ORDEM DOS ADVOGADOS

Conselho Distrital do Porto

Director
Amadeu J. Morais

Revista Semestral

Ano 1999

Nº 15

Jurisprudência Crítica

15

15.1 Uma explicação

O propósito da presente secção é dar a conhecer aos Colegas decisões – de preferência da primeira instância e ainda não publicadas - que pela sua qualidade ou falta dela, mereçam ser divulgadas. No primeiro caso, com o objectivo de tornar conhecido o que mereça ser e constitua um bom exemplo de jurisprudência inovadora e criativa; no segundo caso, como exemplo do que é lamentável, mas que não pode nem deve ser esquecido, a fim de que os erros cometidos se não repitam.

Já nas Ordenações Filipinas se distinguia os "Estilos" – a jurisprudência dos tribunais superiores – dos "Costumes" – a síntese das orientações estabelecidas nas decisões dos Tribunais locais.

O que se pretende é divulgar sentenças de primeira instância que possam constituir exemplos de "Costumes", "felizes ou infelizes".

A divulgação do conteúdo das decisões será acompanhada de duas anotações simples: uma de apoio à solução encontrada pelo Tribunal e outra onde se alinhem argumentos discordantes. As anotações serão efectuadas por Colegas, de preferência os que representaram as partes no processo onde a decisão foi proferida.

A Direcção da Revista apela, assim, aos Colegas para que enviem decisões que possam reunir as características apontadas, a fim de que possam ser divulgadas nos próximos números.

O material deve ser enviado para a sede do Conselho Distrital – ao cuidado da secção de Jurisprudência da Revista – acompanhada dos elementos de identificação dos processos onde foram proferidas e dos nomes e moradas dos mandatários das partes, a fim de os mesmos serem contactados tendo em vista a realização das anotações favoráveis ou desfavoráveis ao conteúdo da decisão.

Neste primeiro número, optou-se não pela divulgação de um " Costume ", mas por duas decisões do Supremo Tribunal de Justiça - uma que tem por objecto um contrato financeiro que se tem vindo a vulgarizar (o "leasing") e outra um Assento que versa a interpretação do princípio constitucional da igualdade do tratamento remuneratório – por terem acolhido soluções controversas.

A anotação do Acórdão, cujo tema é a locação financeira, é da autoria do Dr. Carlos Maria Pinheiro Torres que se tem dedicado ao estudo desta categoria de contratos.

A anotação ao Assento sobre o princípio constitucional de "a trabalho igual, salário igual" é da responsabilidade do nosso Colega, Dr. Joaquim Taveira da Fonseca, que sustenta opinião diversa da que prevaleceu na decisão; a "defesa" do decidido será efectuada pelo Dr. Rui Martins, que patrocinou a tese da parte que o Supremo acolheu no Assento. Devido à exiguidade do prazo que lhe foi concedido para elaborar o seu comentário, o Dr. Rui Martins não teve possibilidade de o fazer a tempo de ser publicado na presente revista, pelo que só no próximo número será feita a publicação da anotação favorável ao aresto.

A dialéctica que resulta do confronto entre opiniões contrárias, tornará – estamos certos – mais atractiva a leitura, pelo que aguardamos a opinião dos Colegas.

A Direcção da Revista espera que a secção de jurisprudência possa ser – com o apoio e colaboração de todos os Colegas – um espaço de debate vivo sobre questões de interesse para a aplicação do direito concreto a causas concretas.

