípio da imprescritibilidade tem plena aplicabilidade.

Veremos, de seguida, se o mesmo se pode afirmar relativamente ao **ordenamento jurídico angolano**.

Nos termos do art.º 180.º n.º 1 da LCT, “Os créditos laborais, outras prestações e complementos salariais ou indemnizações, prescrevem no prazo de dois anos contados da data em que o respectivo direito se venceu, mas nunca depois de decorrido um ano contado do dia seguinte ao da cessação do contrato”.

Dito de outra forma, os créditos laborais (*lato sensu*) não se encontram sob a alçada dos prazos de prescrição constantes da lei civil, antes prescrevendo no prazo de 2 anos, a contar da data de vencimento do direito, pese embora aquele prazo nunca possa ultrapassar 1 ano, contado do dia seguinte ao da cessação do contrato.

VICENTE MARQUES e MIGUEL LUCAS PIRES⁵¹¹, referem que “A criação de um

⁵¹⁰ XAVIER, Bernardo Gama Lobo – *Prescrição dos Créditos Laborais*, Revista de Direito e Estudos Sociais, ano XLIX, n.ºs 1 a 4, Jan/Dez. 2008, pp. 324-330.

⁵¹¹ *Op. cit.*, p. 238.

prazo específico de prescrição dos créditos laborais é normalmente ancorada na circunstância de o trabalhador, na vigência do seu vínculo laboral, poder sentir-se constrangido, com receio de represálias, a reclamar o seu direito. Por esta razão, o ideal seria que o prazo de prescrição só iniciasse apenas após a ruptura do contrato. Não foi essa a solução acolhida, na sua plenitude, pela lei, destarte consentindo que créditos laborais vencidos há mais de dois anos prescrevam ainda na vigência do contrato de trabalho”.

Não podemos deixar de acompanhar as críticas expendidas pelos citados autores, já que tal enunciação legal implica, na prática, que possamos dizer que no ordenamento jurídico angolano não vigora (pelo menos na sua plenitude) o princípio da imprescritibilidade dos salários.

Tal opção legislativa não pode ficar isenta de críticas, pois trata-se de um princípio fundamental de defesa do trabalhador, naquilo que se afigura de essencial na relação laboral: o efectivo recebimento da contraprestação do seu labor.

E nem se diga, em contrário, que o facto de não se contemplar (em toda a sua pujança) o princípio da imprescritibilidade é, em certa medida, mitigado pela enunciação legal vertida no n.º 2 do art.º 180.º da LCT.

Na verdade, o aludido artigo contempla a suspensão do prazo de prescrição em três situações:

- a) Com o reconhecimento por escrito, por parte do empregador, do crédito e respectivo valor, devido ao trabalhador;
- b) Com o recebimento, por parte do empregador, da citação para acção judicial onde o crédito seja reclamado;
- c) Com a notificação para realização de diligência de mediação ou de conciliação promovida pelo órgão competente, a efectuar nos termos da lei.

Acresce, porém, que na Secção II da LGT – que versa sobre a “Prescrição de Direitos e Caducidade do Direito de Acção” – o art.º 302.º n.º 1 estatui que “Todos os créditos, direitos e obrigações do trabalhador ou do empregador, resultantes da celebração e execução do contrato de trabalho, da sua violação ou da sua cessação, extinguem-se, por prescrição, decorridos um ano contado do dia seguinte àquele em que o contrato cesse”.

Concretiza, depois, o n.º 2 do art.º 302.º da LCT, referindo que aquele prazo de prescrição se aplica, em especial, aos créditos de salários, de adicionais e complementos, indemnizações e compensações devidas por cessação do contrato de fornecimento de prestações em espécie e ainda, de reembolso de despesas efectuadas.

Debruçando-se sobre este tema, VICENTE MARQUES e MIGUEL LUCAS PIRES⁵¹², referem que, ao versar sobre a problemática da prescrição dos créditos laborais, este preceito conflitua com o art.º 180.º da LCT, que se ocupa da mesma matéria, o que, aliás, é expressamente reconhecido pelo n.º 3 do art.º 302.º da LCT.

Efectivamente, dispõe este último preceito que “O disposto nos números anteriores não prevalece sobre o regime especial de prescrição de créditos vencidos no decurso da execução do contrato estabelecido no n.º 1 do art.º 180.º”

Esclarecem os referidos autores que os prazos de prescrição previstos em ambas as disposições não são integralmente coincidentes, já que, pese embora ambos aludam ao prazo de 1 ano contado da data da cessação do contrato, o n.º 1 do art.º 180.º da LCT menciona um outro prazo, de verificação cumulativa com este, de 2 anos contados desde a data de vencimento do direito.

Prosseguem, referindo que na tarefa de apartar o campo de aplicação de cada um dos preceitos legais, a primeira diferença que ressalta prende-se com o facto de este art.º 302.º fazer expressa referência aos créditos do empregador, enquanto o art.º 180.º da LCT parece reportar-se, unicamente, aos créditos do trabalhador.

Todavia, para VICENTE MARQUES e MIGUEL LUCAS PIRES, a distinção mais relevante prende-se com a circunstância de o art.º 302.º da LGT, como resulta do seu n.º 2, visar sobretudo, ou até exclusivamente, os créditos devidos:

- a) pela cessação do contrato;
- b) pelo fornecimento de prestações em espécie;
- c) pelo reembolso de despesas efectuadas.

Ao invés, e ainda segundo os autores, os créditos abrangidos pelo art.º 180.º da LGT “(...) serão todos os demais, designadamente os créditos vencidos no decurso da execução do contrato e, em particular, os resultantes de salários não pagos ou de indemnização devida pela violação de direitos do trabalhador (por exemplo, em resultado de aplicação de sanção disciplinar abusiva).”⁵¹³.

Advogam, todavia, os referidos autores que, se o raciocínio expendido poderá ser a melhor forma de harmonizar as duas normas em conflito, não descurem que, ainda assim, há a necessidade de se operar uma interpretação corretiva do n.º 1 do art.º 302.º da LCT, o qual, de acordo com os mesmos se deverá considerar como não escrito.

Pela nossa parte, não podemos deixar de concordar que os preceitos se entrecruzam,

⁵¹² *Op.cit.*, p. 347.

⁵¹³ *Op. cit.*, p. 347.

pelo menos parcialmente, o que conduz à desnecessidade da sua duplicação.

Todavia, e tal como acontece no ordenamento jurídico português, importa salientar que o crédito do trabalhador pode, nos termos do art.º 302.º n.º 1 da LGT, ainda não se encontrar prescrito e, mesmo assim, não poder ser cobrado por falta de interposição tempestiva da respectiva acção.

Falamos da hipótese contemplada no art.º 303.º da LGT, o qual prescreve que “O direito de requerer judicialmente a reintegração na empresa, nos casos de despedimento individual ou colectivo, caduca no prazo de cento e oitenta (180) dias contados do dia seguinte àquele em que se verificou o despedimento”.

Vale o mesmo por dizer que o prazo contido nesta norma funciona como um verdadeiro prazo para impugnação do despedimento em que o trabalhador, invocando a sua ilicitude, petição a respectiva reintegração.

Sobre esta temática se debruçou o douto Acórdão do TCA n.º 446/2017⁵¹⁴, no qual o recorrente intentou recurso extraordinário de inconstitucionalidade do acórdão proferido pela Secção da Câmara do Trabalho do Tribunal Supremo, que não conheceu, “ex officio” da apelação – declarando-a extemporânea – relativa a acção que havia sido interposta em matéria disciplinar.

Para tanto, alegou o recorrente que o tribunal recorrido incorreu em erro de julgamento, violando os art.ºs. 29.º e 72.º da CRA, relativos aos direitos fundamentais a um processo equitativo e a um julgamento justo e conforme à lei.

Referia-se, em concreto, à circunstância de aos factos *sub judice* se aplicar, não o prazo de caducidade de 180 dias – então previsto no art.º 301.º da Lei n.º 2/2000, de 11 de Fevereiro (antiga LGT) –, mas sim o prazo de um ano previsto no n.º 1 do art.º 300.º do referido diploma legal, assim concluindo não se encontrarem os créditos e direitos resultantes do contrato de trabalho prescritos nem ter caducado o direito de os reclamar judicialmente.

Propugnava, igualmente, que o acórdão recorrido deveria, igualmente, ser declarado inconstitucional, por violação grave do princípio do acesso e tutela jurisdicional efectiva, consagrado no art.º 29.º da CRA, uma vez que a decisão recorrida não foi proferida em prazo razoável.

Na verdade, foi entendimento do Tribunal Supremo que o recorrente “(...) precluiu o seu direito de intentar a acção contra a medida disciplinar, porquanto, após o despedimento e sob pena de caducidade do direito de recorrer, o recorrente gozava apenas do prazo de 180 dias,

⁵¹⁴ Disponível em <https://tribunalconstitucional.ao/pt/acordaos/acordao-446-2017/>.

ou seja, aproximadamente seis (6) meses, para requerer judicialmente a sua reintegração, conforme estabelece o artigo 301.º da Lei n.º 2/00, de 11 de Fevereiro”.

O TCA, recortou, assim, a sua fiscalização concreta à eventual violação do princípio do acesso ao direito e tutela jurisdicional efectiva, bem como do princípio da legalidade, do julgamento justo e conforme a lei, para a salvaguarda dos direitos fundamentais ao trabalho a não ser despedido sem justa causa e a ser indemnizado em caso de despedimento injusto.

Quanto à (eventual) violação do princípio do acesso ao direito e tutela jurisdicional efectiva, entendeu, lapidarmente, o aresto que tal princípio inclui o direito de acção, que se consubstancia no poder ou na faculdade de o recorrente interpor recurso, bem como o direito ao processo, que se traduz no dever de a causa ser julgada em tempo razoável e com equidade (n.s 1 e 4 do artigo 29.º da CRA), após a apresentação do processo junto da respectiva instância judicial.

Neste caso concreto, tratando-se de uma acção interposta em matéria disciplinar, por despedimento alegadamente injusto, cujo recorrente ficou privado do seu meio fundamental de subsistência, nomeadamente, a remuneração que auferia por via do vínculo laboral (n.º 1 do artigo 76.º da CRA), é entendimento do Tribunal Constitucional que o recorrente tem direito a um processo judicial célere e a um julgamento em tempo útil contra alegadas violações dos seus direitos, com base no n.º 5 do artigo 29.º da Constituição, demora essa que prejudica de forma muito grave direitos fundamentais do recorrente.

No que concerne ao segundo segmento em apreciação (eventual violação do princípio da legalidade, do julgamento justo e conforme a lei), desde logo notou o TCA que o recorrente nunca reclamou a reintegração no seu posto de trabalho, tendo apenas peticionado o ressarcimento pela cessação do seu vínculo laboral.

Assim, recordando que “O prazo legalmente estabelecido para o direito a acção nestes processos é o de 12 meses contados da data do despedimento (artigo 300.º da Lei 2/00 de 11 de Fevereiro, anterior Lei Geral do Trabalho, aplicável ao caso concreto)”, não pôde deixar de concluir que “O Acórdão recorrido, por ter erroneamente suposto que o recorrente pretendia a sua reintegração, aplicou prazo especificamente previsto para estes tipos de acções (artigo 301.º da supra mencionada Lei) que é de apenas 180 dias”.

Razão pela qual foi entendimento do TCA que o Acórdão recorrido era materialmente inconstitucional por não estar em conformidade com os mencionados direitos fundamentais do recorrente.

5.3. O (Novo) Fundo de Garantia Salarial

O art.º 336.º do CT institui uma garantia do pagamento dos créditos emergentes do contrato de trabalho e da sua violação ou cessação, devidos ao trabalhador, que não possam ser pagos pelo empregador por motivo de insolvência ou situação económica difícil, a qual é assegurada pelo Fundo de Garantia Salarial (FGS), nos termos previstos em legislação específica.

Essa legislação específica, consta, actualmente, do Decreto-Lei n.º 59/2015, de 21 de Abril, que instituiu o (Novo) FGS, transpondo a Diretiva n.º 2008/94/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Outubro de 2008.

Aliás, e conforme resulta do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 59/2015, um aspecto crucial do novo regime resulta da necessidade de garantir a transposição da aludida Diretiva no que diz respeito à aproximação das legislações dos Estados-Membros, passando o FGS a abranger os trabalhadores que exerçam, ou tenham exercido habitualmente, a sua actividade em território nacional, mas ao serviço de empregador com actividade no território de dois ou mais Estados-Membros, ainda que o empregador seja declarado insolvente por tribunal de outro Estado-Membro.

Respigando o essencial do seu regime, constante do anexo a que se refere o art.º 2.º do Decreto-Lei n.º 59/2015, a garantia de pagamento de créditos do trabalhador abrange os casos em que tenha sido proferida sentença de declaração de insolvência do empregador, tenha sido proferido despacho do juiz que designa o administrador judicial provisório (no caso de processo especial de revitalização) e, por fim, quando seja proferido despacho de aceitação do requerimento proferido pelo IAPMEI - Agência para a Competitividade e Inovação, I.P., no âmbito do procedimento especial de recuperação de empresas.

E, conforme já referido, abrangem os créditos do trabalhador emergentes do contrato de trabalho ou da sua violação ou cessação, deduzidos das importâncias devidas pelo trabalhador, referidas no n.º 2 do art.º 2.º (quotizações para a segurança social e valores referentes à retenção na fonte do imposto sobre o rendimento).

O FGS assegura o pagamento dos aludidos créditos que se tenham vencido nos seis meses anteriores à propositura da acção de insolvência ou à apresentação do requerimento no processo especial de revitalização ou do procedimento extra-judicial de recuperação de empresas, conforme os casos (n.º 4 do art.º 2.º) e somente quando o pagamento desses créditos lhe seja requerido pelo trabalhador interessado até um ano a partir do dia seguinte àquele em que cessou o contrato de trabalho.

Por potencialmente contender (entre outros) com o princípio constitucional da justa retribuição, os preceitos contidos no n.º 4.º e n.º 8 do art.º 2.º do Decreto-Lei n.º 59/2015 foram objecto de apreciação pelo TCP, em concreto no Acórdão n.º 152/2020⁵¹⁵.

Neste, sindicava-se a decisão proferida pelo tribunal *a quo* (Tribunal Administrativo e Fiscal de Aveiro) que, dando provimento ao pedido da Autora, recusou a aplicação, no caso

⁵¹⁵ Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20200152.html?impressao=1>.

concreto, por inconstitucional, do n.º 4 e 8 do artigo 2.º daquele diploma, condenando o réu (FGS) a praticar o acto devido de deferir o pagamento dos créditos laborais peticionados por aquela.

Nessa sequência disso, o Ministério Público viria a interpor recurso para o TCP pois a sentença proferida em primeira instância fundamentara a sua decisão na inconstitucionalidade daqueles preceitos, por violação dos princípios da igualdade, certeza e segurança jurídica e da justa retribuição, desaplicando-os.

Assim, e quanto à apreciação da constitucionalidade da norma que estabelece o prazo de um ano (art.º 2.º n.º 8) para requerer o pagamento dos créditos salariais (certificados com a declaração de insolvência), notou o TCP que tal questão já fora objecto da sua apreciação, em concreto, pelo Acórdão n.º 328/2018⁵¹⁶ (1ª Secção).

Este último – lapidarmente, como veremos – veio a “julgar inconstitucional a norma contida no artigo 2.º, n.º 8, do Novo Regime do Fundo de Garantia Salarial, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 59/2015, de 21 de abril, na interpretação segundo a qual o prazo de um ano para requerer o pagamento dos créditos laborais, certificados com a declaração de insolvência, cominado naquele preceito legal é de caducidade e insuscetível de qualquer interrupção ou suspensão”.

A agudeza jurídico-constitucional da sua fundamentação, aliada à pertinência de que o mesmo reveste para o nosso tema, justifica que nos detenhamos sobre o acórdão ora em referência.

Começa por salientar o Acórdão que o tema da protecção dos trabalhadores em caso de insolvência do empregador sempre foi recorrente (e premente) quer no direito interno, quer no direito europeu.

Referia-se, em concreto, à Directiva 80/987/CEE do Conselho, de 20 de outubro de 1980, posteriormente alterada pelas Directivas 87/164/CEE do Conselho, de 2 de março de 1987 e 2002/74/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de setembro de 2002⁵¹⁷, cujo âmbito de aplicação se reporta, precisamente, à protecção dos créditos dos trabalhadores assalariados em relação a empregadores que se encontrem em estado de insolvência.

Ora, como decorre do art.º 3.º desta última Directiva (e com relevância para o caso *sub judice*), nele se prescreve que “Os Estados-Membros devem tomar as medidas necessárias para que as instituições de garantia assegurem, sob reserva do artigo 4.º, o pagamento dos créditos em dívida dos trabalhadores assalariados (...) sendo que os créditos a cargo da instituição de

⁵¹⁶ Disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20180328.html>

⁵¹⁷ Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32002L0074&from=EN>.

garantia consistem em remunerações em dívida correspondentes a um período anterior e/ou, conforme os casos, posterior a uma data fixada pelos Estados-Membros”.

Recorde-se que, entretanto, esta Directiva 80/987/CEE foi substituída pela (já referida) Directiva 2008/94/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Outubro de 2008 que, no entanto, reproduz no seu art.º 16.º o teor deste art.º 3.º.

Daí que no ordenamento jurídico português, e para responder a tal “exigência” europeia, tenha sido promulgado o Decreto-Lei n.º 50/85, de 27 de Fevereiro, o qual instituiu, precisamente, um sistema de garantia salarial com o objectivo de assegurar aos trabalhadores o pagamento das retribuições devidas e não pagas pela empregadora declarada extinta, falida ou insolvente.

Posteriormente, o Decreto-Lei n.º 219/99, de 15 de Junho procedeu à revisão do sistema de garantia salarial previsto no anterior diploma, criando para o efeito um Fundo de Garantia Salarial.

