

Tribunal da Relação de Lisboa

Processo nº 7848/20.8T8LSB.L1-4

Relator: ALBERTINA PEREIRA

Sessão: 27 Abril 2022

Número: RL

Votação: UNANIMIDADE

Meio Processual: APELAÇÃO

Decisão: CONFIRMADA A SENTENÇA

PRINCÍPIO DE TRABALHO IGUAL SALÁRIO IGUAL

ENFERMEIROS

CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABALHO

CONTRATO DE TRABALHO EM FUNÇÕES PÚBLICAS

Sumário

I- Para se aferir da violação do princípio da paridade retributiva, não basta a demonstração da identidade da categoria ou do tipo de funções desempenhadas pelos trabalhadores. É preciso que se apurem factos que, no mínimo, nos permitam concluir pela existência de trabalho igual, ou seja, que o trabalho é de igual natureza (dificuldade, penosidade e perigosidade), qualidade (responsabilidade, exigência técnica conhecimento, capacidade, prática e experiência) e quantidade (duração e intensidade).

II - Não se demonstra a violação do aludido princípio, no caso, como o presente, em que os Autores se limitam a arguir disparidade salarial, fazendo menção, em bloco, aos enfermeiros com contrato de trabalho em funções públicas, tendo apenas alegado na sua petição inicial que os valores (diferenciais) em causa por si reclamados, “reportam-se às concretas funções, efetivamente exercidas por todos os enfermeiros, trabalhadores na mesma entidade patronal e na mesma instituição, no período a que aquelas correspondem”, nada mais se tendo apurado.

(Elaborado pela Relatora)

Texto Parcial

Acordam na Secção Social do Tribunal da Relação de Lisboa

1. Relatório

1. 1. AAA, BBB,CCC,DDD, EEE, FFF, GGG, HHH, III, JJJ, KKK, e LLL, intentaram a presente ação declarativa de condenação, emergente de contrato de trabalho, com processo comum, contra XXX pedindo ao tribunal que julgue procedente a ação, reconhecendo a existência de violação pela Ré do princípio da igualdade, nos termos elencados, no que se refere à natureza quantitativa do trabalho realizado pelos Autores comparativamente aos enfermeiros em RCTFP, condenando-se a Ré a pagar a todos os Autores as diferenças salariais verificadas e as horas trabalhadas a mais (5 horas por semana) no período compreendido até julho de 2018.

Regularmente citada a Ré, e após ter sido realizada audiência de partes, sem conciliação, contestou aquela, pugnando pela sua absolvição.

Proferida sentença, nela se finalizou com o seguinte dispositivo:

“Face ao exposto, julgo a ação improcedente e, em consequência, absolvo o Réu dos pedidos”.

1.2. Inconformados com esta decisão dela recorrem os Autores, formulando as seguintes conclusões:

(...)

1.3. A Ré contra-alegou, pugnando pela manutenção da sentença recorrida e não provimento do recurso.

1.4. A Recorrida contra-alegou, com vista ao não provimentos do recurso e manutenção da sentença.

1.5. Foi ordenada vista, tendo a Exma. Senhora Procuradora-Geral Adjunta emitido parecer no sentido da confirmação do decidido.

1.6. Foram colhidos os vistos e realizada a conferência.

Cumpre apreciar e decidir

2. Objeto do recurso

O objeto do recurso é delimitado pelas conclusões das respetivas alegações, sem prejuízo das questões de conhecimento oficioso - artigos 635.º, n.ºs 3 e 4, 639.º, n.º 1, 608.º, n.º 2, do Código de Processo Civil, que não tenham sido apreciadas com trânsito em julgado.

Assim, a *questão* que se coloca à apreciação deste tribunal consiste em aquilatar se ocorre violação do princípio *“de trabalho igual salário igual”*, o que passa por apurar se ocorre discriminação salarial dos Autores - enquanto enfermeiros a prestar trabalho para a Ré mediante contratos individuais de

trabalho -, relativamente aos seus colegas enfermeiros a exercer funções na Ré ao abrigo de contratos de trabalho em funções públicas que auferem retribuição superior, tendo os mesmos Autores direito às correspondentes diferenças salariais.

3. Fundamentação de facto

Encontram-se provados os seguintes factos:

1. O Enfermeiro AAA, ora A., prestou serviço para a XXX., ora R., desde 6 de Agosto de 2006 até 04 de Maio de 2019.
2. O A. cessou funções, naquele XXX, no dia 05 de Maio de 2019.
3. Os ora AA. têm a categoria de Enfermeiros, e na presente data, desempenham funções no XXX., com exceção do A., AAA.
4. Os AA. celebraram com a R., Contrato Individual de Trabalho (CIT), a termo certo, no âmbito do qual se determina 40 horas de trabalho semanal, que ao fim de um ano passou a tempo indeterminado, mantendo-se assim até à presente data.
5. Os contratos de trabalho tiveram o seu com início, respetivamente, nas seguintes datas: - BBB, em 02 de Setembro de 2009; - CCC, em 14 de Março de 2011; - DDD, em 09 de Setembro de 2009; - EEE, em 02 de Novembro de 2006; - FFF, em 21 de Setembro de 2009; - GGG, em 16 de Agosto de 2006; - HHH, em 27 de Março de 2006; - III, em 11 de Maio 2009; - JJJ, em 18 de Junho de 2007; - KKK, em 02 de Junho 2008; - LLL, em 08 de Janeiro de 2007.
5. Os AA. desempenham as funções de Enfermeiro, sob a autoridade e direcção da R.
6. O local de trabalho dos AA. é nas instalações do XXX., na ... em Lisboa.
7. Os AA. em Janeiro de 2013, auferiam, de remuneração base, a quantia de 1.165,79€.
8. Em Outubro de 2015, os AA passaram a auferir, de remuneração base, a quantia de 1.201,48€.
9. Não obstante, a Entidade Patronal, ora R., não alterou os contratos individuais de Trabalho dos trabalhadores, dos AA., das 40 horas semanais para 35 horas semanais.
10. Situação que se manteve até Julho de 2018.
11. Ao longos dos anos, a R. celebrou contratos de trabalho com tipologias diferentes, por exemplo: - C.I.T (contrato individual de trabalho) - 40horas; - C.I.T (contrato individual de trabalho) - 35horas; - C.T.F.P (Contrato de Trabalho em Funções Públicas) - 35 horas.
12. O R. é uma pessoa coletiva de direito público, com natureza de entidade pública empresarial, criada pelo D.L. n.º 27/2009, de 27 de Janeiro e submetida aos estatutos, constantes do Anexo II do D.L. n.º 233/2005, de 29

de Dezembro.