15.2 Para trabalho igual, salário igual?

Acordão nº 16/96

Processo n.º 3683- 4.ª Secção.- Acordam, em conferência, na Secção Social, em Plenário, do Supremo Tribunal de Justiça:

Oliveira & Ferreirinhas, Indústrias Metalúrgicas, S.A., interpôs o presente recurso extraordinário para fixação de jurisprudência, nos termos dos artigos

2.º do Decreto-Lei n.º 17/91, de 10 de Janeiro, e 437.º n.ºs 2, 3 e 4 do Código de Processo Penal, do Acórdão da Relação do Porto de 16 de Dezembro de 1992, proferido no processo n.º 447/92, alegando que no mesmo se perfilhou, sobre a mesma questão de direito, solução oposta à que fora objecto do Acórdão da mesma Relação, proferido em 19 de Outubro de 1992, nos autos de recurso n.º 413/92-2.ª Secção. A questão em causa consistia em saber se o absentismo justificado era causa legítima de diferenciação salarial no âmbito do princípio constitucional previsto no artigo 59.º, n.º 1, alínea a), de "para trabalho igual salário igual" – sendo que o Acórdão de 19 de Outubro de 1992 (o acórdão fundamento) se pronunciou no sentido afirmativo, enquanto o acórdão recorrido se pronunciou no sentido negativo.

Tendo-se suscitado a questão prévia de saber qual fora a secção competente, de entre a Criminal e a Social deste Tribunal, para conhecer do recurso, foi decidido por acórdão de fl.46 a fl. 48 ser competente para o efeito a Secção Social.

Após o Ministério Público, nos termos do artigo 440.º, n.º 1, do Código de Processo Penal, se ter pronunciado pela existência da oposição de julgados, foi proferido despacho pelo Exmo. Relator, que decidiu que os dois acórdãos em questão nos autos, no domínio da mesma legislação, aplicaram a situações fácticas idênticas soluções opostas com base em contrárias interpretações da alínea a) do n.º 1 do artigo 59.º da Constituição da República Portuguesa. Em consequência, foi ordenado o prosseguimento do recurso, nos termos da segunda parte do n.º 1 do artigo 441.º do Código de Processo Penal.

A recorrente apresentou as suas alegações, nos termos do artigo 442.º do Código de Processo Penal, tendo formulado as seguintes conclusões:

A interpretação extensiva do princípio constitucional de " para trabalho igual salário igual", subjacente à decisão recorrida, conduz, na prática, à funcionalização das empresas, potencia e estimula o absentismo e traduz-se numa gritante injustiça para os trabalhadores que, muitas vezes, com grandes sacrifícios, cumprem o dever de assiduidade ao serviço;

O acórdão recorrido confundiu, assim, discriminação com a distinção do que, objectivamente, não é equiparável;

O que o texto constitucional proíbe são as discriminações arbitrárias, no sentido de não equitativas ou iníquas, maxime, a discricionariedade persecutória;

Ainda que se perfilhe o entendimento de que os únicos factores distintivos de possíveis diferenciações salariais são a quantidade de trabalho (duração e intensidade) a natureza do trabalho (dificuldade, penosidade e perigosidade) e a quantidade do trabalho (exigência, conhecimentos, prática e capacidade), jamais se poderá considerar inconstitucional a diferenciação que tem como fundamento o absentismo, ainda que justificado;

E isto, desde logo, porque, no caso concreto, a quantidade (duração) de trabalho efectivo não é idêntica;

Deve, por conseguinte e em face das razões sumariamente expostas, ser lavrado assento com a seguinte formulação: " O absentismo, ainda que justificado, constitui factor de diferenciação lícito face ao disposto no princípio de "para trabalho igual, salário igual", consagrado no n.º1, alínea a), do artigo 59.º da Constituição Portuguesa."

Contra-alegou o Exmo. Procurador-Geral-Adjunto da Secção Social deste Tribunal, que sintetizou as suas doutas alegações nas seguintes conclusões:

1.ª Concluir-se que é inconstitucional, face ao artigo 59.º, n.º1, alínea a), da Constituição da República Portuguesa fazer repercutir na quantidade de trabalho as faltas justificadas;

2.ª Decidir-se a presente oposição de julgados, lavrando-se assento com a seguinte ou semelhante redacção: "O absentismo justificado não influi nos factores de diferenciação salarial lícitos, nos termos do artigo 59.º, n.º1, alínea a), da Constituição da República Portuguesa."

Foram colhidos os vistos legais, cumprindo decidir.

