



COLEÇÃO
FORMAÇÃO
INICIAL

O TEMPO DE TRABALHO

■ Coleção de Formação Inicial

Jurisdição do Trabalho e da Empresa

julho de 2014

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



A Coleção Formação Inicial publica materiais trabalhados e desenvolvidos pelos Docentes do Centro de Estudos Judiciários na preparação das sessões com os Auditores de Justiça do 1º ciclo de Formação dos Cursos de Acesso à Magistratura Judicial e à do Ministério Público. Sendo estes os primeiros destinatários, a temática abordada e a forma integrada como é apresentada (bibliografia, legislação, doutrina e jurisprudência), pode também constituir um instrumento de trabalho relevante quer para juízes e magistrados do Ministério Público em funções, quer para a restante comunidade jurídica.

O Centro de Estudos Judiciários passa, assim, a disponibilizar estes Cadernos, os quais serão periodicamente atualizados de forma a manter e reforçar o interesse da sua publicação.

Ficha Técnica

Jurisdição do Trabalho e da Empresa

João Pena dos Reis (Coordenador)

Albertina Aveiro Pereira

Viriato Reis

Diogo Ravara

Nome do caderno: O TEMPO DE TRABALHO

Categoria: Formação Inicial

Conceção e organização:

Viriato Reis

Diogo Ravara

Revisão final:

Edgar Taborda Lopes

Nuno Martins

O Centro de Estudos Judiciários agradece as autorizações prestadas para publicação dos textos constantes deste e-book

Nota:

Foi respeitada a opção dos autores na utilização ou não do novo Acordo Ortográfico

ÍNDICE

I. BIBLIOGRAFIA.....	7
II. LEGISLAÇÃO.....	11
III. DOUTRINA	
<i>“A desarticulação do regime legal do tempo de trabalho”</i> – Catarina de Oliveira Carvalho.....	17
<i>“A reforma laboral de 2012, Observações em torno da Lei n.º 23/2012”</i> – António Monteiro Fernandes.....	59
<i>“Algumas reflexões sobre as alterações introduzidas no Código do Trabalho pela Lei n.º 23/2012, de 25 de junho”</i> – Júlio Manuel Vieira Gomes.....	85
<i>“Notas sobre o direito a férias no Código do Trabalho de 2009 após a revisão de 2012”</i> – Vítor Melo.....	125
IV. JURISPRUDÊNCIA	
AS ALTERAÇÕES DECORRENTES DA LEI N.º 23/2012, E A SUA CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO	
1. TC 602/2013, 20-09-2013 (Pedro Machete) (retificado pelo TC 635/2013, 01-10-2013).....	139
TEMPO DE TRABALHO E TEMPO DE NÃO TRABALHO: PAUSAS	
1. RP 30-05-2004 (Ferreira da Costa), p. 0345296.....	141
TEMPO DE TRABALHO E TEMPO DE NÃO TRABALHO: DISPONIBILIDADE E PREVENÇÃO	
1. TJUE 11-01-2007 (R. Schintgen), p. C-437/05 (Vorel).....	141
2. RC 08-11-2007 (Fernandes da Silva), p. 482/05.4TTVIS.C1.....	142
3. RE 30-08-2012 (João Luís Nunes), p. 155/11.9T2SNS.E1.....	143

PERÍODO NORMAL DE TRABALHO SEMANAL

1. STJ 07-03-2006 (Pinto Hespanhol), p. 06S3751.....**144**
2. RP 16-05-2011 (Machado da Silva), p. 649/09.6TTOAZ.P1.....**145**
3. STJ 12-04-2012 (Fernandes da Silva), p. 229/09.6TTBRR.L1.S1.....**146**

HORÁRIO DE TRABALHO, SUA DEFINIÇÃO E ALTERAÇÃO

1. RP 20-10-2008 (Ferreira da Costa), p. 0843391.....**147**
2. STJ 05-02-2009 (Sousa Peixoto), p. 08S1425.....**148**
3. RL 08-05-2013 (Paula Santos), p. 5369/07.3TTLSB.L1-4.....**149**
4. RL 04-12-2013 (Jerónimo de Freitas), p. 1037/12.2TTLSB.L1-4.....**149**

ISENÇÃO DE HORÁRIO

1. RL de 09-04-2008 (Maria João Romba), proc. 318/2008-4.....**152**
2. STJ 24-02-2010 (Pinto Hespanhol), p. 401/08.6TTVFX.L1.S1.....**152**

REGIMES DE ADAPTABILIDADE

1. TC 338/2010, 22-09-2010 (Borges Soeiro).....**154**
2. RC 10-07-2008 (Azevedo Mendes), p. 538/07.9TTAVR.C1.....**154**
3. RP 21-03-2011 (Fernanda Soares), p. 98/10.3TTOAZ.P1.....**156**

TRABALHO POR TURNOS

1. STJ 15-03-1999 (Almeida Deveza), p. 99S188.....**156**
2. RL 04-11-2009 (Paula Sá Fernandes), p. 2822-08.0TTLSB.L1-4.....**157**

TRABALHO SUPLEMENTAR

a) Requisitos e qualificação

1. STJ 23-05-2012 (Gonçalves Rocha), proc. 407/08.5TTMTS.P1.S1 - uniformização de jurisprudência nº 6/2012.....**158**
2. RP 16-04-2012 (Paula Leal de Carvalho), proc. 794/09.8TTPRT.P1.....**158**

b) Prova

3. RC 20-10-2005 (Fernandes da Silva), proc. 1927/05.....**159**
4. RE 10-01-2012 (João Luís Nunes), proc. 295/10.1TTABT.E1.....**160**

c) Remuneração do Trabalho Suplementar

5. RL 28-03-2007 (Duro Mateus Cardoso), proc. 10304/2006-4.....**160**

d) Descanso compensatório

6. STJ 15-05-2013 (Gonçalves Rocha), p. 446/06.0TTSNT.L2.S1.....**161**

REGISTO DE TEMPOS DE TRABALHO

1. RL 05-12-2012 (José Eduardo Sapateiro), p. 403/11.5TTCLD.L1-4.....**162**

FÉRIAS

a) Casos especiais de duração do período de férias

1. RP 24-04-2014 (António José Ramos), p. 417/13.0TTMTS.P1.....**163**

b) Violação do direito a férias

2. RL 30-05-2012 (José Eduardo Sapateiro), p. 1696/07.8TTLSB.L1-4.....**164**

NOTA:

Pode “clique” nos itens do índice de modo a ser **redirecionado** automaticamente para o tema em questão.

Clicando na seta existente no canto inferior direito de algumas páginas, será **redirecionado** para o índice.

Registo das revisões efetuadas ao *e-book*

Identificação da versão	Data de atualização
Versão 1.0	24/07/2014

I – Bibliografia

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

1. Manuais

- Amado, João Leal, “Contrato de Trabalho”, 4.ª ed., Coimbra Editora, 2014, pp. 265 ss.
- Fernandes, António Monteiro, “Direito do Trabalho”, 16.ª ed., Almedina, 2012, pp. 283 ss.
- Leitão, Luís Menezes, “Direito do Trabalho”, 3.ª ed., Almedina, 2012, pp. 249 ss.
- Martinez, Pedro Romano, “Direito do Trabalho”, 6.ª ed., Almedina, 2013, pp. 499 ss.
- Ramalho, Maria do Rosário Palma, “Tratado de Direito do Trabalho – Parte II – Situações laborais individuais”, 4.ª ed., Almedina, 2012, pp. 445 ss.

2. Teses/Monografias

- Fernandes, Francisco Liberal, “*O tempo de trabalho – Comentário aos artigos 197º a 236º do Código do Trabalho (revisão pela Lei nº 23/2012 de 25 de junho)*”, Coimbra Editora, 2012.

3. Artigos

- Amado, João Leal, “*O despedimento e a revisão do Código do Trabalho: primeiras notas sobre a lei n.º 23/2012, de 25 de junho*”, in Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 141º, nº 3974, maio-junho de 2012, Coimbra Editora, pp. 297 ss.
- Alves, Maria Luísa Teixeira, “*As fronteiras do tempo de trabalho*”, in Estudos de Direito do Trabalho, Org. António Monteiro Fernandes, Coimbra Editora, 2011, pp. 165 ss.
- Carvalho, António Nunes de, “*Notas sobre o regime do tempo de trabalho na revisão do código do trabalho*”, in “*Código do trabalho – a revisão de 2009*”, Coimbra Editora, 2011, pp. 327 ss.
- Carvalho, António Nunes de, “*Tempo de Trabalho*”, in Revista de Direito e Estudos Sociais, jan-jun 2012, pp. 21 ss.
- Carvalho, Catarina de Oliveira, “*A desarticulação do regime legal do tempo de trabalho*”, in “*Direito do trabalho + crise = crise do direito do trabalho?*”, Coimbra Editora, 2011, pp. 359 ss.

- Fernandes, António Monteiro, “A reforma laboral de 2012, Observações em torno da Lei 23/2012”, in ROA, ano 72, Abr./Set 2012, II/III,, pp. 545 ss.
- Fernandes, Francisco Liberal, “Breves considerações sobre o acórdão n.º 602/2013 do Tribunal Constitucional” in RED – Revista Eletrónica de Direito, 2014, n.º 1, disponível em <http://www.cije.up.pt/download-file/1230>
- Gomes, Júlio Manuel Vieira, “Algumas reflexões sobre as alterações introduzidas no Código do Trabalho pela Lei n.º 23/2012, de 25 de junho”, in ROA, ano 72, Abr./Set 2012, II/III, pp. 575 ss.
- Mota, Teresa Teixeira, “Férias, feriados e faltas”, in Revista de Direito e Estudos Sociais, jan-jun 2012, pp. 21 ss.
- Rouxinol, Milena Silva, “O direito a férias no código do trabalho de 2009 - apontamentos”, in Questões Laborais, ano XVI, n.º 33, janeiro-junho de 2009.
- Vicente, Joana Nunes, “O novo regime do tempo de trabalho”, in O memorando da “troika” e as empresas, IDET, Colóquios, n.º 5, Almedina, 2012, pp. 125 ss.

II – Legislação

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

- Arts. 23º e 24º da Declaração Universal dos Direitos do Homem
- Art. 7º do Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais
- Convenção nº 132 da Organização Internacional para o Trabalho (OIT), aprovada para ratificação pelo Decreto regulamentar nº 52/80, de 29/07
- Diretiva nº 2003/88/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 04/11/2003
- Art. 59º, nº 1, al. d) da Constituição da República Portuguesa
- Art. 5º da Lei nº 7/2009, de 12/02
- Arts. 65º, nº 3, al. a), 92º, nº 1, 160º, nº 2, 197º a 257º, 264º, 291º, nºs 4 e 5, 306º, 328º, nº 1, al. d), 364º e 372.º do Código do Trabalho de 2009
- Art.º 7.º da Lei 23/2012, de 25 de junho

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

III – Doutrina

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

A desarticulação do regime legal do tempo de trabalho

Publicado em

“Direito do trabalho + crise = crise do direito do trabalho?”, Coimbra Editora, 2011, pp. 359 ss.

Catarina de Oliveira Carvalho ^(*)

Sumário:

Sumário: I - Considerações prévias. II - Contrato de trabalho a tempo parcial e trabalho intermitente. 1. Definição de trabalho a tempo parcial e articulação com o conceito comunitário. 2. Sobreposição entre a modalidade de contrato de trabalho a tempo parcial e a nova figura do trabalho intermitente? 3. Pluriemprego, trabalho intermitente e trabalho a tempo parcial. 4. Articulação entre o regime geral e o regime especial da intermitência. 5. O regime do subsídio de refeição no contrato de trabalho

I - CONSIDERAÇÕES PRÉVIAS

A duração e, sobretudo, a organização do tempo de trabalho assumem extrema importância em contextos de crise económica, com o apelo empresarial a fórmulas de regulação flexível que potenciam a produtividade e a competitividade das empresas em prejuízo do «tempo livre» dos trabalhadores, ou seja, com amplas repercussões negativas no tempo de que estes dispõem para descansar, para dedicarem à respectiva vida familiar ou a outras actividades ¹.

O regime da duração e organização do tempo de trabalho tem sofrido significativas alterações, sempre num sentido de aumentar a disponibilidade laboral do trabalhador e a flexibilização permitida ao empregador, desde a respectiva regulação no DL n.º 409/71, de 27-09 (Lei da Duração do Trabalho - LDT), e no DL n.º 421/83, de 2-12 (Lei do Trabalho

^(*) Professora auxiliar da Escola de Direito do Porto da Universidade Católica Portuguesa.

¹ Assim, FERNANDO DE VICENTE PACHÉS/MARÍA JOSÉ MATEU CARUANA, «Crisis de empresa y tiempo de trabajo», e MARGARITA MIÑARRO YANINI, «Algunas notas sobre la incidencia de la crisis económica en la ordenación del tiempo de trabajo en la unión europea», in *Crisis de empresa y derecho del trabajo - IV Jornadas universitarias valencianas de derecho del trabajo y de la seguridad social*, coord. Juan López Gandía e Ángel Blasco Pellicer, Tirant lo Blanch, Valência. 2010, pp. 86 e 102, respectivamente.

Suplementar - LTS) ², através da sucessiva legislação avulsa (v. g., Lei n.º 103/99, de 26-07) e, em momento ulterior, mediante a respectiva regulação no Código do Trabalho (CT) de 2003 e, agora, no de 2009, na sequência, aliás, da *flexisegurança* defendida no âmbito comunitário ³.

Neste processo de evolução legislativa, surgem algumas modificações sistemáticas relevantes como a inserção do regime do contrato de trabalho a tempo parcial na secção da duração e organização do tempo de trabalho operada pelo CT 2003 (arts. 180.º ss.), e a sucessiva autonomização do instituto no CT 2009 que optou por tratar a matéria na secção das modalidades de contrato de trabalho (arts. 150.º ss.), opção legítima, à semelhança, aliás, do que já tinha sucedido em diplomas anteriores ⁴.

Ainda assim, é evidente que a diversa inserção sistemática não afasta a necessidade de articulação entre diversos aspectos do regime do contrato de trabalho a tempo parcial e a duração e organização do tempo de trabalho, tarefa que deve igualmente abranger a nova modalidade de contrato a tempo parcial vertical «radical» que é o «trabalho intermitente», regulada nos arts. 157.º ss. do CT 2009, cuja fronteira com o contrato de trabalho a tempo parcial se esbate e dilui de forma acentuada, como procurarei demonstrar, sem que aparentemente o legislador se tenha apercebido de tal facto. Também neste domínio do tempo de trabalho parece aplicar-se a imagem de Penélope, retirada da mitologia grega -

² Para uma análise da evolução do regime legal do tempo de trabalho até ao início de vigência destes diplomas, vd. FRANCISCO LIBERAL FERNANDES, *Comentário às leis da duração do trabalho e do trabalho suplementar*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, pp. 13 ss.; ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do trabalho*, 14.ª ed., Almedina, Coimbra, 2009, pp. 358 ss.

³ Cfr. FERNANDO DE VICENTE PACHÉS/MARÍA JOSÉ MATEU CARUANA, op. cit., p. 90; MONTEIRO FERNANDES, *Direito do trabalho*, cit., p. 373.