13. Enquanto E.P.E, o R. tem enfermeiros que laboram em regime de contrato individual de trabalho (CIT) e enfermeiros a laborar em regime de contrato de trabalho em funções públicas (RCTFP).

14. Em 01 de Janeiro de 2013 houve lugar a um reposicionamento remuneratório dos enfermeiros que culminou com a colocação dos enfermeiros em RCTFP anteriormente posicionados nos escalões 1 e 2 da categoria de enfermeiro na primeira posição remuneratória da nova categoria, que, correspondendo ao nível 15 da tabela remuneratória única, se traduz numa remuneração de 1.201,48 €.

15. Durante o período de 01/10/2013 a 30/06/2016 todos os Enfermeiros, quer em regime de CTFP, quer em regime de CIT, estiveram a laborar num horário de 40 horas semanais por imperativos legais derivados à conjuntura económica vivida.

16. Em 01/07/2016 todos os enfermeiros em RCTFP passaram a laborar num horário de 35 horas semanais, no entanto, os enfermeiros a laborar em Regime de CIT apenas em 01/07/2018 passaram a laborar a 35 horas semanais.

4. Fundamentação de Direito

Da violação do princípio de trabalho igual salário igual

4.1. Pretendem os Autores, que se encontram vinculados à Ré mediante contrato individual de trabalho, ocorrer violação do princípio de trabalho igual salário igual em virtude dos seus colegas a exercer (idênticas) funções a coberto de contrato de trabalho em funções públicas auferirem retribuição superior.

A sentença recorrida, estribando-se na diferente natureza dos vínculos de uns e de outros trabalhadores, concluiu pela não violação do indicado princípio de trabalho igual salário igual.

Analiseemos

4.2. O princípio da igualdade está consagrado no art.º 13.º da Constituição da República Portuguesa (CRP), constituindo a sua razão de ser a dignidade da pessoa humana.

Aí se estabelece que:

“1. Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei.

2. Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual”.

4.3. Por seu turno, o art.º 59.º do nosso diploma fundamental consagra um

conjunto de direitos fundamentais dos trabalhadores, classificados como direitos económicos, sociais e culturais, assumindo alguns deles natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias. Assim sucede com o direito à retribuição dos trabalhadores previsto no n.º 1, que é por isso diretamente aplicável nas relações entre privados (art.º 18.º, n.º 1, da CRP).

O dito princípio de *“trabalho igual salário igual”* está ancorado no princípio, mais amplo, da igualdade, consignado no art.º 13.º da mesma Constituição e, dada a sua natureza, não obstante a respetiva inserção no Título III, postula não só uma natureza negativa (no sentido de proibição da respetiva violação), como ainda uma aplicabilidade direta em moldes similares aos direitos, liberdades e garantias incluídos nos Títulos I e II da sua Parte I, impondo-se a sua aplicação e vinculatividade às entidades públicas e privadas, como comanda o n.º 1 do art.º 18.º” (Vd. Ac. do STJ de 21-10-2009, proc. 838/05.2TTCBR.C1.S1, www.dgsi.pt).

Determina o referido art.º 59.º, n.º 1, o seguinte:

“1. Todos os trabalhadores, sem distinção de idade, sexo, raça, cidadania, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, 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; (...).”

4.4. A propósito deste normativo referem Gomes Canotilho e Vital Moreira, *in “Constituição da República Portuguesa Anotada”, Vol. I, Coimbra Editora 2007, pág. 770*, que o mesmo “estabelece os princípios fundamentais a que deve obedecer o direito a uma justa retribuição do trabalho: (a) ela deve ser conforme à quantidade de trabalho (i. é, à sua duração e intensidade), à natureza do trabalho (i. é, tendo em conta a sua dificuldade, penosidade ou perigosidade) e à qualidade do trabalho (i. é, de acordo com as exigências em conhecimentos, prática e capacidade); (b) a trabalho igual em quantidade, natureza e qualidade deve corresponder salário igual, proibindo-se, desde logo, as discriminações entre trabalhadores; (c) a retribuição deve garantir uma existência condigna, ou seja, deve assegurar não apenas o mínimo vital; mas, também condições de vida, individuais e familiares, compatíveis com o nível de vida exigível em cada etapa do desenvolvimento económico e social (...).” Realçam ainda os referidos autores que “a igualdade de retribuição como determinante constitucional positiva (e não apenas como princípio negativo de proibição de discriminação) impõe a existência de critérios objetivos para a descrição de tarefas e avaliação de funções necessárias à caracterização de trabalho igual (trabalho prestado à mesma entidade quando são iguais ou de natureza objetivamente igual as tarefas desempenhadas) e trabalho de valor igual (trabalho com diversidade de natureza das tarefas, mas

equivalentes de acordo com os critérios objetivos fixados)”.

4.5. Segundo Monteiro Fernandes, in “*Direito do Trabalho*”, Almedina, 16.^a Edição, pág. 387, consagra-se no referido dispositivo constitucional, para além do princípio da suficiência da retribuição, o da “*equidade*” da retribuição, por via do qual não pode por nenhuma das vias possíveis (contrato individual, convenção coletiva, regulamentação administrativa, legislação ordinária), 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”. Idêntica remuneração deve corresponder a dois trabalhadores que na mesma organização, ocupem postos de trabalho iguais, isto é, desempenhem tarefas qualitativamente coincidentes em idêntica quantidade (duração). Realça, contudo, o mesmo autor, que identidade ou semelhança de funções não é necessariamente trabalho igual, visto a prestação concreta de cada trabalhador poder ser diferente: um rende mais do que o outro, realiza as tarefas com mais perfeição ou com mais autonomia, etc. Mais referindo que o dito princípio traduz uma diretriz imediatamente operatória, não apenas enquanto critério de validade da regulamentação legal, mas, sobretudo, como critério de licitude da prática contratual concreta. A identidade ou semelhança de funções, não traduz, pois, necessariamente, “*trabalho igual*”. Mesmo considerando dois postos de trabalho absolutamente idênticos, a prestação de atividade em cada um deles pode ser diferente: um dos trabalhadores é mais pontual do que o outro, dá mais rendimento ou realiza com maior perfeição técnica ou autonomia as suas tarefas. Por ser assim, têm sido assinalados os contornos em que o dito princípio deve ser interpretado.