Como já se referiu, a questão que nestes autos se discute é a de saber se, face ao princípio constitucional de "para trabalho igual salário igual", contido no artigo 59.º, n.º1, alínea a), da Constituição da República Portuguesa, uma situação de absentismo justificado constitui facto de legítima diferenciação de níveis salariais relativamente a trabalhadores que, em regra, exercem trabalho igual em termos da natureza, qualidade e quantidade.

Com interesse para o problema em análise, deu-se como provada no acórdão a seguinte matéria de facto:

1) Almerinda Conceição Silva e Ana Emília Barroso Lebre são trabalhadores da arguida, todas com a categoria da detectoras de deficiências de fabrico de 1.ª;

2) Todas elas desempenham funções iguais (verificação da perfeição de produtos acabados), designadamente deficiências em machos, eventualmente rebarbar os machos com uma lâmina e ainda detectando deficiências nos mesmos, a fim de que aquele (sic) providencie no sentido do acerto ou afinação da máquina, etc.;

3) Todas elas têm igual horário de trabalho, trabalhando quarenta e quatro horas semanais em cinco dias na semana;

4) Todas elas prestam trabalho no mesmo local, na secção de macharia, nas instalações industriais da arguida;

5) Todas elas se encontram em igual posição hierárquica dentro da organização de trabalho da arguida, estando subordinada e em iguais condições ao superior hierárquico, José Raul Sousa;

6) Almerinda apresenta igual perfeição e capacidade na execução do serviço e semelhança de rendimento (produtividade), durante os períodos efectivos, aos das demais trabalhadoras referidas no n.º 1 (crê-se que há lapso material quanto ao nome da trabalhadora referida, que deve ser antes a Ana Emília, pois esta é que teria sido salarialmente descriminada);

7) Os factos referidos nos n.ºs 2 a 6 verificam-se desde, pelo menos, Janeiro de 1981 (sic) ;

8) Até Dezembro de 1989 (e, pelo menos, desde Junho de 1990 a arguida pagou a qualquer das trabalhadoras igual retribuição base retribuição que em 1989 era de 45.150$00 ;

9) Desde Janeiro de 1990, inclusive, a arguida alterou a retribuição das referidas trabalhadoras, fixando-as nos seguintes termos:

Maria Olívia Gonçalves da Silva : 51.500$00 (Janeiro a Maio), 55.500$00 (Junho a Dezembro), 63.800$00 (Janeiro a Setembro de 1991);

Almerinda da Conceição Silva : 51.000$00 (Janeiro a Maio), 55.000$00 (Junho a Dezembro), 62.100$00 (Janeiro a Setembro) - crê-se que se mantém o lapso material referido no número 6 e que esta segunda trabalhadora será Ana Emília Barroso Lebre, pois que é a ela que é imputado o absentismo, como se vê no facto seguinte;

10) Em 1990 a Ana Emília apresentou um absentismo de 38,84%, enquanto M. Olívia, trabalhadora comparada, apresentou de absentismo 4%;

11) Para os referidos valores de absentismo a arguida considerou todas as ausências ao serviço, sejam justificadas ou não;

12) A diferença das retribuições base de 1991 entre a Almerinda, a Ana Emília Barroso Lebre e a M. Olívia da Silva, ficou a dever-se ao absentismo de Ana Emília referida no n.º 10).

No acórdão fundamento deu-se provado, com interesse para a questão em causa, o seguinte conjunto de factos:

1) Jacinta, Maria da Piedade e Maria Deolinda, eram trabalhadoras ao serviço da recorrente, tendo todas a categoria de detectoras de deficiências de fabrico de primeira e todas desempenhando funções iguais - verificação da perfeição de produtos acabados, designadamente de acessórios metálicos de tubagem e outros;

2) Todas tinham igual horário de trabalho, trabalhando quarenta e quatro horas semanais e cinco dias por semana, desempenhando funções na secção de controlo final ;

3) Todas se encontravam em igual posição hierárquica e subordinadas ao mesmo superior hierárquico, Norman Luís Ferreira Ramuni;