⁴ A LDT incluía somente uma norma referente ao trabalho a tempo parcial (art. 43.º) até ao início de vigência da Lei n.º 103/99 que procedeu à transposição da Directiva n.º 97/81/CE do Conselho, de 15-12, respeitante ao acordo quadro relativo ao trabalho a tempo parcial celebrado pela UNICE (União das Confederações da Indústria e do Patronato da Europa), pelo CEEP (Centro Europeu das Empresas Públicas) e pela CES (Confederação Europeia do Sindicatos). Segundo ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Direito do trabalho. Parte II - Situações laborais individuais*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2010, p. 338, esta opção é mesmo a mais adequada porque «a matéria do trabalho a tempo parcial não se deixa reduzir a um problema de tempo de trabalho, configurando-se, pelo menos quando o trabalhador é contratado para este regime, como um contrato de trabalho especial, uma vez que apresenta um conjunto relevante de especificidades de regime». Em sentido diverso, ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, «Contrato de trabalho a tempo parcial (tópicos de reflexão)», in *X Congresso nacional de direito do trabalho - Memórias*, org. António Moreira, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 220-221.

utilizada por JÚLIO GOMES no contexto do contrato de trabalho a termo ⁵ -, a qual, procurando adiar o novo casamento à espera do regresso de Ulisses, durante o dia tecia a colcha e à noite secretamente desmanchava-a.

A análise da evolução histórica da duração e organização do tempo de trabalho evidencia e permite de alguma forma compreender porque é que o respectivo regime, contido no actual CT 2009, está longe de formar um complexo normativo coeso, uma vez que aglutina normas de diferentes diplomas e épocas sem uma verdadeira preocupação de articulação, de coerência sistemática e teleológica.

A coerência sistemática é prejudicada ainda pela existência de diversa legislação avulsa em matéria de tempo de trabalho aplicável a contratos de trabalho com regime especial, por vezes em consequência das imposições comunitárias, outras vezes contra as prescrições do direito comunitário, situação agravada pela transposição das Directivas relativas à organização e duração do tempo de trabalho, muitas vezes mediante um mero processo de cópia de preceitos repleto de incompletudes, imperfeições e desarticulações.

Um exemplo paradigmático deste labor legislativo pode ser encontrado no DL n.º 145/2003, de 2-07, diploma que regula o tempo de trabalho dos marítimos a bordo de navios de mar (privados) e que teria supostamente transposto a Directiva n.º 1999/63/CE do Conselho de 21-06, que teve como objectivo a aplicação do acordo relativo, à organização do tempo de trabalho dos marítimos, celebrado em 30-09-98 entre as organizações representativas dos parceiros sociais do sector marítimo: a Associação de Armadores da Comunidade Europeia (ECSA) e a Federação dos Sindicatos dos Transportes da União Europeia (FST) ⁶. Em minha opinião, a Directiva não foi ainda implementada no ordenamento jurídico português, pois o legislador limitou-se inexplicavelmente a copiar o texto do acordo anexo à mesma. Consequentemente, todo o conteúdo do DL n.º 145/2003 coincide exactamente com o texto do acordo, sem a modificação de uma só palavra. Nestes termos, não se pode afirmar com seriedade que exista qualquer implementação real do diploma comunitário.

Encontramos ainda outros diplomas avulsos que regulam o tempo de trabalho em situações laborais específicas ou em contratos de trabalho com regime especial, por imposição comunitária, entre os quais saliento o DL n.º 139/2004, de 5-06, que transpôs a Directiva n.º

⁵ JÚLIO GOMES, «O contrato de trabalho a termo ou a tapeçaria de Penélope», in *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, vol. IV, coord. Pedro Romano Martinez, Almedina, Coimbra, 2003, pp. 35 ss.

⁶ O prazo de transposição terminou em 30-06-2002 (art. 3.º), não tendo sido portanto respeitado pelo legislador português, uma vez que o DL n.º 145/2003 entrou em vigor apenas em 7-07-2003.

2000/79/CE, do Conselho, de 27-11, respeitante à aplicação do acordo europeu sobre a organização do tempo de trabalho do pessoal móvel da aviação civil ⁷, diploma que deverá ser alterado brevemente, tendo em conta que o respectivo projecto de alteração foi publicado na separata n.º 6 do *BTE*, em 2 de Outubro de 2009; e o DL n.º 237/2007, de 19-06, que procedeu à transposição para a ordem jurídica interna da Directiva n.º 2002/15/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11-03, relativa à organização do tempo de trabalho das pessoas que exercem actividades móveis de transporte rodoviário, regulando determinados aspectos da duração e organização do tempo de trabalho de trabalhadores móveis que participem em actividades de transporte rodoviário efectuadas em território nacional e abrangidas pelo Regulamento (CEE) n.º 3820/85, do Conselho, de 20-12 ⁸, ou pelo Acordo Europeu Relativo ao Trabalho das Tripulações dos Veículos que efectuem Transportes Internacionais Rodoviários (AETR), aprovado, para ratificação, pelo Decreto n.º 324/73, de 30-06.

II - CONTRATO DE TRABALHO A TEMPO PARCIAL E TRABALHO INTERMITENTE

1. Definição de trabalho a tempo parcial e articulação com o conceito comunitário

Das referências feitas no ponto anterior, facilmente se intui que no domínio da duração e organização do tempo de trabalho, como aliás em muitos outros, a importância do direito comunitário é incontornável. Por esse motivo, afigura-se fundamental analisar a compatibilidade de alguns normativos de direito interno com aquele último, designadamente em matéria do trabalho a tempo parcial.

Como foi referido, a regulamentação do contrato de trabalho a tempo parcial correspondeu a uma exigência do direito comunitário de transposição da Directiva n.º 97/81/CE do Conselho, de 15-12, respeitante ao acordo quadro relativo ao trabalho a tempo parcial celebrado pela UNICE, pelo CEEP e pela CES, sendo certo que a incorrecta transposição

⁷ O prazo de transposição definido na Directiva (art. 3.º) - 1-12-2003 – não foi observado, uma vez que o DL n.º 139/2004 entrou em vigor somente em 5-07-2004. Muitas das disposições contidas no Acordo Europeu já constavam da legislação anterior e passaram, com poucas adaptações, para o novo DL. A necessidade de adaptar as normas da precedente Portaria n.º 238-A/98 à realidade actual deveu-se basicamente às modificações verificadas ao nível da concorrência.

⁸ O Regulamento (CE) n.º 561/2006, com excepção de três artigos que alteram o Regulamento (CEE) n.º 3821/85 e que entraram em vigor em 1 de Maio de 2006, entrou em vigor em 11-04-2007, mantendo-se a vigência do Regulamento (CEE) n.º 3820/85 até essa data.

da mesma esteve na origem de algumas das alterações efectuadas pelo CT 2009 ao regime deste contrato, como explicarei de seguida.

A Directiva foi implementada tardiamente no ordenamento jurídico nacional, através da Lei n.º 103/99, de 26-07, diploma que no respectivo art. 1.º definia o trabalho a tempo parcial como aquele que corresponde «a um período normal de trabalho semanal igual ou inferior a 75% do praticado a tempo completo numa situação comparável», solução que se manteve no art. 180.º, n.º 1, do CT 2003. A previsão de uma percentagem do período normal de trabalho em termos comparativos não encontrava eco no diploma comunitário⁹ e, tal como salientava alguma doutrina, dificilmente poderia ser considerada uma disposição mais favorável aos trabalhadores admitida pela cláusula 6.º do Acordo anexo à Directiva¹⁰.

Compreende-se mal que tendo o ordenamento jurídico português procedido à transposição tardia da Directiva não tenha aproveitado os ensinamentos dos países no nosso entorno (v. g., França, Itália e Espanha), os quais procederam à alteração dos respectivos conceitos legais de trabalho a tempo parcial, eliminando limites percentuais, de forma a compatibilizarem os respectivos ordenamentos jurídicos com o direito comunitário.

O art. 150.º do CT 2009 veio, finalmente, eliminar a referência a qualquer limite percentual, definindo trabalho a tempo parcial como todo aquele «que corresponda a um período normal de trabalho semanal inferior ao praticado a tempo completo em situação comparável».

No entanto, mesmo após o início de vigência do CT 2009 permanecem vestígios da incorrecta transposição do diploma comunitário, uma vez que o n.º 6 do art. 150.º dispõe que o «instrumento de regulamentação colectiva de trabalho pode estabelecer o limite máximo de percentagem do tempo completo que determina a qualificação do tempo parcial». Previsões deste teor podem ser encontradas em várias convenções colectivas de trabalho (CCT) em

⁹ Nos termos da cláusula 3.ª da Directiva, «[p]ara efeitos do presente acordo, por “trabalhador a tempo parcial” entende-se o assalariado cujo tempo normal de trabalho, calculado numa base semanal ou como média ao longo de um período de emprego até um ano, é inferior ao tempo normal de trabalho de um trabalhador comparável a tempo inteiro». Já alertavam para este facto. JÚLIO GOMES, «Trabalho a tempo parcial», in *III Congresso nacional de direito do trabalho - Memórias*, coord. António Moreira, Almedina, Coimbra, 2001, pp. 67-68; PAULA PONCES CAMANHO, «Contrato de trabalho a tempo parcial», in *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, vol. IV, coord. Pedro Romano Martinez, Almedina, Coimbra, 2003, pp. 209 ss; ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, «Contrato de trabalho a tempo parcial...», cit., pp. 223 ss. Este último autor salientou também a dificuldade de articulação da definição legal com a Convenção n.º 175 da OIT, ratificada por Portugal.

¹⁰ Assim, JÚLIO GOMES, *ult. op. cit.*, pp. 67-68.

vigor¹¹. Será que esta abertura concedida aos instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho (IRCT) é compatível com a Directiva? O problema, a meu ver, coloca-se nos mesmos termos que o da precedente definição de trabalho a tempo parcial. Logo, tratando-se de uma alteração do regime da Directiva que não é necessariamente em sentido mais favorável aos trabalhadores, este preceito não está em conformidade com o direito comunitário.

Que consequências decorrem desta infracção do direito comunitário?

Sabemos, nos termos definidos pelo TJ (UE), que estando em causa normas da Directiva suficientemente claras, precisas e incondicionais, pode invocar-se o efeito directo vertical do preceito comunitário, se o prazo de transposição do diploma já terminou¹². Contudo, este órgão jurisdicional não reconhece às directivas efeitos horizontais, pois estas, nos termos do TFUE (art. 288.º), não têm o alcance geral dos regulamentos, além de que a sua eficácia horizontal poderia levantar problemas de retroactividade e segurança jurídica em

¹¹ Veja-se, a título meramente exemplificativo, o contrato colectivo entre a AIPAN (Associação dos Industriais de Panificação, Pastelaria e Similares do Norte) e a FESAHT (Federação dos Sindicatos da Agricultura, Alimentação, Bebidas, Hotelaria e Turismo de Portugal e outras (fabrico, expedição e vendas, apoio e manutenção - Norte) - Revisão global, onde se prevê, na cláusula 20.ª, que as «entidades empregadoras e os seus trabalhadores podem acordar na prestação de trabalho a tempo parcial, definido por qualquer valor percentual inferior a 80% do período normal de trabalho semanal» ou o contrato colectivo entre a ANAREC (Associação Nacional de Revendedores de Combustíveis) e a FEPCES (Federação Portuguesa dos Sindicatos do Comércio, Escritórios e Serviços e outros), cuja cláusula 17.ª n.º 4, estabelece que se consideram trabalho a tempo parcial «os horários inferiores a 35 horas semanais...»; ou ainda o acordo de empresa celebrado entre o Banco de Portugal e o Sindicato Nacional dos Quadros e Técnicos Bancários e outro - revisão global, cuja cláusula 32.ª qualifica como trabalho em regime de tempo parcial aquele que corresponde a um período normal de trabalho semanal inferior a 90% do praticado a tempo completo em situação comparável.

¹² O TJ (EU) interpretou extensivamente o efeito directo vertical de forma a abranger não apenas o Estado em sentido estrito, mas todos os órgãos da Administração Pública regional ou local, incluindo portanto os municípios (v. g., acórdão *Fratelli Costanzo*, de 22-06-1989, Processo C-103/88) assim como ex-empresas públicas privatizadas responsáveis pela prestação de um serviço público sob o controlo do Estado e que dispõem, para o efeito, de poderes especiais que ultrapassam aqueles resultantes das normas que regulam relações entre particulares (v. g., acórdão *Foster*, de 12-07-90, processo C-188/89). De igual forma, o TJ (EU) afirmou a irrelevância do papel assumido no caso pela entidade pública que pode actuar como empregador ou como autoridade pública (v. g., acórdão *Marshall*, de 26-02-86, processo 152/84). Para mais desenvolvimentos, com indicações de outros acórdãos do TJ (EU) no domínio laboral, veja-se MIGUEL RORÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, «Efecto directo e invocabilidad *inter privatos* de las directivas laborales», *Relaciones Laborales*, 2010, n.º 6, pp. 2 ss.

consequência do desconhecimento por parte dos particulares do incumprimento do Estado e dos respectivos efeitos.

A atendibilidade da norma comunitária não transposta (ou incorrectamente transposta) para o direito nacional só poderá, então, operar entre particulares pela aplicação do princípio da interpretação conforme¹³. Resulta da jurisprudência constante do TJ (UE) que a obrigação de os Estados-Membros atingir o resultado prosseguido por uma directiva, bem como o dever de tomarem todas as medidas gerais ou especiais adequadas a assegurar a sua execução, impõem-se a todas as autoridades dos Estados-Membros, incluindo os tribunais nacionais¹⁴. Estes últimos devem mesmo presumir que o Estado-Membro teve a intenção de cumprir plenamente as obrigações que decorrem da directiva em causa¹⁵.

Neste sentido, o TJ (UE) afirmou, em diversas ocasiões, que os tribunais dos Estados-membros devem interpretar as leis nacionais de acordo com as directivas e ainda em conformidade com a interpretação das mesmas realizada pelo TJ (UE)¹⁶. Enquanto na hipótese da eficácia vertical, o conflito normativo é assumido com o conseqüente afastamento da norma nacional e a aplicação do preceito da directiva, no domínio da interpretação conforme procura-se evitar o conflito e assegurar por via interpretativa a concordância entre normas de níveis hierárquicos distintos, uma vez que a norma comunitária hierarquicamente superior, por integrar uma directiva, não pode ser directamente aplicada¹⁷.

¹³ Cf. SOFIA OLIVEIRA PAIS, «Incumprimento das directivas comunitárias (do efeito directo à responsabilidade do Estado)», in *Dois temas de direito do trabalho*, Publicações Universidade Católica, Porto, 2000, pp. 20 ss. e 30 ss.; M.ª LUISA DUARTE, DUARTE, «Direito comunitário do trabalho -Tópicos de identificação», in *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, vol I, Almedina, Coimbra, 2001, pp. 166 ss.; MIGUEL GORJÃO HENRIQUES, *Direito comunitário*, 4.ª ed., Coimbra, Almedina, 2007, pp. 238 ss. e 247 ss.; RODRÍGUEZ-PINERO Y BRAVO-FERRER, *op. cit.*, pp. 6 SS.

¹⁴ *Vd.*, nomeadamente, acórdão *Von Colson e Kamann*, de 10-04-84, processo 14/83; acórdão *Marleasing*, de 13-11-90, processo C-106/89; acórdão *Faccini Dori*, de 14-07-94; acórdão *Inter-Environnement Wallonie*, de 18-12-97, processo C-129/96; acórdão *Carbonari*, de 25-02-99, processo C-131/97.