Numa profusão de legislação avulsa (de todo indesejada), foi ainda aprovado pelo Decreto-Lei n.º 139/2001, de 24 de Abril, o Regulamento do Fundo de Garantia Salarial.

Entretanto, o Decreto-Lei n.º 219/99 foi revogado pelo CT de 2003, já que este último previa (art.º 380.º) que a garantia de pagamentos de tais créditos era suportada pelo FGS, nos termos previstos em legislação especial, em concreto o Regulamento do Código do Trabalho (aprovado pela Lei n.º 35/2004, de 29 de Julho), que dispunha sobre a matéria nos artigos 316.º a 326.º do referido diploma.

Ora, no art.º 319.º do Regulamento do Código do Trabalho, o FGS cobria o pagamento dos créditos do trabalhador, nos casos em que o empregador fosse judicialmente declarado insolvente, que se tivessem vencido nos seis meses que antecederem a data da propositura da acção ou apresentação do requerimento, mas assegurando apenas o pagamento dos créditos que lhe fossem reclamados até três meses antes da respectiva prescrição.

A referida legislação avulsa manter-se-ia em vigor mesmo com o CT de 2009, até ser definitivamente substituída pelo Decreto-Lei n.º 59/2015, que aprovou o Novo Regime do Fundo de Garantia Salarial (NRFGS).

Traçado o quadro do regime legal do instituto no ordenamento jurídico português, não ignorou o Acórdão do TCP n.º 328/2018 que o TJUE se tem pronunciado amiudadamente quanto à interpretação e aplicação das Directivas 80/987/CEE e 2008/94/CE, em particular quanto ao prazo de prescrição previsto para reclamação de tais créditos.

Foi o que aconteceu no Acórdão proferido a 16 de Julho de 2009 no processo n.º C-69/08⁵¹⁸.

Aqui, o TJUE não deixou de recordar que “(...) no que se refere ao pagamento de créditos salariais, que, pela sua própria natureza, se revestem de grande importância para os interessados, a brevidade do prazo de prescrição não deve ter a consequência de os interessados não conseguirem, na prática, respeitar o referido prazo e, assim, não beneficiarem da protecção que a Directiva 80/987 se destina precisamente a garantir-lhes”.

Mais adiantou que o próprio TJUE já decidira anteriormente que um prazo de prescrição de um ano para intentar uma acção destinada a obter a reparação de um dano causado pela transposição tardia para o direito interno da aludida Directiva se afigurava razoável (aludindo ao Acórdão C-261/95, de 10 de Julho de 1997).

Tudo para justificar a decisão proferida no sentido de não se opor à aplicação de um prazo de prescrição de um ano para os pedidos formulados por trabalhador destinado a obter de um fundo de garantia o pagamento dos créditos retributivos em dívida.

Deixa, contudo, e a final, uma importante advertência: a de competir “(...) ao órgão jurisdicional nacional apreciar se a configuração deste prazo não torna impossível na prática ou excessivamente difícil o exercício dos direitos reconhecidos pela ordem jurídica comunitária (princípio da efectividade)”.

Advertência que o acórdão do TCP em análise levou em devida conta, começando por reafirmar, no ordenamento constitucional português, o princípio da igualdade insito no n.º 1 do art.º 59.º da CRP, proclamando-se na sua alínea a) o direito à justa retribuição do trabalho.

Nessa medida, não deixou de salientar que a retribuição da prestação laboral está intimamente ligada à pessoa do trabalhador, sendo o seu único ou principal meio de subsistência para satisfazer as suas necessidades vivenciais.

É, pois, esta dimensão pessoal e existencial a que qualifica diferentemente os créditos laborais, assim se justificando a tutela constitucional reforçada de que gozam, e que levou à consagração do direito à retribuição do trabalho como um direito de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias, beneficiando (n.º 3 do art.º 59.º da CRP) de garantias especiais.

Ora, para o acórdão, a modelação dessas garantias especiais de protecção da retribuição previstas no n.º 3 do art.º 59.º da CRP cabe ao legislador, o qual, para esse efeito, goza de ampla liberdade.

⁵¹⁸ Raffaello Visciano contra Istituto nazionale della previdenza sociale, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:62008CJ0069>.

Nesse sentido, a instituição do mecanismo do FGS (para além de consistir numa obrigação estatal decorrente do Direito da União) não pode deixar de ser vista como concretização de uma dessas garantias, pelo que, tratando-se de atribuir um direito a uma prestação pecuniária e de limitar no tempo a efectividade desse direito pelo não exercício, tal atribuição deve operar segundo regras claras, certas e objectivas, tal como o exige o princípio do Estado de direito democrático, previsto no art.º 2.º da CRP.

Transpondo tal quadro e cotejando-o com o regime instituído pelo novo regime do FGS (em particular quanto à norma objecto do presente recurso), considerou o Acórdão do TCP “(...) verificarem-se aporias que o afastam do padrão de efetividade e certeza acabado de traçar”.

Desde logo, porque sendo a declaração de insolvência a fazer nascer o direito ao accionamento do FGS, é inegável que (para além do impulso inicial) o trabalhador tem uma capacidade muito limitada na tramitação processual subsequente até essa efectiva declaração de insolvência do devedor (o que acabou por se verificar no caso dos autos, onde a mesma foi proferida mais de seis meses após ter sido requerida).

“Ou seja, pegando precisamente no exemplo que os autos ilustram, observamos que se consumiu mais de metade do prazo de accionamento do FGS em vicissitudes processuais que o trabalhador credor da insolvente não esteve em condições de dominar, sendo que a declaração de insolvência foi pedida decorridos que foram menos de seis meses do prazo de um ano previsto no art.º 2.º, n.º 8, do NRFGS”.

Faz, no entanto, o Acórdão uma importante ressalva: a de não estar em causa a questão de saber se o legislador pode fixar prazos mais ou menos alargados para o exercício do direito ao accionamento do FGS, sob pena de caducidade ou prescrição, já que não se discute – como reiteradamente sublinhado pela jurisprudência do TJUE – a existência de prazos nem o prazo concreto previsto no n.º 8 do art.º 2.º do novo regime do FGS.

Para o TCP, “O que está em causa é saber se, na contagem desse prazo, é possível incluir um período temporal (...) especificamente determinado e tendente à criação de um pressuposto essencial do direito ao accionamento do FGS (o período entre o pedido de declaração da insolvência e a sua efectiva declaração pelo tribunal competente), cujos termos escapam por completo ao controlo do trabalhador-credor, de tal forma que o mero decurso do tempo nessa fase processual provoque a extinção do direito”.

A antinomia detetada pelo TCP é evidente e geradora de diferenciações arbitrárias na concessão daquele direito a diferentes titulares, subordinado que fica este à maior ou menor

duração da fase inicial do processo de insolvência, factores (repita-se) alheios à vontade do trabalhador.

De igual forma, esclareceu o acórdão que na apreciação da constitucionalidade empreendida não relevava, propriamente, (ou, pelo menos, de forma directa), a qualificação do prazo como de caducidade ou de prescrição (questão que doutrinalmente melhor poderia ser enquadrada), antes se realçando a circunstância de (no contexto descrito) a contagem de tal prazo ocorrer sem qualquer suspensão ou interrupção, potenciando um efeito de valor contrário ao próprio direito.

Obviamente, não olvidou o acórdão que o FGS, na fundamentação da sua posição de indeferimento da pretensão dos ora recorridos, qualificou expressamente o prazo em causa no n.º 8 do art.º 2.º do novo regime do FGS como de caducidade, imputando-lhe a circunstância – própria do regime da caducidade, nos termos previstos no art.º 328.º do CC – de só comportar suspensão ou interrupção mediante previsão legal expressa, no caso inexistente.

Todavia, para o TCP, já não seria irrelevante a pouca clareza do regime legal, espelhada na norma em causa, incerteza que entendeu comprometer seriamente a efectividade da tutela que corresponde ao mecanismo do FGS, uma vez que o seu regime gera interpretações díspares, geradoras de insegurança nos destinatários beneficiários do seu âmbito de protecção.

“Isto ao ponto destes não disporem, consistentemente, da possibilidade de, agindo com normal diligência, anteverem com suficiente segurança o comportamento que devem adotar para formular atempadamente a sua pretensão junto do FGS, assim se comprometendo as exigências mínimas de certeza decorrentes do princípio do Estado de direito democrático”.

Ou, nas palavras do Acórdão do TJUE (processo C-69/08, anteriormente analisado), que a configuração do prazo pode tornar impossível na prática ou excessivamente difícil o exercício do direito do trabalhador credor, potencialmente violador do princípio da efectividade.

Nestes termos, entendeu o douto acórdão do TCP que as razões que antecederam eram aptas a fundar um juízo de censura constitucional à norma em apreciação, confirmando a esse respeito a decisão recorrida.

Fê-lo, todavia, não deixando de aduzir uma observação adicional, concernente à intervenção do TCP exclusivamente à questão da inconstitucionalidade.

Assim, avocando para si a última palavra sobre a inconstitucionalidade da norma *sub judice*, ressaltou, porém, não lhe caber “(...) determinar qual a melhor interpretação do direito infraconstitucional na sequência do afastamento dessa norma (dessa construção normativa). Assim, na falta de uma opção legislativa expressa, caberá aos tribunais comuns a solução das

questões que o presente julgamento deixa em aberto (designadamente, se deve tratar-se de interrupção ou suspensão do prazo, se o efeito interruptivo ou suspensivo em relação a todos os credores pode depender do pedido de declaração de insolvência de um só credor ou de um credor de certa categoria ou até quando se deve verificar a suspensão ou interrupção)”.

Ora, a orientação jurisprudencial no sentido da inconstitucionalidade da solução legislativa da fixação do prazo de caducidade de um ano, insusceptível de qualquer interrupção ou suspensão, veio a ser adoptada invariavelmente pelo TCP.

Logo, e no entendimento do Acórdão do TCP n.º 152/2020, não se apresentavam no presente processo motivos para um desvio do sentido jurisprudencial traçado no Acórdão n.º 328/2018, pelo que – e remetendo para os fundamentos aduzidos neste último – concluiu no sentido de “(...) julgar inconstitucional a norma segundo a qual o prazo de um ano para requerer o pagamento dos créditos laborais, certificados com a declaração de insolvência, é de caducidade e insuscetível de qualquer interrupção ou suspensão, interpretativamente extraível do artigo 2.º, n.º 8, do NRFGS”.

A jurisprudência ora firmada esteve, certamente, na origem da alteração do art.º 2.º do NRFGS, promovida pela Lei n.º 71/2018, de 31 de Dezembro (que aprovou o orçamento de Estado para 2019), com o aditamento de um n.º 9 que estabelece que “O prazo previsto no número anterior suspende-se com a propositura de ação de insolvência, a apresentação do requerimento no processo especial de revitalização e com a apresentação do requerimento de utilização do procedimento extrajudicial de recuperação de empresas, até 30 dias após o trânsito em julgado da decisão prevista na alínea a) do n.º 1 do artigo 1.º ou da data de decisão nas restantes situações”.

Trata-se de alteração legislativa que se aplaude, uma vez que – como atrás se referiu – estando a retribuição intimamente ligada à pessoa do trabalhador, constituindo (por regra) o único meio de subsistência que lhe possa proporcionar uma existência condigna, dificilmente se compreenderia que a instituição do mecanismo do FGS, gizado precisamente para concretizar uma das garantias de efectivo recebimento dos créditos laborais, pudesse criar entropias ao exercício desse direito.

Na verdade, de nada vale estabelecer um prazo, por muito longo que seja, se – nas certas palavras da jurisprudência do TJUE – a configuração desse mesmo prazo *tornar impossível na prática ou excessivamente difícil o exercício dos direitos reconhecidos pela ordem jurídica comunitária*.

Passemos à apreciação da constitucionalidade da norma que estabelece que o FGS assegura o pagamento de créditos laborais que se tenham vencido nos seis meses anteriores à propositura da ação de insolvência, vertida no art.º 2.º n.º 4 do NRFGS.

Esta, recorde-se, foi a segunda norma a ser desaplicada pelo tribunal *a quo*, sendo que o art.º 3.º n.º 1 do NRFGS estabelece dois limites aos montantes garantidos pelo Fundo: um limite máximo global, equivalente a seis meses de retribuição, e um limite máximo mensal, correspondente ao triplo da retribuição mínima mensal garantida.

Daí que, para o acórdão, também neste segmento, a referida norma corresponde à concretização da especial protecção que é devida à retribuição do trabalho, nos termos do art.º 59.º n.º 3 da CRP.

Por outro lado, e conforme já sobredito, a norma resulta da transposição da Directiva 2008/94/CE, de 22 de Outubro de 2008⁵¹⁹, que corresponde a uma codificação da legislação anterior, vertida na Directiva 80/987/CEE.

Ora, nos termos do art.º 3.º da Directiva 2008/94/CE, os créditos a cargo da instituição de garantia consistem nas remunerações em dívida correspondentes a um período anterior e/ou, conforme os casos, posterior a uma data fixada pelos Estados-Membros. Mais sendo reconhecida aos Estados-Membros a faculdade de limitar a obrigação de pagamento das instituições de garantia (art.º 4.º n.º 1), caso em que devem determinar a duração do período que dá lugar ao pagamento dos créditos em dívida pela instituição de garantia, sendo que tal duração não pode ser inferior ao período relativo à remuneração dos três últimos meses da relação de trabalho anterior e/ou posterior à data a que se refere o segundo parágrafo do artigo 3.º (art.º 4.º n.º 2), podendo ser calculada com base num período de referência cuja duração não pode ser inferior a seis meses. Por fim, também se permite aos Estados-Membros estabelecer limites máximos em relação aos pagamentos efetuados pela instituição de garantia, caso em que estes limites não devem ser inferiores a um limiar socialmente compatível com o objetivo social da Directiva (art.º 4.º n.º 3).

Assim dissecado o regime vertido na Directiva (que, repita-se, praticamente replica o regime vertido na Directiva 80/987/CEE), foi sem surpresa que o acórdão do TCP chamou à colação a jurisprudência vertida no acórdão do TJUE de 28 de Novembro de 2013⁵²⁰, proferido ainda no âmbito desta última Directiva.

Neste processo, foi colocada uma questão prejudicial pelo Tribunal Central Administrativo Norte (Portugal), que divisava esclarecer “(...) se a Directiva 80/987, conforme alterada, deve ser interpretada no sentido de que se opõe a uma legislação nacional que não garante os créditos salariais que se vencerem mais de seis meses antes da propositura da ação de insolvên-

⁵¹⁹ Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008L0094>.

⁵²⁰ Proc. n.º C-308/12, Maria Albertina Viana Novo c. Fundo de Garantia Salarial, I.P., disponível em <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=144986&doclang=PT>.

cia do empregador, mesmo quando os trabalhadores hajam proposto, antes do início desse período de seis meses, uma ação judicial contra o seu empregador, com vista à fixação do valor desses créditos e à sua cobrança coerciva”.

Isto porque – esclareça-se – os créditos objecto deste litígio resultaram da falta de pagamento da retribuição aos trabalhadores ocorridos em 2003, tendo estes rescindido, nesse ano, os seus contratos de trabalho, sendo que outros trabalhadores continuaram ao serviço do mesmo empregador e recebendo a respectiva retribuição até 2006, ano em que todos os contratos cessaram por insolvência da entidade patronal.

A este propósito, o Acórdão do TJUE esclareceu, antes de mais, que a Directiva 80/987 visava assegurar aos trabalhadores uma protecção em caso de insolvência do empregador.

“Daí decorre que o sistema instituído por esta diretiva pressupõe um nexo entre a insolvência e os créditos salariais em dívida”.

Nestes termos, e ante o regime instituído, constatou o TJUE que a Directiva 80/987 não se opunha a que um Estado-Membro fixasse como data de início do cálculo do período de referência a data de propositura da acção de insolvência do empregador e, fixando um período de referência, poderiam os mesmos limitá-lo a um período de seis meses, desde que garantissem o pagamento da remuneração dos últimos três meses da relação de trabalho, o que a legislação nacional se mostrava em condições de assegurar.

Na verdade, propugnou o aresto que a Directiva em causa “(...) visa apenas uma protecção mínima dos trabalhadores assalariados, em caso de insolvência do seu empregador”, assim demonstrando que o sistema instituído “(...) tem em consideração a capacidade financeira desses Estados e procura preservar o equilíbrio financeiro das suas instituições de garantia”.

Assim, declarou que a Directiva devia ser interpretada no sentido de que “(...) não se opõe a que uma legislação nacional não garanta os créditos salariais vencidos mais de seis meses antes da propositura da acção de insolvência do empregador mesmo quando os trabalhadores tenham proposto, antes do início desse período, uma acção judicial contra o seu empregador, com vista à fixação do valor desses créditos e à sua cobrança coerciva”.

Jurisprudência que foi reiterada no Despacho do TJUE de 10 de Abril de 2014⁵²¹, nele se expendendo, *ipsis verbis*, os mesmos argumentos, pronunciando-se no mesmo sentido e – já ao abrigo da Directiva n.º 2008/94/CE – no acórdão do TJ de 25 de julho de 2018⁵²², onde, desta feita, o período de referência para garantia dos créditos era o prazo de três meses antes da

⁵²¹ Proferido no âmbito do Proc. n.º C-511/12, disponível em https://curia.europa.eu/jcms/jcms/P_106311/pt/.

⁵²² Proferido no Proc. n.º C-338/17 e disponível em https://curia.europa.eu/jcms/jcms/P_106311/pt/.

inscrição no registo comercial da decisão judicial de abertura do processo de insolvência do empregador, conforme previsto na legislação nacional da Bulgária.

Face ao exposto, resultava assim evidente para o TCP, que para a jurisprudência do TJUE a norma do art.º 2.º n.º 4 do novo regime do FGS não se apresentava desconforme com a Directiva 2008/94/CE.

Restava, no entanto, apreciar se a fixação do referido período de garantia se mostrava, também ela, conforme à CRP.

