

Tribunal da Relação de Lisboa
Processo nº 10032/16.1T8LSB.L1-4

Relator: MARIA JOÃO ROMBA

Sessão: 17 Maio 2017

Número: RL

Votação: UNANIMIDADE

Meio Processual: APELAÇÃO

Decisão: REVOGADA A SENTENÇA

ENTIDADE PÚBLICA EMPRESARIAL

CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABALHO

CONTRATO DE TRABALHO EM FUNÇÕES PÚBLICAS

PRINCÍPIO DE TRABALHO IGUAL SALÁRIO IGUAL

Sumário

Coexistindo num hospital EPE (pessoa colectiva de direito público de natureza empresarial) pessoal de enfermagem sujeito ao regime do contrato individual de trabalho comum, ou seja de acordo com o Código do Trabalho, com outro da mesma profissão sujeito a contrato de trabalho em funções públicas, embora o reposicionamento remuneratório das categorias da carreira especial de enfermagem efectuada pelo DL nº 122/2010 de 11/11, concluído em 1/1/2013, seja aplicável apenas aos enfermeiros com vínculo de emprego público, se assente que o trabalho exercido por uns e por outros ao mesmo empregador é igual em qualidade, natureza e quantidade, impõe-se, por aplicação directa do princípio “a trabalho igual, salário igual”, que sejam pagas àqueles (sujeitos a contrato de trabalho comum) remunerações idênticas às que são pagas a estes (sujeitos a CTFP).

(Sumário elaborado pela Relatora)

Texto Integral

Acordam na Secção Social do Tribunal da Relação de Lisboa

Relatório:

AAA residente em Lisboa, intentou, com o patrocínio do Ministério Público, a presente acção declarativa de condenação com processo comum contra BBB, E.P.E., com sede em Lisboa, pedindo:

- Seja declarado e reconhecido que a A. exerce função na categoria profissional de enfermeira;
- Seja declarado e reconhecido que a A. presta serviço de qualidade, quantidade, natureza e em horário igual aos enfermeiros da mesma categoria profissional que a sua e contratados no regime de CTRFP;
- Seja declarado e reconhecido que assiste à A. o direito a receber do R. a mesma retribuição que resulta do reposicionamento da carreira dos enfermeiros em funções públicas, desde 01/01/2013 em diante, no valor base de € 1.201,48, incluindo férias, subsidio de férias e de Natal;

E em consequência:

- Seja o R. condenado a equiparar o vencimento da A. com o vencimento auferido pelos enfermeiros integrados na função pública, desde 01/01/2013;
- Seja o R. condenado a pagar à A. a quantia de € 8.163,90 referente às diferenças de retribuição base, férias, subsidio de férias e Natal, desde 01/01/2013 até 31/03/2016;
- Seja o R. condenado a pagar à A. juros de mora à taxa de 4%, vencidos e vincendos, sobre as quantias peticionadas, até integral pagamento.

Fundamentou a sua pretensão no princípio trabalho igual salário igual, já que, tendo sido admitida ao serviço do R. em 4/6/2007 mediante contrato individual de trabalho, exerce funções em condições de igualdade relativamente àquelas em que exercem os enfermeiros que trabalham para o R. mediante contrato de trabalho em funções públicas, inexistindo fundamento para a discriminação salarial que se verifica desde Janeiro de 2013.

O R. contestou sustentando que os enfermeiros em regime de contrato de trabalho em funções públicas estão sujeitos a uma prestação de trabalho mais exigente, mormente a deveres a que não estão adstritos os enfermeiros em regime de contrato individual de trabalho, por terem vedada a possibilidade de acumulação de funções públicas em actividades de prestação de cuidados de saúde e limitada a admissibilidade do exercício de funções privadas em acumulação.

Após audiência de julgamento foi proferida sentença que julgou a acção improcedente e absolveu o R. do pedido.

A A. não conformada, apelou, formulando a final as seguintes conclusões:

1- Em face dos factos assentes o julgador deveria ter condenado a Ré de harmonia com o pedido constante da petição inicial.

2- Resulta da factualidade assente que as funções da autora e dos demais enfermeiros que trabalham no mesmo serviço são iguais às desempenhadas pelos enfermeiros com vínculo à ré de contrato de trabalho em funções públicas.

3- É que na sentença foi dado como assente que:

“19.- A R. não reposicionou a remuneração da A, a partir de 01/01/2013, para o nível 15, aplicando apenas tal Diploma aos enfermeiros contratados ao abrigo do RCTFP, que viram a sua retribuição base passar de € 1.020,06 para € 1.201,48.

