

COORDENAÇÃO
JOÃO REIS
LEAL AMADO
LIBERAL FERNANDES
REGINA REDINHA

P A R A
JORGE LEITE
ESCRITOS
JURÍDICO-LABORAIS

I



AB VNO AD OMNES

Coimbra Editora

A OPÇÃO PELA INDEMNIZAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO DA REINTEGRAÇÃO A PEDIDO DO TRABALHADOR E O DIREITO A SALÁRIOS INTERCALARES EM CASO DE RECURSO

SÓNIA DE CARVALHO ⁽¹⁾

Apresentação

A interpretação do art. 390.º/1 do CT, no sentido de se manter o direito do trabalhador aos salários intercalares, em caso de recurso da decisão da 1.ª instância, quando este optou pela indemnização em substituição da reintegração, parece-nos levantar algumas questões, de foro constitucional, em face do direito fundamental do empregador de acesso ao direito e à tutela jurisdicional efectiva, plasmado no art. 20.º da CRP ⁽²⁾.

Considerando que, sobre esta matéria, recaiu o Ac. n.º 284/2011 do Tribunal Constitucional e que o Decreto-Lei n.º 295/2009, de 13.10, introduziu no Código do Processo do Trabalho (CPT) o art. 98.º-N com o intuito de co-responsabilizar o Estado no pagamento dos salários intercalares, em

⁽¹⁾ Professora Auxiliar Convidada do Departamento de Direito da Universidade Portucalense Infante D. Henrique e do Instituto Superior da Maia. Advogada.

⁽²⁾ É com muito gosto que nos associamos a esta homenagem ao extraordinário juslaboralista que é Jorge Leite, cuja gentileza, preocupação e generosidade que o caracterizam, fazem do Mestre, um Homem de qualidades ímpares.

O presente artigo tem origem num recurso para o Tribunal Constitucional que patrocinámos em 2009, no qual suscitámos a inconstitucionalidade do art. 437.º/1 do CT 2003, em vigor à data dos factos retratados nos autos, na interpretação que reconhece, em caso de recurso, o direito do trabalhador a receber salários intercalares até ao trânsito em julgado da decisão, quando este optou pela indemnização substitutiva.

certas situações de morosidade processual, julgamos pertinente revisitar, com a serenidade dada pelo decurso do tempo, esta temática.

Ainda que, de forma superficial, entendemos necessário, para contextualização deste problema, analisar os efeitos da ilicitude do despedimento e os princípios que norteiam esta matéria.

1. O despedimento ilícito enquanto incumprimento do contrato de trabalho por parte do empregador

Os efeitos da declaração judicial da ilicitude do despedimento do trabalhador pelo empregador, nos termos do art. 381.º e 382.º do CT, estão indicados no art. 389.º: a indemnização do trabalhador por todos os danos causados, patrimoniais e não patrimoniais, e a reintegração no seu posto de trabalho, sem prejuízo da sua categoria e antiguidade.

A estes efeitos, acresce ainda o direito do trabalhador a receber salários intercalares, previsto no art. 390.º do CT.

Estes efeitos da ilicitude do despedimento no vínculo laboral correspondem para parte da doutrina e da jurisprudência, em que se destaca Monteiro Fernandes, ao tratamento normal da invalidade do negócio jurídico, ou seja, à recomposição do estado de coisas que se teria verificado sem prática do acto, nos termos do art. 289.º/1 do CC, tendo, como consequência, o renascimento do contrato de trabalho com a sentença que julga o despedimento ilícito⁽³⁾.

Não aderimos, no entanto, a esta doutrina, considerando, na esteira de Pedro Romano Martinez, que o despedimento ilícito não é inválido, produzindo, como efeito, a imediata cessação do contrato de trabalho, ainda que, em determinados casos, possa restabelecer-se, retroactivamente, o vínculo.

Com efeito, conforme observa Pedro Romano Martinez, sendo a resolução um acto jurídico unilateral e receptício, o efeito extintivo verifica-se no momento em que foi comunicada ao trabalhador, sendo certo que, se o trabalhador não impugnar judicialmente o despedimento dentro do prazo legal, a cessação do vínculo, ainda que ilícita, torna-se definitiva⁽⁴⁾.

⁽³⁾ *Direito do trabalho*, 16.º Edição, Almedina, 2012, pp. 487-488.

⁽⁴⁾ Nesse sentido, Pedro Romano Martinez, *Direito do Trabalho*, 6.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 946-947.

Cabe, por isso, ao trabalhador, ilicitamente despedido, contestar judicialmente os motivos da resolução, competindo ao tribunal apreciar a justificação invocada. O prazo legal, que

Nesse s
que os actos
balho, onde
cumpriment
mento ilícit
do emprega

A iliciti
ção de inder

Assim,
tamente des
dade, nos te
de indemni:
(art. 562.º d
do CC⁽⁶⁾.

Esta ob
lidade civil c

É, no â
lhador aos s
despediment
ilicitude do

não temos dúvi
dual, varia entre
esteja em causa
oral, uma denún
nação da decis
declarativa de
judicial da regu
aos restantes ca

⁽⁵⁾ Nesse

⁽⁶⁾ Neste

⁽⁷⁾ Neste

nos termos do
trabalho ilicitan
o cumprimento
na execução do
empregador.

Nesse sentido, acompanhamos Romano Martinez quando, sustentando que os actos relacionados com a execução ou inexecução do contrato de trabalho, onde se inclui o despedimento, têm de ser analisados como modos de cumprimento ou de incumprimento desse contrato, defende que o despedimento ilícito representa o incumprimento do contrato de trabalho por parte do empregador ⁽⁵⁾.

A ilicitude do despedimento cria, por isso, para o empregador, a obrigação de indemnizar o trabalhador pelo prejuízo causado.

Assim, o contrato de trabalho no âmbito do qual o trabalhador foi ilicitamente despedido, subsiste, não como consequência da declaração de invalidade, nos termos do art. 289.º do CC, mas do princípio geral da obrigação de indemnizar, que impõe a reconstituição natural da situação que existira (art. 562.º do CC), salvaguardadas as hipóteses previstas no art. 566.º, n.º 1, do CC ⁽⁶⁾.

Esta obrigação de indemnizar fundamenta-se no instituto da responsabilidade civil contratual, no qual se enquadra o despedimento ilícito ⁽⁷⁾.

É, no âmbito desta doutrina, que deve ser entendido o direito do trabalhador aos salários intercalares correspondentes ao período decorrido entre o despedimento e o trânsito em julgado da decisão do tribunal que declare a ilicitude do despedimento, reconhecido no art. 390.º/1 do CT.

não temos dúvidas em qualificar de caducidade, para a impugnação do despedimento individual, varia entre 60 dias e um ano, por aplicação do art. 387.º e do art. 337.º do CT, consoante esteja em causa uma decisão comunicada por escrito ou um despedimento baseado em decisão oral, uma denúncia ou caducidade irregularmente exercidas. Em termos processuais, à impugnação da decisão de despedimento individual comunicada por escrito corresponde a acção declarativa de condenação com processo especial, de natureza urgente, para impugnação judicial da regularidade e licitude do despedimento, prevista nos arts. 98.º B e ss do CPT e aos restantes casos a forma de processo comum.

⁽⁵⁾ Nesse sentido, Pedro Romano Martinez, *Direito do Trabalho*, cit., p. 945.

⁽⁶⁾ Neste sentido, Pedro Romano Martinez, *Direito do Trabalho*, cit., p. 945.

⁽⁷⁾ Neste sentido, Romano Martinez, *Direito do trabalho*, cit., p. 946, sublinha que, nos termos do regime estabelecido para os contratos em geral, a subsistência do contrato de trabalho ilicitamente resolvido dependerá da verificação cumulativa dos seguintes pressupostos: o cumprimento das obrigações contratuais ainda ser possível, o trabalhador manter interesse na execução do contrato e a execução do contrato não ser excessivamente onerosa para o empregador.

Como vimos, verificada a declaração de ilicitude do despedimento, na sequência da impugnação judicial do despedimento pelo trabalhador, o contrato de trabalho subsiste, recaindo sobre o empregador a obrigação de reconstituir a situação que existiria, se o facto ilícito não se tivesse verificado.

Por força da reconstituição natural, emergente do princípio geral da obrigação de indemnizar, é imposto, ao empregador, o pagamento das retribuições que este deixou de auferir desde a data do despedimento até ao trânsito em julgado da decisão do tribunal.

Na tese por nós sufragada, os salários intercalares correspondem ao ressarcimento dos lucros cessantes sofridos pelo trabalhador, ou seja, os vencimentos que o trabalhador deixou de auferir na sequência do despedimento ilícito, os quais têm de ser alegados e peticionados para serem atendidos pelo Tribunal ⁽⁸⁾.

Como iremos analisar mais adiante neste escrito, este direito aos salários intercalares não se trata de um direito absoluto, podendo ser afastado, no caso de o trabalhador arranjar novo emprego ou receber o subsídio de desemprego, extinguindo-se com a cessação do vínculo laboral.