Não confundir esta questão com aquela – decidida pelo Acórdão do TCP n.º 328/2018 – concernente à discussão de previsão de causas de suspensão ou interrupção quanto a esse mesmo prazo.

Ora, a norma em apreciação fixa um período de garantia dos créditos laborais de seis meses, durante o qual o FGS é responsável pelo seu pagamento, com o limite estabelecido no art.º 3.º do novo regime do FGS, tendo como pontos iniciais para a sua contagem a propositura da acção de insolvência (ou a apresentação do requerimento, nos casos dos processos especiais de revitalização ou extrajudiciais de recuperação de empresas).

A norma desaplicada pelo tribunal *a quo* no processo *sub judice*, relembre-se, reportava-se à garantia de seis meses anteriores à propositura da acção de insolvência.

Para responder à concreta questão da constitucionalidade da fixação do período de garantia em causa, o TCP não deixou de trazer à colação o regime vertido no Decreto-Lei n.º 53/2004, de 18 de Março, que instituiu o Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE), em concreto o seu art.º 20.º, que versa sobre a legitimidade para apresentação do pedido de declaração de insolvência.

Ora, o referido art.º 20.º n.º 1 do CIRE refere que a mesma pode ser requerida “(...) por qualquer credor, ainda que condicional e qualquer que seja a natureza do seu crédito”, e (entre outras causas) motivado por “(...) incumprimento generalizado, nos últimos seis meses, de dívidas de alguns dos seguintes tipos: (...) dívidas emergentes de contrato de trabalho, ou da violação ou cessação deste contrato”, conforme previsto na alínea g), ponto iii) do aludido diploma.

Tal significa não só que os trabalhadores têm legitimidade para apresentar o pedido de declaração de insolvência da sua entidade empregadora caso esta incumpra, nos últimos seis meses, o pagamento da retribuição, e que podem esses mesmos trabalhadores accionar o FGS, garantindo este último o pagamento dos créditos laborais durante esse mesmo período.

Logo, entendeu o TCP existir, assim, “(...) uma correspondência tendencial entre o tempo necessário para apresentar o pedido de declaração de insolvência e o período de garantia que justifica a coerência do regime”.

Na verdade, e não ignorando que para requerer o pagamento dos seus créditos ao FGS o trabalhador terá, forçosamente, de aguardar pelo proferimento da sentença de declaração de insolvência, o TCP contrapõe com o facto de a fixação do período de garantia ter por referência a propositura da acção, para a qual – como vimos – tem legitimidade, podendo exercê-la autonomamente.

Destarte, entendeu o acórdão do TCP não estar comprometido o princípio do Estado de direito democrático, previsto no art.º 2.º da CRP, uma vez que – ao contrário do *thema decidendum* no acórdão n.º 328/2018 – “(...) é possível ao credor, agindo com normal diligência, antever com suficiente segurança o comportamento que deve adotar para que o seu crédito seja coberto pelo período de garantia e adoptá-lo, de facto, sem constrangimentos externos”.

Neste sentido, importa ter presente que para o TCP e neste âmbito, o prazo de seis meses do período de garantia não é um prazo de caducidade ou prescrição relacionado com o exercício do direito, mas sim e tão-somente o prazo que delimita a responsabilidade do FGS.

Nesse sentido, e não se verificando uma situação em que o trabalhador titular do crédito fica sujeito a uma situação que foge ao seu controlo, entendeu igualmente o TCP que também aqui não se descortinava qualquer violação do princípio da igualdade, por não estarmos perante qualquer discriminação arbitrária de trabalhadores que pudessem receber tratamento diferente pelo sistema jurídico.

Por último, e tendo o FGS como desiderato (entre outros) instituir uma garantia especial da retribuição a que alude o mandamento constitucional constante do n.º 3 do art.º 59.º da CRP, ele terá não só de ser efectivo como, nos termos usados pelo acórdão, de ser *sustentável*, pelo que não era de aceitar – porque não resulta do texto constitucional – a imposição de um FGS sem prazo ou a todo o tempo.

Entendimento, aliás, com respaldo no direito e jurisprudência da UE, que não descuram, para a instituição de tal garantia, que seja levada em consideração a capacidade financeira dos Estados-Membros e o equilíbrio das próprias instituições, conforme já tivemos oportunidade de aflorar em momento anterior.

“Nesse contexto, um prazo que abrange os créditos laborais emergentes do contrato de trabalho ou da sua violação ou cessação que se tenham vencido nos seis meses anteriores à propositura da acção de insolvência não é desproporcionado”, advoga o acórdão.

De igual modo, sustenta que não é igualmente desrazoável que esse prazo tenha como ponto de referência para início da sua contagem a propositura de tal acção por se verificar uma correspondência temporal entre tal período de garantia e os seis meses de incumprimento de dívidas emergentes do contrato de trabalho que legitimam o trabalhador a intentar a acção de insolvência.

Nestes termos, e quanto ao regime vertido no n.º 8 do art.º 2.º do NRFGS, entendeu o TCP julgar inconstitucional a norma segunda a qual o prazo de um ano para requer o pagamento dos créditos laborais, certificados com a declaração de insolvência, é de caducidade e insuscetível de qualquer interrupção ou suspensão.

Pelo contrário, e no que se refere ao regime vertido no n.º 4 do art.º 2.º do mesmo diploma, entendeu o TCP não julgar inconstitucional a norma que estabelece que o FGS assegura o pagamento de créditos do trabalhador que se tenham vencido nos seis meses anteriores à propositura da acção de insolvência.

Tal como já referimos em momento anterior, propendemos para concordar com o entendimento expresso pelo TCP, em ambos os segmentos, e precisamente pela mesma ordem de razão: o facto de ter de ser permitido ao trabalhador, por controlo exclusivo deste último, a possibilidade de – nos limites temporais legitimamente balizados pelo regime – poder, em tempo, accionar a garantia ínsita no diploma, o que se mostra agora viabilizado, particularmente pela introdução do n.º 9 do art.º 2.º do NRFGS.

Por fim, refira-se que no ordenamento jurídico angolano, para além da instituição da figura dos privilégios creditórios, não se encontra previsto um mecanismo similar de garantia, destinado a assegurar o pagamento de créditos laborais dos trabalhadores quando as entidades patronais se encontrem em situação de insolvência.

Percebemos, pelo sobredito, que o TJUE (mesmo no contexto da UE) é sensível quanto à disponibilidade financeira dos Estados-Membros para a institucionalização de tal mecanismo, pelo que redobradas razões de ordem económica avultam para a realidade angolana.

Em todo o caso, e atenta a posição de fragilidade em que é colocado o trabalhador perante a insolvência da entidade patronal, urge encontrar soluções que permitam a sua subsistência condigna, assim se salvaguardando o princípio da dignidade humana.

Nesse sentido, não pode deixar de merecer aplauso a (recente) instituição do Fundo Nacional de Emprego de Angola (FUNEA), introduzido pelo Decreto Presidencial nº 133/23, de

1 de Junho,⁵²³ o qual (nos termos do art.º 1.º do diploma) “(...) visa garantir recursos financeiros para promover a inserção dos recém-formados e desempregados no mercado de trabalho”.

Efectivamente, pese embora tenha um objecto distinto do NRFGS português, o FUNEA não deixa de conter uma preocupação com uma particular franja de angolanos (recém-formados e desempregados) que reivindica uma especial tutela por parte do Estado.

Daí os activos financeiros geridos pelo FUNEA se destinarem a criar e apoiar projectos e iniciativas públicas e privadas geradoras de emprego (art.º 2.º).

Pese embora não institua, propriamente, um regime prestacional, o mesmo prevê que os activos detidos pelo Fundo possam ser utilizados para conceder (nos termos da alínea a) do art.º 8.º) “Empréstimos e incentivos a Fundo Perdido aos jovens que frequentem cursos ou acções formativas profissionais”.

Encontra-se, todavia, o (recém-instituído) mecanismo mais vocacionado para o financiamento de projectos de entidades do Sistema Nacional de Formação Profissional bem como de iniciativas que tenham por objecto dotar os jovens (e desempregados) das necessárias competências para a sua inserção no mercado de trabalho.

Espera-se (e deseja-se) que possa ser um passo para a institucionalização futura de um mecanismo similar ao NRFGS, pese embora moldado à (particular) realidade económica angolana.

⁵²³ Disponível no Diário da República de Angola de 1 de Junho de 2023, I Série, N.º 99, p. 2982.

CAPÍTULO V – A RETRIBUIÇÃO NO CÓDIGO DE TRABALHO

1. Noção e características

Como decorre do art.º 11.º do CT, a retribuição corresponde à contraprestação da prestação do trabalho, já que o contrato que lhe subjaz configura um negócio jurídico oneroso.

E se nos referimos ao termo retribuição é porque o mesmo foi expressamente acolhido pelo CT, no seu art.º 258.º, já que a prestação que o empregador tem de efectuar ao trabalhador presta-se (mesmo no plano legal) ao uso de diversas terminologias, geralmente usadas como expressões sinónimas.

Basta atentar no termo tradicional de “salário”, o qual – como nota pertinentemente MARIA DO ROSÁRIO RAMALHO⁵²⁴ – é usado indistintamente, a par da “retribuição”, no artigo 59.º, n.º 1 alínea a) *in fine* da CRP (a propósito da igualdade retributiva).

O termo “salário” era tradicionalmente usado em legislação laboral avulsa, como a Lei 17/86, de 14 de Junho (denominada, precisamente, de Lei dos Salários em Atraso, já revogada), sendo ainda hoje usado, por exemplo, no NRFGS (aprovado pelo DL n.º 59/2015, de 21 de Abril), pese embora o seu dispositivo aluda, sempre, à terminologia “retribuição”.

Compreende-se que assim seja, já que o FGS (destinado ao pagamento de créditos do trabalhador emergentes de contrato de trabalho que não possam ser pagos pelo empregador por motivo de insolvência ou de situação económica difícil) se encontra previsto no art.º 336.º do CT, diploma que – como já referimos – tem o mérito de se referir, univocamente, à prestação devida pelo empregador como sendo a “retribuição”.

Por seu turno, o termo “remuneração” é frequentemente utilizado em fontes internacionais e comunitárias, como já anteriormente tivemos oportunidade de referir, e de que destacamos como meros exemplos a Convenção n.º 100 da O.I.T., o art.º 23.º da DUDH ou o art.º 7.º do PIDESC de 1966.

Tradicionalmente, a “remuneração” era igualmente reportada ao conceito de “salário base”, sendo que o CT cortou, de igual modo, com esta alocação, passando a usar o termo “retribuição base”, como decorre (entre outros) do art.º 344.º n.º 2 do CT, referente ao cálculo da compensação devida ao trabalhador por caducidade do contrato a termo certo.

⁵²⁴ RAMALHO, Maria do Rosário, *Direito do Trabalho*, Parte II – Situações Laborais Individuais. 2.ª ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 560.

No entanto, ainda hoje podemos encontrar reminiscências (especialmente jurisprudenciais) do termo “remuneração-base”, como acontece no Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 27 de Fevereiro de 2023⁵²⁵, onde o aresto esclareceu que “A remuneração de base é a componente retributiva que corresponde à atividade do trabalhador no seu período normal de trabalho, devendo, para o efeito, ser fixado um montante certo ou, no mínimo, determinável em função do tempo normal de trabalho prestado (art.ºs. 250.º n.º 2, al. a), do CT/2003 e 262.º n.º 2 al. a) do CT/2009), não sendo, nem podendo ser indeterminável e variável em função do trabalho suplementar que seja prestado”.

Prossegue, referindo que “A retribuição abrange a remuneração base, podendo abranger outras prestações regulares e periódicas (...), designadamente o trabalho suplementar (se pago regular e periodicamente). Estas prestações regulares e periódicas, que poderão integrar o conceito de retribuição, determinam o aumento da retribuição em sentido amplo”.

De igual modo, para o recorte do conceito de retribuição como contraprestação devida ao trabalhador, temos de ter igualmente presente – como o faz SOARES MARTINEZ⁵²⁶ – não caber neste âmbito a noção económica que o mesmo também encerra.

Efectivamente, na noção económica de retribuição engloba-se tanto a retribuição do trabalho subordinado como o “vencimento” do trabalhador independente, ou mesmo a parcela do lucro que corresponde ao “salário” do empresário.

E se trouxermos à colação a vertente económica da retribuição, em concreto aquela auferida por trabalhador independente, é porque (não raras vezes) essa destrição nem sempre se apresenta clara, por comungar de aspectos que são próprios do contrato de trabalho.

Daí que o art.º 12.º do CT contemple uma presunção de existência de contrato de trabalho quando, entre outras características aí elencadas, a actividade seja realizada em local pertencente ao beneficiário, o prestador cumpra horário e, nos termos do n.º 1 alínea d) “Seja paga, com determinada periodicidade, uma quantia certa ao prestador de actividade, como contrapartida da mesma”.

Não obstante os critérios enunciadores da existência de contrato de trabalho previstos na aludida disposição legal, certo é que a fronteira nem sempre se apresenta de fácil delimitação, pese embora a jurisprudência concretize, ela própria, a diferenciação entre o contrato de trabalho e o contrato de prestação de serviços.

⁵²⁵

Disponível

em

<https://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/71ffcf5caa68ed928025896700412302?OpenDocument>

⁵²⁶ MARTINEZ, Soares – *Economia Política*, 11.ª ed., Coimbra: Almedina, 2010, p. 737.

É o caso, entre tantos outros, do Acórdão do STJ de 9 de Março de 2017⁵²⁷, onde se sumariou que “A diferenciação entre o contrato de trabalho e contrato de prestação de serviço centra-se, essencialmente, em dois elementos distintivos: no objecto do contrato (no contrato de trabalho existe uma obrigação de meios, de prestação de uma actividade intelectual ou manual, e no contrato de prestação de serviços uma obrigação de apresentar resultados) e no relacionamento entre as partes: com a subordinação jurídica a caracterizar o contrato de trabalho e a autonomia do trabalho a imperar no contrato de prestação de serviço”.

A importância de tal delimitação é, desde logo, demonstrada pelo facto de o legislador ordinário ter cominado como contra-ordenação muito grave imputável ao empregador a prestação de actividade, por forma aparentemente autónoma, em condições características de contrato de trabalho e da qual possa advir prejuízo ao trabalhador ou ao Estado, conforme previsto no n.º 2 do art.º 12 do CT.

Tal contra-ordenação tem a respectiva tramitação prevista na Lei n.º 107/2009, de 14 Setembro, que regula o regime processual aplicável às contra-ordenações laborais e de Segurança Social.

Neste particular, não podemos deixar de nos pronunciar quanto ao prazo de prescrição previsto no art.º 52.º do diploma, o qual prescreve que (sem prejuízo das causas de suspensão e interrupção previstas no regime geral das contra-ordenações), “(...) o procedimento extingue-se por efeito da prescrição logo que sobre a prática da contra-ordenação hajam decorrido cinco anos” (sublinhado nosso).

A latitude do aludido prazo de prescrição e, acima de tudo, o facto de o legislador o ter deixado de o graduar consoante a gravidade da infração motivou (e bem, no nosso entendimento) um pedido de apreciação da constitucionalidade da norma do art.º 52.º da referida Lei n.º 107/2009.

Tal pedido fundou-se no facto de o preceito prever um prazo único de cinco anos para a prescrição do procedimento por contra-ordenação laboral ou de segurança social, independentemente da gravidade da infracção, do grau de culpa do infractor, da sua capacidade económica ou da moldura aplicável e cuja aplicação foi recusada pelo tribunal *a quo* com fundamento na violação do princípio da proporcionalidade previsto no art.º 18.º n.º 2 da CRP.

O pedido de apreciação de constitucionalidade foi decidido através do Acórdão n.º

⁵²⁷ Disponível em

<https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/136d47a7d2830acc802580de00555d9f?Open-Document>

297/2016 do TCP, de 12 de maio de 2016⁵²⁸, o qual (adiante-se) viria a não considerar inconstitucional o referido preceito.

Na verdade, começa por confirmar o aresto que a disciplina substantiva das contra-ordenações laborais, previstas no art.º 548.º e seguintes do CT, estabelece escalões de gravidade quanto às mesmas, classificadas que estão em leves, graves e muito graves, sendo as coimas mais ou menos elevadas em função da sua gravidade.

De igual modo, e em matéria laboral, a coima aplicável também difere em função da situação económica do agente e da sua culpabilidade.

Não obstante esta diferenciação, nota igualmente o acórdão que “(...) o legislador prescindiu, em matéria de prescrição do procedimento por contraordenação laboral, matéria inserida no respetivo regime processual, de uma relação de proporcionalização entre as medidas das coimas aplicáveis e os prazos de prescrição dos procedimentos sancionatórios destinados à aplicação daquelas coimas. Nessa medida, a solução legislativa em crise assume um carácter inovatório relativamente ao próprio regime geral das contraordenações (e ao regime anterior aplicável em matéria de prescrição dos procedimentos de contraordenação laboral)”.

Realçou ainda que o TCP já se havia pronunciado sobre a conformidade constitucional da fixação de prazos de prescrição do procedimento contraordenacional mais dilatados em regimes especiais do que os fixados no regime geral - referindo-se ao regime prescricional das infrações tributárias - o mesmo sucedendo quanto ao estabelecimento de regras especiais em procedimento contra-ordenacional laboral, por atenção “(...) à especial relevância dos interesses em que se movem”.

É no âmbito desta “especificidade” que o douto aresto se move para sustentar a viabilidade constitucional do preceito em crise, apontando-o como destinado a simplificar procedimentos de contra-ordenação laboral e a permitir uma maior eficácia na atuação das entidades fiscalizadoras dos ilícitos cometidos nesta matéria, recordando que estes últimos afectam bens jusfundamentais a que se associam especiais deveres de protecção.

Daí referir que “À especificidade do domínio das contraordenações laborais pode, assim, associar-se um regime específico destinado a criar condições de eficácia necessária à atuação repressiva do Estado na fiscalização das infrações à disciplina das relações sócio-laborais, afastando-se, deste modo, um juízo de arbítrio quanto à concreta opção normativa em causa”.