20.- Continuando a A. a auferir a retribuição base de € 1.020,06 pelo desempenho das mesmas funções de enfermeira, com o mesmo nível e categoria profissional e no mesmo horário que os enfermeiros contratados ao abrigo do RCTFP ao longo dos anos de 2013, 2014 e 2015.

21.- Apesar da A. prestar e continuar a prestar serviço de qualidade, quantidade, natureza e horário iguais ao trabalho prestado pelos enfermeiros contratados ao abrigo do RCTFP.

22.- As funções que a A. exerce são as de enfermagem e são exactamente iguais às desempenhadas para o R. pelos enfermeiros com vínculo à função pública, contratados ao abrigo do RCTFP.-“.

4- Reconheceu ainda o julgador na sentença ora recorrida que,-“ No caso vertente, alegou e provou a A - aliás sem oposição do R. - que auferir uma remuneração mensal inferior a outros colegas seus, com igual categoria profissional, idêntico horário de trabalho e em execução das mesmas funções, quer em qualidade, quer em quantidade, quer ainda na sua natureza”

5- Invoca-se na sentença que subsiste uma diferença no modo de prestação da actividade de enfermeiro entre a A. e aqueles seus colegas e refere-se que estes últimos com o seu contrato de trabalho regidos pela Lei nº 35/2014 estão sujeitos a várias restrições que não abrangem os trabalhadores contratados através de contrato individual de trabalho.

- 6- Sucede que dos factos assentes não ficou provado o invocado modo diferente de prestação por banda da A.
- 7- Segundo a sentença, um enfermeiro com contrato de trabalho em funções públicas tem a sua liberdade contratual no que à actividade laboral concerne, muito mais coarctada que o seu congénere em situação idêntica à da A.
- 8- A defesa da ré a invocar as limitações de acumulação de funções dos enfermeiros vinculados por contrato de trabalho em funções públicas, ou seja, com a diferença de regimes aplicável, não colhe no caso em apreço.
- 9- Na verdade o Código do Trabalho também tem inúmeras restrições à prestação laboral em regime de acumulação ou até mesmo ao princípio da imparcialidade.
- 10- Veja-se o amplo elenco dos deveres do trabalhador que resultam do disposto no art.º 128º., do Código do Trabalho.
- 11- E trata-se de uma enumeração meramente exemplificativa.
- 12- A diferente natureza do vínculo, tal como se expende do Ac. do T.R. de Lisboa de 4-6-2014, in WWW.dgsi.pt, isto é trabalhador em regime de emprego público e em regime de contrato de trabalho, não tendo tal factor qualquer influência na quantidade, natureza e qualidade do trabalho, o princípio a trabalho igual, salário igual, numa vertente positiva, exige daquele uma atitude activa de equiparação substantiva em matéria retributiva, e, por inerência, em matéria de promoção profissional.
- 13- No caso vertente e da matéria de facto assente não resulta que a diferente natureza do vínculo tenha qualquer influência na quantidade, natureza e qualidade do trabalho da A. em comparação com as dos outros enfermeiros em regime de emprego público.
- 14- Temos assim que o diferente tratamento remuneratório dada pela R. à A. no caso em apreço nos autos mostra-se irrazoável, arbitrário e discriminatório.
- 15- Há pois por banda da Ré uma violação do princípio de trabalho igual salário igual por a Ré não ter procedido ao reposicionamento remuneratório da autora previsto no artigo 5º do Decreto-Lei n.º 122/2010 e desde 01 de Janeiro de 2013, como fez com os enfermeiros com contrato de trabalho em funções públicas.
- 16- No caso dos autos e tendo em consideração que se provou que a autora desempenha as mesmas funções que são iguais às dos seus colegas que têm contrato de trabalho em funções públicas e que todos têm a mesma carga horária não existe fundamento para a diferenciação de tratamento.
- 17- O facto de a A. ter com a Ré um vínculo laboral de natureza privada, um contrato de trabalho, não determina qualquer influência na quantidade, natureza e qualidade do trabalho.
- 18- Temos pois que o princípio da igualdade de tratamento a impor que a

trabalho igual salário igual exigia a condenação da Ré nos termos indicados na petição inicial.

19- A autora (tem) direito a receber a mesma retribuição que os enfermeiros da função pública com a mesma carga horária, sendo este reposicionamento salarial com efeitos a 01 de Janeiro de 2013.

20- A sentença recorrida violou o preceituado nas disposições conjugadas dos arts. 13º, 17º, 18º, 59º., n1, al.a), da C.R.Portuguesa e arts. 23º e 270º., do C. do Trabalho e arts. 23º., 25.º e 144º., nº 2, da LGTFP.