¹⁵ Cf. acórdão *Wagner Miret*, de 16-12-93, processo C-334/92.

¹⁶ *Vd.*, entre outros, acórdão *Haaga*, de 12-11-74, processo 32/74; Acórdão *Mazzalai*, de 20-05-76, processo 111/75; acórdão *Von Colson e Kamann*, de 10-04-84, processo 14/83; acórdão *Harz*, de 10-04-84, processo 79/83; acórdão *Kolpinghnis Nijmegen*, de 8-10-87, processo 80/86; acórdão *Marleasing*, de 13-11-90, processo C-106/89.

¹⁷ Assim, RODRÍGUEZ-PINERO Y BRAVO-FERRER, *op. cit.*, p. 6.

Saliente-se, contudo, que o TJ (UE) tem alargado de forma considerável o campo de actuação do princípio da interpretação conforme, forçando os limites interpretativos das disposições legais internas¹⁸.

De facto, o órgão jurisdicional comunitário esclareceu que, para efeito da interpretação conforme, os tribunais nacionais devem «tomar em consideração todo o direito nacional [e não apenas as normas internas de transposição] e interpretá-lo, na medida do possível, à luz do texto e da finalidade (da) directiva, para alcançar uma solução conforme ao resultado por ela pretendido»¹⁹.

O limite ao princípio da interpretação conforme seria, então, a inadmissibilidade de uma interpretação *contra legem* do direito nacional²⁰, no caso de as disposições do direito positivo interno consagrarem de forma expressa e inequívoca um regime contrário à directiva comunitária, tal como sucede, em minha opinião, em matéria de trabalho a tempo parcial com o n.º 6 do art. 150.º.

É certo que o TJ (UE) já reconheceu às normas de uma directiva um «efeito indirecto de exclusão»²¹, conducente ao afastamento da norma nacional contrária ao preceito

¹⁸ Cfr. acórdão *Angelidaki*, de 23-04-2009, processos apensos C-378/07 a C-380/07. Apesar de o problema se colocar aqui no sector público, a norma da Directiva em causa (Directiva n.º 1999/70/CE do Conselho, de 28-06, respeitante ao acordo-quadro CES, UNI CE e CEEP relativo a contratos de trabalho a termo) não é suficientemente clara, precisa e incondicional para produzir efeitos verticais. Por isso, o TJ (UE) convida o órgão jurisdicional de reenvio a dar às disposições relevantes de direito interno, em toda a medida do possível, uma interpretação e uma aplicação capazes de eliminar as consequências da violação do direito comunitário, o que poderia passar pelo afastamento da norma do direito interno mais recente e específica e pela aplicação de um diploma anterior de carácter mais geral.

¹⁹ Cf. acórdão *Pfeiffer* de 5-10-2004, processos apensos C-397/01 a C-403/01, especialmente pontos 102 ss. No mesmo sentido, podem encontrar-se outras decisões (como o acórdão *Carbonari*, de 25-02-99, processo C-131/97, ou o acórdão *Marks & Spencer*, de 11-07-2002, processo C-62/2000) onde o TJ (UE) afirmou que os «particulares têm o direito de invocar perante os tribunais nacionais (...) as disposições de uma directiva (...) em todos os casos em que a sua plena aplicação não esteja efectivamente garantida, isto é, não apenas em caso de falta de transposição ou de transposição incorrecta desta directiva, mas também no caso em que as medidas nacionais que transpõem correctamente a referida directiva não são aplicadas de forma a atingir o resultado por ela prosseguido. Com efeito, a adopção de medidas nacionais que transpõem correctamente uma directiva não tem por consequência esgotar os seus efeitos e um Estado-Membro continua a estar obrigado a assegurar efectivamente a plena aplicação da directiva mesmo após a adopção destas medidas».

²⁰ Cfr., por exemplo, o acórdão *Adeneler*, de 4-07-2006, processo C-212/04.

²¹ A designação é utilizada por RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, *op. cit.* p. I O.

comunitário, embora sem um subsequente «efeito de substituição», ou seja, sem aplicar este último normativo à relação jurídica entre particulares. No entanto, este efeito é meramente indirecto, em virtude de envolver somente aspectos procedimentais (inaplicabilidade de uma norma técnica como consequência jurídica da falta de cumprimento da obrigação de notificação da Comissão Europeia ou de incumprimento da obrigação de respeitar os períodos de adiamento da adopção de um projecto de regra técnica ²²); a Directiva não atribuiu direitos aos particulares e não definiu «O conteúdo material da norma jurídica com base na qual o juiz nacional deve resolver o litígio que lhe foi submetido» ²³.

Recentemente, o problema de um eventual «efeito directo de exclusão» foi suscitado, no contexto de um litígio laboral, no acórdão *Kücük-deveci* ²⁴. Discutiu-se a compatibilidade do § 622, n.º 2 (segundo parágrafo), do BGB com a Directiva n.º 2000/78/CE, de 27-11, que estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na actividade profissional, em virtude de o preceito da legislação alemã prever que o tempo de trabalho prestado por um trabalhador antes dos 25 anos de idade não é contabilizado para calcular a duração do aviso prévio.

O TJ (UE) considerou que tal norma consubstanciava uma medida discriminatória em função da idade, contrária ao direito comunitário e violadora da Directiva. Todavia, como se tratava de um conflito entre particulares, a eficácia directa do preceito comunitário estava comprometida.

O Advogado-geral BOT defendeu, com veemência, que a inexistência de efeito directo horizontal das directivas não impede a separação entre este efeito e a invocabilidade das mesmas de forma a excluir o direito nacional contrário, inclusivamente no âmbito de um litígio entre particulares. «Esta solução consagra o entendimento de que se as directivas não podem substituir o direito nacional inexistente ou mal transposto para imporem directamente obrigações a um particular, podem, pelo menos, ser invocadas a fim de se excluir o direito nacional contrário, sendo que só o direito nacional expurgado das disposições contrárias à directiva poderá então ser aplicado pelo juiz nacional para decidir um litígio entre particulares». O entendimento do Advogado-geral BOT baseia-se, em grande parte, na especificidade das directivas relativas ao combate à discriminação e na hierarquia das normas

²² Nos termos dos arts. 8.º e 9.º da Directiva n.º 83/189/CEE do Conselho, de 28-03, relativa a um procedimento de informação no domínio das normas e regulamentações técnicas.

²³ Acórdão *Unilever*, de 26-09-2000, processo C-443/1998.

²⁴ Acórdão de 19-01-2010, processo C-555/07.

no ordenamento jurídico comunitário, uma vez que tendo sido a Directiva adaptada para facilitar a aplicação do princípio geral da igualdade de tratamento e da não discriminação não pode reduzir o seu alcance. Por conseguinte, o TJ (UE) deveria reconhecer, nas palavras de BOT, «que uma directiva que tem por objecto a luta contra as discriminações pode ser invocada no âmbito de um litígio entre particulares a fim de afastar a aplicação de uma legislação nacional que contrarie essa directiva»²⁵.

O TJ (UE) aderiu à argumentação do Advogado-geral e determinou que «cabe ao órgão jurisdicional nacional, chamado a pronunciar-se num litígio que põe em causa o princípio da não discriminação em razão da idade, como concretizado pela Directiva 2000/78, assegurar, no quadro das suas competências, a protecção jurídica que para as pessoas decorre do direito da União e garantir o pleno efeito deste, não aplicando, caso seja necessário, as disposições da lei nacional contrárias a esse princípio». Todavia, o principal fundamento jurídico utilizado não se consubstancia no reconhecimento de um efeito directo de exclusão das directivas, mas parece assentar na circunstância de os princípios da igualdade de tratamento em matéria de emprego e de trabalho e da não discriminação em razão da idade serem princípios gerais de direito da UE, que se encontram «concretizados» designadamente na Directiva n.º 2000/78/CE²⁶.

De qualquer forma, penso que estas situações serão cada vez mais frequentes com o início de vigência do Trabalho de Lisboa, uma vez que a Carta dos Direitos Fundamentais da UE²⁷ adquiriu força jurídica vinculativa²⁸ e que poderemos estar perante o início de um

²⁵ Conclusões do Advogado-geral BOT apresentadas em 7-07-2009. BOT invoca ainda a jurisprudência precedente no acórdão *Mangold*, de 22-11-2005, processo C-114/04. Nesse aresto, o TJ (UE) considerou que uma legislação nacional que autorizava sem restrições a celebração de contratos de trabalho a termo quando o trabalhador tivesse atingido a idade de 52 anos não podia ser justificada nos termos do artigo 6.º, n.º 1, da Directiva n.º 2000/78/CE. O órgão jurisdicional teve, depois, que determinar quais as consequências que o juiz nacional deve retirar dessa interpretação num caso em que, por um lado, a lide principal opunha dois particulares e, por outro lado, o prazo de transposição da directiva ainda não tinha terminado no momento da celebração do contrato de trabalho controvertido. O TJ acabou por considerar que cabe ao órgão jurisdicional nacional garantir, no quadro das suas competências, a protecção jurídica que para os particulares decorre do direito comunitário e garantir o pleno efeito deste, não aplicando todas as disposições da lei nacional eventualmente contrárias, reconhecendo que o princípio da não discriminação pode ser invocado no âmbito de um litígio entre particulares para afastar a aplicação de uma legislação nacional discriminatória.

²⁶ Cfr. DENYS SIMON, «L'invocabilité des directives dans les litiges horizontaux: confirmation ou infléchissement?», *Europe*, 2010, n.º 3, pp. 4 e 6-7.

²⁷ Declaração solene, aprovada no Conselho Europeu de Nice, em 7-12-2000; daí também ser conhecida como Carta de Nice. Antes do início de vigência do Tratado de Lisboa (1-12-2009), tratava-se, na feliz sùmula

processo de reconhecimento do efeito directo de exclusão das directivas nas relações entre particulares ²⁹.

2. Sobreposição entre a modalidade de contrato de trabalho a tempo parcial e a nova figura do trabalho intermitente?

O CT 2009 introduziu dissimuladamente uma alteração no regime do contrato de trabalho a tempo parcial com um alcance prático muito significativo e capaz de reduzir a utilidade da nova figura do trabalho intermitente.

Com efeito, o n.º 3 do art. 150.º do novo CT veio dispor não apenas que o trabalho a tempo parcial pode ser prestado em todos ou alguns dias da semana (tal como resultava do revogado art. 180.º, n.º 2, do CT 2003), mas também que pode ser prestado somente alguns dias por mês ou mesmo por ano. Consagrou-se, então, a admissibilidade do trabalho a tempo parcial anualizado, solução compatível com a Directiva que admite que o tempo normal de trabalho seja calculado como média «ao longo de um período de emprego até um ano».

Todavia, o imperfeito labor legislativo torna-se evidente quando se compara a previsão do n.º 3 do art. 150.º com as exigências formais do art. 153.º, n.º 1, al. b). De facto, nas indicações obrigatórias constantes do documento escrito, continua a fazer-se referência somente ao período normal de trabalho diário e semanal, parecendo ignorar-se o alargamento da figura ao tempo de trabalho anualizado. Como articular estas duas normas? Parece-me que os requisitos formais do 153.º, n.º 1, terão de se *moldar* ao regime substantivo do n.º 3 do art. 150.º, uma vez que é este último que define o âmbito da figura. Assim, deve entender-se, nas hipóteses de trabalho a tempo parcial anualizado, que o art. 153.º, n.º 1, al. b), exige que se mencione o período normal de trabalho semanal aplicável durante o período de trabalho anualmente definido.

de BELÉN FERNÁNDEZ DOCAMPO, *La participación de los trabajadores en el derecho social comunitario*, Tirant lo Blanch, Valência, 2006, p. 46. de «uma forma original de *soft law* comunitária de carácter paraconstitucional». Com a entrada em vigor daquele Tratado, a Carta dos Direitos Fundamentais da UE adquiriu força vinculativa.

²⁸ Neste sentido, também o Advogado-geral BOT nas conclusões citadas, lembrando que «entre os direitos fundamentais reproduzidos nessa Carta, alguns fazem parte do acervo comunitário sob a forma de directivas», pelo que, na sua opinião, o T.T «tem de iniciar desde já uma reflexão sobre a questão de saber se a identificação dos direitos garantidos por directivas como direitos fundamentais permite ou não reforçar a invocabilidade destas no âmbito de litígios entre particulares», e DENYS SIMON. *op. cit.*, pp. 4-5.

²⁹ Cf. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, *op. cit.*, p. 18.

Neste contexto legal, o legislador do CT 2009 regulou uma nova modalidade contratual que designou por trabalho intermitente³⁰.

O âmbito de aplicação desta figura, ao contrário do que sucede com o trabalho a tempo parcial - que não apresenta quaisquer limitações quanto ao respectivo âmbito subjectivo -, encontra-se circunscrito às empresas que desenvolvem actividades com descontinuidade (só as desenvolvem durante alguns períodos do ano) ou intensidade variável (apresentam flutuações previsíveis de maior e menor necessidade de mão-de-obra)³¹.

De acordo com o enquadramento legal conferido ao instituto, são configuráveis duas modalidades possíveis de trabalho intermitente.

Em primeiro lugar, o contrato de trabalho intermitente pode concretizar, desde logo, os períodos de actividade e inactividade do trabalhador, reduzindo a insegurança deste último e facilitando a celebração por parte deste de outros contratos, designadamente de trabalho, para os períodos de inactividade. Trata-se, na designação de LEAL AMADO e de JOANA NUNES VICENTE, do trabalho alternado³².

Em segundo lugar, permite-se o trabalho à chamada, nos termos do qual o momento da execução do contrato não se encontra pré-determinado, bastando acordar a antecedência

³⁰ Esta figura já se encontrava consagrada no art. 8.º da Lei n.º 4/2008, de 7-02, que aprovou o regime dos contratos de trabalho dos profissionais de espectáculos. Sobre este regime especial do trabalho intermitente, *vd.* JÚLIO GOMES, «Da fábrica à fábrica de sonhos - primeiras reflexões sobre o regime dos contratos de trabalho dos profissionais de espectáculos», in *Estudos dedicados ao professor Mário Fernando de Campos Pinto - Liberdade e compromisso*, vol. II, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2009, pp. 269 ss. Voltarei a este assunto no texto.

³¹ Assim, PEDRO MADEIRA DE BRITO, in AAVV., *Código do Trabalho anotado*, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 2009, pp. 409-410; JOÃO LEAL AMADO/JOANA NUNES VICENTE, «Contrato de trabalho intermitente», in *XI-XII Congresso nacional de direito do trabalho - Memórias*, coord. António Moreira, Almedina, Coimbra, 2009, p. 124. Aditam acertadamente os últimos autores que «em bom rigor, se a descontinuidade poderá não ser frequente, já a “intensidade variável” será, quiçá, um traço característico da grande maioria das empresas...». Procura circunscrever o alcance destes conceitos ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Direito do trabalho. Parte II...*, cit., pp. 347-348.

³² *Op. cit.*, pp. 122. 130 e *passim*: JOÃO LEAL AMADO, *Contrato de trabalho*, 2.ª ed., Wolters Kluwer/Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 140, seguindo a classificação de JORGE LEITE, «Direito do trabalho na crise (relatório geral)». in *Temas de direito do trabalho - Direito do trabalho na crise. Poder empresarial. Greves atípicas. IV Jornadas Luso-hispano-brasileiras de direito do trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 1990, pp. 35-36. Esta figura é designada na vizinha Espanha como trabalho a tempo parcial dos *fijos-periódicos*.