Assim, pese embora a designação dada pelo legislador, não se trata, em rigor, de uma compensação, mas de uma indemnização, que está dependente da prova dos vencimentos que o trabalhador deixou de auferir, na sequência do despedimento ilícito, até ao trânsito em julgado da decisão que declara ilícito o despedimento e condena o empregador na reintegração do trabalhador ou, no caso de opção pelo trabalhador pela indemnização substitutiva, como iremos sustentar, até à decisão que, declarando o despedimento ilícito, condena o empregador na referida indemnização ⁽⁹⁾.

⁽⁸⁾ Manifesta algumas dúvidas acerca da natureza indemnizatória dos salários intercalares, Júlio Gomes, *Direito do Trabalho, Volume I, Relações individuais de trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, p. 1020, n. 2444.

⁽⁹⁾ O art. 437.º do CT resolveu controvérsia doutrinal acerca do sentido de "sentença", passando a valer a data do trânsito em julgado da decisão judicial, o que significa que, havendo recurso, atender-se-á à decisão do tribunal de recurso, seja o Tribunal da Relação ou Supremo Tribunal de Justiça. Nesse sentido, Pedro Romano Martinez, em anotação ao art. 437.º, in Pedro Romano Martinez, Luís Miguel Monteiro, Joana Vasconcelos, José Manuel Vilalonga, Pedro Madeira de Brito, Guilherme Dray, Luís Gonçalves da Silva, Almedina, *Código do Trabalho Anotado*, 6.ª edição, Almedina, Coimbra, 2008, p. 785, Maria do Rosário Palma Ramalho, *Direito do Trabalho, Parte II — Situações Laborais Individuais*, Almedina, Coimbra, 2006, p. 858, Júlio Manuel Vieira Gomes, *Direito do Trabalho*, cit., p. 1021. Cfr. sobre esta

F
prime
respor
uma f
do da
A
buiçõ
e a de
N
ções v
da aç
subsec
A
que o
não fe
mente
mento
T
zatória
art. 13
compe
de resp
lucros,
E
no art.
entre a

questão,
ilícito e
pp. 234-
(10)
revista e
(11)
incentiv
reparad
Romano
art. 387.

Este direito aos salários intercalares, tendo como fundamento o incumprimento pelo empregador do contrato de trabalho, deve ser enquadrado na responsabilidade civil, instituto que, ainda que acessoriamente possa assumir uma função preventiva ou punitiva, está orientado para a reparação patrimonial do dano causado ⁽¹⁰⁾.

Assim se compreende que este princípio do pagamento integral das retribuições intercalares perdidas pelo trabalhador, entre a data do despedimento e a decisão do tribunal, comporte excepções.

Não são devidas, nos termos do al. *b)* do art. 390.º/2 do CT, as retribuições vencidas entre a data do despedimento e trinta dias antes da propositura da acção, se o trabalhador não intentar a acção judicial dentro dos 30 dias subsequentes ao despedimento ⁽¹¹⁾.

As als. *a)* e *c)* do art. 390.º/2 do CT mandam deduzir as importâncias que o trabalhador aufera com a cessação do contrato e que não receberia, se não fosse o despedimento, bem como as importâncias auferidas, nomeadamente, a título de subsídio de desemprego, como consequência do despedimento, devendo o empregador entregar essa quantia à segurança social.

Tendo presente que os salários intercalares assumem a natureza indemnizatória, esta dedução do *aliunde perceptum*, que já constava da alínea *b)* art. 13.º/2 da LCCT, é uma manifestação da *compensatio lucri cum damno* ou compensação das vantagens que impõe que, sempre que o facto constitutivo de responsabilidade tenha produzido ao lesado, não apenas danos, mas também lucros, estes devem compensar-se com aqueles.

Esta figura é, assim, uma manifestação da teoria da diferença consagrada no art. 566.º do CC, de acordo com a qual, é necessário apurar a diferença entre a situação patrimonial actual do lesado, na data mais recente possível, e

questão, no âmbito do direito anterior ao Código do Trabalho, Leal Amado, *Despedimento ilícito e salários intercalares: sentença versus decisão final*, Questões Laborais, Ano IX, 2002, pp. 234-235.

⁽¹⁰⁾ Nesse sentido, Mário Júlio Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, 11.ª edição, revista e actualizada, Coimbra, 2008, pp. 521 e ss.

⁽¹¹⁾ Esta disposição, inicialmente justificada pelo combate à inércia do trabalhador, incentivando-o a recorrer de forma expedita ao tribunal, sob pena de não ser integralmente reparado o prejuízo sofrido com o despedimento ilícito, perdeu algum sentido, como observa Romano Martinez, *Direito do trabalho*, cit., p. 949, perante o prazo de 60 dias, previsto no art. 387.º/2 do CT, aplicável à generalidade dos despedimentos individuais.

aquela em que este se encontraria, se não fosse o facto danoso, devendo a indemnização compensar a diferença existente entre aquelas duas situações ⁽¹²⁾.

O trabalhador, por força da *compensatio lucri cum damno*, não pode ser colocado numa situação mais vantajosa do que aquela em que estaria, se o empregador tivesse cumprido pontualmente o contrato de trabalho ⁽¹³⁾.

Com efeito, o reconhecimento ao trabalhador, ilicitamente despedido, do direito a receber os salários intercalares, estando este a desempenhar outra actividade remunerada, que o despedimento tornou possível, ou a receber subsídio de desemprego, equivaleria a reconhecer-lhe o direito a obter um ganho superior ao que lhe era devido caso não tivesse sido despedido ⁽¹⁴⁾.

A al. *a)* do art. 390.º/2 do CT, na esteira do art. 437.º/2 do CT 2003 e da al. *b)* do art. 13.º/2 da LCCT, exige um nexo de causalidade entre a cessação do vínculo e o recebimento dos rendimentos para justificar a respectiva dedução, a qual existirá sempre que seja possível concluir que o benefício não teria existido, não fora o despedimento e a situação de inactividade do trabalhador ⁽¹⁵⁾.

⁽¹²⁾ Nesse sentido, Mário Júlio Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, cit., pp. 777-778.

⁽¹³⁾ Nesse sentido, Mário Júlio Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, cit., pp. 778-779.

Impõe-se referir que, relativamente às deduções a fazer nos salários intercalares, devem considerar-se excluídas do disposto na al. *a)* do art. 390.º/2 do CT todas as quantias que o trabalhador auferiu durante o período intercalar e que não apresentem qualquer conexão relevante com a exoneração da prestação laboral por este devida, nomeadamente, as quantias percebidas pelo trabalhador que se não reconduzam a rendimentos de trabalho, bem como aquelas que, tratando-se de rendimentos de trabalho, sejam o resultado de uma actividade iniciada anteriormente ao despedimento e que, na plena vigência do contrato de trabalho originário, coexistia com este. Nesse sentido, ainda que a propósito do art. 13.º/2, al. *b)* da LCCT, *vd.* Joana Vasconcelos, *Despedimento Ilícito, salários intercalares e deduções*, RDES, Ano XXXII.º, 1990, n.º 1-2-3-4, pp. 209-210.

⁽¹⁴⁾ Esta solução está de acordo com a finalidade ressarcitória reconhecida ao instituto da responsabilidade civil, no nosso ordenamento. Por outro lado, a consagração da teoria da diferença, no art. 566.º do CC, também demonstra, de forma inequívoca, que não é propósito da responsabilidade civil permitir que o beneficiário enriqueça, ainda que, excepcionalmente, possam ser encontradas, no nosso ordenamento jurídico, algumas manifestações, como a limitação equitativa da indemnização prevista no 494.º do CC, das funções acessórias preventivas e punitivas da responsabilidade civil.

⁽¹⁵⁾ Cfr. Joana Vasconcelos, *Despedimento ilícito...*, cit., p. 209, Romano Martinez, *Direito do Trabalho*, cit., pp. 950-951.

A este propósito, caberá referir que alguma doutrina convocou o disposto no art. 795.º/2 do CC para justificar a dedução das vantagens obtidas com a cessação do contrato. Nesse

O direi
iremos dem

2. A opção do contu

A subsi
não é uma c
de indemniz
bilidade civil c

Por isso
é o da reinte
a reposição c

É, nesse
ao trabalhac
indemnizaçã

Se o tra
nativa, a ind
final de julg

O n.º 1
reintegrado r
goria e antig

Relativa
prolixa a refe
tegração um
situação que
retroactivo ⁽¹⁾

sentido, Nunes
bra, 1984, pp.

⁽¹⁶⁾ *Vd.*,
p. 848, Júlio M

⁽¹⁷⁾ A ex
oposição à reint

Martinez, *Direi*
⁽¹⁸⁾ Ness

O direito aos salários intercalares não é, pois, um direito absoluto e, como iremos demonstrar, não poderá manter-se após a extinção do vínculo laboral.

2. A opção pela indemnização substitutiva como forma de cessação atípica do contrato de trabalho

A subsistência do contrato de trabalho, na perspectiva por nós sufragada, não é uma consequência da ilicitude do despedimento, mas sim da obrigação de indemnizar, reconstituindo a situação que existiria, baseada na responsabilidade civil decorrente do despedimento ilícito.