21- Normativos que devem ser interpretados e aplicados com o sentido e alcance sustentado no presente recurso.

22- A sentença ora recorrida deverá, assim, ser revogada e substituída por outra a condenar a Ré em conformidade com os factos assentes e o pedido exarado na petição inicial.

O R. não apresentou contra-alegações.

O objecto do recurso consiste apenas na reapreciação da questão que constitui o cerne do litígio, qual seja, se existe fundamento material bastante que justifique o diferente tratamento salarial verificado no período de Janeiro de 2013 a Setembro de 2015 entre os enfermeiros que prestam serviço num Centro Hospitalar EPE ao abrigo do regime de contrato individual de trabalho, por comparação com os enfermeiros que prestam serviço na mesma entidade ao abrigo do regime de contrato de trabalho em funções públicas.

Na 1ª instância foi dada como provada a seguinte factualidade:

1.-A R, criada pelo Decreto-Lei n.º 233/2005, de 29 de Dezembro, é uma entidade pública empresarial, isto é, uma pessoa colectiva de direito público de natureza empresarial dotada de autonomia administrativa e patrimonial, nos termos do regime jurídico do sector empresarial do estado e das empresas públicas - Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de Dezembro, e do artigo 18.º do Anexo da Lei n.º 27/2012, cujo capital é detido pelo Estado (artigo 3.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 233/2005), sujeito à superintendência e tutela do Ministro da Saúde, a quem compete aprovar os seus objectivos e estratégias, dar orientações, recomendações e directivas para prossecução das suas atribuições e definir as suas normas de organização e de actuação hospitalar.

[\[1\]](#)

2.-A R. tem por objecto a prestação de cuidados de saúde à população e o desenvolvimento de actividades de investigação e ensino.

3.-A A. foi admitida em 4 de Junho de 2007 ao serviço da R., por acordo escrito

e celebrado em 28 de Agosto de 2009, denominado «contrato de trabalho por tempo indeterminado».[2]

4.-Para, a partir dessa data, trabalhar sob as suas ordens, direcção e fiscalização, e desempenhar as funções de enfermeira[3].

5.-Funções essas inerentes à actividade de enfermeiro, com a prática dos actos materiais e actividade profissional que correspondem à categoria profissional de enfermeiro.

6.-Tendo sido classificada pela R. nessa categoria profissional.

7.-Funções e categoria exercidas pela A. sob determinação da R., no Centro Hospitalar (...) Lisboa.

8.-Funções que ainda exerce na presente data.

9.-No horário de 35 horas semanais, em trabalho por turno rotativo.

10.-Mediante a contrapartida inicial base de € 970,92 mensal, acrescida de um subsídio de refeição de € 4,27 por cada dia efectivo de trabalho.

11.-Remuneração base esta que se manteve até dia 31/01/2008.

12.-A partir de 01/02/2008, a A. passou a auferir a remuneração base de € 991,31.

13.-Assim se mantendo até dia 31/01/2009.

14.-A partir de 01/02/2009, a A. passou a receber, como contrapartida pelo desempenho das mesmas funções de enfermeira e nessa categoria profissional que vinha exercendo e no mesmo horário de 35 horas semanais, a remuneração base de € 1.020,06.

15.-Em 11/11/2010 foi publicado o Decreto-Lei n.º 122/2010, de 11 de Novembro, do Ministério da Saúde.[4]

16.-O referido diploma previa o reposicionamento remuneratório, entre outros, da carreira especial de enfermagem.[5]

17.-Nos termos do artigo 5.º do referido Diploma que aqui se reproduz:

Artigo 5.º

Reposicionamento remuneratório

1—Na transição para a carreira especial de enfermagem, os trabalhadores são reposicionados nos termos do artigo 104.º da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro.

2 —Sem prejuízo do disposto no número anterior, os enfermeiros posicionados nos escalões 1 e 2 da categoria de enfermeiro, bem como os posicionados no escalão 1 da categoria de enfermeiro graduado, mantêm o direito à remuneração base que vêm auferindo, sendo reposicionados na primeira posição remuneratória da tabela remuneratória constante do anexo ao presente diploma, nos seguintes termos:

a)-A 1 de Janeiro de 2011, os enfermeiros graduados com avaliação positiva que, pelo menos, desde 2004, se encontrassem posicionados no escalão 1

daquela categoria;

b)-A 1 de Janeiro de 2012, os restantes enfermeiros graduados com avaliação positiva;

c)-A 1 de Janeiro de 2013, os enfermeiros posicionados nos escalões 1 e 2 da categoria de enfermeiro, bem como os enfermeiros graduados que não tenham sido abrangidos pelas alíneas anteriores.[\[6\]](#)