Pela nossa parte, é precisamente a opção normativa que merece censura, não tanto o juízo de constitucionalidade da norma, como referiremos adiante.

⁵²⁸ Disponível em <https://blook.pt/caselaw/PT/TC/498351/>.

Assim, e pronunciando-se em concreto quanto à questão da constitucionalidade colocada – saber se na definição do prazo de prescrição dos procedimentos contra-ordenacionais laborais devem mostrar-se traduzidos os critérios de diferenciação que subjazem à determinação e medida da coima aplicável – sob pena de um juízo desconforme com o princípio da proporcionalidade, por desadequação quanto ao prazo único de prescrição de cinco anos estabelecido pelo legislador, o TCP não deixou de a reenquadrar devidamente.

Na verdade, entendeu o aresto que a questão não se enquadrava “(...) no específico parâmetro constitucional invocado pela decisão recorrida (artigo 18.º n.º 2 da CRP), na medida em que não se vislumbra qual o concreto direito, liberdade ou garantia afetado pela norma sindicada (...)”, considerando, no entanto, que a mesma não podia “(...) deixar de ser efetuada mais amplamente à luz do invocado princípio da proporcionalidade enquanto decorrência do princípio do Estado de direito democrático plasmado no artigo 2.º da CRP, ao qual o legislador democrático se encontra necessariamente vinculado na concretização legislativa do direito sancionatório estadual”.

Neste particular, não deixou o acórdão de reconhecer que a determinação da moldura da coima aplicável, por se tratar de direito sancionatório, responde a imperativos de proporcionalidade, porque necessariamente contido nos limites constitucionais da necessidade e justa medida, se bem que assinalando a ampla margem de liberdade do legislador na sua fixação.

Aliás, o aresto não deixou de sublinhar que “(...) a intensidade do princípio é necessariamente menor quando se está perante matéria de mera ordenação social, já que, nesta sede, as sanções em caso algum representam uma restrição ao direito fundamental à liberdade pessoal (artigo 27.º da CRP) pois as coimas representam sempre, apenas, uma afetação patrimonial, não tendo prisão sucedânea”.

Assim, considerou que o prazo de cinco anos previsto na norma sindicada para o exercício daquele poder do Estado não se mostra desproporcionado em função das finalidades prosseguidas pelo legislador e da finalidade de criação de condições para uma maior eficácia da acção fiscalizadora do Estado, pelo que a diferenciação do prazo de prescrição do procedimento não se mostra constitucionalmente devida.

Conclui, assim, que “Deste modo, e na linha da jurisprudência citada quanto à definição (e diferenciação) das molduras das coimas, não se pode concluir por um juízo de inconstitucionalidade por ofensa do princípio da proporcionalidade mesmo em face do estabelecimento pelo legislador de um prazo uniforme de prescrição de cinco anos para todos os procedimentos de contraordenação laboral em causa”.

Como já referimos, a nossa censura não aponta para o juízo de constitucionalidade da

norma (porque sensíveis aos doutos argumentos apresentados pelo acórdão), mas antes para a opção legislativa.

Na verdade, e conforme afluído na decisão do tribunal *a quo* que rejeitou a aplicação da norma, no quadro legal atinente a matéria contra-ordenacional laboral é patente que o legislador se preocupou em estabelecer um quadro sancionatório equilibrado, adequando as molduras das coimas não só à gravidade da infracção como ao grau de culpa do infractor e à própria dimensão económica do infractor.

Todavia, torna-se notório que esse equilíbrio foi completamente postergado pelo legislador no que respeita ao prazo de prescrição do respectivo procedimento.

Numa perspectiva eminentemente prática, o que se verifica é que a prescrição do procedimento ocorre, de forma indiferenciada, quer estejamos perante uma contraordenação leve praticada a título negligente por pessoa que não exerce actividade com fins lucrativos (cuja moldura varia entre uma a duas UC, nos termos do art.º 555.º n.º 2 do CT) quer esteja em causa uma contra-ordenação muito grave dolosa, cuja moldura, em determinadas situações, pode atingir a coima de 100 UC, se resultar de situação especial prevista no art.º 556.º do CT.

Além do mais, a solução adoptada é potenciadora de eventual inércia da administração, permitindo-lhe imobilizar processos de contra-ordenação durante um considerável número de anos, ainda em fase administrativa.

Acrescentamos nós, à luz do preceito vertido no art.º 52.º da Lei 107/2009, que o prazo de cinco anos não prejudica as causas de suspensão e interrupção da prescrição, pelo que esta pode chegar, no limite, aos sete anos e seis meses, conforme se alcança pelo cotejo dos artigos 53.º n.º 2 e 54.º n.º 3 daquele diploma legal.

De igual modo, se bem que sensíveis ao argumento expendido no douto acórdão do TCP – no sentido de que o princípio da proporcionalidade é necessariamente menor em sede contra-ordenacional, por não comportarem as respectivas sanções medidas restritivas ao direito fundamental à liberdade –, em todo o caso não pode deixar de merecer alguma reflexão o facto de o art.º 118.º do Código Penal conter prazo de prescrição muito mais curto (dois anos) para crimes puníveis com pena de prisão de limite máximo inferior a um ano ou mera multa.

Acresce, decisivamente, e na esteira de SOARES RIBEIRO⁵²⁹, que “O instituto da prescrição fundamenta-se no efeito que o decurso do tempo produz nas coisas e nas relações humanas, assim como no esmaecimento do “mal” causado pela infracção na consciência da sociedade.

⁵²⁹ RIBEIRO, João Soares - *Contraordenações Laborais – Regime Jurídico Anotado contido no Código do Trabalho*, 2.ª ed.. Coimbra: Almedina, 2003, p.108.

Acresce uma razão jurídica: com o decorrer do tempo, não só os elementos de facto se vão progressivamente diluindo, como as testemunhas vão apagando da sua memória as circunstâncias em que aqueles se produziram”.

Prossegue o referido autor, referindo (lapidarmente) que “À prescrição não é alheia (...) uma ideia de justiça. Seria injusto manter indefinidamente o agente infrator sob a espada de Dâmocles que é a ameaça do procedimento infraccional ou a aplicação da sanção decidida.”⁵³⁰.

Tanto mais – permitimo-nos acrescentar – que o n.º 3 do art.º 12.º do CT estabelece (para além das coimas previstas) sanções acessórias gravosas para o infractor (como a privação do direito a apoio, subsídio ou benefício outorgado por entidade ou serviço público, designadamente de natureza fiscal ou contributiva), as quais (dada a latitude do prazo prescricional fixado), podem influir na própria segurança, organização e estabilidade do empregador.

Ademais, consideramos que é o próprio prestígio das instituições que está em causa quando uma contra-ordenação laboral leve possa ser discutida judicialmente mais de sete anos após a sua infração, conforme referido anteriormente.

Daí que entendamos que o prazo prescricional previsto no art.º 52.º da Lei n.º 107/2009 de 14 de Setembro se mostra desadequado e excessivo, devendo o legislador ordinário substituí-lo por preceito mais proporcional e ponderado, como o vertido no art.º 27.º do RGCO, instituído pelo DL n.º 433/82, de 27 de Outubro.

Recentrando a nossa atenção na noção de retribuição, entendemos, como ROMANO MARTINEZ⁵³¹, que “No direito do trabalho recorre-se a uma noção mais restrita de retribuição, a qual se pode inferir do disposto no art.º 258.º n.ºs 1 e 2 do CT”, justamente em contraposição com o sentido amplo que a retribuição igualmente comporta, englobando todas as obrigações que recaem sobre o empregador, como enuncia MENEZES CORDEIRO⁵³², nomeadamente os chamados deveres de assistência.

Interessa-nos, essencialmente, a noção mais restrita (ou em sentido técnico-jurídico) de retribuição, a qual se infere do disposto nos n.ºs 1 e 2 do art.º 258.º do CT, e que integra três elementos constitutivos.

Desde logo, a retribuição corresponde à contrapartida da actividade do trabalhador (n.º 1, parte final), pressupõe o pagamento de prestações de forma regular e periódica (n.º 2), sendo que, por último, tais prestações têm de ser feitas em dinheiro ou em espécie (n.º 2, parte final), o que inculca a obrigação de terem valor patrimonial.

⁵³⁰ *Op., cit.*, p. 109.

⁵³¹ MARTINEZ, Pedro Romano, *Direito do Trabalho*, 10.ª ed., Coimbra: Almedina, 2022, p. 569.

⁵³² CORDEIRO, Menezes - *Direito do Trabalho II*, Coimbra: Almedina, 2019, p. 699.

Nesse sentido, como faz MENEZES LEITÃO⁵³³, podemos definir a retribuição, singelamente, como a “contrapartida da prestação de trabalho realizada de forma regular e periódica em dinheiro ou em espécie”.

E tal definição encontra eco generalizado em termos jurisprudenciais, como acontece no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 16 de Dezembro de 2009⁵³⁴, que destacamos, por empreender esta concretização da noção de retribuição.

Para o aresto, “(...) a retribuição abrange o conjunto de valores pecuniários ou não que, nos termos do contrato, das normas que o regem ou dos usos, o empregador está obrigado a pagar, regular e periodicamente ao trabalhador como contrapartida do seu trabalho (ou, mais rigorosamente, da disponibilidade da força de trabalho por ele oferecida), presumindo-se, até prova em contrário, constituir retribuição toda e qualquer prestação da entidade patronal ao trabalhador”.

Conclui, portanto, que a retribuição é constituída por um conjunto de valores (expressos ou não em moeda) a que o trabalhador tem direito, por força de contrato ou normativo, correspondente a um dever da entidade patronal.

Ressalta, pois, que a sua primeira característica é a de que a mesma representa a contrapartida da prestação de trabalho, elemento que reputa de particular importância na delimitação técnica da retribuição “(...) porque permite excluir do âmbito do conceito de retribuição as prestações patrimoniais do empregador que não decorram do trabalho prestado mas prossigam outros objectivos ou tenham uma justificação diversa (...)”, referindo-se, a título de exemplo, aos subsídios de risco ou abonos para compensar falhas de caixa, bem como às compensações pelas despesas do trabalhador (como as de transporte, refeição ou alojamento).

Na verdade, clarifica que tais prestações, pese embora tenham um valor patrimonial – e possam, fundadamente, criar no trabalhador a expectativa quanto à continuação do seu recebimento – não são, de facto, uma contrapartida da actividade prestada, pelo que (em princípio) não integram o conceito de retribuição.

Acrescenta o aresto que se exige igualmente uma certa regularidade e periodicidade no seu pagamento, embora possa ser diversa de umas prestações para outras.

Ora, com a expressão “regular” pretende o legislador significar uma prestação não arbitrária, isto é, que segue uma regra permanente, sendo constante, e exigindo o carácter “periódico” por considerar que ela deve ser paga em períodos certos no tempo, ou aproximadamente

⁵³³ LEITÃO, Luís Menezes - *Direito do Trabalho*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 334.

⁵³⁴ Disponível em [Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa \(dgsi.pt\)](https://dgsi.pt/Acordao.doTribunal.daRelacao.deLisboa).

certos, até para que se insira “(...) na própria ideia de periodicidade típica do contrato de trabalho e das necessidades recíprocas dos dois contraentes”.

Logo, tais prestações regulares e periódicas (e independentemente da designação que lhes seja atribuída) só não serão – em princípio – consideradas parte integrante da retribuição se tiverem uma causa específica e individualizável, diferente da disponibilidade da força do trabalho.

Assim sendo, aponta o acórdão como elementos essenciais do conceito de retribuição a “obrigatoriedade das prestações” (por constituírem um direito do trabalhador, o que permite excluir as liberalidades ou prestações unilaterais decididas pelo empregador sem efeito auto-vinculativo), a sua “regularidade e periodicidade”, bem como a “correspectividade” entre as prestações do empregador, por constituírem a contrapartida da actividade laboral (permitindo excluir aquelas que tenham uma causa específica e individualizável, distinta da compensação económica pela força do trabalho).

Nota ainda, pertinentemente, o aresto que nenhum dos elementos enunciados se sobre-põe aos demais, uma vez que são cumulativos, isto é, uma dada prestação do empregador deverá considerar-se descaracterizada como retribuição se lhe faltar alguns dos referidos elementos.

Para o aresto e “Em suma: a qualificação das prestações remuneratórias como retribuição em sentido técnico-jurídico depende da verificação, relativamente a todas e cada uma delas, do conjunto dos elementos essenciais do conceito de retribuição em sentido técnico que atrás enunciamos – ou seja, essas prestações terão que corresponder a um direito do trabalhador e a um dever do empregador, terão que ter a sua base no contrato de trabalho, no instrumento de regulamentação colectiva ou na norma legal aplicável ou no uso da empresa, terão que constituir uma contrapartida regular e periódica do trabalho prestado e terão que ter um valor patrimonial”.

Tal distinção entre retribuição em sentido amplo e em sentido restrito não se revela, pois, juridicamente inócua até porque – como vimos a propósito do princípio da irredutibilidade – é tal dicotomia que permite delimitar as prestações a ele sujeitas.

Isto porque, inserindo-se a retribuição em sentido restrito na chamada “determinação qualitativa” da mesma, tal qualificação será fundamental para que identifiquemos as parcelas retributivas onde a irredutibilidade tem plena aplicabilidade.

O mesmo se diga, aliás, da garantia dos créditos laborais, decorrentes dos artigos 279.º, 280.º, 333.º e 337.º do CT.

Veja-se, nesse sentido ROMANO MARTINEZ⁵³⁵, o qual refere que “A configuração da “retribuição em sentido restrito”, ou seja, em sentido jurídico-laboral, que abrange não apenas a retribuição base e diuturnidades, mas as demais parcelas retributivas que assumem carácter regular e periódico, insere-se no âmbito da habitualmente denominada “determinação qualitativa da retribuição”, a qual tem em vista a adoção de um critério que permita definir o que se deva considerar como “retribuição” para efeitos laborais”.

Nestes termos, em sede de “determinação qualitativa” da retribuição podemos chegar à conclusão de que todas as parcelas que fazem parte do conceito de retribuição estão indistintamente sujeitas ao princípio da irredutibilidade ou da garantia dos créditos laborais.

Todavia, em sede da “determinação quantitativa” da retribuição podemos chegar à conclusão de que somente algumas dessas parcelas são devidas (por exemplo, a título de férias ou subsídio de férias, ou a título de indemnização por despedimento levado a cabo pelo empregador).

Assentemos, pois, que em sentido estrito a retribuição é contrapartida da actividade prestada, com carácter regular e periódico, e com natureza patrimonial, correspondendo estes (três) elementos à noção legal de retribuição.

Importa, pois, para além do já expendido, enunciar algumas explicitações para melhor recortamos o alcance de tais elementos ínsitos na noção legal.

Dentre essas explicitações que se impõe estabelecer quanto às características do conceito de retribuição em sentido estrito – e no que concerne, em concreto, ao elemento “**contrapartida**” da prestação de trabalho – esta (ao contrário do que o vocábulo possa inculcar) não tem de coincidir com o valor exato do trabalho que se remunera, pois não se trata de compensar o custo económico do trabalho ou do seu “preço”.

Daí que, fixada uma retribuição, essa contrapartida continua a ser devida ainda que a actividade prestada deixe de ser vantajosa para o empregador ou mesmo quando deixe (sem culpa do trabalhador) de ser prestada.

De igual modo, a contrapartida da actividade prestada traduz o sinalagma da relação laboral, já que, sendo o contrato de trabalho um contrato bilateral, a retribuição encontra-se na dependência (sinalagmática) do labor prestado.

Todavia, tal princípio geral comporta excepções. Desde logo, a prevista no art.º 309.º n.º 1 alínea b) do CT, relativa ao direito do trabalhador à totalidade da retribuição nos casos em que ocorra encerramento temporário do estabelecimento ou diminuição da actividade por facto

⁵³⁵ *Op. cit.*, p. 570.

imputável ao empregador.

O mesmo se diga quanto ao regime de faltas justificadas do trabalhador (art.º 255.º n.º 1 do CT), ou mesmo quanto à possibilidade de suspensão do trabalhador na pendência de processo disciplinar (art.º 329.º n.º 5 do CT) onde, pese embora a actividade não seja executada, a retribuição continua a ser devida.

Na verdade, e quanto a esta suspensão, teve o douto Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 5 de dezembro de 2012⁵³⁶, oportunidade de esclarecer que, sendo certo que no caso da suspensão o contrato de trabalho continua em vigor, resulta, no entanto, da lei que esta corresponde a uma faculdade concedida ao empregador (e por ele livremente exercida), por razões do seu próprio interesse, geralmente ditadas pela avaliação de que a presença do trabalhador se possa mostrar inconveniente.

“Contudo, e por se tratar de uma faculdade, deve o empregador assegurar ao trabalhador a retribuição na sua totalidade, já que a suspensão não é, nem equivale, ao despedimento, só este pondo termo à relação laboral, se e enquanto não for declarado ilícito”.

Daí ter chamado à colação o disposto no art.º 390.º n.º 1 do CT, recordando que, sendo o despedimento considerado ilícito, o trabalhador tem direito a receber as retribuições que deixou de auferir desde a data do despedimento até ao trânsito em julgado da decisão.

“Ou seja, declarada a ilicitude do despedimento tudo se passa como se o vínculo laboral nunca tivesse sido interrompido, o que significa que, se assim é com a declaração da ilicitude do despedimento, por maioria de razão terá que ser durante a suspensão preventiva do trabalhador, tendo este direito a auferir as retribuições que auferiria se estivesse a trabalhar”.

Tudo para concluir que a autora no processo *sub judice*, tinha direito ao subsídio de alimentação desde a data da suspensão preventiva.