(que não pode ser inferior a 20 dias) com que o empregador deve informar o trabalhador do início da prestação da respectiva actividade ³³.

Em qualquer uma das duas hipóteses, a prestação de trabalho tem de corresponder a um mínimo de seis meses de trabalho a tempo completo por ano, dos quais quatro meses têm de ser consecutivos (art. 159.º, n.º 2, do CT 2009).

Ora, quanto está em causa a primeira modalidade de trabalho intermitente, as partes podem optar por recorrer ao trabalho a tempo parcial anualizado, o qual permite obter o mesmo resultado sem as limitações inerentes ao trabalho intermitente, sendo portanto muito mais vantajoso para o empregador ³⁴. Assim, por um lado, pode ser celebrado um contrato de trabalho a tempo parcial e a termo, o que não seria possível ao abrigo da figura do trabalho intermitente ³⁵. Acresce que o empregador não tem de ser titular de uma empresa que exerce actividades com descontinuidade ou intensidade variável, uma vez que o trabalho a tempo parcial não é um contrato *causal* ³⁶. Por fim, o empregador pode celebrar um contrato de trabalho a tempo parcial em que os períodos de inactividade ultrapassam os limites imperativos impostos pelo n.º 2 do art. 159.º ao trabalho intermitente; ou seja, o empregador pode celebrar um contrato de trabalho a tempo parcial vertical anual em que o trabalhador se vincula a prestar a respectiva actividade, por exemplo, somente dois meses por ano, consecutivos ou não.

Nestes termos, a utilidade da figura do trabalho intermitente fica reduzida à segunda modalidade referida correspondente ao trabalho à chamada, pois esta última configuração já não pode ser alcançada pelo recurso ao trabalho a tempo parcial ³⁷.

³³ Este vínculo juslaboral é identificado em Espanha. por oposição ao referido na nota anterior, como trabalho a tempo parcial dos *fijos-discontinuos*. Sobre os problemas gerados por estas modalidades contratuais quanto ao cômputo da antiguidade, vd. LUISA VICEDO CAÑADA, «El cálculo de la antigüedad y de sus derechos relacionados en el tiempo parcial», *Revista Información Laboral*, 2009, n.º 11, pp. 18 ss. A fronteira entre o trabalho *fijo-discontinuo* e o trabalho à chamada regulado noutros ordenamentos jurídicos foi objecto de análise jurisprudencial, nos termos referidos por BEATRIZ SANZ DE GALDEANO, *Flexibilidad de la jornada laboral...*, cit., pp. 99 ss.

³⁴ Em sentido diferente, ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Direito do trabalho Parte II...*, cit., p. 349, entende que no trabalho a tempo parcial não há período de inactividade.

³⁵ Sobre o problema, vd. JOÃO LEAL AMADO/JOANA NUNES VICENTE, *op. cit.*, pp. 130-131.

³⁶ Com esta convicção, JOÃO LEAL AMADO/JOANA NUNES VICENTE, *op. cit.*, pp. 122- 123.

³⁷ Cf. JÚLIO GOMES, «Trabalho a tempo parcial», cit., p. 77; JOÃO LEAL AMADO/JOANA NUNES VICENTE, *op. cit.*, pp. 122-123; ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Direito do trabalho. Parte II...*, cit., p. 349.

3. Pluriemprego, trabalho intermitente e trabalho a tempo parcial

Em qualquer uma das modalidades de trabalho intermitente, permite-se, nos termos do art. 160.º, n.º 3, que o trabalhador exerça outra actividade. Assim, aderimos à posição de JOÃO LEAL AMADO e de JOANA NUNES VICENTE no sentido da inadmissibilidade de aposição de cláusulas de exclusividade a este contrato ³⁸, sob pena de este preceito não ter um sentido útil em face do teor do n.º 4 do art. 160.º

De qualquer forma, como salientam os autores referidos, esta possibilidade teórica encontra fortes limitações práticas e jurídicas ³⁹.

Assim, por um lado, afigura-se evidente a dificuldade prática de exercício de outra actividade laboral no trabalho à chamada, em virtude da indeterminação dos períodos em que o trabalhador vai ser convocado a prestar a actividade a que se vinculou através da celebração do contrato de trabalho intermitente, correndo o risco de não pode cumprir um ou outro contrato com as consequências disciplinares e, eventualmente, ao nível de responsabilidade civil.

Por outro lado, se é certo que no n.º 3 do art. 160.º se salvaguarda expressamente o direito de o trabalhador exercer outras actividades, o n.º 4 dispõe que durante os períodos de inactividade se mantêm «os direitos, deveres e garantias das partes que não pressuponham a efectiva prestação de trabalho». Repete, assim, a formulação legal utilizada para caracterizar a suspensão do contrato de trabalho (art. 295.º, n.º 1, do CT) ⁴⁰, pelo que o dever de lealdade (que engloba a obrigação de não concorrência - art. 128.º, n.º 1, al. f), do CT) se mantêm durante o tal período. Daqui decorre que a actividade, laboral ou não, exercida pelo trabalhador durante os períodos de inactividade não pode violar a obrigação de não concorrência perante o empregador intermitente ⁴¹. Logo, a compensação paga pelo empregador no período de inactividade não resulta da mera manutenção do vínculo contratual, mas também da limitação da liberdade de trabalho.

Maiores dúvidas podem suscitar-se acerca da possibilidade de se celebrar um contrato de trabalho a tempo parcial em regime de exclusividade, uma vez que o CT não prevê, para

³⁸ *Op. cit.*, p. 128. Em sentido contrário, ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *ult. op. cit.*, p. 351.

³⁹ João LEAL AMADO/JOANA NUNES VICENTE, *op. cit.*, pp. 128 SS.

⁴⁰ Apesar de ser discutível a configuração legal dos períodos de inactividade como fenómenos suspensivos do contrato de trabalho.

⁴¹ Nestes termos, também PEDRO MADEIRA DE BRITO, *op. cit.*, p. 413; JOÃO LEAL AMADO/JOANA NUNES VICENTE, *op. cit.*, p. 129; ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *ibidem*.

esta última modalidade, uma norma de conteúdo similar à que se encontra no art. 160.º, n.º 3, quanto ao trabalho intermitente; e, além do mais, o legislador não regulou, em termos gerais, as cláusulas de exclusividade. O problema já foi tratado, entre nós, por JÚLIO GOMES, que admitia que uma cláusula com este teor pudesse ser aposta a um contrato de trabalho a tempo parcial desde que correspondesse a um «genuíno interesse da empresa», salvaguardando ainda a possibilidade de se recorrer ao regime dos vícios da vontade, na hipótese de se verificarem, no caso concreto, os respectivos pressupostos ⁴².

Todavia, após a entrada em vigor do CT 2009, a dúvida assume, em minha opinião, maior pertinência. Com efeito, tendo em conta, como foi referido, que existe uma larga margem de sobreposição entre as modalidades de trabalho a tempo parcial e de trabalho intermitente, e sendo certo que o n.º 3 do art. 160.º se aplica a todas as formas de trabalho intermitente, parece-me que a exigência de interpretação teleológica e sistemática nos conduz à recusa da aposição de cláusulas de exclusividade ao contrato de trabalho a tempo parcial.

4. A articulação entre o regime geral e o regime especial da intermitência

A figura do trabalho intermitente já se encontrava consagrada no art. 8.º da Lei n.º 4/2008, de 7-02, que aprovou o regime dos contratos de trabalho dos profissionais de espectáculos.

No entanto, o regime geral regulado, em momento ulterior, pelo CT 2009 é não só diferente daquele mas também, contrariamente ao que à primeira vista seria de esperar, mais flexível e menos protector do que o regime especial. Vejamos alguns exemplos. O período mínimo de antecedência necessário para o empregador informar o trabalhador do início da prestação é de 30 dias no regime especial e apenas de 20 no regime geral (embora, aparentemente, no regime especial, este não constitua um limite imperativo mínimo ao contrato de trabalho ⁴³. Acresce que a contrapartida devida pelo período de inactividade corresponde, pelo menos, a 20% da retribuição base no regime geral e a 30% no regime especial ⁴⁴, conquanto neste último caso o legislador utilize o conceito mais amplo de

⁴² JÚLIO GOMES, «Trabalho a tempo parcial», cit., pp. 89 ss.

⁴³ No sentido da sua natureza supletiva pronunciam-se LEAL AMADO/JOANA NUNES VICENTE, *op. cit.*, p. 135, nota 28.

⁴⁴ No contrato de trabalho intermitente celebrado com profissionais do espectáculo, ao abrigo da Lei n.º 4/2008, admite-se a cláusula de exclusividade, uma vez que a compensação retributiva pode ascender a 50%, nos termos do art. 8.º, n.º 6, al. a), no caso de o trabalhador estar impedido de desempenhar outra

retribuição normal, podendo portanto o mesmo abranger outras prestações retributivas que não se integram na retribuição base (de acordo com a definição do art. 262.º, n.º 2, al. a), do CT). Por outro lado, os subsídios de férias e de Natal são calculados, para os profissionais de espectáculos, «com base no valor previsto para a retribuição correspondente ao último período de trabalho efectivo», enquanto nos restantes contratos abrangidos pelo CT os «subsídios de férias e de Natal são calculados com base na média dos valores de retribuições e compensações retributivas auferidas nos últimos 12 meses ou no período de duração do contrato se esta for inferior», segundo o art. 160.º, n.º 2. Além do mais, não existe no regime geral uma norma como a do n.º 7 do art. 8.º da Lei n.º 4/2008 que limita o poder de contratação do empregador durante os períodos de inactividade ⁴⁵. Por último, o art. 10.º, n.º 4, da Lei n.º 4/2008 permite que o trabalhador revogue, por escrito, o acordo para o exercício intermitente da prestação de trabalho até ao sétimo dia seguinte à data da respectiva celebração. Tal faculdade que parece traduzir um verdadeiro *direito de arrependimento*, de teor algo paternalista, encontra-se consagrada em termos idênticos no CT 2009 para diversas situações, designadamente no domínio do trabalho a tempo parcial (art. 155.º, n.º 2, do CT) ⁴⁶, mas não para o trabalho intermitente ⁴⁷. De qualquer forma, note-se que a abrangência deste *direito de arrependimento* no contexto do trabalho a tempo parcial é claramente mais restrita, pois o direito só é conferido ao trabalhador nos casos em que ocorre uma modificação da anterior modalidade contratual (ou seja, quando se passa de um contrato de trabalho a tempo completo para um contrato de trabalho a tempo parcial ou o inverso), enquanto no contrato de trabalho intermitente dos profissionais de espectáculo parece aplicar-se logo após a celebração do primeiro contrato de trabalho com esta fisiologia ⁴⁸.

actividade. No entanto, como explica JÚLIO GOMES, «Da fábrica à fábrica de sonhos...», cit., p. 273, nota 51 tal não dispensa «o julgador de verificar se no caso concreto há um interesse legítimo do empregador que o justifique e se a cláusula é adequada e proporcional para o efeito», uma vez que está em causa a liberdade de trabalho constitucionalmente tutelada.

⁴⁵ «Durante os períodos de inactividade o empregador fica obrigado a: (...) b) Não admitir novos trabalhadores ou renovar contratos para actividades artísticas susceptíveis de poderem ser desempenhadas pelo trabalhador em situação de inactividade».

⁴⁶ Outras situações podem ser encontradas na cessação por mútuo acordo (art. 350.º) e na denúncia do contrato por iniciativa do trabalhador (art. 402.º).

⁴⁷ Defendem, com justos motivos, que este direito de arrependimento deve ser reconhecido nas hipóteses gerais de trabalho intermitente, por identidade ou mesmo maioria de razão, JOÃO LEAL AMADO/JOANA NUNES VICENTE, *op. cit.*, p. 126, nota 11.

⁴⁸ Cfr. JÚLIO GOMES, «Da fábrica à fábrica de sonhos...», cit., p. 270.

Ora, sendo a intermitência uma característica dominante no sector ligado às actividades artísticas destinadas a espectáculos públicos ⁴⁹, parece justificar-se um regime especial que flexibilize ou adapte ⁵⁰ o regime geral, quando se passa o inverso ⁵¹.

Assim, poderá uma entidade produtora ou organizadora de espectáculos públicos de teor artístico celebrar um contrato de trabalho intermitente sujeito ao regime dos arts. 157.º e segs. do CT, e não aos arts. 8.º e 10.º da Lei n.º 4/2008? Em face do disposto no art. 2.º deste último diploma, a resposta parece ser negativa, uma vez que a lei geral só será de aplicar na ausência de regime especial, ou seja, «em tudo o que não estiver previsto na presente lei» ⁵², embora já se afigure possível a celebração de um contrato de trabalho a tempo parcial anualizado nos termos gerais ⁵³. De qualquer forma, seria desejável uma revisão da Lei n.º 4/2008 que atenda às modificações entretanto verificadas na legislação laboral no sentido de assegurar uma maior harmonia e coerência sistemática.

5. O regime do subsídio de refeição no contrato de trabalho a tempo parcial e no contrato de trabalho intermitente

A determinação do regime aplicável ao trabalho a tempo parcial e ao trabalho intermitente em matéria de subsídio de refeição suscita várias dúvidas e perplexidades.

⁴⁹ Assim, JÚLIO GOMES, «Da fábrica à fábrica de sonhos...», cit., p. 269, nota 46.

⁵⁰ V. g., em matéria de qualificação dos tempos de trabalho, como acontece no n.º 4 do art. 8.º da Lei n.º 4/2008.

⁵¹ O que, aliás, não acontece somente com este contrato de trabalho especial, mas atravessa todos os regimes laborais especiais regulados em diplomas que iniciaram a respectiva vigência, muitos deles, antes do CT de 2003 e que se mantêm em vigor depois do CT 2009, originando dificuldades sérias de articulação. No âmbito da Lei n.º 4/2008, um problema (conquanto de sentido oposto ao referido no texto) surge quanto à presunção de contrato de trabalho presente no art. 6.º, a qual procurava facilitar a prova da subordinação jurídica num âmbito particularmente dificultado pelas características da actividade em causa e num contexto legal em que não existia uma presunção legal de contrato de trabalho digna desse nome. Porém, hoje, a presunção do art. 12.º do CT 2009 é claramente mais favorável para os trabalhadores do que aquela que consta do art. 6.º da Lei n.º 4/2008.

⁵² Neste sentido, ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Direito do trabalho. Parte II...*, cit., pp. 352 e 362.

⁵³ Segundo JOÃO LEAL AMADO/JOANA NUNES VICENTE, *op. cit.*, p. 121, nota 5, a modalidade de contrato de trabalho intermitente dos profissionais do espectáculo «parece reconduzir-se, sempre, à figura do trabalho à chamada, visto que o n.º 4 do art. 8.º da Lei n.º 4/2008 estabelece que, durante os períodos de inactividade, o trabalhador mantém a disponibilidade para iniciar a sua prestação de trabalho, desde que seja convocado pelo empregador com a antecedência devida».