4.6. João Leal Amado, in “*Contrato de Trabalho*”, Coimbra Editora, 2009, págs. 307 - 308, aduz que em “termos gerais, parece adquirida a afirmação de que com tal princípio não se visa alcançar um qualquer igualitarismo extremo. O que este princípio proíbe não é a diferenciação salarial, mas sim a discriminação salarial, ou seja, a diferenciação injustificada, baseada, p. ex., em fatores como o sexo, a raça, a nacionalidade, a religião, as convicções políticas, etc. Já constituem fundamento bastante para a diferenciação e títulos legitimadores da mesma os fatores ligados à distinta quantidade (duração ou intensidade, p. ex.), natureza (dificuldade ou penosidade, p. ex.) e qualidade (mérito ou produtividade, p. ex.) do trabalho prestado. Há, pois, diferenças admissíveis e diferenças inadmissíveis, traduzindo-se o princípio da igualdade de tratamento na exigência de um fundamento material para a diferenciação salarial. O que aqui se proíbe, repete-se, são desde logo as práticas discriminatórias, são as distinções desprovidas de uma justificação razoável e aceitável (bem como, acrescente-se, o tratamento indiferenciado de

situações objetivamente desiguais). Sublinhe-se, no entanto, que o princípio da igualdade retributiva não compreende apenas um conteúdo negativo (a proibição de discriminações) mas comporta também uma vertente positiva, reclamando a igualdade substantiva de tratamento dos trabalhadores que prestam o mesmo tipo de trabalho (trabalho igual ou de valor igual), aferido este pelos critérios da quantidade, natureza e qualidade, critérios objetivos e sufragados pela CRP. Proibição do arbítrio, proibição de discriminação e obrigação de diferenciação, eis, na lição de Gomes Canotilho e Vital Moreira, as principais dimensões do princípio constitucional da igualdade.”

4.7. Maria do Rosário Ramalho, in “*Tratado de Direito do Trabalho*”, II Volume, Almedina, pág. 643, refere que o princípio da igualdade, na sua dimensão remuneratória, «não impede diferenças remuneratórias entre trabalhadores, mas apenas um tratamento remuneratório discriminatório. Por outras palavras, apenas estão aqui contempladas as situações em que, perante um trabalho igual ou de valor igual, a retribuição seja diferente, sem uma causa de justificação objetiva”

4.8. Vera Lúcia Raposo, in “*Os limites da igualdade: um enigma por desvendar*”, in *Questões Laborais*”, Coimbra Editora, pág. 43, sustenta que “enquanto a igualdade formal interdita qualquer tipo de particularização e aplica a lei sem olhar aos seus destinatários, a igualdade material preocupa-se com a característica própria dos sujeitos a que se destina, prescrevendo muitas vezes regimes especificamente adequados a tais sujeitos”. Quando se trata de forma igual situações que em si mesmas são distintas a igualdade metamorfoseia-se em discriminação, emergindo a violação da igualdade de “um regime igualitarista, que não introduziu diferenciações quando elas eram legítimas”. Ligado ao princípio da igualdade material, na sua vertente negativa, encontra-se o *princípio de não discriminação*. O conceito de discriminação, exprime, de um modo geral, “o tratamento negativo, conferido a certas pessoas, em virtude de qualidade que aos olhos da sociedade (e por vezes do direito) as tornam inferiores às restantes”. Adverte a referida autora, contudo, que enquanto o princípio da igualdade se funda na proibição de discriminações arbitrárias, o princípio da não discriminação reside na dignidade da pessoa humana, cuja exigência primordial se traduz no tratamento igual de todos os seres humanos, independentemente das qualidades que os marcam. Para além disso, o princípio da não discriminação proíbe discriminações, mas não diferenciações, desde que estas se fundem em motivos razoáveis, legítimos e justos.

4. 9. Por conseguinte, não se deve confundir igualdade com *igualitarismo*, sob pena de se cair em *discriminação*, ao tratar-se por igual situações distintas. O princípio da igualdade reclama que se trate igual o que é essencialmente

igual e desigual o que é essencialmente diferente.

Nessa linha, “o que o princípio da não discriminação proíbe são as discriminações, as distinções sem fundamento material (*unfair discriminations*), desde logo, as que assentam em meras categorias subjetivas ou as que não respeitam os princípios da segurança jurídica, da proporcionalidade, da justiça e da solidariedade. (...)” “Na perspetiva da proibição do arbítrio, o princípio da igualdade identifica-se com a proibição de medidas manifestamente desproporcionadas ou inadequadas, por um lado, à ordem constitucional de valores e, por outro, à situação fáctica que se pretende regulamentar ou ao problema que se deseja decidir”. (Vd. Catarina Santos Botelho, “*Algumas Reflexões sobre o Princípio da Paridade Retributiva*”, in *Estudos Dedicados ao Professor Mário Fernandes Campos Pinto, Liberdade e Compromisso*”, Vol. II, Universidade Católica, págs. 100 e 101).

Destarte, a identidade de funções não significa a existência de trabalho igual, impondo-se apurar se existe também identidade ou equivalência em termos de quantidade e qualidade do trabalho realizado. Podendo o empregador, praticar diferenciação salarial com base, nomeadamente, nas habilitações, na diferença de estatuto jurídico-laboral, experiência, mérito, rendimento do trabalho e na antiguidade da empresa. (Vd. Catarina Santos Botelho *Ob. Cit.* pág. 104).