Todavia, o sinalagma contratual está bem patente no facto de não ser devida retribuição quando o trabalhador falte injustificadamente (art.º 256.º n.º 1 do CT), quando adere a uma greve regularmente convocada (art.º 541.º n.º 1 do CT), ou mesmo quando esteja impossibilitado de prestar a sua actividade por período superior a um mês (conforme decorre do art.º 295.º n.º 1 do CT).

De igual modo, e por não revestirem qualquer contrapartida da prestação de trabalho, não são tidas como retribuição as contribuições ou prestações de terceiros (como as gorjetas) nem o pagamento de despesas realizadas no interesse da entidade patronal (como as ajudas de custo), a não ser que, pela sua regularidade, pelo contrato ou pelos usos, sejam de considerar

⁵³⁶ Disponível em

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/9319d5c68b7749ad80257af30051f9c9>.

como fazendo parte integrante da retribuição (artigo 260.º do CT).

Quanto às chamadas gorjetas, é entendimento assente jurisprudencialmente que as mesmas não são consideradas como retribuição.

É o que resulta (entre outros) do Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 29 de Outubro de 2010⁵³⁷, onde se expendeu que “(...) A questão em análise tem a ver com o facto das gratificações pagas por terceiros – vulgarmente designadas por gorjetas – não serem consideradas como retribuição – artigos 88.º da LCT e 261.º do C. do Trabalho de 2003”.

Todavia, a *vexata quaestio* que se impunha dilucidar consistia em saber se, não sendo as gratificações em causa retribuição, estaria, ainda assim, a entidade patronal obrigada ao pagamento das mesmas à trabalhadora no período em que mediou entre o despedimento desta e a sua reintegração.

Socorrendo-se de acórdão anterior, proferido pelo STJ⁵³⁸, o aresto secundou a jurisprudência que propugna que, pese embora não se possam considerar aquelas gratificações como retribuição, “(...) a verdade é que elas, apesar de donativos, estavam dependentes da prestação de trabalho pelo A.. Com o despedimento operado pela R. o A. viu-se privado de as receber durante o espaço de tempo em que o despedimento prevaleceu. E, como se viu, esse despedimento foi ilícito”.

Daí ter concluído o acórdão que, ao ter praticado um acto ilícito, a entidade patronal violou o direito que o trabalhador tinha de receber o montante das gratificações que lhe caberiam, responsabilizando-a (nos termos do art.º 483.º do CC) pelos danos causados a este título.

Efectivamente, a característica da “contrapartida” da actividade prestada pelo trabalhador permite-nos (como atrás se expôs) concluir que – a par destes donativos e gratificações – existem outros pagamentos efetuados pelo empregador que não integram o conceito de retribuição, tal como decorre do art.º 260.º do CT.

É o caso do pagamento de despesas ou ajudas de custo, reguladas no art.º 260.º n.º 1 alínea a) do CT, precisamente porque (regra geral) as mesmas não estão associadas à contrapartida do trabalho prestado, antes se destinando a compensar ou mitigar despesas realizadas.

Na verdade, as mesmas só serão tidas como prestações retributivas se, nos termos do art.º 260.º n.º 1 alínea a), *in fine*, tais pagamentos ocorrerem regularmente em montante superior ao normal e se tal qualificação resultar do contrato ou dos usos.

⁵³⁷ Disponível em

<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/d6571d8ca1ddb544802577f5004dc038?OpenDocument>.

⁵³⁸ Em concreto, acórdão do STJ de 23/11/1996, publicado C.J., Ano 1996, tomo I, pp. 249 e ss..

Na sua essência, revestem natureza compensatória de encargos suportados pelo trabalhador, destinando-se, essencialmente, a ressarcir-lo desse acréscimo de despesas.

Tal entendimento é sufragado, de forma consistente e uniforme, pela jurisprudência do STJ, como vertido no Acórdão do STJ, de 20 de Janeiro de 1999⁵³⁹, onde se propugnou que “O conceito de retribuição (...) abrange todos os benefícios outorgados pela entidade patronal e que se destinem a integrar o orçamento normal do trabalhador, exigindo-se apenas que se trate de prestações periódicas. As ajudas de custo, na medida em que visam compensar o trabalhador por despesas efectuadas em favor da entidade patronal não surgem como correspectivo da prestação de trabalho e, por isso, tais importâncias não integram o conceito de retribuição, salvo se tiverem sido previstas no contrato de trabalho ou se devam considerar pelos usos como elemento integrante da retribuição, na parte em que excedam as respectivas despesas normais”.

Mais recentemente, o Acórdão do STJ de 12 de Novembro de 2020⁵⁴⁰, e na mesma esteira, considerou que, em consequência do disposto no art.º 260.º n.º 1 alínea a) do CT, há uma regra e uma excepção que importa dilucidar.

Para o aresto, a regra é a de que as importâncias recebidas a título de ajudas de custo (ou a título de subsídio de alimentação ou de refeição) não devem ser consideradas como retribuição.

Sendo a excepção a de que “(...) devem ser consideradas como retribuição, desde que estejam preenchidos três requisitos cumulativos: em primeiro lugar, desde que as deslocações ou despesas compensadas com ajudas de custo sejam frequentes; em segundo lugar, desde que as importâncias devidas a título de ajudas de custo excedam os custos normais das deslocações ou despesas; em terceiro lugar, desde que, na medida em que excedam os custos normais, hajam sido previstas no contrato ou devam ser consideradas pelos usos como elemento integrante de retribuição do trabalhador”.

Logo, e no caso *sub judice*, não tendo o trabalhador - a quem incumbia o ónus da prova da excepção – conseguido demonstrá-la, foi aplicada a regra que enuncia que tais ajudas de custo não devem ser consideradas como retribuição.

O mesmo se diga relativamente ao abono para falhas (art.º 260.º n.º 2 do CT), igualmente destinado a compensar o trabalhador pelos riscos inerentes ao desempenho de certas funções

⁵³⁹ Disponível em BTE, 2.ª Série, n.ºs. 1-2-3/2002, p. 320.

⁵⁴⁰ Disponível em

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/48014781d7c1a5fb80258637006ddd82c?OpenDocument>.

que pressuponham a possibilidade de ocorrência de falhas contabilísticas por força de pagamentos ou recebimentos que tenham de processar.

Isso mesmo resulta do Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 16 de Junho de 2021⁵⁴¹, onde se começa por salientar que se aplica ao abono para falhas o regime legal previsto para as ajudas de custo, pelo que é de considerar que tal abono, em princípio, não é retribuição, a não ser que o pagamento seja frequente e exceda o montante normal e resulte do contrato ou dos usos (hipótese em que será considerado retribuição).

“Fora destes últimos casos, a atribuição de tal complemento, à semelhança do que sucede com as ajudas de custo, não tem como causa (imediata) o serviço prestado, mas sim a “indemnização” por prejuízos que o trabalhador sofre por causa do seu trabalho”.

No entanto, por estar correlacionado com esse risco de falha, tal abono “(...) constitui uma prestação obrigatória para o empregador apenas deixando de ser devido quando o trabalhador cesse o exercício efectivo das funções que o tornaram necessário.”⁵⁴².

De igual modo, também não será tido como retribuição o subsídio de refeição, aplicando-se-lhe o regime vigente para as ajudas de custo, pelo que, se o valor atribuído exceder os montantes normais dessa despesa, já será considerado (na parte excedente) como retribuição.

Isso mesmo resulta do Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 29 de Junho de 2017⁵⁴³, onde se plasmou (em concordância com a decisão proferida pelo tribunal *a quo*) que “(...) também consideramos que o montante pago a título de subsídio de refeição, quando excede o que pode ser considerado o montante normal para aquele sector de actividade, assume clara natureza retributiva”.

Para tanto, e citando MARIA DO ROSÁRIO RAMALHO⁵⁴⁴, o acórdão traz à colação o conceito amplo de retribuição, referindo que “A par do conceito de retribuição e tendo em conta o débito remuneratório amplo do empregador, o conceito de remuneração em sentido amplo, ou simplesmente, remuneração, engloba o conjunto de vantagens patrimoniais de que o trabalhador beneficia em razão do seu contrato de trabalho e que podem ou não decorrer do trabalho prestado”.

Daí entender que nos casos em que o subsídio de alimentação é francamente superior ao aplicável ao sector em causa (como acontecia na situação *sub judice*), “(...) ele assume a

⁵⁴¹ Disponível em <https://jurisprudencia.pt/acordao/201836/>.

⁵⁴² Acđ. TRP de 3-11-2008: CJ, 2008, 5.º - 234.

⁵⁴³ Disponível em <https://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/eb367efc390560a380258156005319e1?OpenDocument>

⁵⁴⁴ Em concreto, *Tratado de Direito do Trabalho Parte II* — Situações Laborais Individuais (5.ª ed.), p. 666.

natureza de uma vantagem patrimonial decorrente do contrato de trabalho e tem, por isso, carácter retributivo, nomeadamente para aplicação do princípio da irredutibilidade”.

Acompanhamos, no entanto, o pertinente reparo tecido por JOANA VASCONCELOS⁵⁴⁵, onde a mesma refere que a frequência da sua atribuição ao trabalhador não parece relevar nestes casos já que, ao contrário das ajudas de custo e outros abonos, o subsídio de refeição não constitui uma prestação extraordinária, mas sim uma compensação por uma despesa suportada diariamente pelo trabalhador, assim desvalorizando a sua regularidade como índice do seu carácter retributivo.

Atento o seu carácter compensatório (consiste no pagamento pela entidade patronal de determinada verba ao trabalhador para que este último possa custear as suas refeições aquando da realização da prestação de trabalho), o subsídio de refeição está necessariamente ligado à prestação, de facto, do trabalho, não sendo devido no período de férias ou mesmo em período de licença de maternidade.

No entanto, derrogando esta necessidade de efectiva prestação do trabalho, podemos apontar a circunstância de ser devido o subsídio de alimentação mesmo encontrando-se o trabalhador suspenso preventivamente, se bem que (pelo menos jurisprudencialmente) a questão não se afigure pacífica.

Na verdade, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 28 de Julho de 2006⁵⁴⁶, começa por considerar que, se é certo que o subsídio de refeição visa compensar as despesas concretas do trabalhador suportadas a este título, estas não deixam no entanto de representar um ganho do trabalhador no seu orçamento familiar, pelo que se traduzem num benefício económico para o mesmo e que se vence independentemente do local onde o trabalhador toma a sua refeição.

Nessa perspectiva, entende o aresto que o subsídio de refeição deveria ser colocado à margem do salário global “(...) por ter uma causa específica e individualizável, diferente da disponibilidade da força de trabalho”.

Concede, no entanto, que ainda que seja reconhecida uma natureza retributiva específica ao subsídio de alimentação, foi pacífica a jurisprudência ao continuar a considerá-lo como elemento da retribuição do trabalhador.

Ora, no caso dos autos, a atribuição do subsídio de refeição estava regulada em cláusula de regulamentação colectiva da qual retirou o aresto que o mesmo só era atribuído na impossibilidade de ser fornecida alimentação em espécie, estando dependente do trabalhador estar de

⁵⁴⁵ VASCONCELOS, Joana – *Código do Trabalho Anotado*. Coimbra: Almedina, 2020, art.º 260.º, p. 592.

⁵⁴⁶ Disponível em <http://www.dgsi.pt/Jtrl.nsf/0/ddfb654b2c1323e6802571b8004a4a99?OpenDocument>.

facto ao serviço.

Assim, entendeu que, ainda que se considerasse que a cláusula em apreço não podia afastar o subsídio de refeição do conceito legal de retribuição, ele, contudo, só era devido quando o trabalhador prestasse efectivamente trabalho.

“Deste modo, atenta a natureza retributiva do subsídio de refeição em causa, ligada à prestação efectiva do trabalho, uma vez que a trabalhadora não presta de facto trabalho enquanto durar a suspensão decorrente da instauração do processo disciplinar, afigura-se-nos que a ré não está obrigada a pagar-lhe o aludido subsídio, entendimento este que, em situações idênticas, tem sido aceite pela jurisprudência, a título exemplificativo, pelo Ac. RL de 29.6.94, In CJ Tomo 3 – 181”.

Propendemos para discordar da posição expendida, por entendermos que a jurisprudência vertida no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 5 de dezembro de 2012, já anteriormente analisado, melhor se adequa ao regime legal vigente.

Na verdade, e na esteira deste último Acórdão, e respigando o que de essencial já se referiu a este propósito, não podemos olvidar que no caso da suspensão o contrato de trabalho continua em vigor, sendo que esta corresponde a uma faculdade concedida ao empregador e no seu próprio interesse.

Logo, deve o trabalhador suspenso em virtude de instauração de processo disciplinar auferir as retribuições que auferiria se estivesse a trabalhar “(...) nomeadamente o subsídio de alimentação”.

Já o segundo elemento da retribuição (em sentido restrito) pressupõe que a mesma deverá ser prestada de forma **regular e periódica**, expressa no art.º 258.º n.º 2 do CT.

A periodicidade (como já anteriormente referido) está intimamente relacionada com o facto de se reportar a contrato (de trabalho) de execução continuada, isto é, que se protela no tempo, bem como à sua natureza sinalagmática.

ROMANO MARTINEZ⁵⁴⁷ aduz igualmente que a periodicidade no pagamento da retribuição impõe-se ainda por outro motivo (para além do consuetudinário), já que não podemos perder de vista que, por regra, “(...) a retribuição constitui a fonte de rendimento do trabalhador, justificando-se que seja regularmente prestada; seria, em princípio problemático que o pagamento só se efetuasse ao fim de um longo lapso de tempo”.

Já a regularidade da prestação, ainda para o mesmo autor, assenta no princípio da inalterabilidade da retribuição, por vigorar a ideia de que “(...) a retribuição deve ser constante,

⁵⁴⁷ *Op. cit.*, p. 573.

devendo o trabalhador ter direito a uma prestação certa, por motivos, essencialmente, de previsibilidade de rendimentos.”⁵⁴⁸.

O que (adverte o mesmo) nem sempre ocorrerá, já que a prestação auferida pode não ser sempre de igual montante, colocando-se o trabalhador numa posição de credor de prestações incertas, como acontece no caso de serem pagas comissões de vendas e estas integrarem a retribuição, onde haverá sempre flutuação do rendimento auferido.

No entanto, e atento o disposto no art.º 273.º do CT (atinente à retribuição mínima mensal garantida, já anteriormente afluída), torna-se imprescindível que uma parte da retribuição seja certa, a denominada “retribuição-base”.

Podemos, pois afirmar – como o faz o insigne autor – que a qualquer trabalhador é devida a retribuição mínima garantida (ou o salário mínimo), sendo que, na parte que exceda essa retribuição, tal valor pode ser totalmente variável.

Contudo, tal não significa (obviamente) que tenha de haver equivalência entre a retribuição base e o salário mínimo, pois aquela pode ser superior a este último.

O sobredito encontra igualmente eco (como não podia deixar de ser) na jurisprudência, como se alcança pelo vertido no Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 11 de Abril de 2018⁵⁴⁹, que começa por esclarecer que o carácter retributivo de uma certa prestação exige regularidade (no sentido de constância) e periodicidade (no sentido de ser satisfeita em períodos aproximadamente certos) no seu pagamento.

O que, para o aresto, tem um duplo sentido, já que, por um lado, apoia a presunção da existência de uma vinculação prévia do trabalhador e, por outro, assinala a medida das expectativas de ganho do trabalhador, conferindo relevância à íntima conexão existente entre a retribuição e a satisfação das necessidades pessoais e familiares do trabalhador.

Logo, e como já o havia feito o tribunal *a quo*, esclareceu que “A periodicidade prende-se, por um lado, com o facto de o contrato de trabalho ser um contrato de execução continuada, em que a actividade se protela no tempo, vencendo-se em momentos certos no tempo; e, por outro, com a sua natureza sinalagmática”.

Por seu turno, “A regularidade liga-se com o princípio da inalterabilidade do vencimento: a retribuição deve ser não arbitrária, mas permanente e constante, devendo o trabalhador ter direito a uma prestação certa (pelo menos a retribuição-base, sendo que outras há, flutuantes), por motivos, essencialmente, de previsibilidade de rendimentos”.

Atenta esta característica (da regularidade e periodicidade), não são de considerar como

⁵⁴⁸ *Op. cit.*, p. 573.

⁵⁴⁹ Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/-/1863A55765353F64802582830036F756>.

retribuição os prémios de produtividade, a não ser que estejam antecipadamente garantidos, nos termos da alínea c) do n.º 1 do art.º 260.º do CT.

Para ROMANO MARTINEZ⁵⁵⁰, por via de regra, os incentivos ou prémios de produtividade não se consideram retribuição, mas a solução será diversa se estiverem antecipadamente garantidos por acordo entre as partes, significando “estarem antecipadamente garantidas (...) que estas prestações são devidas desde que se verifiquem os respetivos pressupostos, não dependentes de uma apreciação discricionária do empregador”.

Por sua vez, refere MENEZES CORDEIRO⁵⁵¹, a este propósito, que “O terceiro princípio, presente na jurisprudência, é o da previsibilidade. Ligada à regularidade e à permanência, a retributividade resulta de, na concreta situação registada, ser previsível, em termos de razoável normalidade, que o pagamento se irá manter de futuro. Tal previsibilidade permite inferir que ambas as partes o consideram como uma realidade vinculativa para os intervenientes. A previsibilidade está presente na alínea c) do art.º 260.º n.º 1, quando refere determinadas prestações não antecipadamente garantidas”.

Entendimento sufragado pelo Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 12 de Setembro de 2022⁵⁵², onde se sumariou que “O Complemento de Desempenho, que visa premiar o desempenho do trabalhador, consubstancia uma prestação complementar que terá, ou não, natureza retributiva consoante esteja, ou não esteja, antecipadamente garantido, sendo que, em caso de dúvida e *ex vi* da presunção consagrada no art.º 258.º n.º 3 do CT, haverá que concluir no sentido da sua natureza retributiva”.

Não se consideram igualmente retribuição as prestações extraordinárias concedidas pelo empregador como recompensa dos bons resultados obtidos pela empresa (artigo 260.º, n.º 1, alínea b) do CT, *in fine*).