4) A Jacinta apresenta igual perfeição e capacidade na execução do serviço e semelhante rendimento (produtividade) ao das colegas referidas no n.º 1), sendo que os factos referidos nos n.º 2 a 6) se verfificaram desde, pelo menos, Janeiro de 1991;

5) Até Dezembro de 1990 (e, pelo menos, desde Julho desse ano) a arguida pagou às referidas trabalhadoras igual retribuição base, que em Dezembro de 1990 era de 53.000$00;

6) A partir de Janeiro de 1991, a arguida passou a pagar à Piedade e à Deolinda 63.200$00 e à Jacinta 61.000$00;

7) Em 1990, a Jacinta apresentou um indice de absentismo de 44,78%, essencialmente devido a baixa médica, enquanto no mesmo ano tal indice foi de 6,58% para a Piedade e de 2,21% para a Deolinda;

8) Nesses valores foram consideradas todas as ausências ao trabalho, justificadas ou não;

9) A diferença salarial referida no n.º 6), ficou a dever-se ao absentismo apresentado pela Jacinta.

Face à identidade praticamente total da base de facto apurada nos dois acórdãos, é realmente manifesta a sua oposição quanto à mesma questão de direito, pois enquanto o acórdão fundamento considerou causa justificativa de diferenciação ou discriminação salarial o absentismo justificado, o acórdão recorrido entendeu que o referido absentismo "de modo algum" podia influenciar o princípio constitucional de "para trabalho igual, salário igual".

Vejamos.

Quer a doutrina quer a jurisprudência são unânimes em considerar que o princípio de " para trabalho igual salário igual", consagrado no nº1,alínea a), do artº 59º da Constituição da República Portuguesa - que é, aliás, a projecção, quanto a direitos específicos dos trabalhadores, do princípio da igualdade essencial dos cidadãos perante a lei, inscrito no artº 13º do mesmo diploma -, implica e pressupõe que a retribuição deva ser conforme à quantidade de trabalho (ou seja, à sua intensidade e duração), à qualidade do trabalho (dos conhecimentos, da prática e da capacidade do trabalhador) e à natureza do trabalho (ou seja, à sua dificuldade, penosidade e perigosidade). Assim, se vários trabalhadores produzirem trabalho que possa ter-se por igual segundo os referidos parâmetros, não pode a entidade patronal pagar-lhes salários de diferente valor. A Constituição fixa naquela disposição os critérios objectivos à luz dos quais deve aferir-se a igualdade do trabalho, assim se proibindo o arbítrio e a discriminação salarial face a situações laborais essencialmente idênticas. O que não impede a diferenciação salarial que premeie o mérito e estimule a produtividade, desde que tenha por base a consideração daqueles critérios - o que se impõe é que a diversidade de tratamento seja materialmente fundada do ponto de vista da segurança jurídica, da justiça e da solidariedade. (v., por todos, Gomes Canotilho e Vital Moreira, in "Constituição Anotada"; Monteiro Fernandes, in "Direito do Trabalho", Volume I a págs. 384 e seguintes; Menezes Cordeiro, in "Manual do Direito do Trabalho", a págs. 736 e seguintes; Lobo Xavier, in "Curso de Direito do Trabalho", a págs. 403-404, e Acórdãos do S.T.J. de 19/01/89, de 01/03/90 e de 14/11/90, in "Acórdãos doutrinais", números 328, pág.558, 343, pág. 1017, e 350, pág. 268, respectivamente).

No caso em análise é indiscutível que o trabalho de todas as trabalhadoras envolvidas, as pretensamente discriminadas e as outras, era igual em termos de natureza e qualidade - a questão está em saber se tal igualdade se deva ter também por existente em termos de quantidade.