Nos termos do art. 154.º, n.º 3, al. b), o trabalhador a tempo parcial tem direito ao «subsídio de refeição, no montante previsto em instrumento de regulamentação colectiva de trabalho ou, caso seja mais favorável, ao praticado na empresa, excepto quando o período normal de trabalho diário seja inferior a cinco horas, caso em que é calculado em proporção do respectivo período normal de trabalho semanal». Destarte, se o trabalhador estiver vinculado a cumprir um período normal de trabalho diário igual ou superior a cinco horas, auferirá a totalidade do subsídio de almoço atribuída a um trabalhador a tempo completo, independentemente do horário praticado⁵⁴. Diferentemente, na hipótese oposta, tal subsídio será calculado de forma proporcional em função, agora, do período normal de trabalho semanal (e não diário).

A dificuldade em compreender a bondade da opção legislativa já tinha sido salientada, de forma acertada e rigorosa, por JÚLIO GOMES ainda no contexto da já mencionada Lei n.º 103/99, visto que a solução se manteve, no essencial, inalterada⁵⁵. Como explicava então o autor, «se o trabalhador a tempo parcial trabalhar apenas um dia por semana das 11h às 12h e das 13h às 16h, de acordo com a nossa lei receberá apenas, supondo que o período normal de trabalho semanal de um trabalhador a tempo completo em situação comparável é de 40 horas, um décimo (4 horas/40 horas) do subsídio de almoço nesse dia de trabalho, ao passo que se um trabalhador trabalhar um dia por semana das 13h às 18h receberá por inteiro, ao que parece, o subsídio de almoço, ainda que, em rigor, não carecesse dele por ter possibilidades de almoçar em casa».

Esta solução é ainda mais difícil de justificar após o início de vigência do CT 2003 que veio qualificar, de forma expressa, o subsídio de refeição como ajuda de custo⁵⁶, preceito que se manteve no n.º 2 do art. 260.º do CT 2009 e que justificaria um ajustamento do actual art. 154.º, n.º 3, al. b), para assegurar a coerência teleológica dos vários institutos. Com efeito, tratando-se do mero pagamento de uma despesa que o trabalhador tem de assumir em virtude da prestação da actividade laboral, só se justificaria o seu pagamento nos casos em

⁵⁴ Hipótese em que o trabalhador pode mesmo auferir, como explica PAULA CAMANHO, *op. cit.*, p. 218, nota 42, dois subsídios de refeição, desde que preste cinco horas diárias de trabalho para dois empregadores distintos.

⁵⁵ JÚLIO GOMES, «Trabalho a tempo parcial», *cit.*, p. 84, e mais recentemente em *Direito do trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 694.

⁵⁶ O subsídio de refeição só integrará o conceito de retribuição na parte em que exceda os respectivos montantes normais, desde que tenha sido previsto no contrato ou se deva considerar pelos usos como elemento integrante da retribuição do trabalhador, nos termos no art. 260.º, n.º 1, al. a), do CT.

que o respectivo horário de trabalho lhe exige a realização de tal despesa, independentemente do período normal de trabalho em causa. Tal como o pagamento de um subsídio de transporte acordado terá de ser efectuado sempre que o trabalhador tenha de se deslocar para o cumprimento da prestação laboral, mesmo que trabalhe somente três ou quatro horas, pois a despesa é invariável em face do respectivo período normal de trabalho ⁵⁷. A redução só se justificaria na hipótese de tal subsídio integrar o conceito de retribuição, ao abrigo do princípio da proporcionalidade aplicável aos direitos laborais mensuráveis, nos termos da 2.ª parte do n.º 2 do art. 154.º.

LUÍS MIGUEL MONTEIRO procurou interpretar correctivamente o preceito legal no sentido de a proporção relevante, no caso de o período normal de trabalho diário ser inferior a cinco horas, ser calculada por referência ao valor do subsídio atribuído aos trabalhadores a tempo parcial que prestem pelo menos cinco horas de trabalho diário (e não por referência ao valor atribuído aos trabalhadores a tempo completo) ⁵⁸. No entanto, como salientou JÚLIO GOMES, esta solução afasta-se significativamente da letra da lei que impõe o cálculo em «proporção do respectivo período normal de trabalho semanal» ⁵⁹.

Além do mais, esta interpretação correctiva não resolve o problema da contradição entre a hipotética *ratio* deste regime legal e a qualificação jurídica do subsídio de refeição presente no art. 260.º, n.º 2, pelo que não encontra apoio noutros elementos interpretativos de carácter teleológico ou sistemático.

III - ARTICULAÇÃO ENTRE O REGIME GERAL DO TEMPO DE TRABALHO E OS REGIMES RESPECTIVOS PREVISTOS PARA CONTRATOS DE TRABALHO ESPECIAIS

Ao nível comunitário, o protagonismo em matéria de tempo de trabalho é assumido pela Directiva n.º 2003/88/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4-11, relativa a determinados aspectos da organização do tempo de trabalho, que veio no essencial codificar as disposições das suas antecessoras Directivas n.º 93/104/CE e n.º 2000/34/CE.

⁵⁷ Cfr. JÚLIO GOMES, «Trabalho a tempo parcial», cit., p. 84.

⁵⁸ LUÍS MIGUEL MONTEIRO, in AAVV., *Código do Trabalho anotado*, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 2009, p. 406. Assim, exemplifica o autor, se um trabalhador prestar quatro horas de trabalho diário (em vez das oito horas prestadas pelos trabalhadores a tempo completo), o valor do subsídio de refeição corresponderá a quatro quintos (4/5) e não a metade (4/8) do valor de referência.

⁵⁹ JÚLIO GOMES, *Direito do trabalho*, cit., p. 694.

Contrariamente ao desiderato comunitário, a legislação portuguesa sobre a organização do tempo de trabalho não é aplicável a todos os sectores de actividade, privados e públicos, abrangidos pela Directiva.

Por este motivo, o princípio da interpretação conforme, analisado *supra*, obriga o intérprete a recorrer ao art. 9.º CT 2009 no sentido de aplicar aos contratos com regime especial as regras gerais do CT não incompatíveis com a respectiva especificidade. Integrar-se-ão as normas jurídicas sobre o tempo de trabalho numa dessas matérias gerais aplicáveis aos contratos de trabalho com regime especial nos termos do art. 9.º? E em caso de resposta afirmativa, quando é que a regulamentação especial existente deve afastar estas regras gerais?

A questão pode ser suscitada, designadamente, a propósito do trabalho rural (Portaria de Regulamentação do Trabalho para a Agricultura), do transporte ferroviário (Decreto n.º 381/72, de 9-10) e do trabalho a bordo das embarcações de pesca (Lei n.º 15/97, de 31-05) ⁶⁰.

Todavia, não estando em causa uma interpretação *contra legem*, uma vez que a doutrina aceita a aplicação das regras gerais sobre tempo de trabalho aos contratos especiais, por força da remissão do art. 9.º do CT, a única dúvida reside na avaliação, a realizar casuisticamente, da (in)compatibilidade dessas normas com a especificidade dos contratos de trabalho especiais. Em minha opinião, se estiverem em causa normas gerais do CT que implementam Directivas comunitárias cujo âmbito de aplicação abarca esses contratos especiais, a única interpretação coerente com a unidade do sistema jurídico, capaz de assegurar o resultado pretendido por uma fonte hierarquicamente superior (o direito comunitário), é obviamente aquela que entende serem essas regras gerais compatíveis com a especificidade dos contratos de trabalho com regime especial, aplicando-as por remissão do art. 9.º do CT.

IV - AMPLIAÇÃO LEGAL DO CONJUNTO DE FIGURAS QUE PERMITEM AO EMPREGADOR

FLEXIBILIZAR O TEMPO DE TRABALHO: FRONTEIRAS E UTILIDADE

O CT 2009 veio ampliar consideravelmente o conjunto de figuras que permitem ao empregador a flexibilização do tempo de trabalho como meio de adaptação às respectivas necessidades empresariais, com o intuito de fomentar a produtividade e competitividade, sem

⁶⁰ Sobre a questão, *vd.* o nosso, «A regulamentação nacional do tempo de trabalho e o direito comunitário: omissões e incompatibilidades», *Questões Laborais*, 2006, n.º 27, pp. 39 SS.

umentar (pelo menos de forma significativa) os custos laborais inerentes, designadamente aqueles que decorreriam da prestação de trabalho suplementar.

O ajustamento das flutuações da produção à procura exige uma organização flexível que passa, necessariamente, pela modulação do tempo de trabalho; este mecanismo é de elevada importância, designadamente para as empresas de menor dimensão, cujo quadro de pessoal se encontra, em regra, reduzido ao mínimo. Nas palavras de ROSÁRIO PALMA RAMALHO, o modelo rígido de fixação do tempo de trabalho harmoniza-se com o perfil «das grandes unidades produtivas industriais, que constituíram um dos pressupostos socioeconómicos do desenvolvimento do sistema normativo laboral»⁶¹.

Todavia, a implementação destes regimes legais relativos à organização do tempo de trabalho depende frequentemente de regulação convencional, o que conduz à parca relevância prática destes institutos num país marcado por micro e pequenas empresas⁶². Com efeito, o recurso à contratação colectiva nas pequenas e microempresas é severamente dificultado pela ausência habitual de estruturas representativas dos trabalhadores, ao que se somam os problemas decorrentes da frágil organização colectiva dos pequenos empregadores, raramente inscritos em associações empresariais, confluindo na ausência de contratação colectiva e numa consequente regulação laboral de base legal ou individual⁶³.

É certo que a maioria das convenções colectivas acaba por ser objecto de alargamento por via de uma portaria de extensão. Aliás, uma análise do paradigma nacional permite-nos

⁶¹ ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Direito do trabalho. Parte II...*, cit., p. 523.

⁶² Em Portugal, segundo dados da Eurostat de 2003, 92,7% das empresas eram microempresas e forneciam, no domínio dos serviços, 48,2% do emprego, e, no domínio da indústria 21,6%. Cf. STEFANO PALMIERI, «The European system of small-and medium-sized enterprises», *Transfer - European Review of Labour and Research*, vol. 13, 2007, n.º 1, pp. 30 e 34. Outros dados a este respeito podem ser encontrados em M.ª EMÍLIA CASTANHEIRA, *O emprego e a formação profissional nas PME*, DGEFP/CIME, Lisboa, 1995, pp. 27 ss., máxime, 35-36; AAVV., *Relações sócio-laborais em micro e pequenas empresas*, coord. M.ª das Dores Guerreiro, Observatório do Emprego e Formação Profissional, Lisboa, 2001, pp. 17 ss. Na análise da directriz segunda do Plano Nacional de Emprego (PNE), aprovado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 185/2003, publicada em 3-12, relativa à criação de emprego e ao desenvolvimento do espírito empresarial, observa-se que as empresas com menos de 20 trabalhadores tiveram uma tendência crescente significativa de 90,8% em 1995 (34,9% do emprego) para 92,3% em 2000 (37% do emprego) - enquanto as de 500 ou mais trabalhadores passaram de 0,15% em 1995 (19,1% do emprego) para 0,12% em 2000 (17,9% do emprego).

⁶³ Para mais desenvolvimentos, designadamente sobre os motivos justificativos desta situação, *vd.* o nosso, *Da dimensão da empresa no direito do trabalho – Consequências práticas da dimensão da empresa na configuração das relações laborais individuais e colectivas* (no prelo).

demonstrar a importância prática destes últimos IRCT não negociais, pois eles são responsáveis pelo facto de a cobertura das convenções colectivas atingir limiares próximos dos 91%, em confronto com as baixas taxas de sindicalização e de filiação dos pequenos empregadores nas associações patronais ⁶⁴.

Daí as portarias de extensão serem, nas palavras de JORGE LEITE, a «verdadeira estrela do firmamento português da autonomia colectiva» ⁶⁵. Porém, este alargamento não permite, na maioria dos casos, a correcta adequação dos regimes convencionais referentes ao tempo de trabalho, definidos ao nível sectorial (através de contratos colectivos), às particularidades e condições económicas das pequenas empresas.

Por fim, as fronteiras entre os novos e *velhos* institutos legais em matéria de tempo de trabalho e, por vezes, a própria utilidade prática desta multiplicação de figuras legais são equívocas, como procurarei demonstrar.

1. Adaptabilidade

O CT consagra dois regimes de adaptabilidade do tempo de trabalho: um previsto em regulamentação colectiva (art. 204.º) e outro acordado individualmente (art. 205.º), tendo o CT 2009 aditado a adaptabilidade grupal (art. 206.º) de forma a permitir o alargamento do âmbito subjectivo de aplicação das duas primeiras modalidades ⁶⁶.

O conceito de adaptabilidade do período normal de trabalho assenta «no cálculo do tempo de trabalho em termos médios, num período pré-determinado» ⁶⁷, permitindo o ajustamento das «actividades com desníveis produtivos» e facilitando a gestão dos *recursos*

⁶⁴ Dados fornecidos pela Direcção Geral de Estudos, Estatística e Planeamento, *Estatísticas em síntese - Quadros de pessoal*, 2005, p. 7

⁶⁵ JORGE LEITE, «El sistema de negociación colectiva en Portugal», in *Experiencias de negociación colectiva en Europa y sus puntos críticos - XV/11 Jornadas de estudios sobre negociación colectiva*, MTAS, Madrid, 2006, p. 72.

⁶⁶ Como explica HELENA TAPP BARROSO, «Notas sobre o efeito das férias e ausências na contagem do período normal de trabalho em regime de adaptabilidade», *RDES*, 2010, n.º 1, p. 42, nota 2, «a adaptabilidade grupal não corresponde a uma terceira modalidade de adaptabilidade (enquanto modelo mais flexível de organizar o tempo de trabalho, dotado de um regime próprio) mas antes a um mecanismo que permite ao empregador estender a aplicação de um de dois regimes ou modalidades de adaptabilidade a trabalhadores que de outra forma estariam excluídos do seu âmbito de aplicação».

⁶⁷ LUÍS MIGUEL MONTEIRO, «Algumas questões sobre a organização do tempo de trabalho», *RDES*, 2000, n.º 3 e 4, p. 284; JÚLIO GOMES, *Direito do trabalho*, cit., p. 667.

*humanos*⁶⁸. Evitam-se, assim, as desvantagens da utilização do trabalho suplementar, não só ao nível das contrapartidas remuneratórias e do descanso compensatório, mas também da possível invocação de motivo atendível para recusa da respectiva prestação⁶⁹.

No que respeita ao período de referência relevante para a determinação da duração média do trabalho, o art. 16.º, al. b), da Directiva n.º 2003/88/CE permite aos Estados-membros a fixação de um qualquer período não superior a quatro meses, embora admita derrogações a esta regra nos arts. 17.º, n.º 3, e 18.º, com os limites previstos no art. 19.º. Concretizando este preceito, o art. 207.º do CT consagra, como princípio, a estipulação do período de referência por IRCT, o qual pode fixar um qualquer período com o limite máximo de um ano. Supletivamente, na ausência de IRCT regulador da matéria, estabeleceu-se o período de quatro meses, admitindo-se o alargamento do mesmo para seis meses nas situações enumeradas no n.º 2 do art. 207.º Em relação ao regime especial de adaptabilidade, a lei não estabelece qualquer período de referência, devendo aplicar-se aqui o prazo supletivo de quatro meses, uma vez que aquele regime resulta do acordo entre empregador e trabalhador e a Directiva comunitária só permite o seu alargamento por via legal, administrativa ou convencional colectiva⁷⁰.