18.-*Pelo que, por força do referido Diploma, houve lugar a um reposicionamento remuneratório que culminou em 01/01/2013 com a colocação dos trabalhadores em Regime de Contrato de Trabalho em Funções Públicas, adiante designado por RCTFP, anteriormente posicionados nos escalões 1 e 2 da categoria profissional de enfermeiro de primeira posição remuneratória da nova categoria a que corresponde o nível 15 da tabela remuneratória única, constante do anexo à Portaria n.º 1553-C/2008 de 31 de Dezembro, traduzido numa remuneração de € 1.201,48.[\[7\]](#)*

19.-*A R. não reposicionou a remuneração da A., a partir de 01/01/2013, para o nível 15, aplicando apenas tal Diploma aos enfermeiros contratados ao abrigo do RCTFP, que viram a sua retribuição base passar de € 1.020,06 para € 1.201,48.*

20.-*Continuando a A. a auferir a retribuição base de € 1.020,06 pelo desempenho das mesmas funções de enfermeira, com o mesmo nível e categoria profissional e no mesmo horário que os enfermeiros contratados ao abrigo do RCTFP ao longo dos anos de 2013, 2014 e 2015.*

21.-*Apesar da A. prestar e continuar a prestar serviço de qualidade, quantidade, natureza e horário iguais ao trabalho prestado pelos enfermeiros contratados ao abrigo do RCTFP.*

22.-*As funções que a A. exerce são as de enfermagem e são exactamente iguais às desempenhadas para a R pelos enfermeiros com vínculo à função pública, contratados ao abrigo do RCTFP.*

23.-*A R. a partir de Outubro de 2015, passou a pagar à A. a retribuição base de € 1.201,48.*

Apreciação.

Começamos por considerar não escrito o que constitui o ponto 1 da matéria de facto, uma vez que o seu conteúdo não integra verdadeiramente matéria de facto, mas antes matéria de direito e nem sequer inteiramente rigorosa, porquanto o BBB não foi criado pelo DL 233/2005, mas sim pelo DL 50-A/2007, de 28/2 (se bem que se lhe aplique, com as necessárias adaptações, o regime jurídico, financeiro e de recursos humanos constante dos capítulos II,

III e IV do citado DL 233/2005, cfr. dispõe o respectivo art. 5º, devendo pois aquela matéria transitar, com esta rectificação, para este campo.

Também o ponto 3 da matéria de facto se nos afigura dever ser rectificado, por razões de rigor lógico, uma vez que, se a A. foi admitida em 4/6/2007 é, seguramente, porque o acordo para esse efeito foi então alcançado, ainda que só tivesse sido formalizado em 28/8/2009. Assim, onde se lê “escrito e celebrado” passará a ler-se “reduzido a escrito”.

Admitida em 4/6/2007 começou certamente a trabalhar nessa data. Mas porque no ponto 3 se alude a duas datas, a referência constante do ponto 4 a “essa data” torna-se equívoca, pelo que, para obviar a essa equívocidade, nos parece mais curial que, em vez de tal expressão, aí passe a constar “daquela data”.

Também os pontos 15 a 17 não contém, em rigor, matéria de facto, constituindo meras afirmações de natureza jurídica, dando-se por isso igualmente por não escritos.

Consequentemente com a eliminação destes pontos altera-se a parte inicial do ponto 18 até “Diploma” que é substituída pela expressão “Por força do DL nº 122/2010...”

Entremos então na questão de direito, que tem a ver com a coexistência, no âmbito do R. - entidade integrada no Serviço Nacional de Saúde cujo estatuto, enquanto EPE, é o de pessoa colectiva de direito público de natureza empresarial, dotada de autonomia administrativa, financeira e patrimonial nos termos do DL 558/99 de 17/12 , cfr. art. 5º nº 1 do DL nº 233/2005, de 29/12 (e, actualmente, art. 18º do DL nº 17/2017, de 20/2), - de pessoal sujeito ao regime do contrato individual de trabalho, de acordo com o Código do Trabalho e demais legislação laboral, como é a regra resultante do art, 14º do aludido DL 233/2005, aplicável ao pessoal admitido após a constituição da EPE, e pessoal com relação jurídica de emprego público^[8] (proveniente das unidades de saúde integradas no Serviço Nacional de Saúde, que antecederam as EPE, que para elas transitaram com garantia de manutenção do estatuto jurídico - cfr. art. 15º do mesmo DL 233/2005).