4.10. Rui Medeiros, por seu turno, in “*O Direito Fundamental À Retribuição, Em Especial o Princípio de a Trabalho Igual Salário Igual*”, UCE, 2016, pág. 63, 65 e 70, salienta, que da conjugação entre o art.º 59.º, n.º 1 e o art.º 13.º, da CRP, emergem duas das vertentes do princípio da igualdade: os imperativos da *não discriminação* e da *igualdade retributiva*. Com a proibição da não discriminação, em geral, proíbe-se o estabelecimento de diferenças entre pessoas com fundamento, não num juízo, mas num pré-juízo sobre aquilo que as distingue e sobre as características que formam a sua identidade. O princípio de trabalho igual, salário igual assenta em *princípios de justiça*. De verdadeira equidade, concreta e não abstrata ou formal “(...) a justiça exige que quando o trabalho for igual em quantidade, natureza e qualidade, seja igual a remuneração”.

Nesta linha, a Constituição não proíbe que na determinação da retribuição se atenda a outros fatores, impondo-se ao empregador apresentar *justificação* da razão da diferenciação retributiva entre trabalhadores que prestam trabalho igual. Incumbindo ao mesmo demonstrar que a diferença de retribuição entre trabalhadores que *prima facie* prestam trabalho igual, segundo quantidade, natureza e qualidade, não se funda em critérios suspeitos, mas sim em razões atendíveis. (Itálicos nossos).

4.11. O Tribunal Constitucional tem sido chamado a pronunciar-se em inúmeros arestos sobre o princípio da igualdade, pondo em destaque as *dimensões* em que o mesmo deve ser encarado. São elas as seguintes: “a proibição do arbítrio, a proibição de discriminação e a obrigação de diferenciação, significando a primeira, a imposição da igualdade de tratamento para situações iguais e a interdição de tratamento igual para situações manifestamente desiguais (tratar igual o que é igual; tratar diferentemente o que é diferente); a segunda, a ilegitimidade de qualquer diferenciação de tratamento baseada em critérios subjetivos (v.g., ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica ou condição social) e, a última surge como forma de compensar as desigualdades de oportunidades” (Vd. Ac. 94/2014). Tem-se também pronunciado sobre o princípio da igualdade na vertente da igualdade da remuneração laboral, como sucede nos Acórdãos 339/2017, para trabalho igual, salário igual “[...] apenas se censura a diferenciação retributiva sem fundamento material razoável, que não se confina, neste domínio, à diferente quantidade, natureza e qualidade do trabalho” (Ac. 393/2017) – “ (...) o que se proíbe são as discriminações, as distinções sem fundamento material, designadamente porque assentes em meras categorias subjetivas. Se as diferenças de remuneração assentaram em critérios objetivos, então elas são materialmente fundadas, e não discriminatórias” (Acórdão 313/89). Acórdãos estes também citados no Acórdão 131/2018, do mesmo Tribunal.

4.12. O Código do Trabalho atual, em linha com o que já sucedia no Código de Trabalho de 2003, dedica a Subsecção III à igualdade e não discriminação e a Divisão I aos respetivos conceitos gerais de igualdade e não discriminação.

Para o que ora releva, prescreve o seu art.º 23.º, n.º 1, que se considera:

Discriminação direta, sempre que, em razão de um fator de discriminação, uma pessoa seja sujeita a tratamento menos favorável do que aquele que é, tenha sido ou venha a ser dado a outra pessoa em situação comparável;

Discriminação indireta, “sempre que uma disposição, critério ou prática aparentemente neutro seja suscetível de colocar uma pessoa, por motivo de um fator de discriminação, numa posição de desvantagem comparativamente com outras, a não ser que essa disposição, critério ou prática seja objetivamente justificado por um fim legítimo e que os meios para o alcançar sejam adequados e necessários”;

Trabalho igual, “aquele em que as funções desempenhadas ao serviço do mesmo empregador são iguais ou objetivamente semelhantes em natureza, quantidade e qualidade; Trabalho de valor igual, aquele em que as funções desempenhadas ao serviço do mesmo empregador são equivalentes,

atendendo nomeadamente à qualificação ou experiência exigida, às responsabilidades atribuídas, ao esforço físico e psíquico e às condições em que o trabalho é prestado (alíneas a), b), c) e d)).

A proibição da discriminação dos trabalhadores em matéria de retribuição resulta dos artigos 24.º e 25.º onde se estabelece:

“Art.º 24.º

Direito à igualdade no acesso a emprego e no trabalho

1 - O trabalhador ou candidato a emprego tem direito a igualdade de oportunidades e de tratamento no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e promoção ou carreira profissionais e às condições de trabalho, não podendo ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão, nomeadamente, de ascendência, idade, sexo, orientação sexual, identidade de género, estado civil, situação familiar, situação económica, instrução, origem ou condição social, património genético, capacidade de trabalho reduzida, deficiência, doença crónica, nacionalidade, origem étnica ou raça, território de origem, língua, religião, convicções políticas ou ideológicas e filiação sindical, devendo o Estado promover a igualdade de acesso a tais direitos.

2 - O direito referido no número anterior respeita, designadamente:

a) (...);

b) (...);

c) A retribuição e outras prestações patrimoniais, promoção a todos os níveis hierárquicos e critérios para seleção de trabalhadores a despedir;

d) (...).

3 - (...).

4 - (...).

5 - (...).»

«Artigo 25.º

Proibição de discriminação

1 - O empregador não pode praticar qualquer discriminação, direta ou indireta, em razão nomeadamente dos fatores referidos no n.º 1 do artigo anterior.

2 - Não constitui discriminação o comportamento baseado em fator de discriminação que constitua um requisito justificável e determinante para o exercício da atividade profissional, em virtude da natureza da atividade em causa ou do contexto da sua execução, devendo o objetivo ser legítimo e o requisito proporcional.

3 - São nomeadamente permitidas diferenças de tratamento baseadas na idade que sejam necessárias e apropriadas à realização de um objetivo legítimo, designadamente de política de emprego, mercado de trabalho ou formação

profissional.

4 - As disposições legais ou de instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho que justifiquem os comportamentos referidos no número anterior devem ser avaliadas periodicamente e revistas se deixarem de se justificar.

5 - Cabe a quem alega discriminação indicar o trabalhador ou trabalhadores em relação a quem se considera discriminado, incumbindo ao empregador provar que a diferença de tratamento não assenta em qualquer fator de discriminação.