Por isso, é que o princípio geral, em matéria de ilicitude do despedimento, é o da reintegração do trabalhador, enquanto forma de assegurar plenamente a reposição da situação que existia antes do despedimento ilícito ⁽¹⁶⁾.

É, nesse sentido, que os arts 389.º/1, al. *b*) e 391.º do CT reconhecem ao trabalhador a faculdade de optar pela reintegração na empresa ou pela indemnização em substituição da reintegração.

Se o trabalhador não pretender a reintegração, terá de requerer, em alternativa, a indemnização substitutiva, até ao termo da discussão em audiência final de julgamento, nos termos do art. 391.º/1 do CT ⁽¹⁷⁾.

O n.º 1 do art. 389.º do CT reconhece ao trabalhador o direito a ser reintegrado no mesmo estabelecimento da empresa, sem prejuízo da sua categoria e antiguidade.

Relativamente a esta fórmula, cumpre assinalar que é manifestamente prolixa a referência à categoria e antiguidade, atendendo a que, sendo a reintegração uma forma de realizar a obrigação de indemnizar, reconstituindo a situação que existiria se não tivesse havido despedimento ilícito, esta tem efeito retroactivo ⁽¹⁸⁾.

sentido, Nunes de Almeida e Messias Carvalho, *A nulidade do despedimento*, Almedina, Coimbra, 1984, pp. 211-212, Joana Vasconcelos, *Despedimento ilícito...*, cit., p. 198.

⁽¹⁶⁾ *Vd.*, nesse sentido, Maria do Rosário Palma Ramalho, *Direito do Trabalho*, cit., p. 848, Júlio Manuel Vieira Gomes, *Direito do trabalho*, cit., pp. 1018-1019.

⁽¹⁷⁾ A existência da indemnização como alternativa torna compreensível o direito de oposição à reintegração reconhecido ao empregador (art. 392.º do CT), como dá nota Romano Martínez, *Direito do trabalho*, cit., p. 955.

⁽¹⁸⁾ Nesse sentido, Romano Martínez, *Direito do trabalho*, cit., p. 955.

Por outro lado, é de aplaudir a maior flexibilidade reconhecida ao empregador na reintegração do trabalhador no mesmo estabelecimento da empresa, em substituição da anterior alusão ao posto de trabalho ⁽¹⁹⁾.

Também é, no entanto, verdade que a reintegração não se verifica numa de duas hipóteses: no caso de oposição fundamentada do empregador, legitimada por decisão judicial específica (art. 392.º do CT) e quando o trabalhador optar por uma indemnização em substituição da reintegração (art. 391.º CT) a fixar pelo tribunal, atendendo ao valor da retribuição e ao grau de ilicitude do despedimento.

A indemnização, que, como já notámos, configura uma alternativa à reintegração, acarreta, segundo Monteiro Fernandes, “a extinção «definitiva» do vínculo por vontade do trabalhador, após uma operação repristinatória que só ficticiamente o teria feito “renascer”, com a ressalva que este renascimento, no nosso entendimento, é consequência da restauração natural, ditada pela obrigação de indemnizar ⁽²⁰⁾.

A opção pela indemnização substitutiva revela a falta de interesse do trabalhador na execução do contrato, uma das condições subjacentes à subsistência do vínculo laboral ilicitamente resolvido pelo empregador.

Neste sentido, a declaração judicial de ilicitude do despedimento que condena o empregador na indemnização substitutiva não implica a subsistência do vínculo, que, assim, cessou, por iniciativa do trabalhador.

Assim, impõe-se acrescentar às formas típicas a cessação do contrato resultante da opção do trabalhador pela indemnização substitutiva da reintegração, prevista no art. 391.º do CT ⁽²¹⁾.

⁽¹⁹⁾ António Monteiro Fernandes, *Direito do trabalho*, cit., pp. 492-493, Pedro Romano Martinez, *Direito do trabalho*, cit., pp. 955.

⁽²⁰⁾ António Monteiro Fernandes, *Direito do trabalho*, cit., p. 490. No mesmo sentido, Furtado Martins, *Despedimento ilícito e reintegração do trabalhador*, RDES, n.º 3/4, p. 509, *idem*, *Cessação do contrato*, 3.ª ed. Revista e actualizada, Principia, Lisboa, 2012, pp. 492-493.

⁽²¹⁾ Nesse sentido, *vd.* Pedro Romano Martinez, *Direito do trabalho*, cit. p. 947. Impondo-se ainda acrescentar a resolução judicial do contrato na sequência da procedência da oposição do empregador à reintegração, como nota Monteiro Fernandes, *Direito do trabalho*, cit., p. 492. Na jurisprudência, afirmam a cessação do contrato na sequência da opção pela indemnização, entre outros, os Acs do STJ de 15.5.1996, CJSTJ, Ano IV, 1996, T II, p. 255 e de 9.10.2002, Processo n.º 01S3448, publicado em www.dgsi.pt/jstj. Este último será seguido pelo acórdão uniformizador de jurisprudência n.º 1/2004, de 20.11.2003, publicado no DR I-Série A, de 09.01.2004, p. 126. No mesmo sentido, *cfr.* os Acs de 12.7.2007, Processo n.º 06S4104 e de 8.10.2008, Processo n.º 08S1983, publicados em www.dgsi.pt/jstj.

Já da opção

A

que os indemp

N

9.10.20

trabalh

pela ini

ral fina

necessar

acórdão

Er

com a i

implica

contrat

pre se i

pagame

cessaçã

N

indemp

trabalh

depend

do desq

Al

regraçã

(22)

(23)

(24)

por inici

facto de

respectiv

pedimen

O

e não na

laboral ir

trabalhad

Já controverso na doutrina é o momento em que a cessação, na sequência da opção do trabalhador pela indemnização, produz efeitos.

A doutrina e a jurisprudência tendem, de forma expressiva, a considerar que os efeitos da extinção do contrato resultante da opção do trabalhador pela indemnização produzem-se na data do trânsito em julgado da decisão judicial ⁽²²⁾.

Na jurisprudência, assume especial destaque o Acórdão do STJ de 9.10.2002, quando decidiu que “*na acção de impugnação do despedimento pelo trabalhador, quer esteja em causa a reintegração do trabalhador, quer a sua opção pela indemnização de antiguidade, o momento que releva como referência temporal final para a definição dos direitos que o art. 13.º da LCCT lhe confere, é não necessariamente a sentença da 1.ª instância, mas aquela decisão, seja sentença ou acórdão, que, declarando ilícito o acto de despedimento, transite em julgado*” ⁽²³⁾.

Em síntese, o Tribunal reconheceu que, ao contrário do que se verifica com a reintegração, em que a declaração judicial da ilicitude do despedimento implica a subsistência do vínculo, não se produzindo o efeito extintivo do contrato, típico do despedimento, tudo se passando como se o contrato sempre se tivesse mantido em vigor, a sentença que condenar o empregador no pagamento da indemnização, por opção do trabalhador, tem por efeito a cessação do contrato.

Nesse sentido, o citado aresto sustentou que a opção do trabalhador, pela indemnização de antiguidade, representa uma manifestação de vontade do trabalhador no sentido de pôr termo ao contrato, a qual, no entanto, fica dependente da superveniência de uma decisão judicial que declare a ilicitude do despedimento ⁽²⁴⁾.

Alicerçado nestes argumentos, o Tribunal considerou que, quer na reintegração, quer na opção pela indemnização, independentemente de a sentença

⁽²²⁾ Nesse sentido, Pedro Furtado Martins, *Cessação do contrato*, cit., pp. 492-493.

⁽²³⁾ Citado na nossa nota 21.

⁽²⁴⁾ O citado aresto aponta como traço distintivo do que designa de ‘rescisão do contrato por iniciativa do trabalhador’ em relação às situações tradicionais de cessação do contrato o facto de esta se verificar num momento em que o contrato não está em vigor, estando a respectiva eficácia rescisória da relação laboral dependente da decisão que declare aquele despedimento ilícito. Já nos restantes casos a cessação ocorre quando o contrato está em vigor.

O STJ concluiu, nesse sentido, que o contrato só se considera cessado na data da sentença, e não na data da notificação dessa opção à entidade patronal, acrescentando que “a relação laboral interrompida pelo despedimento só pode ser “morta” pela rescisão por iniciativa do trabalhador depois de “ressuscitada” pela declaração judicial da ilicitude daquele despedimento”.

ter sido impugnada ou não, a coerência lógica do sistema impunha que os efeitos que, no artigo 13.º da LCCT eram imputados a sentença da 1.ª instância, tendo como referência a "situação padrão" de despedimento julgado ilícito, por sentença não impugnada, se reportassem à "decisão judicial final no sentido da ilicitude do despedimento".

Este acórdão será abundantemente citado, servindo de apoio ao acórdão uniformizador de jurisprudência n.º 1/2004 que definiu que, declarada judicialmente a ilicitude do despedimento, o momento a atender, como limite temporal final, para a definição dos direitos conferidos ao trabalhador, à data dos factos em análise, no artigo 13.º/1, al. a) e n.º 3 da LCCT, é a data da decisão final, sentença ou acórdão, que haja declarado ou confirmado aquela ilicitude.