Para enquadramento da questão importa atentar no preâmbulo do DL nº 247/2009, de 22/9 (que veio definir o regime legal da carreira aplicável aos enfermeiros nas entidades públicas empresariais e nas parcerias em saúde,

em regime de gestão e financiamento privados integradas no SNS). Aí se lê:
“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 respectivos trabalhadores, o Código do Trabalho, enquanto sede legal do respectivo 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. Efectivamente, 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 colectiva. 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 interinstitucional, com harmonização de direitos e deveres, sem subverter a autonomia de gestão do sector empresarial do Estado.” (sublinhados da nossa responsabilidade).

O art. 13º deste diploma (regime legal da carreira aplicável aos enfermeiros nas EPE...) sobre remunerações e posições remuneratórias estabelece que “As posições remuneratórias e as remunerações dos trabalhadores integrados na carreira de enfermagem são fixadas em instrumentos de regulamentação

colectiva de trabalho”.

Na mesma data do DL 247/2009 foi publicado o DL nº 248/2009 (que instituiu a carreira especial de enfermagem na Administração Pública), cujo art. 14º nº 1 estabelece que “A identificação dos níveis remuneratórios correspondentes às posições remuneratórias das categorias da carreira especial de enfermagem é efectuada em diploma próprio”, determinando o respectivo art. 15º “A cada categoria da carreira especial de enfermagem corresponde um número variável de posições remuneratórias, a constar de diploma próprio”. Esse diploma próprio foi o DL 122/2010, de 11/11, que veio estabelecer o número de posições remuneratórias da carreira especial de enfermagem e identificar os respectivos níveis da tabela remuneratória, estabelecendo o respectivo art. 5º sobre o reposicionamento remuneratório a observar na transição para a nova carreira especial de enfermagem uma calendarização que terminou em 1 de Janeiro de 2013.

Não oferece dúvidas que se trata de um diploma aplicável aos enfermeiros com vínculo de emprego público.

A recorrente, todavia, alegando que a não aplicação do reposicionamento remuneratório nos termos daquele diploma redundava numa infundada desigualdade salarial, dado exercer funções na mesma categoria e nível e no mesmo horário, prestando serviço de qualidade, quantidade e natureza igual ao que é prestado pelos enfermeiros contratados ao abrigo do RCTFP, funda a sua pretensão no princípio constitucional a trabalho igual salário igual.

Na sentença recorrida o Sr. Juiz considerou que subsiste uma diferença no modo de prestação da actividade de enfermeiro entre o A. e os colegas que refere, que é o regime jurídico em que se enquadram os respectivos contratos, existindo restrições para os trabalhadores em funções públicas, que não abrangem os contratados através de contrato individual de trabalho, mormente as que respeitam às garantias de imparcialidade. Das normas constantes nos art. 19º a 24º da LGTFP conclui que o enfermeiro com contrato de trabalho em funções públicas tem a sua liberdade contratual, no que à actividade laboral concerne, muito mais coarctada que o seu congénere em situação idêntica, resultando da conjugação dos nºs 1 e 2 do art. 22º daquela lei que, à partida, não é admissível que aquela primeira classe de enfermeiros cumule a prática de enfermagem no sector privado, visto tratarem-se manifestamente de actividades concorrentes, afigurando-se-lhe mesmo que nem sequer a cumulação é passível de ser autorizada. Considera esta

diferença entre os regimes contratuais suficiente para justificar o diverso tratamento remuneratório: se um enfermeiro que presta trabalho em funções públicas o faz, em regra, em regime de exclusividade, sendo mais escassas as possibilidades que tem de, querendo, acumular com outra actividade de natureza idêntica àquela para que foi contratado pelo Estado, justifica-se que seja melhor remunerado que outro enfermeiro que não sofre esta classe de constrangimentos. Por isso julgou improcedente a pretensão da A., considerando não violado o princípio “a trabalho igual salário igual”.

A recorrente insurge-se contra a apreciação efectuada na sentença, sustentando que não ficou provado o invocado modo diferente de prestação de trabalho e que também o CT tem restrições à prestação laboral em regime de acumulação e que a diferente natureza do vínculo não tem influência na quantidade, natureza e qualidade do trabalho, pelo que o diferente tratamento remuneratório se mostra irrazoável, arbitrário e discriminatório.

Quid iuris?

Permitirão os dados de que dispomos considerar que estamos perante tratamento discriminatório, violador do princípio da igualdade salarial?