6 - O disposto no número anterior é designadamente aplicável em caso de invocação de qualquer prática discriminatória no acesso ao trabalho ou à formação profissional ou nas condições de trabalho, nomeadamente por motivo de dispensa para consulta pré-natal, proteção da segurança e saúde de trabalhadora grávida, puérpera ou lactante, licenças por parentalidade ou faltas para assistência a menores.

7 - É inválido o ato de retaliação que prejudique o trabalhador em consequência de rejeição ou submissão a ato discriminatório.

8 - Constitui contraordenação muito grave a violação do disposto nos n.ºs 1 ou 7.»

O art.º 270.º do mesmo compêndio normativo prescreve o seguinte:

“Na determinação do valor da retribuição deve ter-se em conta a quantidade, natureza e qualidade do trabalho, observando-se o princípio de que, para trabalho igual ou de valor igual, salário igual”.

4.13. Relativamente à matéria da não discriminação, em anotação aos correspondentes normativos do Código de Trabalho de 2003, refere Guilherme Dray, in *“Código do Trabalho Anotado”*, Coordenação de Pedro Romano Martinez, Almedina, 2005, pág. 118, que (...) “está em causa, no presente preceito (atual art.º 24.º), “a afirmação pela positiva do princípio da igualdade na relação de trabalho e a proclamação quer de um ideal de igualdade formal, assente na asserção, clássica, segundo a qual “todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei” (cfr. artigo 13.º da CRP), quer da igualdade em sentido material, emergente do Estado Social de Direito e conducente ao conceito de igualdade de oportunidades, enquanto de igualdade real.” O “elenco de fatores de discriminação (...) não é taxativo, mas sim exemplificativo, circunstância que decorre expressamente da utilização do vocábulo «nomeadamente»” e “[o] que está em causa, na proscrição da discriminação, não é a diferenciação em si mesma, mas sim a irrazoabilidade da sua motivação e a ausência de motivos que a justifiquem” (*Ob. Cit.* pág. 121).

4.14. A matéria de desigualdade salarial tem sido abordada pelos nossos tribunais em diversas ocasiões. Tem-se considerado, nomeadamente, que o

princípio de trabalho igual salário igual não decorre da existência de idêntica categoria profissional, similitude de funções ou recebimento de igual salário. Para além da paridade formal das funções exercidas ao abrigo de certa categoria profissional deve, existir também identidade ou equivalência no plano da quantidade ou qualidade do trabalho produzido. O princípio do trabalho igual salário igual não decorre da circunstância de trabalhadores de determinada categoria e na mesma empresa receberem igual salário. (Vd., entre outros, os Acórdãos do STJ de 02-01-1993, proc. 00341, de 22-09-1993, CJ/STJ, 3.º Vol. pág. 269, de 23-01-2001, proc. 003401, in www.dgsi.pt., de 06-02-2002, proc. 1441/2001, in www.stj.pt/Sumários/Acordãos/Secção Social, de 07-05-2003, *Revista* 4396/4.ª Secção, de 24-09-2003, proc. 03S1193, de 02-11-2005, proc. 05S1589 e de 13-09-2006, proc. 06S575, bem como os Acórdãos do TRL de 02-06-2004, proc. 1435/2004, disponíveis em www.dgsi.pt).

4.15. Em tais circunstâncias entende-se que o ónus da prova recai sobre o trabalhador. É necessário provar que a diferenciação é injustificada em virtude do trabalho do trabalhador que alega discriminação salarial ser igual ao dos restantes em termos de natureza, quantidade e qualidade. Isto é, cabe ao trabalhador alegar e provar que o trabalho é desempenhado em condições de igualdade - *Cfr.* Acórdão do STJ de 25-06-2008, *AD*, 563, pág. 2179. No mesmo sentido, os Acórdãos do TRL de 02-06-2004, proc. 1435/2004, de 22-09-2004, proc. 1431/2004-4, e do TRC 23-10-2008, proc. 469/06.0TTCBR.C1, in www.dgsi.pt).

4.16. A propósito desta matéria e da excessiva onerosidade probatória que recai sobre o trabalhador sustenta Júlio Gomes, in *“Direito do Trabalho”*, Vol. I, Coimbra Editora, pág. 790, que *“o trabalhador apenas teria de alegar e provar que exerce as mesmas funções que outro trabalhador da mesma empresa e recebe inferior salário, cabendo ao empregador justificar e explicar a diferença”*. No mesmo sentido propugna Catarina Santos Botelho, *Ob. Cit.* pág. 102.

4.17. Aduzem também alguns autores, que em caso de prova difícil, como sucede nomeadamente nas situações em que é invocada discriminação, a fim de se garantir a tutela judicial efetiva e a justa resolução dos litígios, se deve operar a *“atenuação do grau de prova exigível ao onerado para que determinado facto seja dado como provado”* (Vd. Elizabete Fernandez, in *“A Prova difícil ou impossível: a tutela judicial efetiva no dilema entre a previsibilidade e a proporcionalidade”*, *“Estudos em Homenagem do Professor Doutor José Lebre de Freitas”*, 2013, pág. 811-834. E também Amanda Silva, *“Princípio do Dispositivo versus Princípio do Inquisitório: Quem deve produzir as provas?”*, Universidade do Minho, Escola de Direito, abril, 2019).

4.18. No Acórdão do STJ de 01-06-2017, acima referido, a propósito do princípio da igualdade e das dificuldades de prova que, no presente domínio, recaem sobre o trabalhador fez-se constar o entendimento de Júlio Gomes e as prerrogativas processais ao dispor das partes e do tribunal para as ultrapassar. Aí se referiu o seguinte:

“(...) As várias dimensões do princípio da igualdade têm reflexos no plano das relações laborais, impondo especiais exigências na vertente do tratamento retributivo, sendo certo, como afirma o Professor Júlio Manuel Vieira Gomes [2], que do “ponto de vista concetual ou teórico, é fácil compreender por que é que a igualdade de tratamento teve, e tem, tantas dificuldades em afirmar-se”, desenvolvendo a ideia com a invocação do princípio da autonomia privada na sua faceta de autonomia negocial, subjacente ao contrato de trabalho, embora limitada pela tutela de interesses coletivos e até de interesses públicos. O referido Professor acrescenta ainda que uma “outra dificuldade para o funcionamento do princípio da igualdade de tratamento reside na própria ótica do contrato individual de trabalho; com efeito, a igualdade de tratamento implica, necessariamente, uma comparação dirigida para o exterior daquele vínculo contratual, uma comparação com a situação de outros trabalhadores do mesmo empregador. Se a realidade das relações de trabalho for decomposta numa pluralidade de átomos e cada contrato de trabalho for encarado como um contrato isolado de intercâmbio, a comparação parecerá impossível já que para cada trabalhador o contrato entre o seu empregador e um outro trabalhador é res inter alios acta”.