Nestas, como o próprio nome indica, tais prestações não são, por natureza, regulares e periódicas, inexistindo igualmente qualquer sinalagma com a prestação do trabalho. Já assim não será se forem atribuídas de forma regular e permanente e o respectivo título atributivo implique a sua qualificação como retribuição, independentemente da variabilidade do seu montante.

Ademais, não se considera retribuição a participação nos lucros da empresa (artigo

⁵⁵⁰ *Op. cit.*, p. 577.

⁵⁵¹ CORDEIRO, António Menezes – *Direito do Trabalho II – Direito Individual*. Coimbra: Almedina, 2019, p. 705.

⁵⁵² Disponível em <https://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/f68b6e4cedc00e19802588c600579f07?OpenDocument>

260.º, n.º 1, alínea d) do CT), a não ser que tais importâncias constituam a única retribuição estipulada, isto é, sempre que estiver prevista uma retribuição de outra natureza (certa, variável ou mista) que não a participação nos lucros, esta última não terá carácter retributivo.

Com efeito, “A participação nos lucros não reveste uma natureza que leve necessariamente a integrá-la ou excluí-la da retribuição, dependendo uma ou outra solução, respectivamente, de ao trabalhador não estar assegurado pelo contrato uma retribuição, certa ou variável, adequada ao seu trabalho.”⁵⁵³.

Por fim, o terceiro elemento da retribuição pressupõe a obrigação de tais prestações terem de ser feitas em **dinheiro ou em espécie** (art.º 258.º n.º 2, parte final do CT), assim apontando para o seu carácter patrimonial.

Na verdade, esta natureza patrimonial está intimamente associada à forma de cumprimento da obrigação, prevista no art.º 276.º n.º 1 do CT, onde se estatui que a retribuição é satisfeita em dinheiro ou, em alternativa, em prestações não pecuniárias, mas somente se assim for acordado.

Logo, e ao contrário do disposto no art.º 398.º n.º 2 do CC (onde se prevê que a prestação não necessita de ter um valor pecuniário, bastando-se com a mera correspondência a um interesse do credor digno de protecção legal), a retribuição tem de revestir cariz patrimonial.

É esta destriça que nos permite afastar da noção de retribuição os prémios meramente simbólicos atribuídos ao trabalhador, ou mesmo a atribuição de melhores meios ou equipamentos para facilitar a realização da sua actividade.

Aqui, a análise que importa efectuar é a de saber se esses (melhores) meios colocados à disposição do trabalhador se repercutem, patrimonialmente, na sua esfera jurídica.

Este tem sido, aliás, o entendimento (uniforme) da jurisprudência, como ressalta do Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 17 de Setembro de 2012⁵⁵⁴, onde se decidiu que, sendo a retribuição a contrapartida da atividade prestada pelo trabalhador em sede de contrato individual de trabalho, ela é paga normalmente em numerário, não impedindo, no entanto, que uma parte da retribuição não possa ser paga em espécie, como sucede com a atribuição de um veículo automóvel.

Ressalva o aresto que “Porém, a utilização de um veículo automóvel da empresa, com todos os custos a cargo desta, tanto pode configurar um mero instrumento de trabalho, porque é usado durante e por causa da prestação laboral, como pode configurar uma parcela de retri-

⁵⁵³ Acd. STJ de 6-2-1987, in BTE, 2.ª série, n.ºs. 5-6/88, p. 809.

⁵⁵⁴ Disponível em <https://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/-/B1C2CEE1C14C4C4180257A830049668C>

buição do trabalhador, quando o empregador autoriza o trabalhador a usar o veículo irrestritamente para além do horário normal de trabalho, máxime, em fins de semana, feriados e férias”.

Logo, para o referido acórdão, evitando o trabalhador no caso *sub judice* adquirir viatura própria para se deslocar de e para o trabalho e em toda a sua vida pessoal e familiar, o empregador confere-lhe desta forma uma vantagem patrimonial suscetível de avaliação pecuniária, que integra a designada retribuição em espécie.

Jurisprudência que foi secundada pelo Acórdão da Relação do Porto de 24 de janeiro de 2018⁵⁵⁵, onde se propugnou ter natureza de retribuição em espécie a atribuição ao trabalhador de um veículo automóvel para seu uso exclusivo “(...) que este também usava na sua vida privada, 24 horas por dia, feriados, folgas semanais, férias e qualquer outra ausência ao serviço, com conhecimento e aceitação da entidade patronal, suportando esta todos os encargos de manutenção, combustível, seguros e imposto”.

A mesma Relação, em aresto mais recente, proferido a 8 de Junho de 2022⁵⁵⁶, esclarece ainda que importa igualmente aferir do carácter vinculativo ou não da atribuição de viatura para uso profissional e pessoal.

Para o acórdão, não se ignorando que a decisão de contratar assenta, sobretudo, em critérios de natureza financeira, tendo sido acordado entre empregador e trabalhador a utilização de um veículo para fins pessoais e profissionais – e representando tal utilização um óbvio benefício económico – o acordo assim firmado “(...) está sujeito ao princípio “pacta sunt servanda” e ao princípio da irredutibilidade da retribuição, não podendo ser afastado por vontade unilateral de uma das partes”.

Nesse sentido, concluiu pelo “(...) carácter vinculativo da atribuição do uso de veículo para fins pessoais e profissionais, e a natureza de retribuição desta”.

2. Modalidades de retribuição

Dentre as classificações que poderemos empreender quanto às modalidades da retribuição, avulta, desde logo, a prevista no art.º 261.º do CT, que distingue entre retribuição certa,

⁵⁵⁵ Disponível em

<https://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/066aa536c5ae3f6280258239003a3ee0?OpenDocument>

⁵⁵⁶ Disponível em

<https://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/b5e496fc17d3f14f80258862004d455e?OpenDocument>

variável e mista, bem como a que distingue entre retribuição base, diuturnidades e complementos salariais, conceitos que nos propomos dilucidar de seguida.

2.1. Retribuição certa, variável e mista

A retribuição certa é aquela que é calculada em função do tempo de trabalho, nos termos do artigo 261.º, n.º 2 do CT, ou seja, a dimensionada por certa unidade de tempo – o dia, a semana, a quinzena, o mês – que pode até nem ser integralmente preenchida por serviço efetivo.

O tempo de trabalho, a que se refere o art.º 261.º n.º 2 do CT, encontra-se definido no art.º 197.º, n.º 1 do CT, sendo “qualquer período durante o qual o trabalhador exerce a atividade ou permanece adstrito à realização da prestação, bem como as interrupções e os intervalos” previstos do n.º 2 do mesmo preceito legal.

O tempo de trabalho é medido em número de horas por dia e por semana, ou seja, determinação das horas de início e do termo do período normal de trabalho, sendo que o período normal de trabalho é o período que o trabalhador se obriga a prestar (art.º 198.º do CT) e tem como limite máximo as oito horas por dia e quarenta horas por semana (art.º 203.º do CT).

A este propósito, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 20 de junho de 2000⁵⁵⁷, esclarece que “A lei limita-se, assim, a fixar limites máximos para a duração dos períodos normais de trabalho mas não delimita estes períodos que, inquestionavelmente, podem ser inferiores a esses máximos”.

Tal não significa que as entidades patronais não possam, em princípio, alterar o horário de trabalho, “(...) mas, sendo esse horário a determinação das horas do início e do turno do período normal de trabalho e sendo esse o número de horas que o trabalhador se obrigou a prestar, não podem alterar o horário de trabalho, unilateralmente, para além do período normal”.

Isto porque – e ainda na esteira do Acórdão – não obstante ser o período normal de trabalho (o número de horas que o trabalhador se obrigou a prestar) acordado pelas partes, não pode, no entanto, exceder os limites máximos legalmente previstos.

Logo, uma vez determinado, não pode ser unilateralmente modificado pela entidade patronal de modo a aumentar a duração acordada, “(...) pois isso envolveria uma alteração do próprio contrato, um dos seus elementos essenciais”.

⁵⁵⁷ Disponível em

<http://www.gde.mj.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/d0fe7ee832394d9c80256b0d0055d719?OpenDocument>

Sendo a modalidade mais frequente, constituiu um forte indício da própria existência do contrato de trabalho e que o permite diferenciar de outras figuras contratuais que lhe são próximas, dentre as quais o contrato de prestação de serviços, como anteriormente afluído.

Corresponde, tendencialmente, à chamada retribuição-base, podendo, contudo, haver igualmente complementos retributivos certos (de que são exemplos as diuturnidades ou o subsídio de risco).

Daí que ROMANO MARTINEZ⁵⁵⁸ refira que “A retribuição certa corresponde, então, a prestações constantes, com valor inalterado, que se vencem regularmente, por via de regra todos os meses”.

Pelo contrário, a retribuição variável é aquela que é determinada pelo valor que o trabalhador recebe, ou tem direito a receber, num determinado período, que a lei presume que seja o período correspondente aos últimos 12 meses ou o tempo de execução do contrato, se este tiver durado menos tempo, de acordo com o preceituado no artigo 261º, n.º 3 do CT.

Neste particular, tem entendido a jurisprudência – como o faz o Acórdão do STJ de 16 de janeiro de 2008⁵⁵⁹, que o empregador pode, legitimamente, alterar de modo unilateral a componente da retribuição mista, por exemplo, subindo a parte fixa e reduzindo a variável, desde que não haja redução da retribuição que o trabalhador auferir, respeitando a garantia de irreduzibilidade salarial prevista no art.º 129.º al. d) do CT.

Dito de outra forma, a retribuição variável (por contraponto à retribuição certa) é determinada em função de outros factores que não o número de horas, designadamente a produtividade.

Baseia-se, pois, no resultado ou rendimento do trabalho, com maior ou menor independência da sua duração, como nos casos do trabalho à peça ou à tarefa.

Por essa razão, não raras vezes, surgem dificuldades na qualificação de situações que, pese embora apresentem características do contrato de trabalho, envolvem esse elemento do contrato de prestação de serviços, isto é, a relevância do resultado.

Distingue-se, no entanto, da participação dos lucros, na medida em que se trata de uma retribuição conexionada com um resultado concreto obtido pelo trabalhador, e não de um resultado global da empresa.

Pese embora o contrato de trabalho se caracterize por ser um negócio jurídico bilateral,

⁵⁵⁸ *Op. cit.*, p. 586.

⁵⁵⁹ Disponível em

<https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/f54ec8a4ecb0ac16802573d7004da39f?OpenDocument>

onde o trabalhador se obriga a prestar uma actividade (e não a obter um certo resultado) sob a direcção do empregador, tal não significa que parte da sua retribuição não possa ser variável, desde que não ultrapasse o limite previsto no art.º 273.º n.º 1 do CT, atinente à retribuição mínima mensal garantida.

Por outro lado, se é certo que o cálculo da componente variável não pode deixar de apurar o resultado da actividade gerada pelo trabalhador, para que se possa determinar o montante devido pelo empregador a esse título, tal tarefa (entendemos) não se confunde com o dever do trabalhador de realizar o trabalho com zelo e diligência, previsto no art.º 128.º n.º 1 alínea c) do CT.

Isto porque pode o trabalhador ter realizado o seu trabalho zelosamente (e seguindo instruções do empregador) e, ainda assim, não obter os resultados expectáveis ou traçados como objectivos.

Logo, a única repercussão que advém, caso o trabalhador que, nestas circunstâncias, não atinja certos resultados, será na determinação da parte variável da sua retribuição, e nunca em sede disciplinar.

Ainda a propósito da vertente variável da retribuição, onde pontifica a relevância do resultado do trabalho, nota pertinentemente LOBO XAVIER⁵⁶⁰ o poderoso contributo que a política legislativa salarial muitas vezes confere ao próprio regime ou sistema político que lhe subjaz.

O autor evidencia que a LCT (Regime Jurídico do Contrato Individual do Trabalho, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 48408, de 24 de Novembro de 1969), de cunho reconhecidamente corporativista, nutria uma preferência pela retribuição mista, com o objectivo de incentivar o aumento dos níveis de produtividade.

Ao invés, a legislação laboral saída após a revolução do 25 de Abril de 1974, obstaculizou a retribuição determinada em função do rendimento ou produtividade do trabalhador, privilegiando a retribuição em função do tempo de trabalho, num claro propósito de independência do trabalhador em relação ao êxito da empresa.

A retribuição mista, como o próprio nome indica, é constituída por uma parte certa e variável, sendo esta última instituída (como vimos) geralmente no sentido de incentivar o aumento da produtividade.

A retribuição mista não constitui um *tertium genus*, sendo certo que se rege, em simultâneo, pelas regras aplicáveis à prestação certa e à prestação variável, na respectiva proporção.

⁵⁶⁰ XAVIER, Bernardo Lobo - *Introdução ao estudo da retribuição no direito do trabalho português*, in Revista de Direito e de Estudos Sociais, n.º 1, 1986, p. 80.

Como se propugnou no Acórdão do STJ de 13 de Março de 1996⁵⁶¹, se um trabalhador recebe uma determinada quantia fixa, acrescida do valor de determinado número de litros de combustível por semana e 50% do seguro automóvel, a retribuição terá que ser considerada mista.

Assim, “Ao deixar de aditar à retribuição mínima fixa o valor correspondente à gasolina e ao seguro nos termos acordados, a entidade patronal diminui nessa medida a retribuição”.

Refira-se, igualmente, a jurisprudência vertida no acórdão do STJ de 14 de Janeiro de 2016⁵⁶², onde se sumariou que “Cabendo ao A. o ónus da prova de uma retribuição mista, não logrando este produzir tal prova, tem-se aquela como inexistente”, já que o princípio vertido no art.º 342.º n.º 1 do Código Civil tem aqui plena aplicabilidade.

Todavia, explicita-se que – tal como refere o Acórdão – “(...) não está em causa qualquer controvérsia relativa ao pagamento da comprovada realização pelo A. de cirurgias fora do seu horário de trabalho. O que se verifica é que este, partindo da discussão do regime jurídico desses atos médicos, se arroga o direito a complementos remuneratórios concernentes ao serviço normalmente prestado no decurso do tempo de trabalho”.

2.2. Retribuição base e complementos salariais

Uma das mais relevantes distinções em torno da retribuição é aquela que contrapõe a retribuição base aos complementos salariais.

A partir da estatuição legal prevista no art.º 262.º do CT, infere-se que a retribuição base se define como a prestação correspondente à actividade do trabalhador no período normal de trabalho, traduzindo assim o sinalagma básico, pelo que corresponderá “ao montante fixo auferido pelo trabalhador, com exclusão das outras prestações pagas pelo empregador como contrapartida do trabalho, ainda que regulares e periódicas.”⁵⁶³.

Ou, como referido no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 16 de janeiro de 2008⁵⁶⁴, “a retribuição base é aquela que corresponde ao montante fixo mensal auferido pelo trabalhador e que, nos termos do contrato ou instrumento de regulamentação coletiva de trabalho aplicável, corresponde ao exercício da atividade por ele desempenhada, de acordo com o

⁵⁶¹ Disponível em CJ (STJ) 1996, Tomo I, p. 272.

⁵⁶² Disponível em <https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/-/55323800733ADEF780257F3B0035DAB9>

⁵⁶³ MARTINEZ, Pedro Romano, *op. cit.*, p. 587.

⁵⁶⁴ Disponível em

<https://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/e6e1f17fa82712ff80257583004e3ddc/49df069834d6afa5802573e2005d2696?OpenDocument>

período normal de trabalho que tenha sido definido; é aquela que está apenas relacionada com a atividade desempenhada pelo trabalhador e não com as condições ou circunstâncias desse desempenho”.

A retribuição base está, assim, intimamente associada à categoria do trabalhador e traduz a contrapartida da prestação dita “standard”, sendo estabelecida de igual forma (ou, pelo menos, de forma idêntica) para todos os trabalhadores de uma determinada categoria profissional.

Já os complementos salariais representam suplementos à retribuição base, sendo devidos ao trabalhador se e quando verificadas as circunstâncias que ditam a sua existência.

ROMANO MARTINEZ⁵⁶⁵ distingue ainda entre complementos salariais certos e complementos salariais incertos, sendo que aos primeiros correspondem prestações fixas que se vencem periodicamente, pelo que (regra geral) são liquidados ao mesmo tempo que a retribuição base.

Avultam, entre estes, os subsídios anuais (como o subsídio de férias e o subsídio de Natal) assim como os subsídios mensais, de que é exemplo o pagamento de diuturnidades, previstas no artigo 262.º, n.º 2 do CT, e o pagamento do trabalho nocturno, previsto no artigo 266.º do CT.

A propósito do trabalho nocturno, NUNES DE CARVALHO⁵⁶⁶ refere que o mesmo é ditado por circunstâncias eventuais relativas ao modo de desempenho da actividade, razão pela qual não faz parte da retribuição base.

Nota, contudo, que tal qualificação depende, necessariamente, do próprio conteúdo do contrato de trabalho, “já que só a análise da vontade das partes permite distinguir os aspectos que são considerados essenciais (e não meramente eventuais) para a execução da prestação e que, por isso, constituem razão directa da contrapartida retributiva nuclear. Isto mesmo transparece do próprio texto legal: o trabalhador que preste trabalho nocturno tem direito a uma contrapartida específica (para além da remuneração base), a menos que a actividade tenha necessariamente de ser prestada em período nocturno e a retribuição tenha sido estabelecida atendendo a essa circunstância (n.º 1 e al. c) do n.º 3 do art.º 266.º do CT), caso em que, naturalmente, a retribuição base integra já a compensação por este modo de ser específico da actividade contratada”.

⁵⁶⁵ *Op. cit.*, p. 588.

⁵⁶⁶ CARVALHO, António Nunes - *Notas sobre o regime da retribuição no Código de Trabalho (conceitos de retribuição e complementos retributivos)*. Revista de Direito e de Estudos Sociais, Ano LI (XXIV da 2.ª série) Janeiro/Dezembro, 2010, p. 43.