A Constituição, para além do princípio geral da igualdade consagrado no art. 13º, reconhece como seu corolário, no art. 59º, a todos os trabalhadores, sem distinção de idade, sexo, raça, cidadania, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, o 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 [nº 1 al. a)].

Conforme tem sido salientado pelo Tribunal Constitucional (por ex. nos ac. 313/89, 303/90), não se trata da consagração de uma igualdade meramente formal e uniformizadora, mas fundamentalmente de proibir, antes de mais, que se pague de maneira diferente sem que exista justificação e fundamento material bastante. Nas palavras do Prof. Júlio Gomes^[9] “não se pretende com o princípio da igualdade de tratamento retributivo 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.”

Em consonância com tais preceitos constitucionais o CT aprovado pela L. 7/2009, de 12/2, numa subsecção dedicada a “Igualdade e não discriminação” começa por enunciar, no art. 23º os conceitos mais relevantes, nos seguintes termos: no nº 1 al. a) define “discriminação directa, sempre que, em razão de um factor 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”; na al. b) “discriminação indirecta, sempre que uma disposição, critério ou prática aparentemente neutro seja susceptível de colocar uma pessoa, por motivo de um factor de discriminação, numa posição de desvantagem comparativamente com outras, a não ser que essa disposição, critério ou prática seja objectivamente justificado por um fim legítimo e que os meios para o alcançar sejam adequados e necessários”; na al. c) “trabalho igual aquele em que as funções desempenhadas ao mesmo empregador são iguais ou objectivamente semelhantes em natureza, qualidade e quantidade” e na al. d) “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 efectuado.”

No art. 25º nº 1 (com referência ao art. 24º nº 1) estabelece-se a proibição ao empregador de discriminação, directa ou indirecta, baseada nomeadamente na ascendência, idade, sexo, orientação sexual, 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. E, no nº 5, determina-se que “cabe a quem alegar a discriminação, fundamentá-la, indicando o trabalhador ou trabalhadores em relação aos quais se considera discriminado, incumbindo ao empregador provar que as diferenças de condições de trabalho não assentam em nenhum dos factores indicado no nº 1”.

Tem sido entendido pelo STJ[10] (embora referindo-se à disciplina do CT de 2003, mas com plena aplicação no âmbito do CT de 2009) “Está aqui em causa uma regra de inversão do ónus da prova, com o conseqüente afastamento do princípio geral constante do artigo 342º, nº 1 do Código Civil, por força do qual a quem invoca um direito caberá a prova dos factos constitutivos do direito reclamado.

De qualquer forma, tal regra constante do nº 3 do mencionado artigo 23º (ou do nº 5 do art. 25º actual, acrescentamos nós) só vale quando seja invocado

um dos factores de discriminação a que se refere o nº 1 do preceito, devendo assim o trabalhador invocar que se tratou, nomeadamente, duma discriminação em razão da ascendência, idade, sexo, orientação sexual, estado civil, situação familiar, património genético, capacidade de trabalho reduzida, deficiência, doença crónica, nacionalidade, origem étnica, religião, convicções políticas ou ideológicas e filiação sindical.

Por isso, numa acção em que se não invocam quaisquer factos que possam integrar-se numa destas categorias de factores discriminatórios, já não funciona a dita regra da inversão do ónus da prova”.

Porque a diferenciação salarial que a A. reputa de discriminatória não se mostra motivada em qualquer dos factores enunciados no mencionado preceito legal ou sequer em quaisquer outros com idêntico desvalor ético e social (dado o elenco de factores indicado na norma ser meramente exemplificativo), não há pois lugar à inversão do ónus de prova, cabendo assim à A., de acordo com a regra geral do art. 342º nº 1 do CC, alegar e provar os factos constitutivos do direito que invoca à igualdade salarial. Como referido pelo STJ no ac. de 22/4/2009, atrás citado “ ..., este Supremo Tribunal, chamado a dirimir litígios em que não se mostrava invocado qualquer dos factores característicos de discriminação, tem entendido, em termos uniformes, que para se concluir pela existência de discriminação retributiva entre trabalhadores, ofensiva dos princípios constitucionais da igualdade e de trabalho igual, salário igual, é necessário provar que os vários trabalhadores diferentemente remunerados produzem trabalho igual quanto à natureza (dificuldade, penosidade e perigosidade), qualidade (responsabilização, exigência, técnica, conhecimento, capacidade, prática, experiência, etc.) e quantidade (duração e intensidade), competindo o ónus da prova ao trabalhador que se diz discriminado — Acórdãos de 6 de Fevereiro de 2002 (Processo n.º 1441/2001, sumariado em [www.stj.pt/Jurisprudência/Sumários de Acórdãos/Secção Social](http://www.stj.pt/Jurisprudência/Sumários%20de%20Acórdãos/Secção%20Social)), de 9 de Novembro de 2005, de 23 de Novembro de 2005 e de 25 de Junho de 2008 (respectivamente, Documentos n.ºs SJ200511090013804, SJ200511230022624 e SJ200806250005284, em www.dgsi.pt).