Em reforço da sua argumentação cita Lucia Silvagna [3] que observa que “a incomunicabilidade entre estes contratos tornaria injustificável a interação entre várias situações retributivas singulares”.

Ainda o mesmo Professor alerta para uma vulgar e corrente subestimação dos perigos inerentes ao princípio da igualdade de tratamento, frisando que “não se pretende com o princípio da igualdade de tratamento retributiva eliminar todas e quaisquer diferenças de retribuição entre trabalhadores que desempenham as mesmas funções na mesma empresa, mas apenas eliminar diferenças ilegítimas e desrazoáveis. A própria Constituição permite que se atenda à qualidade, à quantidade e à natureza do trabalho realizado.

(...)

(...) competia ao A. alegar e provar os factos referentes à natureza, qualidade e quantidade do trabalho que desempenhava, bem como indicar outro ou outros trabalhadores da mesma empresa e com a mesma categoria, que executassem trabalho da mesma natureza e em qualidade e quantidade igual, de forma que se pudesse concluir que o pagamento de diferentes retribuições não apresentava justificação razoável.

Quanto a esta questão do ónus da prova estamos cientes das reservas manifestadas pelo Professor Júlio Manuel Vieira Gomes^[4] quando afirma que “prova praticamente impossível é a que se exige quando se considera que cabe ao trabalhador provar que o seu trabalho tem a mesma quantidade, qualidade e natureza do trabalho prestado por outro colega trabalhador subordinado do mesmo empregador”, posição sustentada no facto de o trabalhador não dispor de informações a respeito da qualidade do trabalho dos outros colegas, bem como de toda a comparação pressupor critérios, que são fixados pelo empregador, e caso não haja transparência quanto aos mesmos a prova torna-se difícil ou até impossível.

Creemos que as apontadas dificuldades não deixam de ter fundamento, e que a solução proposta pelo Autor citado, no sentido de que se devia reconhecer que o trabalhador apenas teria de alegar e provar que exerce as mesmas funções que outro trabalhador da mesma empresa e recebe retribuição inferior, cabendo ao empregador justificar e explicar a diferença, é mais consentânea com o fim económico e social que cabe às empresas, numa sociedade cada vez mais exigente na vertente da transparência e da justiça social.

De qualquer forma, estamos convictos que a solução legal não leva necessariamente a uma impossibilidade de prova, e se assim fosse estaríamos perante um absurdo, pois, em nosso entender, existem mecanismos, ao nível processual, que podem desbloquear as situações mais adversas, que passam por uma boa gestão dos princípios da cooperação e do inquisitório, consagrados nos artigos 7.º e 411.º do Código de Processo Civil”. (Itálicos e sublinhados nossos).

4.19. Importa ainda referir que quando seja invocada discriminação salarial baseada em algum dos fatores de discriminação elencados no citado art.º 24.º, n.º 1, do Código do Trabalho, cabe ao trabalhador alegar e provar, além dos factos reveladores da diferença de tratamento, também os factos que integram, pelo menos, um daqueles fatores característicos de discriminação - e que são os supra elencados (bem como “as situações e opções do trabalhador de todo alheias ao normal desenvolvimento da relação laboral, que atentem diretamente ou indiretamente contra o princípio da igual dignidade socio-laboral, que inspira o elenco dos fatores característicos da discriminação exemplificativamente consignados na lei”. Cfr. Acórdão do STJ de 14-12-2016, proc. 4521/13.7TTLSB.L1.S1. E o Acórdão do STJ de 20-06-2018, proc. 31947/15.9T8LSB.L1, in www.dgsi.pt, onde se apreciou um caso de discriminação baseado em fator atípico).

4.20. A esse respeito, tem vindo a ser entendido, não competir ao trabalhador alegar e demonstrar factos referentes à natureza, qualidade e quantidade do trabalho em comparação, já que provados os factos que traduzam o invocado

fundamento de discriminação, intervém a presunção contida no n.º 5, do art.º 25.º do Código do Trabalho, no sentido de que a diferenciação salarial se deve a esse fundamento, invertendo-se, apenas quanto ao nexu causal o ónus da prova. Incumbindo ao empregador provar que a diferença de tratamento não assenta em qualquer fator de discriminação (*Cfr.* Acórdãos do STJ de 22-04-2009, proc. 80P3040, de 21-10-2009, proc. 838/05.2TTCBR.C1.S1, de 14-12-2016, proc. 4521/13.7TLSB.L1 e de 01-06-2017, proc. 816/14.0T8LSB.L1.S1, todos disponíveis em www.dgsi.pt).

4.21. A Ré, é uma pessoa coletiva de direito público, com a natureza de entidade pública empresarial, criada pelo DL 27/2009, de 27-01 e sujeita aos Estatutos constantes do Anexo II do DL 233/2005, de 29-12, bem como ao regime de gestão hospitalar aprovado pela Lei 27/2012, de 08-11. Sucede que a Lei n.º 12-A/2008, de 27-02, (entretanto revogada pela Lei n.º 35/2014, de 20-06) instituiu novos regimes de vinculação, de carreiras e de remunerações dos trabalhadores que exercem funções públicas, prevendo a revisão dos regimes dos corpos ou carreiras especiais.

4.22. Na sequência da reforma operada na Administração pública, a carreira de enfermagem veio a ser regulada por dois diplomas. Referimo-nos ao DL 247/2009, de 22-09, referente aos enfermeiros, com contrato individual de trabalho e ao DL 248/2009, igualmente de 22-09, aplicável aos enfermeiros com contrato de trabalho em funções públicas.