O regime de adaptabilidade por regulamentação colectiva (art. 204.º do CT) permite que os limites máximos ao período normal de trabalho possam ascender a 12 horas por dia e 60 por semana, com exclusão do trabalho suplementar prestado por motivos de força maior, com um limite intermédio de 50 horas em média num período de dois meses.

⁶⁸ Assim, ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Direito do trabalho...*, cit., pp. 508-509.

⁶⁹ Cfr. JOSÉ JOÃO ABRANTES, «A redução do período normal de trabalho - A Lei 21/96 em questão», *Questões Laborais*, 1997, n.ºs 9/10, p. 87; FRANCISCO LIBERAL FERNANDES, «O regime de adaptabilidade do tempo de trabalho», in *A reforma do Código do Trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 329; ANTÓNIO MOREIRA, «Flexibilidade temporal», in *Estudos de direito do trabalho em homenagem ao Professor Manuel Afonso Olea*, Almedina, Coimbra, 2004, pp. 116-117; ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Direito do trabalho...*, cit., p. 509; JÚLIO GOMES, *Direito do trabalho*, cit., p. 667; LUÍS MIGUEL MONTEIRO, in *Código do Trabalho anotado*, cit., pp. 506-507.

⁷⁰ Com esta convicção, ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, «Duração e organização do tempo de trabalho no Código do Trabalho», in *VI Congresso nacional de direito do trabalho*, Almedina, Coimbra, 2004, p. 105; LIBERAL FERNANDES, «O regime de adaptabilidade...», cit., p. 336; MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, «Breves notas críticas sobre a evolução de alguns aspectos do regime da duração e organização do tempo de trabalho», *Questões Laborais*, 2005/2006, n.º 28, p. 227; ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Direito do trabalho...*, cit., p. 528; Júlio GOMES, *Direito do trabalho*, cit., p. 669; PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do trabalho*, 5.ª ed., Almedina, Coimbra, 2010, p. 564.

O regime individual de adaptabilidade ⁷¹, previsto no art. 205.º do CT, prescinde de IRCT, bastando-se com um acordo presumido entre empregador e trabalhadores. Assim, o empregador pode limitar-se a dirigir aos trabalhadores uma proposta escrita ⁷² nesse sentido, presumindo-se a aceitação por parte dos últimos se, no prazo de 14 dias ⁷³ a contar do conhecimento, não se opuserem por escrito ⁷⁴. Neste sistema, por confronto com o instituído por IRCT, os limites máximos ao período normal de trabalho são estreitados, não podendo exceder 10 horas diárias e 50 semanais, excepcionando-se também o trabalho suplementar prestado por motivos de força maior.

O âmbito subjectivo de aplicação destes regimes encontra-se, todavia, limitado: no caso da adaptabilidade convencional (IRCT), pelo princípio da filiação (art. 496.º) que só permite a respectiva aplicação a trabalhadores filiados nos sindicatos signatários ⁷⁵ no sistema de adaptabilidade individual, pela possibilidade de oposição escrita dos trabalhadores à proposta da entidade empregadora.

O CT 2009 procurou atenuar este problema ⁷⁶ através da regulação de duas modalidades de adaptabilidade grupal (art. 206.º), uma baseada no sistema de adaptabilidade convencional e a outra no regime de adaptabilidade individual.

Assim, no caso de vigorar um regime de adaptabilidade previsto em regulamentação colectiva, de acordo com o disposto no n.º 1 do art. 206.º, o empregador pode aplicá-lo «ao conjunto dos trabalhadores de uma equipa, secção ou unidade económica caso, pelo menos, 60% dos trabalhadores dessa estrutura ⁷⁷ sejam por ele abrangidos» (ou porque se encontram

⁷¹ O revogado art. 165.º do CT 2003 designava-o regime especial de adaptabilidade.

⁷² O CT 2003 não exigia que esta proposta fosse escrita.

⁷³ O CT 2003 previa um prazo mais alargado de 21 dias, à semelhança do que prescreve o regime de contrato de trabalho de adesão por referência ao regulamento interno (actual art. 101.º, n.º 2).

⁷⁴ Criticam a solução legal atributiva de valor declarativo ao silêncio, numa relação contratual manifestamente desigualitária, MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, «Breves notas críticas...», cit., p. 226; JÚLIO GOMES, *Direito do trabalho*, cit., p. 668.

⁷⁵ Com o início de vigência do CT 2009, o art. 497.º veio permitir ainda que uma convenção colectiva aplicável no âmbito da empresa se aplique por escolha de trabalhador não filiado.

⁷⁶ Assim, ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Direito do trabalho...*, cit., p. 526.

⁷⁷ Parece que cabe ao empregador a escolha pelo âmbito espacial relevante entre as três opções conferidas pelo legislador: secção, equipa ou unidade económica, sendo certo que os primeiros conceitos não estão definidos na lei. Assim, JÚLIO GOMES, «O Código do Trabalho de 2009 e a promoção da desfiliação sindical», in *Novos Estudos de direito do trabalho*, Wolters Kluwer/Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 177. Quanto à noção de unidade económica, veja-se o art. 285.º, n.º 5, do CT.

filiados na associação sindical signatária - logo, só se aplica a IRCT negociais ⁷⁸ - ou por escolha da convenção nos termos do art. 497.º).

Na hipótese de vigorar um regime individual de adaptabilidade, de acordo com o disposto no n.º 2 do art. 206.º, desde que a proposta escrita apresentada pelo empregador «seja aceite por, pelo menos, 75% dos trabalhadores, da equipa, secção ou unidade económica a quem for dirigida, [aquele] pode aplicar o mesmo regime ao conjunto dos trabalhadores dessa estrutura».

Em qualquer um dos casos, a aplicação *alargada* de tais regimes só poderá ocorrer enquanto a percentagem mínima legalmente prevista se mantiver (n.º 3 do art. 206.º).

Este sistema de adaptabilidade grupal levanta, na minha opinião, diversos problemas. Em relação à primeira modalidade, consagra-se claramente um desvio ao princípio da filiação (art. 496.º) ⁷⁹ susceptível de afectar o princípio constitucional da liberdade sindical, quer na sua vertente positiva, quer na sua vertente negativa. No que respeita à segunda modalidade, temos um acordo pluri-individual com eficácia externa que pode mesmo ser configurado como um contrato com eficácia em desfavor de terceiros ⁸⁰. Ora, nas palavras de JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO ⁸¹, «convém não esquecer que na área da autonomia privada (...), a liberdade negativa, como liberdade de não ficar vinculado por efeitos que não se querem, é expressão mais básica da autodeterminação (constitucionalmente consagrada no artigo 26.º, n.º 1, da CRP), a primeira e mais digna de tutela manifestação da liberdade negocial».

O legislador teve aliás perfeita consciência desse facto, o que o levou a consagrar, no n.º 4 do art. 206.º, algumas excepções ao alargamento de qualquer um dos regimes de adaptabilidade. Assim, por um lado, a adaptabilidade grupal não se aplica «a trabalhador

⁷⁸ Assim, LUÍS MIGUEL MONTEIRO, in *Código do Trabalho anotado*, cit., p. 512.

⁷⁹ Cfr. ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Direito do trabalho...*, cit., p. 526. Como afirma LUÍS MIGUEL MONTEIRO, in *Código do Trabalho anotado*, cit., p. 511, «trata-se do reconhecimento, ainda que parcial, da eficácia *erga omnes*» da convenção colectiva. Este reconhecimento parcial é especialmente problemático, uma vez que passa a aplicar-se a alguns trabalhadores a parte menos favorável de uma convenção colectiva, sem os benefícios eventualmente consagrados na mesma como contrapartida. Cf. JÚLIO GOMES, «O Código do Trabalho de 2009 e a promoção da desfiliação sindical», cit., p. 177, nota 23.

⁸⁰ Assim, JÚLIO GOMES, ensinamentos orais. Segundo ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Direito do trabalho...*, cit., p. 526, há aqui um claro desvio ao princípio *pacta sunt servanda* consagrado no art. 406.º do Código Civil

⁸¹ JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, declaração de voto ao acórdão do TC n.º 338/2010.

abrangido por convenção colectiva ⁸² que disponha de modo contrário a esse regime» e, por outro, a primeira modalidade ampliadora do campo subjectivo do regime de adaptabilidade previsto em IRCT não abarca trabalhadores representados por associação sindicais que tenham deduzido oposição à portaria de extensão da convenção colectiva em causa.

As primeiras dúvidas prendem-se com o alcance do elemento literal da norma. Quando o n.º 4 do art. 206.º prevê a não aplicação da adaptabilidade grupal «a trabalhador abrangido por convenção colectiva que disponha de modo contrário a esse regime» ⁸³ exige que a convenção colectiva de trabalho (CCT) estabeleça expressamente que não é aplicável nenhum regime de adaptabilidade ou bastará a mera ausência da respectiva previsão?

O primeiro entendimento é defendido por LUÍS MIGUEL MONTEIRO ⁸⁴, para quem a mera ausência de previsão de um regime de adaptabilidade não é suficiente, só por si, para impedir a aplicação a esses trabalhadores da adaptabilidade grupal. É certo que o elemento literal parece apontar neste sentido ao referir-se a «convenção colectiva *que disponha de modo contrário*» ⁸⁵. Porém, se uma convenção colectiva não prevê qualquer regime de adaptabilidade, tal só pode significar, segundo entendo, que as partes não chegaram a acordo acerca da respectiva implementação. Logo, aplicar aos trabalhadores representados por este sindicato, em simultâneo com a convenção por ele celebrada, uma parte de outra convenção colectiva, concluída com outra associação sindical que não representa aqueles trabalhadores, apenas porque a primeira convenção não exclui expressamente esta possibilidade, parece-me atentar, desde logo, contra o princípio da autonomia colectiva, hipótese que, a meu ver, não está abrangida no espírito do n.º 4 do art. 206.º, o qual pretende precisamente salvaguardar a liberdade sindical positiva e a autonomia colectiva.

Acresce a potencial violação do princípio da igualdade decorrente do facto de aplicarmos a estes trabalhadores - com a agravante de estarem filiados noutra sindicato e abrangidos por distinta convenção colectiva - somente uma parte menos favorável de um IRCT negocial, pois não podemos ignorar que este último acordo incluiria provavelmente, como

⁸² Note-se que o legislador pretende aqui referir-se somente à aplicação directa da convenção colectiva, com exclusão de fenómenos de extensão operados por portarias ou seja, não se refere a IRCT não negociais.

⁸³ Tal como afirma JÚLIO GOMES, «O Código do Trabalho de 2009 e a promoção da desfiliação sindical», cit., p. 176, estão aqui abrangidos, por um lado os trabalhadores filiados noutra sindicato que seja parte outorgante de uma CCT aplicável naquela empresa e, por outro, aqueles que escolheram uma CCT ao abrigo do novo art. 497º.

⁸⁴ LUÍS MIGUEL MONTEIRO, in *Código do Trabalho anotado*, cit., p. 512.

⁸⁵ Sublinhado meu.

contrapartida do regime de adaptabilidade, cláusulas mais favoráveis para os trabalhadores quando comparadas com o regime legal aplicável e que estas não vão beneficiar os trabalhadores filiados noutros sindicatos ⁸⁶.

Em segundo lugar, quando a lei estabelece que o alargamento do âmbito subjectivo do regime individual de adaptabilidade não se verifica em relação a trabalhadores representados por uma associação sindical que tenha deduzido oposição a portaria de extensão da CCT em causa pressupõe que a portaria de extensão não tenha chegado a ser emitida? Esta opinião é assumida por LUÍS MIGUEL MONTEIRO ⁸⁷, mas também aqui não posso aderir à posição do autor.

Desde logo, porque a letra do preceito não se refere a um projecto de portaria de extensão. Todavia, admito que o elemento literal, só por si, pode, nesta situação, não ser suficiente para fundamentar um certo resultado interpretativo. Mas encontramos facilmente outros elementos que exigem uma interpretação diversa da proposta pelo autor, a começar pela circunstância de a resposta contrária ser aquela que melhor se compagina com o escopo do preceito que visa salvaguardar a liberdade sindical positiva e a autonomia colectiva protegidas pela CRP, pelo Direito comunitário (v. g., Carta dos Direitos Fundamentais da UE) e por diversas Convenções internacionais. Entre estas últimas salientamos as Convenções da OIT n.ºs 87 ⁸⁸ e 98 ⁸⁹ e a Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais ⁹⁰ a qual assume aqui um importante protagonismo decorrente do papel

⁸⁶ Este problema é também salientado por JÚLIO GOMES, «O Código do Trabalho de 2009 e a promoção da desfiliação sindical», cit., p. 177, nota 23. A questão da unidade da convenção colectiva é equacionada, entre nós, embora no contexto da sobrevida das CCT, por FRANCISCO LIBERAL FERNANDES, «Privatização e desmembramento das empresas públicas: alguns problemas juslaborais», *RDE*, n.ºs 16 a 19. 1990-1993.

⁸⁷ LUÍS MIGUEL MONTEIRO, in *Código do Trabalho anotado*, cit., p. 512. Em sentido contrário, JÚLIO GOMES, «O Código do Trabalho de 2009 e a promoção da desfiliação sindical», cit., p.176. nota 22.

⁸⁸ Convenção de 1948, relativa à liberdade sindical e protecção do direito Sindical, ratificada por Portugal através da Lei n.º 45/1977, de 07-07.

⁸⁹ Aprovada para ratificação pelo DL n.º 45.758, de 12-06-1964.

⁹⁰ Adaptada no âmbito do Conselho da Europa e aprovada para ratificação pela Lei n.º 65/78, de 13-10 (rectificada por Declaração da Assembleia da República n.º 286/78 de 11-12).

desempenhado pela jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem no domínio da tutela da liberdade sindical (mormente, negativa) protegida pelo art. 11.º da Convenção ⁹¹.

Além do mais, qual seria então o alcance útil do normativo? A resposta apontada pelo autor não valeria mesmo na ausência da previsão legal contida na segunda parte do n.º 4 do art. 206.º? De facto, seguindo a posição de LUÍS MIGUEL MONTEIRO, ou tinha sido emitida uma portaria de extensão e conseqüentemente esta seria aplicável a todos os trabalhadores por ela abrangidos (independentemente de estarem filiados noutros sindicatos ou da existência de oposição por parte destes), ou então a portaria não chegou a ser emitida e nunca lhes seria aplicável porque não existia. De qualquer modo, na hipótese de vigorar uma distinta CCT para trabalhadores filiados noutro sindicato, a portaria nunca lhes seria aplicável por força do princípio da supletividade dos IRCT não negociais (previsto nos arts. 515.º e 484.º) decorrente do princípio da autonomia colectiva e, tendo existido oposição sindical, a prática seguida pelo ministério responsável pela área laboral demonstra que os trabalhadores representados por tais sindicatos serão, com elevada probabilidade, excluídos do âmbito de aplicação da portaria. Nestes termos, a oposição a um projecto de portaria que nunca chegou a existir como acto jurídico eficaz só teria o efeito útil de afastar a aplicação do n.º 1 do art. 206.º Mas, se assim é, não deverá, por maioria de razão, valer o mesmo regime quando a portaria é efectivamente publicada e se toma eficaz?