A A. alegou, se bem que em termos conclusivos, mas que obtiveram expressa aceitação do R., que exerce as funções de enfermagem exactamente iguais às que são desempenhadas, também para o R., pelos enfermeiros contratados nos termos do RCTFP, em qualidade, natureza e quantidade, o que foi dado como assente nos nºs 21 e 22. Não está, pois, em causa que a prestação de

trabalho da A. relativamente à dos demais enfermeiros vinculados ao R. por contrato trabalho em funções públicas se desenvolva em condições de igualdade quanto à natureza (compreendendo a dificuldade, penosidade e perigosidade), qualidade (compreendendo a responsabilização, exigência técnica, conhecimento, capacidade, prática, experiência, etc.) quantidade (compreendendo a duração e intensidade), o que, em princípio, deveria determinar igualdade de retribuição. Isso, todavia, não sucedeu, no período de Janeiro de 2013 a Setembro de 2015, por razões que têm a ver apenas com o regime jurídico aplicável (contrato de trabalho comum ou contrato de trabalho em funções públicas).

Os dados factuais de que dispomos de forma alguma permitem afirmar que o modo de prestação da actividade de enfermeiro pela A. divirja, no que quer que seja, do modo de prestação da mesma actividade pelos enfermeiros vinculados por contrato de trabalho em funções públicas, embora seja inequívoco que estão sujeitos a regimes jurídicos diferentes^[11].

Não curando aqui de escarpelizar as diferenças entre cada um dos regimes jurídicos em causa, é certo que, como referido pelo Sr. Juiz, a prestação de trabalho em funções públicas, é, em princípio, exercido em exclusividade (cfr. art. 20º do RCTFP), podendo, no entanto, em certas condições (designadamente não serem concorrentes, similares ou conflitantes) ser autorizada a acumulação de funções privadas, desde que observados os requisitos legalmente previstos (cfr. art. 22º e 23º do citado regime).

Mas, também os trabalhadores em regime de contrato individual de trabalho, como é o caso da A., estão obrigados ao dever de lealdade ao empregador, designadamente não negociando, por conta própria ou alheia em concorrência com ele (art. 128º nº 1 al. f) do CT).

Ainda que se entenda que, nesse domínio, os constrangimentos a que está sujeito o trabalhador em funções públicas possam ser mais apertados e estritos, não nos parece, ao contrário do que entendeu o Sr. Juiz, e, salvo o devido respeito, que isso, por si só, constitua motivo bastante para justificar a diferenciação salarial, pois, se assim fosse, não se compreenderia que desde 1 de Outubro de 2015 tivessem sido, como foram, aplicados aos trabalhadores dos hospitais EPE vinculados por contrato de trabalho comum os mesmos níveis e posições remuneratórias aplicáveis aos enfermeiros da carreira especial de enfermagem (ou seja, aos vinculados por contrato de trabalho em funções públicas, conforme resulta do DL nº 122/2010).

A diferenciação salarial verificada (que, no que à A. diz respeito, decorre dos pontos 18 e 23 da matéria de facto), diz respeito a um período temporal de dois anos e nove meses, não assenta em qualquer fundamento material, decorrendo apenas da diversidade inerente ao regime legal aplicável (por um lado o reposicionamento salarial da carreira especial de enfermagem, no âmbito da reforma da Administração Pública, de acordo com os princípios e regras consagradas na Lei nº 12-A/2008 conforme disposto no DL 122/2010, por outro, a fixação das posições remuneratórias e remunerações dos trabalhadores integrados na carreira de enfermagem, em instrumento de regulamentação colectiva de trabalho, cuja publicação teve lugar em 22/11/2015, cfr. cl^a 2^a dos ACTs entre diversos hospitais EPE. designadamente o ora recorrido, e por um lado, o Sindicato dos Enfermeiros Portugueses e por outro, o Sindicato Independente dos Profissionais de Enfermagem, publicados no BTE nº 43/2015, em conformidade com o disposto pelo art. 13º do DL 246/2009).