No Acórdão fundamento entendeu-se que tal facto não se verificava porque a trabalhadora "discrimi-

nada" apresentava uma taxa de absentismo - essencialmente devido a baixa médica - muito superior à das suas colegas, desse modo afectando a duração relativa de trabalho por elas prestado; no Acórdão recorrido entendeu-se, porém, que o absentismo não pode ser causa de diferenciação salarial, verificados que sejam os requisitos da igualdade de trabalho previstos na Constituição.

Dado que o recurso tem, essencialmente, por base o absentismo justificado como causa legítima da alegada discriminação salarial em situações de trabalho igual pela sua natureza e qualidade, é sobre os efeitos de tal tipo de absentismo que versarão as nossas considerações.

O absentismo justificado corresponde à noção de faltas justificadas e, por isso, a questão a decidir é a de saber se poderão aquelas ser fundamento de diferenciação salarial legítima no quadro do princípio constitucional de " para trabalho igual, salário igual".

Cremos que tal fundamento não pode afectar ou reflectir-se no direito à igualdade de salários se os trabalhadores envolvidos inclusivamente o eventualmente discriminado pelo referido motivo, desenvolvem trabalho igual em natureza e qualidade nos períodos comuns de serviço efectivo - como sucedeu, aliás, nos casos que foram objecto das decisões opostas em análise.

Entre os deveres a que trabalhador fica vinculado por efeito do contrato de trabalho, conta-se o da assiduidade, ou seja, o de comparecer ao serviço nos termos contratados para aí prestar a actividade a que se obrigou (artº 20º nº 1 alínea b), do DL 49408, de 24/11/69). Este dever supõe que o trabalhador possa comparecer ao trabalho, de sorte que só ocorrerá a sua violação se a ausência daquele lhe puder ser imputada por causa não legalmente prevista como justificada. Com efeito, a lei prevê que as faltas ao trabalho possam ser justificadas ou injustificadas e àquelas não atribui outra consequência senão a perda da retribuição - e nem sempre (conforme artigos 22º,23º, 24º e 26º do DL 874/76, de 28/12). As faltas justificadas não representam, por isso, violação do dever da assiduidade, nem assumem, em consequência, a natureza da infracção disciplinar, sendo de acentuar que, nos termos do nº 1 do artº 26º do citado diploma legal, as faltas em causa "não determinam a perda ou prejuízo de quaisquer direitos ou regalias do trabalhador" - salvo a perda da retribuição correspondente aos dias das faltas.

Aceitar, por isso, que o absentismo justificado - em regra, se elevado, sempre devido a situações de doença - possa penalizar o trabalhador que, nos períodos da efectividade de serviço, preste um trabalho igual ao de outros colegas quanto à natureza, qualidade e produtividade do mesmo, aceitar uma diferenciação salarial nessas circunstâncias, corresponderia a atribuir às faltas justificadas um efeito que a lei não prevê nem consente. Na prática, iria permitir-se por tal via, uma efectiva diminuição da retribuição do trabalhador justificadamente ausente, já que em diminuição se traduziria o não aumento ou aumento inferior do seu salário em confronto com a progressão dos seus colegas. Não pode, a nosso ver, um tal absentismo produzir tais efeitos, desde logo violador de garantias dos trabalhadores, designadamente a da proibição de baixa de retribuição pela entidade patronal (artº 21º nº 1 alínea c) do DL 49408).

É evidente que a orientação que perfilhamos pressupõe que se trate de justificação autêntica e séria, que não de absentismo justificado aparente, consequentemente a conduta reprovável ou ilícita do trabalhador.

Por todo o exposto, não havendo lugar a qualquer alteração da decisão proferida no acórdão proferido, uniformiza-se a jurisprudência nos seguintes termos:

"Viola o princípio de "para trabalho igual salário igual", inscrito no artº 59º nº 1 alínea a), da Constituição, a entidade patronal que pratica discriminação salarial fundada em absentismo justificado por doença do trabalhador".

Custas pela recorrente.

Cumpra o disposto no artº 444º, nº 1, do Código de Processo Penal.

Lisboa, 22 de Outubro de 1996.- Fernando José Leal Loureiro Pipa - José Manuel Carvalho Pinheiro - Victor Manuel de Almeida Deveza - Isidro de Matos Canas - António Manuel Pereira.