4.22. Analisando os relatórios preambulares e os respetivos conteúdos normativos desses diplomas, deles se retiram as razões que presidiram à sua publicação e a manifesta similitude de ambos os regimes legais.

Assim, como se consignou no preâmbulo do DL 247/2009:

«Iniciado, em 2002, um processo de reforma da gestão hospitalar mediante o aprofundamento das formas de natureza empresarial e de gestão de recursos humanos, com a alteração da natureza jurídica dos hospitais para sociedades anónimas de capitais exclusivamente públicos, determinou-se, posteriormente, em finais de 2005, a transformação das referidas unidades de saúde em entidades públicas empresariais.

No que concerne aos recursos humanos, tem-se revelado como linha condutora dos regimes do sector empresarial do Estado, sucessivamente aprovados, em 1999 e 2007, fazer aplicar, aos respetivos trabalhadores, o Código do Trabalho, enquanto sede legal do respetivo estatuto de pessoal. Na presente legislatura, iniciou -se a reforma da Administração Pública. Em conformidade, a Lei n.º 12 -A/2008, de 27 de fevereiro, veio estabelecer novos regimes de vinculação, de carreiras e de remunerações dos trabalhadores que exercem funções públicas, prevendo, em particular, a revisão dos regimes dos corpos ou carreiras especiais. No âmbito da reformulação do regime de

carreiras da Administração Pública, criou-se um patamar de referência para as carreiras dos profissionais de saúde a exercer em entidades públicas empresariais no âmbito do Serviço Nacional de Saúde (SNS), pelo que adquire, neste contexto, particular importância a intenção de se replicar o modelo no sector empresarial do Estado.

Efetivamente, a padronização e a identidade de critérios de organização e valorização de recursos humanos contribuem para a circularidade do sistema e sustentam o reconhecimento mútuo da qualificação, independentemente do local de trabalho e da natureza jurídica da relação de emprego.

Para alcançar este desiderato, torna -se imperativo alterar, em conformidade, o regime de pessoal das entidades públicas empresariais no domínio do SNS para todos os profissionais de saúde. Cumpre, a este propósito, referir que a presente alteração não condiciona a aplicação do Código do Trabalho nem a liberdade de negociação reconhecida às partes no âmbito da contratação coletiva. Em síntese, através do presente decreto-lei, o Governo pretende garantir que os enfermeiros das instituições de saúde no âmbito do SNS possam dispor de um percurso comum de progressão profissional e de diferenciação técnico-científica, o que possibilita também a mobilidade inter institucional, com harmonização de direitos e deveres, sem subverter a autonomia de gestão do sector empresarial do Estado».

Consta por seu turno, do DL 248/2009, de 22 de setembro o seguinte:

«Na presente legislatura, encetou-se a reforma da Administração Pública. Em conformidade, a Lei n.º 12-A/2008, de 27 de fevereiro, veio estabelecer novos regimes de vinculação, de carreiras e de remunerações dos trabalhadores que exercem funções públicas, prevendo, em particular, a revisão dos regimes dos corpos ou carreiras especiais. Neste contexto, a natureza da prestação de cuidados de enfermagem, pela sua especificidade, conteúdo funcional e independência técnica, não permite a sua absorção em carreira geral e impõe a criação de uma carreira especial.

Deste modo, nos termos do artigo 101.º da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de fevereiro, dado o estabelecido no artigo 41.º da mesma lei, o presente decreto-lei revoga o Decreto-Lei n.º 437/91, de 8 de novembro, e define o regime legal da carreira de enfermagem, enquanto carreira especial da Administração Pública.

A carreira especial de enfermagem, implementando um modelo de referência em todo o SNS, independentemente da natureza jurídica dos estabelecimentos e serviços, pretende refletir um modelo de organização de recursos humanos essencial à qualidade da prestação e à segurança dos procedimentos.

Efetivamente, no âmbito do conjunto de medidas para o desenvolvimento do ensino na área da saúde, aprovado através da Resolução do Conselho de

Ministros n.º 140/98, de 4 de dezembro, constituiu um marco relevante para a dignidade e valorização da profissão de enfermeiro, a reorganização, que tem vindo a ser feita na última década, da rede de escolas e do modelo de formação geral dos enfermeiros, através de licenciatura e pós-graduação. Este processo, instituído pelo Decreto-Lei n.º 353/99, de 3 de setembro, possibilitou ainda, aos que frequentavam o curso de bacharelato, bem como aos bacharéis em enfermagem, o acesso ao grau de licenciatura, mediante o preenchimento de determinadas condições.

O presente decreto-lei vem agora instituir uma carreira especial de enfermagem na Administração Pública, integrando as atuais cinco categorias em duas, remetendo para deveres funcionais comuns a todos os trabalhadores em funções públicas, bem como para o conteúdo funcional da prestação de cuidados de saúde.

Estabelecem-se duas categorias, enfermeiro e enfermeiro principal, as quais refletem uma diferenciação de conteúdos funcionais, ao mesmo tempo que se fixam as regras de transição para as novas categorias».

4.23. Com base no que fica exposto, pese embora os enfermeiros com contrato de trabalho em funções públicas, sejam integrados naquilo que o legislador apelida de *carreira especial*, o essencial dessa carreira e do que integra a sua *estrutura*, constitui uma réplica do que se encontra previsto para a carreira dos enfermeiros com contrato individual de trabalho. Assim resulta, com efeito, do que se dispõe, em ambos diplomas, nos artigos 3.º (natureza do nível habilitacional), 4.º (qualificação de enfermagem), 5.º (utilização do título), 6.º (áreas de exercício profissional), 7.º (categorias), 8.º (deveres funcionais), 9.º (conteúdo funcional da categoria de enfermeiro), 10.º (conteúdo funcional da categoria de enfermeiro principal), sendo também idêntica a redação do art.º 11.º (Condições de Admissão) do DL 247/2009 e do art.º 14.º do DL 248/2009, o mesmo sucedendo com a redação do art.º 14.º (Reconhecimento de títulos e categorias) do DL 247/2009 e do art.º 16.º do DL 248/2009.