Trata-se, pois, de uma situação de disparidade retributiva temporária e que decorre tão só da diversidade dos regimes legais aplicáveis, o que nos leva a afastar que possa ser considerada arbitrária. No entanto, a manutenção durante quase três anos de uma tal disparidade, não obstante a reconhecida igualdade quanto à natureza, qualidade e quantidade do trabalho acaba por ir além do que seria razoável, afrontando o sentido de justiça e de equidade que subjazem à consagração na lei fundamental, entre os direitos e deveres económicos, sociais e culturais, do direito à retribuição do trabalho segundo a quantidade, natureza e qualidade, com observância do princípio para trabalho igual, salário igual.

Com efeito, tendo em atenção as vicissitudes inerentes às diferenças dos regimes legais aplicáveis a enfermeiros com contrato de trabalho em funções públicas e enfermeiros com contrato de trabalho comum, mormente dos procedimentos com vista à fixação das posições remuneratórias, afigura-se-nos poder ser até certo ponto aceitável que a referida fixação das posições remuneratórias num caso e no outro não tivesse sido simultânea. Mas, só se não fosse ultrapassado um prazo razoável, o que não se pode de todo dizer que tenha sucedido, porquanto o prazo de quase três anos (mais precisamente de dois anos e nove meses) decorrido entre o reposicionamento remuneratório dos enfermeiros vinculados por CTFP e a aplicação desses níveis remuneratórios aos enfermeiros vinculados por contrato de trabalho comum se nos afigura excessivo e desproporcionado, redundando pois em verdadeira

discriminação entre trabalhadores de um e outro regime, por violação do princípio constitucional “a trabalho igual, salário igual”.

Por se tratar de um direito (direito à equidade retributiva, contida no mencionado princípio) de natureza análoga, por força do disposto pelo art. 17º, é directamente aplicável, tal como os direitos liberdades e garantias, vinculando entidades públicas e privadas (cfr. art. 18º, ambos da Constituição). Como refere Monteiro Fernandes^[12] “trata-se de uma directriz directamente operatória, não apenas enquanto critério de validade da regulamentação legal e convencional, mas, sobretudo, como critério de licitude da prática contratual concreta”. Ou, como assinala João Leal Amado “...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 objectivos e sufragados pela CRP.”.

Em suma, entendemos que, no caso houve violação do princípio constitucional “a trabalho igual, salário igual”, pelo que por aplicação directa desse princípio tem a A. direito às diferenças salariais que reclama relativas ao período de 1/1/2013 a 30/9/2015, incluindo subsídios de férias e de Natal, no valor líquido de 6.893,96 (1201,48-1020,06x38), razão pela qual não acompanhamos a sentença recorrida, que é de revogar.

Decisão:

Pelo exposto se acorda em julgar procedente o recurso, revogando a sentença recorrida e decidindo, em substituição, condenar o R. a pagar à A. a quantia de € 6.893,96 referente às diferenças de retribuição devidas à A. pelo período de 1/1/2013 a 30/9/2015, nelas se incluindo os respectivos subsídios de férias e de Natal, acrescidas de juros de mora à taxa supletiva legal sobre o valor líquido (após dedução de TSU e IRS).

Custas na 1ª instância, por ambas as partes, na proporção do decaimento e nesta instância, pelo recorrido.

Lisboa, 17 de Maio de 2017

Maria João Romba
Paula Sá Fernandes
José Feteira

- [1]Adiante considerada não escrita, por constituir matéria de direito, transitando, com alterações, para o campo da apreciação jurídica da causa.
- [2]Adiante rectificada a redacção substituindo a expressão “escrito e celebrado” por “reduzido a escrito”
- [3]Adiante substituída a palavra em itálico por “daquela”.
- [4]Adiante eliminado, por constituir matéria de direito.
- [5]*Idem.*
- [6]*Idem.*
- [7]Adiante eliminadas as expressões em itálico, a segunda das quais é substituída por “DL nº 122/2010”.
- [8]*Vide*, entre muitos outros diplomas que alteraram substancialmente o regime de trabalho que rege a administração pública, as Leis nº 23/2004, de 22/7, 59/2008, de 11/9 e 35/2014, de 20/6.
- [9]Direito do Trabalho, Coimbra Editora, vol. I., pag. 785
- [10]Ac. de 22/472009 (P. 08P3040), de 21/9/2009 (P. 838/05.2TTCRB.C1.S1) e 19/2/2013 (P. 5/11.6TTGRD.C1.S1), disponíveis no sítio do ITIJ.
- [11]Que têm vindo a convergir, com a aproximação ao regime do contrato individual de trabalho do contrato de trabalho em funções públicas.
- [12]Direito do Trabalho, 14^a ed. pag. 469.”
-