Anotação

1. A decisão em anotação tem subjacente a seguinte situação de facto:

Uma empresa entendeu proceder à actualização voluntária das remunerações auferidas pelos seus trabalhadores.

Os níveis de remuneração praticadas na empresa eram superiores aos mínimos estabelecidos no instrumento de regulamentação colectiva de trabalho aplicável ao sector.

A empresa optou por actualizar os vencimentos seguindo o critério de fixar uma determinada percentagem de aumento para todos os trabalhadores que não tivessem dado um determinado número de faltas durante o ano anterior e uma percentagem inferior para os colaboradores que tivessem ultrapassado esse limite, ainda que o absentismo tivesse sido justificado por baixa por doença.

O Supremo Tribunal de Justiça entendeu que o critério diferenciador praticado pela empresa violou o princípio constitucional de "para trabalho igual salário igual" inscrito no artigo 59.º n.º 1 da Constituição da República Portuguesa.

A decisão proferida determinou que a empresa tivesse sido forçada a equiparar a remuneração dos trabalhadores faltosos ao dos que não tinham dado faltas ainda que justificadas.

2. O entendimento do Assento foi o de que se os trabalhadores produzirem trabalho que possa ter-se como igual segundo os "parâmetros" da quantidade, qualidade e natureza do trabalho, não pode a entidade patronal pagar-lhes salários de diferente valor.

Ao contrário do entendimento perfilhado pelo Supremo Tribunal de Justiça, cremos que o Assento acolheu uma injustificável interpretação extensiva do princípio constitucional da igualdade de que o artigo 59.º n.º 1 a) da Constituição da República Portuguesa é um corolário.

A igualdade não pode excluir as diferenciações **materialmente** fundadas.

Ao consagrar na norma em causa que todos os trabalhadores têm direito "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", o legislador constitucional pretendeu apenas proibir **as discriminações arbitrárias no sentido de não equitativas ou iníquas**[2].

3. O diálogo entre a igualdade em abstracto e a igualdade em concreto impõe apenas a necessidade de critérios diferenciadores objectivos e justos.

A objectividade pressupõe que os critérios sejam de aplicação generalizada, ou por outras palavras, que não se apliquem critérios diferentes a situações análogas (o materialmente igual tem de ser tratado igualmente e o materialmente diferente tratado desigualmente).

A justiça dos factores distintivos ou diferenciadores postula que os mesmos não sejam contrários à ideia de direito positivada na Constituição e na lei (distinção em função da idade, sexo, raça, cidadania ou de convicções religiosas, políticas ou ideológicas).

4. É que a verdadeira igualdade material pressupõe a diferenciação[3].

E *"o princípio da igualdade não significa senão a exigência de diferenciação jurídico – material e a proibição de praticar o arbítrio"*[4].

A tese do assento confundiu diferenciação com discriminação e acolheu uma inaceitável perspectiva de "funcionalização"[5] das empresas que, na prática, retira à entidade patronal uma parte significativa das atribuições que decorrem da própria lei e do direito à propriedade privada

e que é a de realizar a gestão das remunerações dos colaboradores de acordo com os critérios lícitos que, na sua perspectiva, favorecem a produtividade e a eficiência.

5. O que o legislador constitucional consagrou, foi o princípio de que todos os trabalhadores têm direito a uma retribuição mínima do seu trabalho que assegure (garanta) uma existência condigna, retribuição essa que variará em função da quantidade, natureza e qualidade do trabalho, tudo isto sem prejuízo do princípio de a "trabalho igual salário igual".

A determinação (definição) do conceito de igualdade de trabalho – como corolário do princípio constitucional geral da igualdade – não poderá deixar de ser interpretada no sentido de que apenas se encontram vedadas as discriminações arbitrárias, ou seja não baseadas em critérios objectivos e justos tal como se tentaram definir em 3.