Também escorado no acórdão do STJ de 9.10.2002, o STJ concluiu que o momento relevante, como referência temporal final, para a definição dos direitos dos direitos em causa, é o mesmo, "*quer esteja em causa a reintegração do trabalhador, quer a sua opção pela indemnização de antiguidade*" (25).

Ora, é neste ponto que divergimos desta orientação jurisprudencial, considerando que os efeitos da extinção do vínculo, na sequência da opção pela indemnização, devem reportar-se à data da sentença, que, declarando o despedimento ilícito, condena o empregador na indemnização substitutiva.

Com efeito, será a sentença que declara o despedimento ilícito que, nos termos do art. 562.º do CC, *repristina* o contrato cessado por resolução, ainda que ilícita, de molde a que este seja definitivamente considerado cessado, por iniciativa do trabalhador, quando a sentença conhece a indemnização substitutiva (26).

Se a aludida sentença da 1.ª instância declarar o despedimento ilícito, será a partir dessa data que o contrato deve ser considerado cessado para todos os efeitos legais, incluindo o disposto no art. 390.º do CT, ainda que a decisão não transite em julgado.

(25) Acórdão uniformizador de jurisprudência n.º 1/2004, de 20.11.2003, cit., p. 137. Mais tarde seguido, nos Acs de 12.7.2007, Processo n.º 06S4104 e de 8/10/2008, Processo 08S1983, já citados na nota supra 21. A assinalar, em sentido contrário, o Ac do STJ de 25.05.2005, Processo 05S249, publicado em www.dgsi.pt/jstj. Este aresto, argumentando a impossibilidade de aplicar a condenação *extra vel ultra petitem* prevista no art. 74.º do CPT, decidiu que o tribunal não podia condenar a entidade empregadora a pagar as retribuições intercalares vincendas até à data do trânsito em julgado da decisão que declarou o despedimento ilícito, se o autor se limitou a pedir as retribuições vincendas até à sentença.

(26) No sentido propugnado pelo Ac do STJ de 9.10.2002, cit..

Cor
fechos: 1,
ilícito e c
do contra
1.ª instân
gador, nã
constante
Não
momento
formulad
Segu
ilícito pel
do contra

3. Efeito inden calare

Relat
aos salári
doutrina
contrato c
Com
balho, ent
razões, po
depois do
indenmiza

(27) N
Romano Ma
herme Dray,
p. 817, em c
do Código do
(28) Pe
Luís Miguel
Gonçalves da

Com efeito, o recurso aos tribunais superiores pode ter um de dois desfechos: 1) é confirmada a decisão da 1.^a instância, considerando o despedimento ilícito e condenando o empregador na indemnização, mantendo-se a cessação do contrato, por iniciativa do trabalhador; 2) é revogada a sentença da 1.^a instância e considerado cessado o contrato na data da resolução pelo empregador, não se verificando a reconstituição do contrato, nem nenhum dos efeitos constantes dos arts 389.º e 390.º do CT.

Não resulta, em nenhum destes cenários, a *reconstituição* do contrato para momento ulterior à decisão que julgou procedente o pedido de indemnização formulado pelo trabalhador, em alternativa à reintegração.

Seguindo o raciocínio expandido, se o despedimento só for declarado ilícito pelo tribunal superior, será à data dessa decisão que se reporta a cessação do contrato, na sequência da opção pela indemnização.

3. Efeito da cessação do contrato de trabalho, resultante da opção pela indemnização substitutiva, no direito do trabalhador aos salários intercalares

Relativamente ao efeito da cessação do contrato de trabalho no direito aos salários intercalares, previsto no art. 390.º/1 do CT, acompanhamos a doutrina que sustenta que este direito está dependente da subsistência do contrato de trabalho.⁽²⁷⁾

Com efeito, como assinala Pedro Romano Martinez, o contrato de trabalho, entre o despedimento e o trânsito em julgado, pode cessar por várias razões, por exemplo, a caducidade por força da morte do trabalhador, ocorrida depois do despedimento, a reforma por velhice, ou, como vimos, a opção pela indemnização, em alternativa à reintegração, conhecida por sentença judicial⁽²⁸⁾.

⁽²⁷⁾ Nesse sentido, Pedro Romano Martinez, em anotação ao art. 390.º, *in* Pedro Romano Martinez, Luís Miguel Monteiro, Joana Vasconcelos, Pedro Madeira de Brito, Guilherme Dray, Luís Gonçalves da Silva, *Código do Trabalho Anotado*, 9.^a ed, Almedina, 2013, p. 817, em consonância com a posição já defendida na anotação ao art. 437.º, na 6.^a edição do *Código do Trabalho Anotado*, cit., p. 786.

⁽²⁸⁾ Pedro Romano Martinez, em anotação ao art. 390.º, *in* Pedro Romano Martinez, Luís Miguel Monteiro, Joana Vasconcelos, Pedro Madeira de Brito, Guilherme Dray, Luís Gonçalves da Silva, *Código do Trabalho Anotado*, cit., p. 817.

Não haverá, por certo, dúvidas em considerar que, se o trabalhador morrer depois do despedimento ilícito, os salários intercalares só são devidos até à data da morte, o mesmo ocorrendo na eventualidade de o trabalhador se reformar por velhice, depois do despedimento ilícito ⁽²⁹⁾.

Ora, também a cessação do contrato, na sequência da opção pela indemnização substitutiva, terá como efeito a perda do direito aos salários intercalares a partir da sentença, atendendo a que o contrato cessa nesse momento ⁽³⁰⁾.

Entendemos que milita, em favor da posição aqui sufragada, o facto de o direito aos salários intercalares consubstanciar uma indemnização pelo não cumprimento de um contrato de execução continuada, como é o contrato de trabalho.

Por tal facto, não pode o direito aos salários intercalares manter-se, depois de cessado o vínculo, cessação que se verifica com a prolação da decisão que declara o despedimento ilícito e julga procedente o pedido de indemnização de antiguidade.

O princípio geral da obrigação de indemnização, onde se insere o pagamento dos salários intercalares, assenta na reconstituição natural da situação que existiria, se o facto ilícito não tivesse verificado.

Assim, sendo estes salários intercalares, um dos meios de indemnização dos prejuízos sofridos pelo trabalhador na sequência do incumprimento do contrato, consubstanciado no despedimento ilícito, admitir o respectivo paga-

⁽²⁹⁾ Pedro Romano Martinez, em anotação ao art. 390.º, in Pedro Romano Martinez, Luís Miguel Monteiro, Joana Vasconcelos, Pedro Madeira de Brito, Guilherme Dray, Luís Gonçalves da Silva, *Código do Trabalho Anotado*, cit., p. 817. Na jurisprudência, *vd.* Ac do STJ de 14.4.1993, publicado com o n.º convencional JSTJ00018807, em www.dgsi.pt, a propósito da cessação do direito a salários intercalares verificada a caducidade do contrato por morte do trabalhador. No Ac de 21.02.2006, Proc 05S3639, publicado em www.dgsi.pt/stj, o STJ, perante a caducidade do contrato na sequência da reforma do trabalhador, decidiu não ter este direito à indemnização por antiguidade, pela qual optara na PI, limitando, igualmente, o direito aos salários intercalares até à data da reforma. Alertamos para o facto de o sumário reconhecer, em sentido contrário, o direito às retribuições intercalares desde a data do despedimento até à data da decisão final.

⁽³⁰⁾ Pedro Romano Martinez, em anotação ao art. 390.º, in Pedro Romano Martinez, Luís Miguel Monteiro, Joana Vasconcelos, Pedro Madeira de Brito, Guilherme Dray, Luís Gonçalves da Silva, *Código do Trabalho Anotado*, cit., p. 817. Cfr. Jorge Leite e Coutinho de Almeida, *Colectânea das Leis do Trabalho*, 1985, Coimbra Editora, Coimbra, 1985, p. 263, em sentido idêntico, a propósito do art. 12.º do DL 372-A/75, de 16/7, que instituiu o Regime Geral da Cessação do Contrato de Trabalho.

mento depois de cessado o contrato, significaria aceitar que o lesado (trabalhador ilicitamente despedido) lucrasse com o dano, em sentido manifestamente contrário ao propugnado pela teoria da diferença consagrada no art. 566.º do CC e à finalidade ressarcitória da responsabilidade civil.

O pagamento dos salários intercalares, depois de cessado o vínculo contratual, coloca o trabalhador numa situação mais vantajosa do que estaria, se o facto ilícito não se tivesse verificado, uma vez que, o trabalhador, cessando o contrato por sua iniciativa, não tem direito aos vencimentos posteriores à data da cessação.

Nesse sentido, acarretando a opção pela indemnização substitutiva da reintegração até ao termo da discussão em audiência final de julgamento, nos termos do art. 391.º/1 do CT, a cessação do contrato, por iniciativa do trabalhador, deixa de haver qualquer fundamento legal para o pagamento dos salários intercalares a partir da data da sentença que, julgando o despedimento ilícito e reconhecendo o direito do trabalhador a indemnização, faz cessar o contrato ⁽³¹⁾.