Pelas razões expostas, penso que se for emitida uma portaria de extensão que alargue o âmbito de aplicação de uma CCT que contém um regime de adaptabilidade, este último não será aplicável a trabalhadores filiados noutros sindicatos que deduziram oposição à mesma, nos termos permitidos pelo art. 516.º, n.º 3. Esta solução já resultaria da primeira parte do n.º 4 do art. 206.º, nos termos referidos, no caso de tal sindicato ter negociado uma outra CCT que não prevê qualquer regime de adaptabilidade, assim como da supletividade da portaria de extensão relativamente à CCT. Mas a segunda parte do n.º 3 do art. 206.º vem possibilitar que, na ausência de qualquer convenção colectiva por si negociada, o sindicato possa obstar à aplicação aos respectivos filiados do regime de adaptabilidade contido noutra CCT através da

⁹¹ Para uma análise desta jurisprudência *vd.* AAVV., *Prontuario de jurisprudência social del Tribunal Europeo de Derechos humanos (1975-2009)*, Antonio Sempere Navarro (dir.) e Lourdes Morillo-Velarde (coord.), Aranzadi. Navarra, 2009, pp. 225 ss. e *passim*.

dedução de oposição ao alargamento do âmbito subjectivo da mesma por portaria de extensão, independentemente de tal portaria chegar ou não a entrar em vigor ⁹².

De qualquer forma, as exclusões previstas no n.º 4 do art. 206.º não são suficientes para evitar a violação da vertente negativa do princípio da liberdade sindical, a qual, apesar de frequentemente esquecida, também é objecto da tutela constitucional. Como certamente explicou JÚLIO GOMES, a liberdade sindical negativa não tem um significado meramente formal, mas assume um carácter material que inclui «o direito de não ser prejudicado pelos resultados negociais em sede de contratação colectiva, a que cheguem as associações sindicais a que não se pertence» ⁹³.

Recentemente, o Tribunal Constitucional (TC) foi chamado a pronunciar-se sobre a compatibilidade do art. 206.º do CT com a CRP ⁹⁴, tendo concluído pela respectiva constitucionalidade, embora com cinco votos vencidos ⁹⁵.

O TC desenvolveu grande parte da sua argumentação em torno da compatibilidade do regime da adaptabilidade grupal com o direito ao repouso e o direito à «conciliação da actividade profissional com a vida familiar», tutelado pelo art. 59.º, als. *d)* e *b)*, da CRP ⁹⁶,

⁹² No sentido de que um trabalhador filiado noutra associação nunca poderá ser abrangido por este regime, mesmo que o sindicato não tenha outorgado qualquer CCT, pronuncia-se JÚLIO GOMES, «O Código do Trabalho de 2009 e a promoção da desfiliação sindical, cit., pp. 176-177.

⁹³ JÚLIO GOMES, «O Código do Trabalho de 2009 e a promoção da desfiliação Sindical», cit., pp. 169 ss., opinião partilhada por CATARINA SARMENTO E CASTRO e JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO nos respectivos votos de vencido ao acórdão do TC n.º 338/2010.

⁹⁴ Acórdão n.º 338/2010, DR, 1.ª série, n.º 216, de 8-11-2010.

⁹⁵ Dos conselheiros MARIA LÚCIA AMARAL, CATARINA SARMENTO E CASTRO, JOÃO CURA MARIANO, JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO e ANA MARIA GUERRA MARTINS. MARIA LÚCIA AMARAL e JOÃO CURA MARIANO fundamentam a inconstitucionalidade na violação das als. *b)* e *d)* do n.º 1 do art. 59.º da CRP.

⁹⁶ Neste contexto, o TC considerou que as restrições impostas pelo art. 206.º cumpriam o princípio da proporcionalidade em sentido amplo, afirmando haver «uma renúncia colectiva que a própria lei contém dentro de limites de proporcionalidade (ao estabelecer máximos) e que visa a realização de interesses que se consideram, num determinado momento devidamente delimitado, concretamente prevaletentes sobre o repouso e a vida familiar. Esses interesses poderão passar, nomeadamente, pela viabilidade económica da empresa e pela consequente manutenção dos postos e das condições de trabalho dos trabalhadores». Quanto à questão de poder haver «trabalhadores que são mais afectados pelo regime (...)), designadamente no que toca aos direitos de parentalidade, concluiu ser suficiente a previsão do CT no sentido de que «a existência de filhos menores a cargo (parentalidade) implique a “dispensa de prestação de trabalho em regime de adaptabilidade” [artigo 35.º, n.º 1, alínea *q)*, do Código do Trabalho]». Contudo, se tivesse desenvolvido um pouco mais esta ideia, veria que esta dispensa está longe de beneficiar todos os

remetendo para segundo plano o problema da violação da liberdade sindical negativa, ao qual dedicou breves e pouco convincentes considerações. Com efeito, limita-se a chamar à colação o princípio da igualdade como justificativo da possibilidade de extensão do regime das CCT em vigor a trabalhadores sindicalmente não filiados, para concluir que os «trabalhadores que operam no quadro de uma mesma empresa ou de um mesmo sector devem estar sujeitos a um mesmo conjunto de condições de trabalho, a menos que haja uma razão válida para assim não suceder».

Como argumenta correctamente, em voto vencido, SOUSA RIBEIRO, «o princípio da igualdade é desfocadamente invocado», pois «não está em causa a generalização de um tratamento favorável ou a prevenção de um arbitrariamente desfavorável - no que se realiza a função garantística, deontologicamente fundada, do princípio da igualdade -, mas antes a aplicação de um tratamento desfavorável a um grupo de trabalhadores, com dispensa da sua aceitação, com base em que a ele estão sujeitos trabalhadores que laboram no mesmo sector ou unidade e que voluntariamente, por acordo individual ou colectivo, o aceitaram, o que seria justificado pelo interesse de um terceiro, parceiro contratual de ambos os grupos em confronto». Ora, a «actuação, neste sentido, do princípio da igualdade contraria abertamente o seu étimo fundante, dando-lhe um enfoque utilitarista que manifestamente lhe é estranho», além de esquecer que «a posição dos voluntariamente aderentes a este regime de horário não é igual, por isso mesmo, à dos não aderentes», pelo que uma «solução, com este fundamento, corre o risco sério de provocar, ela própria, uma situação de desigualdade. De facto, a anuência dos trabalhadores, individual ou, sobretudo, em convenção colectiva, a algo que os prejudica terá sido obtida mediante a concessão de contrapartidas, de que não beneficiarão aqueles a quem a solução é imposta, por um “efeito de arrastamento”».

É certo que parece estar subjacente ao raciocínio desenvolvido por este órgão jurisdicional, a eficácia das portarias de extensão, pois, ao discutir a constitucionalidade do art. 497.º, o TC lembrou que as CCT são aplicáveis, por força de portarias de extensão, a trabalhadores não filiados nos sindicatos que as celebraram e aditou, de forma surpreendente, que «ninguém defende a inconstitucionalidade de tais portarias de extensão pelo facto de

progenitores com filhos menores. Com efeito, nos termos do art. 58.º, esta dispensa só se aplica a trabalhadora grávida, puérpera ou lactante (art. 36.º do CT) ou a qualquer um dos progenitores em caso de aleitação, mas somente se provar que a prestação de trabalho no regime de adaptabilidade afecta a regularidade da aleitação.

permitirem a trabalhadores não filiados nos sindicatos terem os mesmos direitos que os trabalhadores filiados em sindicato que tenha celebrado convenção colectiva».

Ora, não só existem vários autores que suscitam dúvidas quanto à constitucionalidade destes procedimentos de extensão – nomeadamente por colidirem com o princípio da autonomia colectiva, com a reserva constitucional de lei de parte das matérias neles reguladas e, eventualmente, com a hierarquia constitucional dos actos normativos⁹⁷ –, como, no próprio TC, PAULO MOTA PINTO já questionou tal compatibilidade⁹⁸.

Por outro lado, voltando às declarações do conselheiro SOUSA RIBEIRO, a «eficácia externa» presente no art. 206.º não é idêntica à que decorre de uma portaria de extensão, uma vez que esta última é emitida por um «Órgão estadual competente que, ponderando razões de interesse público, dá vigência alargada ao que foi acordado na convenção», sendo certo que é a portaria e não a CCT que permite aplicar o regime convencional fora do respectivo âmbito subjectivo de eficácia. Ora, no art. 206.º, permite-se que a própria CCT que não vincula o trabalhador preveja que o empregador possa aplicar, em certas condições, o regime de adaptabilidade grupal, impondo-o independentemente da vontade do primeiro.

⁹⁷ Cf. JORGE LEITE, «El sistema de negociación colectiva en Portugal», cit., p. 63; JÚLIO GOMES, «O Código do Trabalho de 2009 e a promoção da desfiliação sindical», cit., pp. 169 SS. Também ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, «Regulamentação de trabalho por portarias de extensão», RDES, 1988, n.º 4, pp. 453, 459, 463, levanta problemas acerca da conciliação das portarias de extensão com os princípios constitucionais da autonomia colectiva, da liberdade sindical e do direito de empresa, embora pareça admitir a sua compatibilidade com a CRP, caso os respectivos pressupostos sejam interpretados e aplicados restritivamente. ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Da autonomia dogmática do direito do trabalho*, Almedina, Coimbra, 2000, p. 571, nt. 332, considera tratar-se de «uma intromissão dos poderes públicos na esfera de autonomia do trabalhador subordinado, que exerceu, em liberdade, o seu direito de não inscrição no sindicato outorgante da convenção», pelo que duvida que a razão de ser deste instituto justifique a ingerência. BERNARDO LOBO XAVIER, *Curso de direito do trabalho - Introdução, quadros organizacionais e fontes*, vol. I, 3.ª ed., Verbo, Lisboa, 2004, p. 607, refere a necessidade de os regulamentos respeitarem a autonomia colectiva, «sob pena de violarem o princípio da tipicidade normativa e a não deslegalização constantes do art. 112.º, n.º 5, da CRP». GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. I, 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 745, consideram que não existe violação do direito de contratação colectiva quando a regulamentação colectiva do trabalho, por via administrativa, vem colmatar a ausência de sindicatos ou de recusa ilegítima por parte das entidades empregadoras.

⁹⁸ Declaração de voto ao acórdão n.º 580/2004.

2. Banco de horas

O CT 2009 veio prever, no art. 208.º, um novo instituto destinado à flexibilização do tempo de trabalho que designou por banco de horas, o qual permite atender à variabilidade dos mercados através de aumentos pontuais da prestação do trabalho que é pago como «trabalho normal» e não como trabalho suplementar⁹⁹.

Os contornos gerais da figura aproximam-se da adaptabilidade por regulamentação colectiva, uma vez que a instituição de um banco de horas tem de resultar de IRCT, o qual define quase por completo o respectivo regime¹⁰⁰. Os limites legais coincidem, em larga medida, com aqueles impostos pelo art. 204.º para a adaptabilidade por regulamentação colectiva: o período normal de trabalho pode atingir, no máximo, as 12 horas por dia e as 60 por semana, embora se adite um limite anual de 200 horas¹⁰¹.

Cabe ao IRCT que institui o banco de horas regular o respectivo regime em matéria de compensação do trabalho prestado e da antecedência com que o empregador deve comunicar ao trabalhador a necessidade de prestação de trabalho. Quanto ao primeiro aspecto, não parece ser legítimo ao IRCT excluir/não prever qualquer forma de compensação, mas é-lhe atribuído ampla margem de manobra na regulação da mesma. Deste modo, a compensação do trabalho prestado ao abrigo do banco de horas pode ser feita de várias formas alternativas: através de uma redução equivalente do tempo de trabalho, ou mediante pagamento em dinheiro ou ainda pela combinação de ambas as modalidades. Tendo sido acordado no IRCT

⁹⁹ Assim, BEATRIZ RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, «instrumentos de gestión flexible dei tiempo de trabajo en la negociación colectiva», *Relaciones Laborales*, 2010, n.º 12, p. 56, e da mesma autora, *Flexibilidad de la jornada laboral - Mecanismos legales. convencionales y contractuales para la modificación de la jornada*, Tirant lo Blanch, Valência, 2009, p. 91.

¹⁰⁰ Com esta convicção, ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Direito do trabalho...*, cit., p. 529.

¹⁰¹ O limite anual (200 horas) pode ser afastado por IRCT, durante um período máximo de um ano, caso a utilização do regime tenha por objectivo evitar a redução do número de trabalhadores, nos termos do n.º 3 do art. 208.º "Portanto, a motivação encontra-se circunscrita a situações de crise empresarial. Mas, nestes casos, normalmente o problema não será o inverso (falta de trabalho)? De acordo com LUÍS MIGUEL MONTEIRO, in *Código do Trabalho anotado*, cit., p. 518, a interpretação do preceito não deverá ser realizada no sentido de só permitir o recurso a este alargamento do limite anual ao banco de horas, na vigência do contrato de trabalho, uma única vez quando é atingido o termo de 12 meses. Assim, para este autor, o preceito impede apenas a «aplicação por mais de doze meses da mesma disposição regulamentar que eleve para além das duzentas horas o limite anual de prestação de trabalho em regime de banco de horas», mas não obsta a que «ao abrigo de outra disposição ou ainda da mesma, se revista, o trabalhador cumpra noutro ano mais de duzentas horas em acréscimo ao seu período normal de trabalho».

que a compensação opera apenas por redução do tempo de trabalho, decorre da norma legal que tal redução tem de ser, pelo menos, equivalente ao tempo de trabalho prestado. Quanto ao segundo aspecto, impõe-se a previsão convencional do respectivo regime: por um lado, a determinação da parte contratual que deve tomar a iniciativa de fixar o período em que a redução do tempo de trabalho vai ocorrer (se nada for dito, a iniciativa caberá ao empregador); por outro, a antecedência com que qualquer um dos contraentes deve informar o outro da utilização dessa redução (na hipótese supletiva, a antecedência com que o empregador deverá informar o trabalhador) ¹⁰². Não se prevê aqui qualquer limiar mínimo, pelo que qualquer solução será, em princípio, admissível.