Relativamente aos complementos salariais incertos, a sua determinação obedece ao facto de não serem fixos, isto é, o seu montante poder ser alterado em cada pagamento ou de não serem liquidados em simultâneo com a retribuição.

Exemplo mais usual de complementos retributivos incertos são os chamados prémios de produtividade, em relação aos quais o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 24 de Maio de 2000⁵⁶⁷ clarificou que “Quando o prémio de produtividade e mérito for uma prestação complementar ou acessória da remuneração-base, ligado ao rendimento e mérito do trabalho prestado, só tem de ser pago, se e enquanto tal trabalho se mantiver dentro das condições gerais de atribuição do prémio fixadas pelo Banco réu”.

Isto porque o direito ao prémio de produtividade está condicionado ao rendimento do trabalho, só tendo lugar o seu pagamento se a avaliação desse trabalho, realizada de acordo com os critérios objectivos fixados, forem cumpridos.

Não o sendo, “(...) é lícito ao empregador retirar-lhe o pagamento do prémio, sem que tal constitua uma diminuição da retribuição”.

A par dos mencionados complementos salariais incertos, saliente-se ainda para a existência de outros pagamentos que, não obstante corresponderem à contrapartida do trabalho efectuado, podem não ser considerados como retribuição.

É o caso do trabalho suplementar (previsto no art.º 268.º, n.º 1 do CT) pago em diferentes valores, consoante tenha sido prestado em dia útil ou em dia de descanso semanal, obrigatório ou complementar, ou em feriado, bem como do trabalho nocturno (previsto no art.º 266.º do CT).

Daí o legislador referir (não inocentemente) que os mesmos são “pagos”, não “retribuídos”.

É esse o entendimento expresso pelo Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 24 de Março de 2014⁵⁶⁸, onde se propugnou que “(...) face às considerações que acima se deixaram expressas, a conclusão que se impõe é no sentido da retribuição do trabalho extraordinário ou suplementar não ser de computar na retribuição global, excepto se a prestação desse trabalho pelo trabalhador assumir natureza regular”.

Para melhor compreensão das diferenças entre retribuição base e complementos salariais, atente-se ainda na jurisprudência vertida no douto Acórdão do STJ de 25 de Fevereiro de

⁵⁶⁷ In, Colectânea de Jurisprudência, 2000, 3.º - 163

⁵⁶⁸ Proferido no âmbito do Proc. n.º 597/13.5TTVNG.P1 e disponível em www.dgsi.pt.

2009⁵⁶⁹ onde se esclareceu que a lei, embora não definindo directamente o conceito de remuneração de base (ou retribuição-base), utiliza-o, como referência, quer para o cálculo de outros elementos da estrutura da retribuição, quer para o cálculo de indemnizações ou compensações devidas, nomeadamente, em determinados casos de extinção da relação laboral.

Para o aresto, “À remuneração de base contrapõem-se todas as outras componentes da retribuição, assumindo aquela carácter principal, sendo o seu valor fixado por lei (v.g. remuneração mínima mensal) ou em instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho, em regulamentos ou em decorrência de usos da empresa, ou, ainda, no próprio contrato individual, na base de um horário normal, com referência a determinada categoria profissional, traduzindo o valor mínimo, definido para um certo período temporal, com relação à categoria-estatuto equivalente à categoria-função atribuída ao concreto trabalhador”.

Por seu turno, “As outras parcelas da retribuição, legal ou contratualmente devidas, sendo embora prestações regulares e periódicas, não têm, em princípio, aquele carácter principal, antes se apresentando como prestações complementares ou acessórias da remuneração de base”.

⁵⁶⁹ Disponível em

<http://www.gde.mj.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/966dc779730254eb8025756e00392067?OpenDocument>

CAPÍTULO VI – CONCLUSÕES

“A retribuição enquanto decorrência da dignidade humana” é um tema – atenta a associação conceptual que encerra - duplamente desafiador.

Desde logo, porque o conceito de dignidade da pessoa humana vê avivada, nos tempos conturbados em que vivemos, a discussão quanto ao seu conteúdo normativo e, acima de tudo, quanto aos seus limites.

Depois, porque consabidamente o tema da aplicabilidade directa dos direitos sociais (em que o direito à retribuição se insere, em contraponto com o regime dos direitos de liberdade) é (e continuará a ser...) geradora de forte dissenso.

Efectivamente, pese embora o conceito de dignidade da pessoa humana se ter universalizado, são evidentes as dificuldades de uma concretização unitária, o que acaba por redundar em constantes embaraços na sua positivação.

Isto porque a dignidade humana é vista (pese embora não consensualmente, pois há doutrina que defende configurar a mesma um verdadeiro direito subjectivo) como tendo natureza principiológica, o que não isenta de dificuldade a tarefa de dotá-la de plena exequibilidade.

Dificuldade essa que tende a espalhar a garantia assim constitucionalmente consagrada num denominado “mínimo existencial”, também ele de difícil recorte, porque assente (sobretudo) no âmbito da disponibilidade (económica) dos Estados.

O sobredito parece ser confirmado, no ordenamento jurídico-constitucional português, pelo art.º 1.º da CRP, norma que – pese embora de forte carga axiológica – não tutela, no nosso entendimento, de forma expressa a dignidade humana enquanto direito subjectivo.

Não porque consideremos que a mesma tem uma mera função de coadjuvação dos direitos fundamentais (longe disso), mas sim porque, enquanto supraprincípio, representa o *prius* incondicional de todo o Direito e a base fundamental de vários direitos consagrados constitucionalmente, constituindo factor determinante na definição do seu significado e extensão.

Isso mesmo resulta de (profusa) jurisprudência do TCP, que reiteradamente, lança mão do conceito da dignidade humana para nele fundar, em primeira linha, a essência de determinados direitos fundamentais.

Um desses direitos é, para nós, o direito fundamental à retribuição do trabalho, previsto no art.º 59.º da CRP, norma que – no nosso entendimento – não só aflora como vinca expressamente a necessidade de a mesma assegurar uma “existência condigna”.

Efectivamente, ancorando-se os direitos económicos e sociais no princípio da dignidade humana e da obrigação do Estado de a proteger, aponta-se a um novo e autónomo direito social,

que acolhemos, e que consistente no direito à atribuição das necessárias prestações que assegurem uma existência digna.

Daí que, doutrinal e jurisprudencialmente, se tenha erigido (e fundadamente) o chamado direito – não escrito – a “um mínimo de existência condigna”.

Note-se que o artigo 16.º n.º 1 da CRP consagra o princípio do catálogo aberto, assim permitindo o reconhecimento de direitos fundamentais materiais, um deles o direito a um mínimo para uma existência condigna, afirmado pela jurisprudência constitucional, o qual não tem acolhimento (constitucional) expresso.

Nesse particular, é incontornável a menção ao Acórdão do Tribunal Constitucional Português n.º 509/02, de 19 de Dezembro, justamente apelidado de o mais importante aresto proferido em matéria de direitos sociais.

Na verdade, o Acórdão opera uma importante distinção entre o reconhecimento de um direito a não ser privado do essencial indispensável a uma existência condigna e um direito a exigir do Estado esse mínimo de existência condigna, designadamente através de prestações, e como resulta da doutrina e jurisprudência alemãs, nos termos da respectiva legislação sobre auxílio social.

Transpondo o vertido para o ordenamento jurídico português, e partindo do art.º 63.º da CRP, o aresto vê nele a garantia de percepção pelos cidadãos de uma prestação social que lhes permita uma existência condigna que, a não ser fundada naquele preceito constitucional, haveria de o ser, seguramente, no princípio da dignidade humana, vertido no art.º 1.º da lei fundamental.

Não deixando de assinalar a importância do Acórdão (por ser inegável que aos direitos sociais, sobretudo na sua dimensão preponderante, a positiva ou prestacional, é geralmente reconhecida uma força jurídica diminuída em relação aos direitos de liberdade) entendemos – como ALMEIDA RIBEIRO – que o mesmo se presta a alguns reparos, desde logo pela forma como foi configurado o seu objecto.

Essencialmente, para quem (como nós) sustenta inexistir fundamento relevante para prover uma profunda dicotomia entre direitos de liberdade e direitos sociais, nada justificando que estes últimos não sejam sujeitos ao modelo de controlo das restrições (baseado no princípio da proporcionalidade) típico daqueles.

Na verdade, os bens sobre os quais incidem a generalidade dos direitos sociais constituem condições materiais para o pleno aproveitamento das liberdades fundamentais, sendo esta a pedra de toque para a grande unidade axiológica e funcional de que participam uns e outros.

Logo, tal como não se pode falar, num direito de liberdade, que se protege o seu “mínimo”, também aqui dever-se-á falar da garantia de um direito a um rendimento, sendo que este último, por não avistar a sobrevivência física do cidadão (não se protege aqui o direito à vida...), será um rendimento de existência condigna.

Dito de outra forma, não é suficiente garantir-se um rendimento de sobrevivência, mas sim um rendimento apto a uma existência condigna, sendo este o objecto do direito fundamental, objecto “alargado” esse que já encontra respaldo na jurisprudência constitucional alemã.

Assim delimitado, o âmbito de protecção constitucional haverá de incidir, não na verificação de uma eventual violação de um conteúdo mínimo (impossível de delimitar e de sindicar judicialmente quando a opção legislativa vá para além desse domínio), mas sim em todo o direito fundamental a um rendimento de existência condigna.

Logo, ao invés de um direito a um “mínimo de existência condigna”, propugnamos, diferentemente, por um direito a um rendimento de existência condigna, o qual pode igualmente ser vislumbrado no ordenamento jurídico-constitucional angolano, uma vez que a norma constante no art.º 76.º da CRA tem de ser enformada não só pelo seu art.º 1.º como pelos princípios decorrentes da DUDH e da Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, e demais instrumentos internacionais que versam sobre essa matéria.

E, como referimos, podendo as restrições operadas contra o mesmo (ou, mais latamente, contra os direitos sociais) ser constitucionalmente sindicadas nos mesmos termos em que opera o controlo da restrição às liberdades fundamentais já que, mesmo na sua configuração de dever de prestação positiva, o direito a um rendimento de existência condigna não deixa de conter um dever acessório de não restrição (pelo menos injustificado) do seu nível de protecção.

Isto porque o critério para aferição do controlo da proporcionalidade de normas restritivas, previsto no art.º 18.º n.º 2 da CRP, aplica-se igualmente ao direito de existência condigna (como direito fundamental de natureza análoga) quer na sua dimensão negativa, quer na sua dimensão positiva, por constituírem os direitos fundamentais uma unidade axiológica.

Destarte, tal regime de restrições pode ser aplicado, na dimensão positiva do direito a uma existência condigna, sempre que se tratar de sindicar uma norma que tem um efeito de exclusão ou regressão, constitucionalmente relevante, do nível de protecção social concedido pela lei.

Entendemos, no entanto, ser de alargar a construção dogmática do direito a um rendimento de existência condigna assente no princípio da dignidade humana e em conjugação (essencialmente) com o direito à segurança social.

Ressaltamos, para tanto, que a alínea a) do n.º 1 do art.º 59.º da CRP, mais do que “aflo-
rar” ou “fazer alusão” à ideia de existência condigna quando consagra o “direito à paridade
retributiva”, faz (isso sim) transparecer mais exuberantemente o direito do trabalhador à retri-
buição como forma de garantir uma existência condigna, legalmente concretizada pelo estabe-
lecimento ou actualização da RMMG.

Aliás, tal desiderato (para além de ser reconhecido por jurisprudência do TCP) está bem
patente na Directiva (EU) 2022/2041 do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa a salários
mínimos adequados na União Europeia, a qual institui no art.º 5.º um procedimento para a sua
fixação tendo por objectivo (entre outros) alcançar um nível de vida digno e diminuir a pobreza
no trabalho.

Na verdade, no actual contexto económico e social, marcado por uma inflação galopante
e pelo aumento das taxas de juro empreendido pelo BCE, com efeitos por vezes devastadores
no custo de vida dos trabalhadores, que viram, em termos reais, baixar a remuneração bruta em
quase 5%, mais do que nunca o direito a um rendimento de existência condigna tem de se
sobrelevar.

É algo que já se impôs quando, em 2011, Portugal (no âmbito de um programa de assis-
tência económica e financeira) assinou um memorando com a “Troika”, a que correspondeu um
período de forte austeridade no país, com cortes salariais e deu origem à chamada “jurisprudên-
cia da crise”, que analisamos a propósito da irredutibilidade retributiva.

Propugnamos, pois, que o direito a um rendimento de existência condigna, encimado
pelo supraprincípio da dignidade da pessoa humana (art.º 1.º da CRP e art.º 1.º da CRA) não
pode ser edificado apenas em conjugação com o direito assistencial (art.º 63.º da CRP e 77.º da
CRA) ou com o direito à saúde (art.º 64.º da CRP), conforme ideia fortemente enraizada.

Na verdade, sendo a fixação/actualização da RMMG a corporização do direito funda-
mental à justa retribuição que possibilite uma existência condigna, não vemos como não pos-
samos igualmente ancorar o direito (não escrito) ao rendimento de existência condigna, em
sentido mais amplo, no art.º 59.º da CRP e art.º 76.º da CRA.

E, bem assim, que tal direito ao rendimento de existência condigna, conjugado com o
direito a uma retribuição condigna, possa ser constitucionalmente sindicado, por se tratar para
nós (pelo menos no que se refere aos trabalhadores da função pública) de direito ao qual terá
de ser reconhecida eficácia jurídica positiva.

O que nos remete para o sistema de fiscalização constitucional vigente no ordenamento
jurídico português, que não dispõe da figura do recurso de “amparo constitucional”, o que co-

loca a questão de saber se o mecanismo de tutela constitucional dos direitos fundamentais instituído se mostra apto a salvaguardá-los, em particular o direito fundamental à retribuição do trabalho enquanto decorrência da dignidade humana.

Questão tanto mais premente, reitere-se, quando sabemos que o direito fundamental à retribuição sofreu indesmentível “abalo” no que ficou conhecida em Portugal como a “jurisprudência da crise”, em consequência da assinatura pelo Estado português dos memorandos com a “Troika”.

Idênticos desafios se colocam, actualmente, com a subida da taxa de inflação e com a contínua subida das taxas de juro pelo BCE, cujos efeitos (combinados) levam a que a retribuição “real” auferida pelos trabalhadores tenha decrescido significativamente, assim novamente se afrontando o seu direito a uma existência condigna, proporcionada, em primeira linha, pelo direito fundamental à justa retribuição.

O que, em nosso entender, será motivo suficiente para (re)colocar na agenda da futura revisão constitucional a introdução de um mecanismo de tutela como o denominado recurso de amparo na CRP, já que o modelo instituído, pese embora se possa apresentar como “completo”, não assegura ao cidadão uma acção constitucional directa, obrigando a que a apreciação da constitucionalidade seja sempre enxertada num processo judicial pré-existente, operando de forma incidental.

Podendo (e, no nosso entendimento, devendo) o modelo constitucional português ser aperfeiçoado, a fim de cumprir fielmente os desígnios plasmados na CRP, onde pontificam os princípios da justiça e da dignidade humana, não podemos deixar de engrossar a fileira daqueles que advogam não só as vantagens como a própria necessidade da consagração de um recurso de amparo.

Recurso de amparo que não acolheria todos os direitos fundamentais, mas apenas reservando-se aos direitos, liberdades e garantias e aos direitos de natureza análoga (onde se insere, no nosso entendimento, o direito fundamental à retribuição) por lhes ser aplicado o regime previsto no art.º 18.º da CRP.

Quanto à sua natureza, o mesmo configurar-se-ia como um recurso extraordinário, subsidiário e suplementar.

Este seria um mecanismo privilegiado de salvaguarda dos direitos, liberdades e garantias e dos direitos fundamentais análogos, onde o direito a um rendimento condigno – igualmente ancorado no direito fundamental à retribuição previsto no art.º 59.º da CRP – se inclui.

Garantia que se justifica quando nos apercebemos de que os direitos sociais (e o direito à retribuição, em especial) não gozam de garantia particularmente musculada no seio da UE,

momento quanto à sua tutela jurisdicional.

Enalteçamos, todavia, os passos seguros que as instituições europeias têm dado no sentido de tornar cada vez mais efectivos os direitos sociais, de que é paradigmático exemplo a instituição do Pilar Europeu dos Direitos Sociais.

Somente assim recortado constitucionalmente o direito fundamental à retribuição (nas suas vertentes de suficiência, adequação e paridade) se justifica que apreendamos as suas múltiplas manifestações, gizadas pelo legislador ordinário, como os princípios que lhe subjazem (encimado pelo princípio da irredutibilidade salarial), bem como enunciando a tutela que lhe é concedida em particulares situações, de que é mero exemplo a instituição do FGS, ou como a mesma se configura em sede de regulamentação colectiva.

Na verdade, e com fundamental repercussão prática, não enjeitámos uma incursão nas características e modalidades que a retribuição encerra (enquadradas doutrinal e jurisprudencialmente), o que também (esperamos) constituirá um contributo para a definição do *quantum* retributivo, do rendimento colocado à disposição do trabalhador que lhe permita uma existência condigna.

Não uma existência pelo “mínimo”, porque, reiteramos, o rendimento de existência condigna terá de assentar numa dimensão muito mais ampla do que a mera existência fisiológica.

É esse o caminho, tem de ser esse o caminho, de um direito fundamental que é ancorado, primacialmente, pelo princípio da dignidade da pessoa humana, logo, reclamando uma base de sustentação que vá para além daquela sobrevivência física, situando-a antes num plano social e cultural.