O trabalhador, fazendo cessar o contrato por sua iniciativa, está a exonerar-se das obrigações emergentes do contrato de trabalho, mas também a abrir mão dos direitos emergentes da relação laboral, nomeadamente, o direito às retribuições e subsídios, tutelado através dos salários intercalares.

Julgamos que também reforça a posição assumida neste escrito o facto de o recebimento destes salários intercalares, depois de cessado o contrato, poder configurar, para o trabalhador, uma situação de enriquecimento sem causa, prevista no art. 473.º/2 do CC, pois, dada a extinção vínculo laboral, passa a haver um locupletamento do trabalhador à custa do empobrecimento da entidade patronal, sem causa justificativa ⁽³²⁾.

⁽³¹⁾ Pedro Romano Martinez, em anotação ao art. 390.º, in Pedro Romano Martinez, Luís Miguel Monteiro, Joana Vasconcelos, Pedro Madeira de Brito, Guilherme Dray, Luís Gonçalves da Silva, *Código do Trabalho Anotado*, cit., p. 817. Conforme referimos, os salários serão devidos até à decisão que declara o despedimento ilícito, o que poderá ocorrer na 1.ª instância ou em sede de recurso.

⁽³²⁾ Estará aqui presente a *condictio ob causam finitam*, ao abrigo da qual o benefício auferido pelo trabalhador, os salários intercalares, depois de extinto o contrato, corresponde a um enriquecimento sem causa, atendendo a que deixou de existir a causa que legitimava esse benefício, neste caso, o vínculo contratual momentaneamente reprimado com a declaração de ilicitude do despedimento. Sobre esta figura, *vd.* Luís Menezes Leitão, *O enriquecimento sem causa no Direito Civil (Estudo dogmático sobre a viabilidade da configuração unitária*

É, com base nestes argumentos, que consideramos sustentável defender que não são devidos salários intercalares, a partir da cessação do vínculo laboral, na sequência da opção pelo trabalhador pela indemnização substitutiva, a qual produz efeitos na decisão judicial, seja esta proferida na 1.ª instância ou em sede de recurso, que declare a ilicitude do despedimento e condene o empregador no pagamento da indemnização.

4. A constitucionalidade da manutenção do direito aos salários intercalares até ao trânsito em julgado da decisão final, em face da opção pelo trabalhador pela indemnização substitutiva, em sede de recurso.

Como demos a conhecer, no início deste artigo, o direito do trabalhador aos salários intercalares até ao trânsito em julgado da decisão, em caso de recurso, depois de o contrato ter cessado, na sequência da opção pela indemnização, com a prolação da decisão da 1.ª instância que declarou o despedimento ilícito, levantou-nos algumas dúvidas em face do direito fundamental do empregador ao acesso ao direito, consagrado no art. 20.º da CRP e do princípio da igualdade, plasmado no art. 13.º da CRP, que tivemos ocasião de suscitar junto do Tribunal Constitucional, tendo recaído sobre o nosso recurso o Acórdão n.º 284/2011⁽³³⁾.

Em síntese, alegámos que, sob o ponto de vista constitucional, a imposição ao empregador do pagamento dos salários intercalares até à decisão final das instâncias de recurso, depois da extinção do vínculo laboral se ter verificado na decisão da 1.ª instância, que declarou o despedimento ilícito e condenou o empregador na indemnização de antiguidade, violava o direito fundamental do empregador de acesso ao recurso da decisão condenatória de 1.ª instância que declarou o despedimento ilícito, com efeitos discriminatórios contrários ao princípio da igualdade.

Em apoio da nossa tese, referimos o agravamento, de forma muito significativa, dos montantes devidos ao trabalhador em caso de despedimento ilícito, enquanto o empregador percorre as instâncias de recurso, decorrente da morosidade dos tribunais, cujas decisões em sede de recurso chegam a demorar anos.

do instituto, face à contraposição entre as diferentes categorias de enriquecimento sem causa), Almedina, Coimbra, 2005. pp. 486 e ss.

⁽³³⁾ Acórdão n.º 284/2011, Processo n.º 73/09, *Diário da República* — 2.ª Série, N.º 137, de 19.07.2011, p. 30041.

O Tribu
não ser inco
factos, cuja
"interpretade
indemnizaçã
tinuação de
da decisão fi

Em sín
blemática o
e o direito à
do CT 2002
ultrapassou :
desproporcio
do direito de

Ora, ta
pagamento c
crita no art.
direito e à tu
balhador à s
causa (art. 5:

Confort
consagra um
direito, liber
garantias⁽³⁶⁾.

Um dos
acesso ao dire
cado por insu

⁽³⁴⁾ Cfr. 1

⁽³⁵⁾ Cfr. 1

⁽³⁶⁾ Const

p. 409.

⁽³⁷⁾ Conf

Anotada, cit., p.
conceito indeter
ser definido em t

O Tribunal Constitucional, rejeitando a nossa fundamentação, considerou não ser inconstitucional o artigo 437.º/1 do CT 2003, aplicável à data dos factos, cuja redacção pouco diverge da actual do art. 390.º/1 do CT, quando “interpretado no sentido que em caso de opção do trabalhador pelo recebimento de indemnização antiguidade, o autor mantém, em caso de recurso, o direito à continuação de recebimento dos vencimentos intercalares até ao trânsito em julgado da decisão final”⁽³⁴⁾.

Em síntese, o Tribunal Constitucional identificou como cerne desta problemática o conflito entre dois direitos fundamentais — o do acesso ao direito e o direito à segurança no emprego, este último prosseguido pelo artigo 437.º/1 do CT 2003, de forma a apurar se, nesse exercício de ponderação, o legislador ultrapassou a margem de liberdade de conformação que lhe cabe, sacrificando desproporcionalmente o direito do empregador ao acesso à justiça, em favor do direito do trabalhador à segurança no emprego⁽³⁵⁾.

Ora, também nós entendemos que estão subjacentes à imposição de pagamento dos salários intercalares até ao trânsito em julgado da decisão prescrita no art. 390.º do CT o direito fundamental do empregador ao acesso ao direito e à tutela efectiva (art. 20.º da CRP) e o direito fundamental do trabalhador à segurança no emprego e à proibição do despedimento sem justa causa (art. 53.º da CRP).

Conforme referem Gomes Canotilho e Vital Moreira, o art. 20.º da CRP consagra um direito fundamental independentemente da sua recondução a direito, liberdade e garantia ou a direito análogo aos direitos, liberdades e garantias⁽³⁶⁾.

Um dos aspectos essenciais para a concretização efectiva do direito ao acesso ao direito e aos tribunais resulta do facto de este não poder ser prejudicado por insuficiência de meios económicos (art. 20.º/1, *in fine*)⁽³⁷⁾.

⁽³⁴⁾ Cfr. Acórdão n.º 284/2011, Processo n.º 73/09, cit., p. 30046.

⁽³⁵⁾ Cfr. Acórdão n.º 284/2011, Processo n.º 73/09, cit., p. 30044.

⁽³⁶⁾ *Constituição da República Anotada*, Vol. I, 4.ª ed. revista, Coimbra Editora, 2007, p. 409.

⁽³⁷⁾ Conforme alertam Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Anotada*, cit., p. 411, a *insuficiência de meios económicos* referida no art. 20.º/1, *in fine*, é um conceito indeterminado que, permitindo uma ampla discricionariedade legislativa, não pode ser definido em termos tão restritos que cause uma efectiva impossibilidade de acesso à justiça.

A doutrina considera abrangidos pelo direito de acesso aos tribunais quatro "subdireitos": (1) o direito de acção ou de acesso aos tribunais; (2) o direito ao processo perante os tribunais; (3) o direito à decisão da causa pelos tribunais; (4) o direito à execução das decisões dos tribunais ⁽³⁸⁾.

Para a nossa temática, interessam-nos, apenas, os direitos de acção e o direito ao processo perante os tribunais.

Como ensinam Gomes Canotilho e Vital Moreira, o direito de acção corresponde ao direito subjectivo de levar determinada pretensão ao conhecimento do órgão judicial, solicitando a abertura de um processo, recaindo sobre este órgão o dever de se pronunciar mediante decisão fundamentada ⁽³⁹⁾.

Ora, este direito é indissociável do direito ao *due process*, ou seja, o direito a um processo equitativo, o qual deve ser entendido num sentido amplo, não só como um processo justo na sua conformação legislativa, mas também como um processo materialmente informado pelos princípios materiais da justiça, nos vários momentos processuais ⁽⁴⁰⁾.

O direito à tutela jurisdicional efectiva referido na epígrafe ou direito à tutela efectiva, na fórmula empregue no art. 20.º/5 da CRP, sendo concretizado, em primeiro lugar, através do legislador, impede-o de, na organização dos tribunais e no desenho dos instrumentos processuais, criar dificuldades excessivas e materialmente injustificadas no direito de acesso aos tribunais e «situações de indefesa» originadas por conflitos de competência negativos entre vários tribunais ⁽⁴¹⁾.