Independentemente de a quantidade, natureza e qualidade do trabalho serem idênticas, *a diferenciação baseada num critério ou factor objectivo e justo terá de ser considerada*, ao contrário do sustentado no Assento, *lícita e legítima*.

6. O princípio de " a trabalho igual, salário igual" não pode, com efeito, ser interpretado, restritiva e formalmente, como se de uma norma preceptiva[6] estrita se tratasse, sob pena de tal interpretação conduzir a uma multiplicidade de situações absurdas.

Ora, uma interpretação que na prática se revela perversa não é uma boa interpretação e sobretudo não é uma interpretação que corresponda ao sentido mais razoável da lei[7].

Reflictamos sobre os seguintes exemplos:

A – Uma entidade patronal (empresa de prestação de serviços) tem necessidade de contratar um colaborador para aumentar o seu quadro de pessoal. Dado inexistirem profissionais capazes desempregados, é forçada a recrutá-lo numa empresa concorrente. O trabalhador que se sente bem na empresa onde trabalha exige, para se mudar, um salário superior aos praticados na empresa para colaboradores com a mesma categoria profissional, a mesma experiência e a mesma capacidade e competência.

De acordo com a interpretação restritiva da norma constitucional, feita no Assento, a diferenciação salarial será ilegítima – apesar de se tratar de uma situação justificada e não arbitrária – pelo que, se a natureza, qualidade e quantidade do trabalho do novo colaborador for perfeitamente idêntico ao dos trabalhadores que fazem parte do quadro de pessoal da empresa recrutadora, a consequência será a de estes poderem reclamar o direito a serem aumentados para o nível salarial do admitido !!!

B – Pela tese do Assento, estaria vedado a uma entidade patronal tentar estimular um colaborador – em cujas potencialidades acredita – diferenciando-o, em termos salariais, dos colegas com a mesma categoria profissional e que exercem tarefas análogas ou idênticas – enquanto o mesmo não aumentasse a sua produtividade, ou as suas funções não fossem qualitativamente alteradas, sob pena de se "arriscar" – se a experiência – falhar e o trabalhador não corresponder, a ver-se "forçada" a aumentar a remuneração de todos os outros trabalhadores.

A diferenciação enquanto instrumento de estímulo na gestão de pessoal estaria, na prática, vedada às entidades patronais.

7. O que o artigo 59.º n.º 1 da Constituição da República Portuguesa – enquanto norma meramente programática e não preceptiva – proíbe é a mera discricionariedade persecutória ditada pelas razões de cor de pele, ideologia, sexo, religião, etc.

O que importa é que exista um critério, porventura errado, mas que exista um critério diferenciador que seja objectivo e justo nos termos definidos em 3.

8. Acresce que no caso concreto, o Assento perspectivou, também de forma incorrecta, o próprio conceito de quantidade de trabalho, porque é evidente que a quantidade do trabalho prestado por quem faltou, ainda que justificadamente, não é o mesmo de quem trabalhou em todos os dias úteis de trabalho.

O conceito de quantidade abrange o volume de trabalho efectivo global, medido objectivamente pelo número de horas de trabalho efectivamente prestado.

Repare-se que, em última análise, se a maioria dos trabalhadores entrar na situação de baixa por doença, a empresa arriscar-se-á a ter de paralisar a produção e, em última análise, entrar em estado de insolvência[8].

O contributo de quem faltou ao trabalho, ainda que justificadamente, e de quem não o fez, para a formação do factor de produção trabalho, não é idêntico.

Mesmo para quem considere a norma constitucional preceptiva, é, assim, evidente que a intensidade e duração do trabalho, não é igual num caso ou noutro.

Aquilo que o legislador constitucional proibiu foi a diferenciação na base de um dos motivos constitucionalmente impróprios mencionados no n.º 1 do artigo 59.º da Constituição da República Portuguesa e a discricionariedade persecutória.