BIBLIOGRAFIA/WEBGRAFIA

- ABRANTES, José João – *O Direito do Trabalho e a Constituição*. In, Estudos de Direito do Trabalho, 2.^a ed., Lisboa: AAFDL, 1992.
- ABRANTES, José João – *Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- ALEXANDRINO, José de Melo – *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa*, Vol. II. Coimbra: Almedina, 2006.
- ALEXANDRINO, José de Melo – *Direitos Fundamentais: Introdução Geral*. 2.^a ed., Estoril: Principia, 2011.
- ALEXANDRINO, José de Melo – Sim ou Não ao Recurso de Amparo?. Revista Julgar, N.º 11, 2010, pp. 41-49.
- ALEXANDRINO, José de Melo – *O Novo Constitucionalismo Angolano*. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas (ICJP), 2013, p.104. ISBN: 978-989-97834-8-5.
- ALVES, Filipe Cerqueira – Compreender a Carta Social Europeia Revista: Convenções Internacionais e os seus efeitos nas ordens jurídicas nacionais. Lex Social, Monográfico 1, 2017.
- AMARAL, Diogo Freitas do – *Curso de Direito Administrativo*. Vol. II, 10.^a reimpressão da edição de 2001, com a colaboração de TORGAL, Lino. Coimbra: Almedina, 2010.
- AMARAL, Maria Lúcia – O princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Jurisprudência Constitucional Portuguesa. AAVV, Liber Amicorum de José de Sousa e Brito – em comemoração do 70.º Aniversário. Coimbra: Almedina, 2009, pp. 947-964.
- AMADO, João Leal – *A Protecção do Salário*. Coimbra: Almedina, 1993.
- ANDRADE, José Carlos Vieira – *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2023.
- ANDRADE, José Carlos Vieira – O “Direito ao mínimo de existência condigna” como direito fundamental a prestações positivas – uma decisão singular do Tribunal Constitucional. Anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 509/02. In: Jurisprudência Constitucional, n.º 1 (Janeiro-Março), 2004, p. 4 a 29.
- ANDRADE, José Carlos Vieira – A fiscalização da constitucionalidade das “normas privadas” pelo Tribunal Constitucional. In, Revista de Legislação e Jurisprudência 133 (2000-2001).
- ANDRADE, José Carlos Vieira – *A Justiça Administrativa (Lições)*. 19.^a ed., Coimbra: Almedina, 2021.

- ARAÚJO, Raul, NUNES, Elisa e LOPES, Marcy – *Constituição da República de Angola Anotada*. Tomo II. Luanda, 2018. ISBN 978-989-97239-5-5.
- BARCELLOS, Ana Paula - *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana*. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BENDA, Ernest – The Protection of Human Dignity (Article 1 of the Basic Law. SMULR, 52, 2000, pp. 443-454.
- BOTELHO, Catarina Santos – *Os direitos sociais num contexto de austeridade: um elogio fúnebre ao princípio da proibição do retrocesso social?* Revista da Ordem dos Advogados, Vol. I, n.º II (2015), pp. 259-294.
- BOTELHO, Catarina Santos – *Direitos sociais sotto você? – Em defesa da despolitização dos direitos económicos, sociais e culturais*. Constituição, Política e Direitos Fundamentais – Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Vieira de Andrade. Coimbra: Almedina, 2023, pp. 263-281.
- BOTELHO, Catarina Santos – *Os direitos sociais em tempos de crise ou revistar as normas programáticas*. Coimbra: Almedina, 2017.
- BOTELHO, Catarina – *A Tutela Direta dos Direitos Fundamentais: Avanços e Recuos na Dinâmica Garantística das Justiças Constitucional, Administrativa e internacional*. Coimbra: Almedina, 2010.
- BOTELHO, Catarina Santos – Haja Uma Nova Jurisdição Constitucional: Pela Introdução de um Mecanismo de Acesso Directo dos Particulares ao Tribunal Constitucional. Revista da Ordem dos Advogados (ROA), Ano 70, Vol. I-IV, 2010, pp. 591-623.
- BRITO, Miguel Nogueira – *O ordenamento constitucional português e a garantia de um nível mínimo de subsistência. Estudos em memória do Conselheiro Artur Maurício*. Coimbra: Almedina, 2014.
- CAIADO, Bárbara Barbizani de Mello - *Irredutibilidade Salarial e Princípio da Proibição do Retrocesso*. Editora D'Plácido, 2017.
- CANAS, Vitalino - Constituição prima facie: igualdade, proporcionalidade, confiança (aplicados aos “cortes” de pensões), in Revista Eletrónica de Direito Público, 2014.
- CANOTILHO, José Gomes – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2002.
- CANOTILHO, Gomes - Vinculação e aplicabilidade direta das normas e direitos fundamentais, in Boletim de Ciências Económicas, LVII/1, 2014.
- CANOTILHO, Gomes e MOREIRA, Vital – *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 2.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1984.

- CANOTILHO, José Gomes – *Constituição e Défice Procedimental. Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, pp. 69-84.
- CARVALHO, António Nunes – Notas sobre o regime da retribuição no Código de Trabalho. *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Ano LI (XXIV da 2.^a série). Janeiro/Dezembro, 2010.
- CORDEIRO, Menezes – *Direito do Trabalho II*, Coimbra: Almedina, 2019.
- CORDEIRO, Menezes – Direito do Trabalho e Cidadania, AAVV, III Congresso Nacional de Direito do Trabalho - Memórias, coordenação de António Moreira, Almedina, Coimbra, 2001.
- COSO, Emiliano Garcia – *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia – Comentada*. Coimbra: Almedina, 2013.
- DOCKÈS, Emmanuel – La détermination de l’objet des obligations nées du contrat de travail. In, *Revue Droit Social*, n.º 2, 1997.
- DUARTE, Maria Luísa - A União Europeia e os direitos fundamentais. Métodos de proteção. In *Estudos de Direito da União e das Comunidades Europeias*. Coimbra: 2000.
- FEIJÓ, Carlos Maria – *Constituição da República de Angola: Enquadramento Dogmático – A Nossa Visão, Volume III*. Coimbra: Almedina, 2015.
- FERNANDES, António Monteiro - *Direito do Trabalho*. 16.^a ed., Coimbra: Almedina, 2012.
- FERREIRA, Helena Prata – *A justiciabilidade dos direitos económicos e sociais*. Coimbra: Almedina, 2022.
- GOMES, Júlio – “Código do Trabalho de 2009 e a Promoção da Desfiliação Sindical”, *Novos Estudos de Direito do Trabalho*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- GOMES, Júlio – A contratação coletiva in **peius** e a representatividade sindical, Crise Económica: Fim ou refundação do Direito do Trabalho, Actas do Congresso mediterrânico de Direito do Trabalho, Estudos APODIT 1, AAFDL. Lisboa, 2016.
- GONÇALVES, Fernando – Irredutibilidade salarial, princípio – ou – em princípio. In *Prontuário de Direito do Trabalho/Centro de Estudos Judiciários*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.
- GOUVEIA, Jorge Bacelar – *As Constituições dos Estados da União Europeia*. Lisboa: Vislis, 2000.
- HAYEK, Friedrich – *Law, Legislation and Liberty*, Vol. II - The Mirage of Social Justice. Londres: Routledge & Kegan Paul, 1976, p. 103.
- HEYDE, WOLFGANG - Article 1 – Human Dignity. *AAVV, Commentary of the Charter of Fundamental Rights of the European Union* (coord. Olivier De Schutter), EU Network of Independent Experts on Fundamental Rights, 2006, pp. 23-29.

- HEREDIA, José Manuel Sobrino – Artículo 1. Dignidad Humana, Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea – Comentario artículo por artículo. Bilbao: Fundacion BBVA, 2008, pp. 107-126.
- HERNANDEZ, Salvatore - I principi costituzionali in tema di retribuzione, in *Nuove Forme di retribuzione e attualità dei principi costituzionali*. Padova: CEDAM, 1998.
- HOBBS, Thomas – *Elementos de Derecho Natural y Politico*. Madrid: Alianza Editorial, 2005.
- LEÃO, Anabela Costa – A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Protegendo os Direitos a um Nível Multidimensional, in *Revista da FDUP* – A.3, 2006.
- LEITÃO, Luís Menezes - *Direito do Trabalho*. Coimbra: Almedina, 2014.
- MACHADO, Jónatas E.M., COSTA, Paulo Nogueira e HILÁRIO, Esteves Carlos - *Direito Constitucional Angolano*. 2.^a ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2013.
- MALLET, Estêvão, HIGA, Flávio, JUNQUEIRA, Fernanda – Jurisprudência de Crise e Direitos Fundamentais. Lisboa: Revista Internacional de Direito do Trabalho. Ano I, n.º 1, 2021, pp. 131 a 167.
- MARQUES, António Vicente e PIRES, Miguel Lucas - *Comentário à legislação laboral Angolana*. 1.^a ed., Luanda: Polis Editores, 2014.
- MARQUES, Pedro e MARQUES, Ricardo – *Manual Prático de Direito do Trabalho e Segurança Social*. 1.^a Ed. Luanda: Casa das Ideias – Divisão Editorial, Lda., 2010.
- MARTINEZ, Pedro Romano – *Direito do Trabalho*. 10.^a ed., Coimbra: Almedina, 2022.
- MARTINEZ, Soares – *Economia Política*, 11.^a ed., Coimbra: Almedina, 2010.
- MARTINS, Ana Maria – A Carta dos Direitos Fundamentais da UE e os Direitos Sociais, in *Direito e Justiça*, Vol. XV, Tomo 2, 2001.
- MARTINS, Ana Maria – *A protecção da dignidade humana no Tratado de Lisboa*. Estudos em homenagem ao Professor Doutor José Joaquim Gomes Canotilho. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.
- MEDEIROS, Rui - *O Direito Fundamental à Retribuição – em especial o princípio a trabalho igual salário igual*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2016.
- MEDEIROS, Rui - *A Constituição Portuguesa num Contexto Global*, Lisboa: Bertrand Editora, 2015.
- MEDEIROS, Rui – *A Decisão de Inconstitucionalidade – Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999.
- MEDEIROS, Rui – *Direitos, Liberdades e Garantias e Direitos Sociais: Entre a Unidade e a*

- Diversidade. Estudos em homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia, Volume I.* Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 657 a 683.
- Ministério do Trabalho e da Segurança Social – Livro Branco das Relações Laborais, Lisboa, 2017.
- MIRANDA, Jorge – *Teoria do Estado e da Constituição.* Coimbra: Coimbra Editora, 2012.
- MIRANDA, Jorge – *A Abertura Constitucional a Novos Direitos Fundamentais*, AAVV, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Manuel Gomes da Silva. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui – *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2017.
- MIRANDA, Jorge – *Ideias para uma revisão constitucional em 1996.* Lisboa: Editora Cosmos, 1996.
- MORAIS, Carlos Blanco de – *Fiscalização da Constitucionalidade e Garantia dos Direitos Fundamentais: “Apontamento sobre os passos de uma evolução subjectivista”.* AAVV, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles. Coimbra: Almedina, 2003, pp. 85-111.
- MOREIRA, Vital – *A tutela dos direitos fundamentais na União Europeia*, in AAVV, *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.* Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- MOREIRA, Vital - *Trabalho digno para todos – a cláusula laboral no comércio externo da União Europeia.* Coimbra: Coimbra Editora, 2014.
- MOURA, José Barros – *A convenção colectiva entre as fontes de direito do trabalho: contributo para a teoria da convenção colectiva de trabalho no direito português.* Coimbra: Almedina, 1984.
- NABAIS, José Casalta – *Reflexões sobre quem paga a conta do Estado Social. Por um Estado Fiscal Suportável. Estudos de Direito Fiscal, Vol. III.* Coimbra: Almedina, 2010.
- NETO, Abílio - *Conteúdo e alcance do princípio constitucional “para trabalho igual, salário igual”,* in Congresso Nacional do Direito do Trabalho – Memórias, Coimbra: Almedina, 1998.
- NOVAIS, Jorge Reis – *Direitos Sociais, Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais.* Lisboa: AAFDL Editora, 2017.
- NOVAIS, Jorge Reis – *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa.* Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- NOVAIS, Jorge Reis – *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição.* Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

- NOVAIS, Jorge Reis – Em Defesa do Recurso de Amparo Constitucional (ou uma avaliação crítica do sistema português de fiscalização concreta da constitucionalidade). Coimbra: Revista da Faculdade de Direito da UNL, 2005, pp. 91-117.
- OTERO, Paulo – Direitos económicos e sociais na Constituição de 1976: 35 anos de evolução constitucional, AAVV, Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 37-55.
- OTERO, Paulo – *Direito Constitucional Português*. Volume I. Coimbra: Almedina, 2017.
- PRETO, Sónia – Primeiras notas sobre o novo artigo 502.º do Código do Trabalho: a suspensão da convenção colectiva de trabalho. *Direito e Justiça*, Vol. III (Especial), 2015, pp. 507-522.
- PROENÇA, Carlos Carranho - *Tutela Jurisdicional efetiva no direito da União Europeia – Dimensões teóricas e práticas*. Lisboa: Petrony Editora, 2017.
- PROENÇA, Carlos Carranho – O Direito ao Trabalho na União Europeia. In Manuel Monteiro Guedes Valente (Coord.). *Os Desafios do Direito no Século XXI*. Coimbra: Almedina, 2019, pp. 201 e 218.
- QUEIROZ, Cristina – O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- RAMALHO, Maria do Rosário – *Direito do Trabalho, Parte II, Situações Laborais Individuais*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2008.
- RAMALHO, Maria do Rosário Palma – *Tratado de Direito do Trabalho, parte III, Situações Laborais Colectivas*, 2.ª ed. actualizada. Coimbra: Almedina, 2015.
- RAMALHO, Maria do Rosário Palma - *Da Autonomia Dogmática do Direito do Trabalho*. Coimbra: Almedina, 2000.
- REYES, Manuel Aragón – La Reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. *Revista Espanola de Derecho Constitucional*, N.º 85, Enero-Abril, 2009, p. 11-43.
- RIBEIRO, Ana Teresa – Portarias de Extensão – Um Breve Olhar. *Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas*, n.º 25, 2014.
- RIBEIRO, João Soares - *Contraordenações Laborais – Regime Jurídico Anotado contido no Código do Trabalho*, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2003.
- RIQUITO, Ana Luísa – *Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- RODRIGUES, Luís Barbosa – *Manual de Direitos Fundamentais e de Direitos Humanos*. Lisboa: Quid Juris Editora, 2023.
- RODRIGUES, Luís Barbosa – *O que são os Direitos Sociais?* Lisboa: Revista POLIS, n.º 4 (II série) Julho/Dezembro 2021.

- RODRIGUES, Luís Barbosa – *Direitos Humanos e Direitos Fundamentais: Ensaio Hierárquico. Separada da Revista Duc in Altum. Cadernos de Direito, Volume 10, n.º 22*. Faculdade de Damas, Recife. Brasil: 2018.
- ROSÁRIO, Pedro Trovão, ALVES, Diego Gomes e GADELHA, Gisela – *O Tribunal Constitucional Português e a Justiça Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2023.
- SILVA, Jorge Pereira – Os Direitos Sociais e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. *Direito e Justiça*, Vol. XV, Tomo 2, Lisboa, 2001.
- SILVA, Luís Gonçalves – Da Escolha do Trabalhador da Convenção Coletiva Aplicável – RJLB, Ano 4 (2018), pp. 1969-2034.
- SILVA, Luís Gonçalves – Pressupostos, Requisitos e Eficácia da Portaria de Extensão, *Revista Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, Vol. 1, Coimbra: Almedina, 2001.
- SILVA, Manuel Pereira da Silva – O Conceito de Retribuição visto no Direito Português e de Angola. *Revista Jurídica Luso-Brasileira (RJLB)*, Ano 1, 2015, pp. 841-915.
- SILVA, Vasco Pereira – *A cultura a que tenho direito. Direitos Fundamentais e Cultura*. Coimbra: Almedina, 2007.
- SOUSA, António Francisco – *Constituição da República de Angola, Anotada e Comentada*. Porto: Vida Económica, 2014.
- SUBTIL, João – Relações laborais: enquadramento legislativo na lusofonia: *Vida Judiciária* n.º 187, Jan/Fev. 2015.
- SCOGNAMIGLIO, Renato – *Diritto del Lavoro*. 5.ª ed., Napoli: Jovene, 2000.
- TAVARES, José Ramos - *Perfil Constitucional do Recurso Extraordinário*. São Paulo: Celso Bastos, 1998.
- TELLES, Miguel Galvão – Constituições dos Estados e Eficácia Interna do Direito da União e das Comunidades Europeias – em particular sobre o Artigo 8.º n.º 4 da Constituição Portuguesa, in *Estudos de Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano, no centenário do seu nascimento*, Vol. II. Lisboa, 2006.
- WETHERFILL, Stefen – *Law and values in the European Union*. Oxford University Press. Oxford, 2016.
- VAZ, Manuel Afonso – *O Enquadramento Jurídico-Constitucional dos “Direitos Económicos, Sociais e Culturais*. In: *Juris et de Jure, Nos vinte anos da Faculdade de Direito da Universidade Católica – Porto*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1998.
- VELOSO, Zeno – *Controle jurisdicional de constitucionalidade: atualizado conforme as Leis 9.868 de 10.11.1999 e 9.882 de 03.12.1999*. 2.ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- VILLEY, Edmond – *La Question des Salaires ou La Question Sociale*, Paris, 1887.

- VITORINO, António – La Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne, in *Révue du Droit de l’Union Européenne*, 1/2001.
- XAVIER, Bernardo Lobo - *Manual de Direito do Trabalho*, 3.^a ed., Lisboa: Rei dos Livros, 2018.
- XAVIER, Bernardo da Gama Lobo - Introdução ao estudo da retribuição no direito do trabalho português, in *Revista do Direito e de Estudos Sociais*, n.º 1, 1986.
- XAVIER, Bernardo da Gama Lobo - O programa Constitucional e os seus desenvolvimentos. *Estudos de Direito do Trabalho*, Parte I., Causa, Nov. 2017.
- XAVIER, Bernardo da Gama Lobo e CARVALHO, António Nunes – Princípio da Igualdade: a trabalho igual, salário igual. In *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Ano XXXIX – 1997.