Apesar de o direito de acesso aos tribunais e à tutela judicial efectiva não fundamentar um direito subjectivo ao duplo grau de jurisdição, é entendimento pacífico que, embora o legislador tenha liberdade para proceder à regulação dos requisitos e graus de recurso, não pode fazê-lo de forma discriminatória, nem impor limites de forma excessiva ⁽⁴²⁾.

⁽³⁸⁾ Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Anotada*, cit., p. 414.

⁽³⁹⁾ Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Anotada*, cit., pp. 414-415.

⁽⁴⁰⁾ Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Anotada*, cit., p. 415. Sobre a densificação deste princípio através de outros princípios, *vd.*, Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Anotada*, cit., pp. 415-416.

⁽⁴¹⁾ Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa*, cit., p. 418.

⁽⁴²⁾ O que é reconhecido no Acórdão n.º 284/2011, Processo n.º 73/09, cit., p. 30044.

O c
bição de
primeiro
no Capi
regime c

A p
empreg
dos desp
no norm

É, s
minatór
posto de

Par
o direito
seguranç

Aliá
ao direito

(43)

Os autores
aos direitos
na mesma p
cujo elenco

(44)

reconhecen
ao trabalho
garante a n

(45)

despedimer
da reintegr
Portuguesa,

Esta p
com justa c
quanto aos

(arts. 351.º
os casos, un
cuja inobse
trabalhador
caso de desp

O direito fundamental do trabalhador à segurança no emprego e à proibição do despedimento sem justa causa, previsto no art. 53.º da CRP, é o primeiro dos direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores, identificados no Capítulo III, os quais são direitos específicos dos trabalhadores, sujeitos ao regime dos direitos fundamentais ⁽⁴³⁾.

A primeira e, talvez, a mais relevante dimensão do direito à segurança no emprego, considerado expressão directa do direito ao trabalho, é a proibição dos despedimentos sem justa causa, sendo esse aspecto destacado expressamente no normativo ⁽⁴⁴⁾.

É, assim, constitucionalmente proibido o despedimento livre ou discriminatório por parte dos empregadores. O trabalhador, depois de obtido o posto de trabalho, tem direito a mantê-lo, salvo justa causa ⁽⁴⁵⁾.

Parece-nos resultar, de forma nítida, do art. 390.º do CT, a colisão entre o direito do empregador ao acesso ao direito e o direito do trabalhador à segurança no emprego e à proibição do despedimento sem justa causa.

Aliás, para minimizar esta compressão do direito do empregador ao acesso ao direito, o nosso ordenamento, aproximando-se de forma, ainda que muito

⁽⁴³⁾ Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa*, cit., p. 705. Os autores, *ob cit.*, p. 762, entendem que o direito ao trabalho, previsto no capítulo dedicado aos direitos económicos, sociais e culturais, está "para os direitos económicos, sociais e culturais, na mesma posição em que se encontra o direito à vida no quadro dos direitos, liberdades e garantias, cujo elenco igualmente inicia."

⁽⁴⁴⁾ Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa*, cit., p. 707, reconhecem ao direito ao trabalho, previsto no art. 58.º, duas vertentes: na positiva, o direito ao trabalho consiste no direito a procurar e a obter emprego; na negativa, o direito ao trabalho garante a manutenção do emprego, o direito de não ser privado dele.

⁽⁴⁵⁾ Ainda no âmbito do mesmo direito, é reconhecido ao trabalhador, em caso de despedimento sem justa causa, a liberdade de optar pela indemnização de antiguidade, em vez da reintegração no emprego. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa*, cit., p. 707.

Esta proibição constitucional justifica a sujeição, na legislação ordinária, do despedimento com justa causa a requisitos muito exigentes, nomeadamente, o princípio da definição legal quanto aos pressupostos de facto e de direito que constituem justa causa de despedimento (arts. 351.º e 381.º do CT); garantia de um procedimento justo, o que pressupõe, consoante os casos, um processo disciplinar com garantias de defesa (arts. 353.º, 355.º e 356.º do CT) cuja inobservância acarreta a ilicitude do despedimento (art. 381.º do CT) e o direito do trabalhador a ser reintegrado e obter a correspondente indemnização dos danos sofridos no caso de despedimento ilícito (arts. 389.º, 390.º e 391.º do CT).

tímida, do ordenamento espanhol, impõe, no art. 98.º-N do CPT, o custo dos salários intercalares ao Estado, se entre a apresentação da PI e a decisão da 1.ª instância decorrerem mais de 12 meses ⁽⁴⁶⁾.

Esta norma, no entanto, tem um alcance muito limitado, porquanto apenas é abrangida a delonga processual verificada na 1.ª instância, no âmbito da acção especial de impugnação da licitude e regularidade do despedimento, ou seja, o despedimento formal, deixando de fora os outros tipos de despedimento individual, nomeadamente, o despedimento informal ⁽⁴⁷⁾.

Há uma situação de colisão ou conflitos de direitos sempre que se deva entender que a Constituição protege simultaneamente dois valores ou bens em contradição concreta, sendo que a grande dificuldade reside em compatibilizar bens que se apresentam efectivamente protegidos como fundamentais ⁽⁴⁸⁾.

A doutrina, em alternativa ao recurso à ideia de uma ordem hierárquica dos valores constitucionais para solucionar os conflitos de direitos, propõe um princípio da concordância prática.

Este princípio prescreve o respeito pela protecção constitucional dos diferentes direitos ou valores, procurando a solução no quadro da unidade da Constituição, isto é, tentando harmonizar, da melhor maneira, os preceitos divergentes ⁽⁴⁹⁾.

⁽⁴⁶⁾ Elogiando, com acerto, a solução do ordenamento jurídico espanhol, cfr. Júlio Gomes, *Direito do Trabalho*, cit., 1021.

O art. 57.º do *Estatuto de los Trabajadores*, em termos muito mais amplos do que os previstos no art. 98.º N do CPT, reconhece ao empregador, no caso de mediar mais de 90 dias úteis entre a data da propositura da acção e a data da sentença que declare o despedimento ilícito, o direito a exigir do Estado o pagamento dos salários intercalares que excedam aquele período, sendo expressamente consagrado no n.º 2 a responsabilidade do Estado pelos descontos para a Segurança Social referentes a esses salários.

⁽⁴⁷⁾ Neste sentido, Pedro Romano Martinez, em anotação ao art. 390.º, in Pedro Romano Martinez, Luís Miguel Monteiro, Joana Vasconcelos, Pedro Madeira de Brito, Guilherme Dray, Luís Gonçalves da Silva, *Código do Trabalho Anotado*, cit., p. 817.

⁽⁴⁸⁾ José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais. Na Constituição Portuguesa de 1976*, Almedina, 1987, p. 220.

⁽⁴⁹⁾ José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais*, cit., p. 222.

A aceitação deste princípio pressupõe que o conflito entre direitos nunca afecta o conteúdo essencial de nenhum deles, uma vez que essa ofensa ao conteúdo essencial já configuraria uma situação de limites imanentes. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais*, cit., p. 222, ressalva que este princípio é apenas um método e um processo de legitimação das

Este princípio da concordância prática é posto em prática através de um critério de proporcionalidade na distribuição dos custos do conflito ⁽⁵⁰⁾.

O pagamento dos salários intercalares até ao trânsito em julgado da decisão, que, como já referimos, pode vir a acontecer muito tardiamente por facto não imputável ao empregador, mas à morosidade dos tribunais, é uma evidente limitação do direito ao acesso ao direito do empregador, em favor da concretização do direito fundamental do trabalhador à segurança no emprego e à proibição do despedimento sem justa causa.

Como referimos, o percurso das instâncias de recurso torna-se mais dispendioso, por força da obrigação de efectuar o pagamento dos salários intercalares até ao trânsito em julgado, podendo, de facto, conduzir a situações de injustiça.

Daqui resulta uma evidente compressão no direito de acção do empregador, na medida em que o conhecimento da pretensão do empregador pelas instâncias judiciais torna-se mais oneroso.

Este agravamento do custo da litigância processual para o empregador também tem reflexo no direito ao acesso ao direito, enquanto direito a um processo justo, informado por princípios materiais da justiça, e no princípio da igualdade, enquanto proibição de distorções no acesso ao direito.

No entanto, como já analisámos, os salários intercalares têm como fundamento a obrigação de indemnizar, na sequência do não cumprimento do contrato pelo empregador, consubstanciado no despedimento ilícito.

soluções que impõe a ponderação de todos os valores constitucionais aplicáveis, para que a Constituição seja preservada na maior medida possível.

⁽⁵⁰⁾ José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais*, cit., p. 223. Assim, é exigido que o sacrifício de cada um dos valores constitucionais seja necessário e adequado à salvaguarda do outro, sob pena de não estar em causa um verdadeiro conflito.

Numa manifestação da ideia de proporcionalidade em sentido estrito, exige-se que a escolha, entre as diversas maneiras de resolver a questão concreta, se faça em termos de comprimir o menos possível cada um dos valores em causa. É, por isso, defendido por José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais*, cit., p. 224, que o conflito de direitos ou de valores exige um juízo de ponderação, no qual se procura encontrar e justificar a solução mais conforme ao conjunto dos valores constitucionais.

Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais*, cit., p. 224, considera que o juízo de ponderação exigido na apreciação do conflito ou colisão de direitos "é uma actividade simultaneamente de interpretação e de restrição — de interpretação restritiva —, mas que parece dever, tal como a concretização dos limites imanentes, integrar-se na competência interpretativa do juiz e, em geral, dos aplicadores da Constituição."

Conforme também já referimos, a ilicitude do despedimento sem justa causa é uma manifestação do direito fundamental do trabalhador à segurança no emprego e à proibição do despedimento sem justa causa.

Ora, a aplicação dos princípios que norteiam a colisão de direitos ao art. 390.º/1 do CT, permite-nos verificar que não está ferido o conteúdo essencial do direito do empregador ao acesso ao direito, sendo justificado que o trabalhador, tendo ganho de causa, tenha direito a ser indemnizado dos prejuízos sofridos pelo despedimento ilícito, onde necessariamente se incluem os salários intercalares vencidos, durante o recurso aos tribunais superiores.

Por força do princípio da concordância prática, é, assim, possível sacrificar o direito fundamental do empregador ao acesso ao direito, nomeadamente, os direitos de acção e a um processo justo perante o tribunal, admitindo que este é especialmente onerado com o pagamento dos salários intercalares até ao trânsito em julgado da decisão, na hipótese de recurso, de forma a preservar o conteúdo do direito fundamental à segurança no emprego e à proibição do despedimento sem justa causa, que necessariamente fundamenta o direito aos lucros cessantes provocados pelo despedimento ilícito.

Com efeito, ainda que se considere que o direito de acesso aos tribunais e à tutela judicial efectiva não fundamenta um direito subjectivo ao duplo grau de jurisdição, o certo é que que o legislador, no caso do art. 390.º/1 do CT, está a regulá-lo de forma discriminatória e a limitá-lo, fazendo recair um agravamento económico sobre o empregador, que não se verifica para o trabalhador.

No entanto, estando estes lucros cessantes, a que os salários intercalares se reportam, dependentes, como vimos, da manutenção do vínculo contratual, esta compressão do direito do empregador ao acesso ao direito, traduzida no agravamento económico existente para o empregador quando percorre as instâncias de recurso, é justificada pela preservação do direito à segurança no emprego e à proibição do despedimento sem justa causa, sendo possível compatibilizar ambos os direitos, sem ofensa do conteúdo essencial de nenhum deles, se se mantiver o vínculo laboral.

O mesmo já não se verifica, todavia, quando o trabalhador optou pela indemnização substitutiva, com a consequente cessação do contrato na decisão que declarou o despedimento ilícito, em que o reconhecimento do direito a salários intercalares até ao trânsito em julgado da decisão final implica um agravamento do acesso ao direito do empregador, depois de a relação laboral ter cessado.

Tal como defendemos no recurso apresentado perante o Tribunal Constitucional, a propósito do art. 437.º do CT 2003, entendemos que esta interpretação do art. 390.º do CT configura, sob o ponto de vista constitucional, uma situação de limites imanescentes.

Os direitos fundamentais têm limites imanescentes, isto é, "as fronteiras definidas pela própria Constituição que os cria ou recebe", daqui resultando que a protecção constitucional não abrange todas as formas ou modos de exercício possíveis para cada um dos direitos ⁽⁵¹⁾.

Conforme ensina a doutrina, os limites podem ser expressamente formulados no texto constitucional, no próprio preceito relativo ao direito fundamental (cfr. art. 45.º da CRP) ou resultarem de preceitos incluídos noutras partes da constituição. No entanto, há limites imanescentes dos direitos fundamentais que só são determináveis por interpretação, pelo facto de estarem apenas implícitos no ordenamento constitucional ⁽⁵²⁾.

Os limites imanescentes são muito distintos das colisões ou conflitos de direitos, atendendo a que não há, propriamente, um conflito entre o direito invocado e outros direitos ou valores ⁽⁵³⁾.

A solução desta problemática tem sido encontrada na interpretação dos preceitos constitucionais que prevêm cada um dos direitos fundamentais, definindo o domínio de protecção da norma ⁽⁵⁴⁾.

Aplicando este método à interpretação do art. 390.º/1 do CT, impõe-se verificar se o direito fundamental à segurança no emprego e à proibição do despedimento com justa causa acolhe, na sua esfera normativa, o pagamento dos salários intercalares depois de cessado o contrato de trabalho, por iniciativa do trabalhador, com a ressalva, já abundantemente explanada, que a eficácia rescisória se verifica na decisão que declara a ilicitude do despedimento e condena o empregador na indemnização substitutiva.

Conforme já demonstrámos, cessado o contrato com a opção pela indemnização substitutiva, não há lugar a lucros cessantes, deixando de haver fundamento jurídico para o respectivo pagamento até à decisão transitada em julgado.

⁽⁵¹⁾ Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais*, cit., p. 215.

⁽⁵²⁾ Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais*, cit., p. 215.

⁽⁵³⁾ Seguindo de perto Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais*, cit., pp. 217-218, os limites imanescentes pressupõem que o próprio preceito constitucional não protege essas formas de exercício do direito fundamental, ou seja, é a própria Constituição que, ao enunciar os direitos, exclui da respectiva esfera normativa esse tipo de situações

⁽⁵⁴⁾ Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais*, cit., p. 219.

Nesse sentido, sob ponto de vista constitucional, o direito à segurança no emprego já não abrange, na sua esfera normativa, o pagamento de salários intercalares, depois de cessado o contrato de trabalho.

O reconhecimento do direito a salários intercalares até à data em que a decisão transita em julgado, depois de cessado o contrato, por via da opção pela indemnização, com efeitos na decisão da 1.º instância que declarou o despedimento ilícito, quando já não há fundamento jurídico para atribuição desse direito, como sustentámos, corresponde a uma violação do núcleo essencial do direito do empregador ao acesso ao direito, condicionando, de forma excessiva e discriminatória, o acesso do empregador às vias de recurso, que, dada a morosidade dos tribunais, se torna extremamente oneroso.

Com efeito, o agravamento económico emergente do pagamento dos salários intercalares sem cabal fundamento jurídico, quer legal, quer constitucional, retira sentido útil ao direito fundamental do acesso ao direito, na vertente em que proíbe a limitação excessiva e discriminatória do acesso ao duplo grau de jurisdição.

O direito de acção e o direito a um processo justo saem, nestas circunstâncias, extremamente condicionados, com reflexo no princípio da igualdade, enquanto proibição de distorções no acesso à justiça.

Conforme já referimos, pese embora o direito de acesso aos tribunais e à tutela judicial efectiva não fundamente um direito subjectivo ao duplo grau de jurisdição, o legislador não pode regular este acesso de forma discriminatória ou limitá-lo de forma excessiva.

Ora, a condenação do empregador, ao abrigo do art. 390.º do CT, no pagamento dos salários intercalares até ao esgotamento das instâncias de recurso, depois de cessada a relação laboral, por iniciativa do trabalhador, quando optou pela indemnização por antiguidade — ainda que a eficácia rescisória resulte da decisão que declara a ilicitude do despedimento — cria, sob o ponto de vista constitucional, uma limitação excessiva do acesso do empregador às instâncias de recurso, ferindo o conteúdo essencial do direito fundamental ao acesso ao direito.

Assim, se é verdade que a limitação prevista no art. 390.º/1 do CT, no direito do empregador ao acesso ao direito, com consequências no princípio da igualdade, é constitucional e legalmente admissível, quando o contrato de trabalho se mantém e o trabalhador aguarda a reintegração, por força do princípio da concordância prática, já nos parece constitucionalmente inadmissível, quando o contrato de trabalho cessa, no decurso da acção, através da opção

pela indemnização substitutiva, por configurar um limite imanente do direito à segurança no emprego, ou seja, um modo de exercício que não está protegido pelo preceito constitucional.

O Tribunal Constitucional negou, todavia, a existência de uma restrição ao recurso, alegando que esta resultaria, afinal, de um facto puramente subjectivo — o facto de o empregador se sentir dissuadido de recorrer — e de um outro puramente eventual — a possibilidade de ver naufragar a sua pretensão.⁽⁵⁵⁾

Reafirmamos, perante a eventual rejeição desta tese acerca dos limites imanentes e da violação do conteúdo essencial do direito do acesso ao direito, a inconstitucionalidade desta interpretação do art. 390.º do CT, à luz do regime constitucional específico dos “direitos, liberdades e garantias” previsto no art. 18.º da CRP.

Nesse sentido, parece-nos defensável que a compressão do direito do empregador ao acesso ao direito viola o princípio da proporcionalidade, um dos pressupostos materiais para a restrição legítima de direitos, liberdades e garantias⁽⁵⁶⁾.

Tendo em consideração que o princípio da proporcionalidade se desdobra em três subprincípios: (a) princípio da adequação ou da idoneidade, (b) princípio da exigibilidade ou da necessidade, e (c) princípio da proporcionalidade em sentido restrito, esta interpretação do art. 390.º do CT restringe, de forma desproporcional, o direito de acesso ao direito⁽⁵⁷⁾.