9. A tese do Acórdão acaba, de resto, por representar uma forma de discriminação dos trabalhadores que não deram faltas ao trabalho ao colocá-los, no mesmo nível de remuneração, dos absentistas e ao considerar injustificadamente que a intensidade e duração do trabalho são, no caso concreto, idênticas.

A decisão do Assento não foi, assim, na nossa perspectiva, feliz. O Supremo confundiu discriminação com diferenciação e ignorou que o verdadeiro alcance do princípio da igualdade é apenas o da proibição do arbítrio e não o da distinção entre o que é diferente, pois só essa distinção permite realizar a justiça material do caso concreto[9].

Ao contrário do decidido, a diferenciação de tratamento salarial, com base no absentismo justificado, é, a nosso ver, legítima, lícita e não viola o princípio constitucional de a "trabalho igual, salário igual".

Porto, 12 de Junho de 1999

Joaquim Taveira da Fonseca

15.3 Locação Financeira
- Cláusula penal
- Nulidade

Acordão de 20/10/1998

Sumário:

I. Não é nula a cláusula aposta num contrato de locação financeira em que se estipula que, em alternativa à efectivação do direito à resolução do contrato, poderá o locador, em caso de incumprimento definitivo por parte do locatário, exercer os seus direitos de crédi-

[2] No fundo, os critérios que possam violar o princípio da não distinção em função da idade, sexo, raça, cidadania, território de origem, religião e convicções políticas ou ideológicas consagrado no corpo do n.º 1 do artigo 59.º da Constituição da República Portuguesa.

[3] "A igualdade e a justiça materiais exigem graduação e diferenciação, pois só têm um sentido racional no quadro das conveniências, necessidades e possibilidades referidas no caso concreto" – Forsthoff, Begriff und Wesen des Sozialen Rechtsstaates, citado pelo Professor Castanheira Neves, in Revista de Legislação e Jurisprudência n.º 3.506 – 260.

[4] E.W.Fuss, Gleichheitssatz und Richermacht, citado também pelo Professor Castanheira Neves, in Revista de Legislação e Jurisprudência n.º 3.520 – 103.

[5] A decisão parte do pressuposto que a política de gestão de pessoal das empresas deverá ser idêntica à da função pública em que à remuneração auferida pelo funcionário é indiferente a sua assiduidade, competência, capacidade, disponibilidade e qualificação.

[6] As normas constitucionais são classificadas, quanto ao seu conteúdo, em preceptivas e programáticas; as normas preceptivas são aquelas cuja eficácia não está dependente da verificação de qualquer condição institucional ou de facto, pelo que conferem aos cidadãos direitos imediata e directamente exercitáveis – v.g. direito à propriedade privada dos meios de produção – cfr. artigo 82.º n.º 3 da C.R.P.; as normas programáticas são aquelas que não conferem direitos imediatamente exercitáveis ou exequíveis e cuja vocação é apenas a de definição dos grandes princípios que a ordem jurídica deverá tendencialmente prosseguir e assegurar tendo em vista a sua transformação e a modificação das próprias estruturas sociais (exemplo de normas programáticas são os artigos 58.º - direito ao trabalho – e 65.º n.º 1 – direito à habitação – que não conferem o direito a exigir do Estado um emprego e uma habitação).

[7] "(...) Dentre os vários possíveis pensamentos da lei, há-de preferir-se aquele mediante o qual a lei exteriorize o sentido mais razoável (...). Mal se precisa de justificar esta proposição; pois é evidente que a vida jurídica mais e melhor se desenvolve ou prospera se as leis tiverem o sentido mais razoável e significativo, e a jurisprudência deve considerar uma alta e capital missão o servir pela razão do Direito a vida do Direito" - Kohler, citado pelo Professor Manuel de Andrade, in Ensaio sobre a Teoria da Interpretação das Leis - páginas 26 e 27.

[8] No parecer do Ministério Público sustenta-se que mesmo o absentismo não justificado constitui uma causa ilícita de discriminação salarial – ver Parecer publicado no B.M.J. 460 – 102.

[9] Que postula que o igual seja tratado igualmente e o desigual desigualmente.