4.24. Nos dois regimes, apenas não existe paralelismo no que se refere à matéria da remuneração que, segundo o DL 247/2009, é fixada em “instrumento de regulamentação coletiva de trabalho” (art.º 13.º) e no DL 248/2009, em “diploma próprio”, o DL 122/2010, de 11-11 (art.º 14.º), para além do período normal de trabalho ser de 35 horas semanais para os enfermeiros integrados na carreira especial de enfermagem (art.º 17.º do DL 248/2009), e de 40 horas semanais para os enfermeiros com contrato individual de trabalho (art.º 203.º n.º 1, do Código do Trabalho). Isto sem prejuízo do previsto na Lei 35/2014, de 20 de junho (Lei do Contrato de Trabalho em Funções Públicas), nomeadamente no que concerne a férias (art.º 126.º) e faltas (art.º 133.º a 135.º) para os trabalhadores da administração

pública - e que não altera o conteúdo funcional das categorias de enfermeiros em questão. Sendo certo, para além do mais, que é a própria Lei 35/2014, a determinar a aplicação do Código de Trabalho ao vínculo de emprego público, num conjunto alargado de matérias (art.º 4.º), também daqui resultando a similitude e *circularidade* de regimes.

4.25. Nesse contexto legal, para a economia da presente decisão, entre uns e outros trabalhadores, pese embora se verifique diferente natureza jurídica (formal) dos vínculos em questão, não existe diversidade de conteúdos funcionais.

4.26. Não se ignora, porém, que diferentes estatutos ou enquadramentos jurídicos têm estado na origem de diferenciação salarial. Nesse âmbito, já se sustentou-se, nomeadamente, que *“não cabe aos tribunais sindicar os critérios e a amplitude da diferenciação levada a cabo pela entidade empregadora”*, ponto é que não assentem *“em critérios meramente subjetivos”* (Vd. Acórdão do STJ de 21-04-2004, proc. 04S3426). E que as diferenças retributivas podem legitimar-se pelo princípio da filiação. *“Contudo, como decorre do apelo à paridade de circunstâncias, mister é que a razão da diferenciação resida, tão só no facto de o trabalhador não beneficiado pelos aumentos em condições idênticas às desfrutadas por outros não ser associado da organização sindical ou das organizações sindicais que outorgaram o acordo de empresa ou não ser sindicalizado”* (Cfr. Acórdão do STJ d 21-10-2009, proc.

838/05.2TTCBR.C1.S1). (Ambos os arestos disponíveis in www.dgsi.pt).

4.27. Ao invés, nos Acórdãos desta Relação de 17-05-2017, proc.

10032/16.1T8LSB.L1 e de 22-11-2017, proc. 11509/16.4TTLSB.L1, disponíveis em www.dgsi.pt, considerou-se que a disparidade retributiva decorrente tão só da diversidade de regimes legais aplicáveis, não obstante a reconhecida igualdade quanto à natureza, quantidade e qualidade do trabalho, implicava a aplicação direta do princípio de trabalho igual salário igual.

4.28. No Acórdão do Tribunal Constitucional 131/2018 (também invocado na sentença recorrida), considerou-se na esteira do Acórdão 828/2017, do mesmo tribunal, não ocorrer violação do princípio da igualdade no referente à remuneração laboral, consagrado no artigo 59.º, n.º 1, alínea a), da CRP e decidiu-se *“a não julgar inconstitucional a norma contida nos artigos 1.º, 2.º, 4.º e 5.º do Decreto-Lei n.º 122/2010, de 11 de novembro, na interpretação segundo a qual o regime remuneratório contido neste diploma se aplica subjetivamente apenas aos enfermeiros com contrato de trabalho em funções públicas, excluindo os enfermeiros com contrato individual de trabalho;”*. Deve, contudo, assinalar-se, conforme se salientou nesse mesmo Acórdão 131/2018, que *“não se estabeleceu no processo, por falta de elementos de facto bastantes, uma comparação entre os Autores e outros concretos*

enfermeiros. Resulta dos autos que a Ré emprega enfermeiros em regime de contrato de trabalho em funções públicas, mas não se estes prestam trabalho com a mesma natureza, qualidade e quantidade do que o trabalho dos Autores”.

4.29. No caso em apreço, já vimos, apenas se demonstra existir diferente natureza jurídica (formal) do vínculo jurídico que une os Autores à Ré por contraposição ao que se passa com os seus colegas com contrato de trabalho em funções públicas.

Sucede que, consoante se afirmou, para se aferir da violação do princípio da paridade retributiva, não basta a demonstração da identidade de categoria ou do tipo de funções desempenhadas. É preciso que se apurem factos que, no mínimo, nos permitam afirmar a existência de trabalho igual em termos de duração, quantidade e qualidade, com os contornos acima assinalados.

Ora, os Autores nada alegaram ou demonstraram nesse sentido. Limitaram-se a arguir a disparidade salarial, fazendo menção em *bloco*, aos enfermeiros com contrato de trabalho em funções públicas, tendo apenas alegado na sua petição inicial que os valores (diferenciais) em causa por si reclamados, “*reportam-se às concretas funções, efetivamente exercidas por todos os enfermeiros, trabalhadores na mesma entidade patronal e na mesma instituição, no período a que aquelas correspondem*” (art.º 37.º). O que não nos permite concluir, com o mínimo de segurança, pela violação do apontado princípio da paridade retributiva. Sendo, por isso, a presente situação diferente dos casos em que (atendendo ao decidido nos aludidos Acórdãos desta Relação de 17-05-2017, proc. 10032/16.1T8LSB.L1, e de 22-11-2017, proc. 11509/16.4.T8LSB-4), se considerou existir factualidade tradutora da violação do princípio de trabalho igual salário igual.

4.30. Acresce que *in casu*, não se fez uso dos supra aludidos princípios da cooperação e do inquisitório, no sentido de apurar essa matéria, sendo certo que as partes na audiência final acordaram na matéria de facto e prescindiram da prova testemunhal e por declaração de partes que haviam apresentado, como resulta da respetiva ata (fls. 243).

O que nos leva a concluir pela improcedência da presente questão.

5. Decisão

Em face do exposto, nega-se provimento ao recurso e, embora sem identidade de fundamentos, confirma-se a decisão recorrida.

Custas pela Ré.

Lisboa, 2022-04-27

Albertina Pereira

Leopoldo Soares
Alves Duarte