Com efeito, esta interpretação não é, desde logo, o meio adequado à consagração do direito fundamental à segurança no emprego e à proibição do

⁽⁵⁵⁾ O Tribunal considerou que o acesso ao recurso por parte do empregador não é restringido pelo facto de este poder ser condenado no pagamento dos salários intercalares até ao trânsito em julgado da decisão, mas que poderá sentir-se dissuadido de lançar mão da impugnação recursiva da decisão, em virtude da incerteza do resultado e da possibilidade real de a condenação implicar o agravamento da sua situação patrimonial. O Tribunal reconhece que a excessiva demora dos processos pode acarretar custos elevados e, em alguns casos, desproporcionados para os empregadores. Cfr. Ac n.º 284/2011, cit., p. 30045.

⁽⁵⁶⁾ Conforme ensinam Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Anotada*, cit., p. 392, foi a LC n.º 1/82 que deu expressa protecção constitucional a este princípio (art. 18.º/2, 2.ª parte), embora já antes, não obstante a ausência de texto expresso, ele fosse considerado um princípio material inerente ao regime dos direitos, liberdades e garantias.

⁽⁵⁷⁾ Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Anotada*, cit., pp. 392 -393.

despedimento sem justa causa, subjacentes, como já abundantemente demonstrámos, ao art. 390.º/1 do CT, já que, com a cessação do contrato deixam de existir os lucros cessantes que o dispositivo legal pretende indemnizar, sendo manifestamente contrária à *ratio legis* o pagamento dos salários intercalares em data posterior à cessação do contrato.

Assim, cessada a relação laboral, por iniciativa do trabalhador, o direito fundamental à segurança no emprego e à proibição do despedimento sem justa causa deixa de abranger, na sua esfera normativa, o pagamento dos salários intercalares ao trabalhador.

Esta interpretação, ao mesmo tempo que não é adequada às finalidades prosseguidas pelo direito à segurança no emprego, ofende o direito da entidade patronal ao acesso ao direito, limitando, de forma excessiva e arbitrária, o acesso à dupla jurisdição.

A constatação que esta interpretação não prossegue finalidades do direito à segurança no emprego exclui igualmente que a restrição por esta imposta ao direito do empregador ao acesso ao direito seja exigida para alcançar os fins tutelados por aquele direito fundamental.

Em face do exposto, podemos concluir que a interpretação do art. 390.º/1 do CT restringe, de forma desproporcionada e excessiva, o direito do empregador ao acesso ao direito, sem prosseguir o bem jurídico-constitucional que o direito fundamental do trabalhador à segurança no emprego, subjacente ao citado normativo, pretende tutelar.

Assim, também o princípio da proporcionalidade, que deve presidir às restrições de direitos fundamentais, nos leva-nos a concluir que a interpretação do art. 390.º do CT, no sentido em que são devidos salários intercalares até ao trânsito em julgado da decisão final, depois de o contrato ter cessado, *ex vi* da decisão da 1.ª instância que declarou a ilicitude do despedimento e acolheu a opção pelo trabalhador pela indemnização substitutiva, em caso de recurso, está ferida de inconstitucionalidade.

O Tribunal, em sentido contrário, considerou que a haver uma restrição ao direito de acesso à justiça, no art. 437.º do CT, aplicável à data dos factos, esta respeitava os requisitos exigidos pelo artigo 18.º, n.º 2, da CRP.

Em primeiro lugar, foi apontado que a referida norma visa tutelar outros direitos constitucionalmente protegidos: o direito à segurança no emprego (art. 53.º CRP) e o direito ao trabalho (art. 58.º da CRP).

Em segundo lugar, considerou esta restrição, na configuração então vigente do regime de proibição de despedimentos ilícitos, necessária para salvaguardar esses direitos ⁽⁵⁸⁾.

Para finalizar, continuamos a considerar que esta interpretação do art. 390.º do CT, ao colocar o trabalhador, cujo contrato cessa na sequência da opção pela indemnização substitutiva, numa situação patrimonial mais vantajosa do que a dos trabalhadores, cujo contrato cessa através das formas típicas e que deixam de auferir qualquer retribuição, viola o conteúdo essencial do princípio da igualdade plasmado no art. 13.º da CRP e reafirmado no art. 59.º da CRP ⁽⁵⁹⁾.

Não se mostrando suficiente, em nossa opinião, para justificar estas soluções não coincidentes, a substancial diferença entre as duas situações, defendida pelo Tribunal Constitucional.

Com efeito, quer o trabalhador falecido, quer o trabalhador que optou pela indemnização substitutiva, não mantêm qualquer contrato com o empregador que justifique legalmente a indemnização dos salários intercalares ⁽⁶⁰⁾.

⁽⁵⁸⁾ Nesse sentido, o Tribunal considerou que o não reconhecimento ao trabalhador dos salários intercalares em momento posterior à decisão da 1.ª instância deixaria desprotegido o trabalhador, por facto que não lhe era imputável, considerando razoável que, neste conflito, fosse protegido o interesse do que não deu azo à situação de ilicitude. Cfr. Ac n.º 284/2011, cit., p. 30045.

⁽⁵⁹⁾ Por ex. os trabalhadores, representados pelos seus herdeiros, cujo contrato caduca, no decurso da acção, na sequência da morte do trabalhador.

⁽⁶⁰⁾ Cfr. Ac n.º 284/2011, cit., p. 30044.

Também não pode proceder, por isso, em nossa opinião, o argumento aduzido pelo Tribunal Constitucional, segundo o qual a existência de mecanismos que obviam a um possível enriquecimento sem causa do trabalhador, como a dedução dos montantes entretanto obtidos pelo trabalhador com outras actividades ou com o subsídio de desemprego, torna infundada a afirmação que o trabalhador que continua a auferir salários intercalares goza de uma situação patrimonial mais vantajosa do que se o contrato se tivesse mantido, sem vicissitudes. Cfr. Ac n.º 284/2011, cit., p. 30046.

Esta dedução do *aliunde perceptum* não justifica a vantagem auferida pelo trabalhador do recebimento de salários intercalares, depois de cessado o contrato, com efeitos na decisão da 1.ª instância, ou seja, quando já não lhe assiste legalmente esse direito.

5. Considerações finais

A análise do Acórdão n.º 284/2011 leva-nos a concluir que a apreciação da constitucionalidade do art. 390.º/1 do CT, está intrinsecamente dependente da posição adoptada relativamente ao momento em que ocorre a cessação do contrato, na sequência da opção do trabalhador pela indemnização substitutiva, e ao efeito atribuído à cessação do contrato de trabalho, resultante desta opção, no direito do trabalhador aos salários intercalares.

O Tribunal Constitucional, na esteira da doutrina e jurisprudência maioritárias, considera que os efeitos da extinção do contrato, resultante da opção do trabalhador pela indemnização, produzem-se na data do trânsito em julgado da decisão judicial.

O Tribunal Constitucional também não faz depender o direito aos salários intercalares, previsto no art. 390.º/1 do CT, da subsistência do contrato, tratando de forma igual, nesta matéria, o trabalhador que, sendo reintegrado mantém o vínculo laboral, e o trabalhador, que, por via da opção pela indemnização substitutiva, faz cessar o contrato de trabalho.

Este contexto doutrinário justifica a pronúncia em favor da constitucionalidade do art. 437.º/1 do CT 2003, em vigor à data dos factos ⁽⁶¹⁾.

Em sentido oposto, defendemos a ausência de fundamento legal para o pagamento de salários intercalares, depois de cessado o vínculo, na sequência da opção pela indemnização substitutiva pelo trabalhador, sendo certo que a extinção do vínculo ocorre na data da sentença, que, declarando o despedimento ilícito, condena o empregador na indemnização substitutiva, seja na 1.ª instância, seja em sede de recurso.

Ora, a aceitação destas premissas permite sustentar a inconstitucionalidade do art. 390.º/1 do CT, na interpretação que atribui salários intercalares ao trabalhador até ao trânsito em julgado da decisão final, depois de este ter cessado o contrato, por via da opção pela indemnização substitutiva, reconhecida na decisão da 1.ª instância, em caso de recurso pelo empregador, quer por este direito aos salários intercalares, depois de cessado o contrato de trabalho, configurar um limite imanente, não estando abrangido pela esfera normativa do direito à segurança no emprego plasmado no art 53.º da CRP, colocando

⁽⁶¹⁾ Como o Tribunal Constitucional reconhece quando rejeita a tese dos limites iminentes. Cfr. Ac. n.º 284/2011, cit., p. 30044.

o trabalhador numa posição mais vantajosa perante os outros trabalhadores, cujo contrato cessa por formas típicas, em violação do princípio da igualdade do art 13.º da CRP, quer porque a restrição, de forma excessiva e discriminatória, do acesso do empregador às vias de recurso, que, dada a morosidade dos tribunais, se torna extremamente dispendioso, viola os requisitos exigidos pelo artigo 18.º/2 da CRP, nomeadamente, o princípio da proporcionalidade que deve presidir às restrições de direitos fundamentais.