¹⁰² Veja-se, a título de exemplo, a cláusula 9.ª do contrato colectivo entre a AECOPS - Associação de Empresas de Construção e Obras Públicas e Serviços e outras e o SETACCOP - Sindicato da Construção, Obras Públicas e Serviços Afins e outros - Revisão global, que prevê que a necessidade de prestação de trabalho, ao abrigo do banco de horas, depende de comunicação efectuada pelo empregador ao trabalhador «com uma antecedência mínima de cinco dias, salvo se outra for acordada ou em caso de força maior). De modo similar, «a compensação do trabalho prestado em acréscimo é feita mediante a redução equivalente do tempo de trabalho, a utilizar no decurso do mesmo ano civil, devendo o empregador avisar o trabalhador com cinco dias de antecedência, salvo caso de força maior devidamente justificado». Todavia, também se permite que seja o trabalhador a requerer a utilização da redução do tempo de trabalho para compensar o trabalho prestado em acréscimo, desde que o faça por escrito, com uma antecedência mínima de cinco dias. Neste caso, o empregador só pode recusar tal pedido «por motivo de força maior devidamente justificado». Verificando-se «a impossibilidade de utilização da redução do tempo de trabalho no ano civil a que respeita, pode sê-lo até ao termo do 1.º trimestre do ano civil seguinte ou ser retribuída com acréscimo de 100%». Outro regime convencional similar pode ser encontrado na CCT celebrada entre a AIMMAP – Associação dos Industriais Metalúrgicos, Metalomecânicos e Afins de Portugal e o SINDEL Sindicato Nacional da Indústria e da Energia e outros, cuja cláusula 53.ª dispõe que o «empregador deve comunicar ao trabalhador a necessidade de prestação de trabalho em acréscimo com cinco dias de antecedência, salvo situações de manifesta necessidade da empresa, caso em que aquela antecedência pode ser reduzida». Também aqui se optou por prever uma compensação do trabalho prestado em acréscimo ao período normal de trabalho com uma redução equivalente do tempo de trabalho, «devendo o empregador avisar o trabalhador do tempo de redução com três dias de Antecedência». Admite-se que seja o trabalhador a tomar a iniciativa de recorrer ao banco de horas, desde que tenha autorização do empregador, devendo o trabalhador solicitá-la com um aviso prévio de cinco dias, salvo situações de manifesta necessidade. O saldo será apurado no termo do ano civil, embora possa prolongar-se até ao final do 1.º trimestre do ano civil subsequente. No caso de ainda aqui não estar efectuada a compensação, «considera-se saldado a favor do trabalhador o total de horas não trabalhadas» que «serão pagas pelo valor da retribuição horária». Para uma análise da figura na contratação colectiva espanhola, vd. BEATRIZ SANZ DE GALDEANO, «Instrumentos de gestión flexible...», cit., pp. 57 ss.. e *Flexibilidad de la jornada laboral...*, cit., pp. 91 ss

No caso de o IRCT prever o sistema do banco de horas articulado com uma compensação através da redução equivalente do tempo de trabalho, a figura aproxima-se bastante da adaptabilidade por regulamentação colectiva, pois em ambas as hipóteses passamos a ter um cálculo médio do tempo de trabalho, sem um aumento do número de horas de trabalho prestado anualmente. Assim, a vantagem de recorrer ao banco de horas prende-se somente com o facto de as dificuldades de previsão, com a antecedência suficiente, das necessidades acrescidas de trabalho poderem inviabilizar a utilidade do regime de adaptabilidade, cuja aplicação prática exige algum prognóstico e a afixação dos novos horários com a antecedência mínima de 7 dias (ou 3 dias nos casos das microempresas), nos termos do art. 217.º Já o banco de horas permite com facilidade a «movimentação de horas a crédito e a débito»¹⁰³.

Mas não seria possível obter um resultado próximo pela mera flexibilização da possibilidade de alterar (alargar ou reduzir) o período de referência durante o decurso de um regime de adaptabilidade, o que aliás já parece ser possível por IRCT, uma vez que o n.º 3 do art. 207.º esclarece que o respectivo regime se aplica «[s]em prejuízo dos disposto em IRCT»?¹⁰⁴

¹⁰³ Assim, LUÍS MIGUEL MONTEIRO, in *Código do Trabalho anotado*, cit., p. 517. Em sentido próximo, ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Direito do trabalho...*, cit., p. 529

¹⁰⁴ E certo que o alcance do n.º 3 do art. 207.º - quando prevê que o período de referência só pode ser alterado durante a sua execução se o número total de horas de trabalho realizado for inferior ou igual às que teriam sido prestadas se não vigorasse um regime de adaptabilidade - não é totalmente claro, pois, como explica MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, «Breves notas críticas...», cit., pp. 227-228, «isso implicaria necessariamente, pelo menos nos casos de redução do período de referência, um agravamento imprevisto das condições de trabalho para o trabalhador que, a partir da alteração em causa, se veria obrigado a trabalhar durante um maior número de horas diárias e semanais, de modo a, em menos tempo, perfazer as quarenta horas semanais médias». Por outro lado, acrescenta a autora que a própria remissão realizada actualmente para o n.º 3 do art. 205.º indicia a existência de um lapso legislativo, uma vez que o último normativo «fala apenas no caso de posterior redução dos períodos normais de trabalho semanais, o que nunca poderia ocorrer numa alteração do período de referência em que o total das horas de trabalho até aí prestadas tenha sido igual ou inferior às que teriam sido realizadas, caso não vigorasse um regime de adaptabilidade». Daí, LUÍS MIGUEL MONTEIRO, in *Código do Trabalho anotado*, cit., p. 516, entender que esta última exigência «Só adquire sentido pleno quando a duração do período de referência é aumentada, parecendo ter sido esta a única hipótese de alteração daquele período admitida pelo legislador». Mas mesmo neste último caso, o regime não é coerente, porque não se percebe a exigência de uma redução do tempo de trabalho semanal após a alteração do período de referência quando

O banco de horas pode permitir algo diferente da adaptabilidade quando a compensação do trabalho prestado a mais é realizada apenas mediante o pagamento em dinheiro ou cumulando este último com a redução do tempo de trabalho. Porém, neste caso, a figura vai aproximar-se do trabalho suplementar, onde também se permite que o regime de descanso compensatório (devido por trabalho suplementar prestado em dia útil/descanso semanal complementar/feriado) seja regulado por IRCT (art. 229.º, n.º 6), podendo este instrumento optar por consagrar que o descanso compensatório é substituído por uma redução equivalente do tempo de trabalho, pelo respectivo pagamento ou pela articulação de ambas as modalidades. Acresce que, por IRCT, o limite máximo anual à prestação de trabalho suplementar pode ser elevado para 200 horas, ou seja, o limite anual aplicável ao banco de horas (art. 228.º, n.º 2).

De qualquer forma, se atendermos a que o trabalho suplementar só pode ser exigido nas condições definidas no art. 227.º e impõe deveres de registo específicos (art. 231.º), pode afigurar-se mais vantajoso o recurso ao banco de horas. Mas, ainda assim, permanece a dúvida: não seria possível chegar a um resultado próximo ampliando ou afastando, por IRCT, os requisitos do art. 227.º? É que a norma nada prevê a este respeito, o que conduziria, na actual arquitectura das fontes presente no art. 3.º, n.º 1, a presumir a respectiva supletividade em face da contratação colectiva, salvo se se entender que esta questão colide com os limites à duração dos períodos normais de trabalho ou com a duração mínima dos períodos de repouso, situação em que o afastamento só poderia verificar-se em sentido mais favorável aos trabalhadores (art. 3.º, n.º 3, als. *g*) e *h*), do CT).

Outra alternativa que poderia conduzir a um resultado similar seria a utilização do «banquinho de horas» admissível ao abrigo da segunda modalidade de isenção de horário de trabalho que permite às partes acordarem no aumento do período normal de trabalho por dia ou por semana (art. 219.º, n.º 1, al. *b*)¹⁰⁵. A título de exemplo, vamos supor que o acordo de isenção de horário de trabalho prevê que este regime vigora até ao limite de 50 horas de trabalho semanais, o que resulta da previsão de uma *bolsa* de 10 horas de acréscimo ao período normal de trabalho semanal. Nesta hipótese, o trabalho prestado até esse limite não

até essa data os trabalhadores prestaram um número total de horas de trabalho inferior ou igual às que teriam sido prestadas se não vigorasse qualquer regime de adaptabilidade.

¹⁰⁵ Figura que LEAL AMADO, *Contrato de trabalho*, cit.. p. 277, qualifica elucidativamente como «isenção parcial ou limitada», por oposição à «isenção total», prevista na al. *a*) do art. 219.º, n.º 1, e à «isenção modelada ou relativa», consagrada na al. *c*) do mesmo preceito.

será qualificado como trabalho suplementar, tal como esclarece o n.º 2 do art. 226.º É certo que o recurso ao banco de horas apresenta algumas vantagens quando comparado com o regime legal da isenção de horário. Desde logo, a isenção de horário só pode ser aplicada nas situações taxativamente enumeradas nas alíneas do art. 218.º. Além disso, impõe o pagamento de uma contrapartida retributiva mínima (art. 265.º), embora seja possível a previsão de montantes inferiores em IRCT. Assim sendo, não seria dispensável a criação de uma nova figura legal, bastando a flexibilização do recurso à isenção de horário?

3. Horário concentrado

A par do banco de horas, o CT 2009 veio regular, no art. 209.º, um novo instituto que designou por horário concentrado, admitindo, no entanto, que a previsão do mesmo possa resultar não só de IRCT mas também do acordo individual. Rejeita-se a possibilidade de acumulação de um regime de adaptabilidade (arts. 204.º a 206.º) com outro de horário concentrado (art. 209.º, n.º 2).

Em qualquer uma das modalidades, é possível alargar o período normal de trabalho diário até ao máximo de quatro horas.

Por IRCT, o período normal de trabalho semanal pode ser concentrado em quatro dias ou, em alternativa, em três dias de trabalho consecutivos, seguidos (no mínimo) de dois dias de descanso. No último caso, deve ser respeitada a duração do período normal de trabalho semanal, em média, num período de referência de 45 dias. Contudo, tendo em conta que, por força do n.º 1 do art. 209.º, o limite máximo ao período normal de trabalho diário é de 12 horas, esta concentração em três dias da semana terá uma importância prática residual, pois o empregador só terá interesse na sua aplicação na hipótese de o período normal de trabalho semanal em vigor na empresa corresponder a 36 horas; conquanto a admissibilidade de fixação do período normal de trabalho em termos médios num período de referência de 45 dias possa atenuar este resultado.

Cabe ao IRCT que instituir o horário concentrado regular a retribuição e outras condições da sua aplicação, sem quaisquer imposições mínimas, razão pela qual os parceiros negociais terão aqui ampla liberdade de disposição. Já no caso de o horário concentrado resultar do contrato de trabalho (ou de acordo individual ulterior), nada é dito quanto ao respectivo regime pelo que penso que o mesmo também deverá ser regulado no acordo individual, sem obrigatoriedade de respeitar injunções mínimas.

Esta concentração do tempo de trabalho apresenta alguma similitude com o regime do horário flexível, figura que corresponde à terceira modalidade de isenção de horário de trabalho (definida nos arts. 219.º, n.º 1, al. c), e 226.º, n.º 2), pois o período normal de trabalho semanal será, em regra, observado, embora possam existir variações quanto ao período normal de trabalho diário ¹⁰⁶. Todavia, o recurso ao horário concentrado apresenta algumas vantagens quando comparado com o regime legal da isenção de horário, tal como foi enunciado supra. Desde logo, a isenção de horário só pode ser aplicada nas situações taxativamente enumeradas nas alíneas do art. 218.º Além disso, impõe o pagamento de uma contrapartida retributiva mínima (art. 265.º), embora seja possível a previsão de montantes

¹⁰⁶ Em sentido diferente, por não admitir que sejam ultrapassados os limites máximos diários ao período normal de trabalho no caso de horário flexível LUÍS MIGUEL MONTEIRO, in *Código do Trabalho anotado*, cit.. p. 542. Porém, se tal era defensável ao abrigo do CT 2003, pois o respectivo art. 178.º referia a necessidade de «[o]bservância dos períodos normais de trabalho acordados», utilizando portanto o plural, indicativo de que se estaria a referir quer ao período normal de trabalho diário, quer ao período normal de trabalho semanal, o mesmo não se passa no CT 2009 e, segundo me parece, também não é exigível para distinguir esta modalidade das duas anteriores. Com efeito, na primeira (al. a) do n.º 1 do art. 219.º) não existem limites ao período normal de trabalho, em dia dito normal. A segunda (al. h) do n.º 1 do art. 219.º) permite que seja acordada uma *bolsa* de horas, nos termos referidos supra no texto, que ultrapassa os limites legais máximos ao período normal de trabalho. É certo que a lei diz que esta bolsa pode referir-se ao período normal de trabalho diário ou semanal e, no primeiro caso, poderia manter-se, por acordo das partes, o limite máximo ao período normal de trabalho semanal, hipótese em a figura coincidiria com o horário flexível tal como entendo estar presente na al. c). Mas se o horário flexível implica também o respeito pelos limites ao período normal de trabalho diário, então qual o sentido do art. 265.º ao impor o pagamento de uma quantia adicional devida pela aplicação de um regime de tempo de trabalho que favorece essencialmente o trabalhador? Aliás, no âmbito do horário concentrado. LUÍS MIGUEL MONTEIRO manifesta a sua incompreensão do preceito contido no n.º 3 do art. 209.º, que remete para IRCT a regulação da retribuição devida nestes casos, alegando precisamente que a figura não pressupõe a prestação de mais tempo de trabalho, pelo que «não se entende que necessidade é satisfeita pela regulação da matéria retributiva» (p. 520). Só se compreenderia a solução do art. 265.º seguindo a premissa de que o trabalhador veria prejudicada a possibilidade de articular o seu tempo de trabalho com a vida extraprofissional em virtude de o empregador lhe poder mudar diariamente o horário, ainda que sem nunca lhe exigir horas de trabalho adicionais que excedam as oito diárias (no caso de ser este o período normal de trabalho diário acordado). Contudo, esta hipótese parece-me residual.

inferiores em IRCT. Mas, se assim é, não seria dispensável também aqui a criação de uma nova figura legal, bastando a flexibilização do recurso à isenção de horário, mormente na modalidade de horário flexível?

Por outro lado, os seus objectivos também poderiam ser satisfeitos através da adaptabilidade prevista em IRCT, uma vez que esta última permite a prestação de 12 horas de trabalho por dia, a concessão de outros dias de descanso e a fixação de um período de referência de 45 dias (cfr. art. 207.º, n.º 1)¹⁰⁷. No entanto, o horário concentrado passível de prever um período normal de trabalho diário de 12 horas pode ser acordado individualmente, sendo certo que no regime de adaptabilidade individual só se permite o aumento de duas horas diárias (até ao máximo de 10 horas por dia). Logo, nas palavras de LUÍS MIGUEL MONTEIRO, «isto restringe a inovação legal a previsão de subespécie da modalidade de adaptabilidade individual, em que o encurtamento para uma semana do período de referência é contrapartida do aumento até quatro horas do período de trabalho diário»¹⁰⁸.

4. Trabalho suplementar

O art. 226.º, n.º 3, veio consagrar, nas respectivas alíneas *e)* e *f)*, duas novas excepções ao âmbito do trabalho suplementar, definido como todo aquele que é prestado fora do horário.

De acordo com o art. 226.º, n.º 3, al. *f)*, e n.º 4, não se considera trabalho suplementar o que for «prestado para compensação de períodos de ausência ao trabalho, efectuada por iniciativa do trabalhador, desde que uma e outra tenham o acordo do empregador» e não sejam ultrapassados os limites máximos à duração do trabalho suplementar. A redacção da norma não é muito clara, mas parece que se pretende exigir que quer a compensação, quer a ausência tenham o acordo do empregador; pode, então, o trabalhador realizar a sua prestação durante um número de horas superior ao limite máximo ao período normal de trabalho para compensar as horas que faltou com o consentimento do empregador. No caso de o trabalho ser prestado em dia normal de trabalho, e de acordo com a remissão operada pelo n.º 4 para o art. 228.º, o trabalhador poderá realizar mais duas horas de trabalho sem que o mesmo seja qualificado como trabalho suplementar.

¹⁰⁷ Neste sentido, LUÍS MIGUEL MONTEIRO, in *Código do Trabalho anotado*, cit.. p. 519, questionando também a necessidade da figura.

¹⁰⁸ LUÍS MIGUEL MONTEIRO, in *Código do Trabalho anotado*. cit.. p. 519.

Segue-se aqui o mesmo raciocínio que subjaz à al. *b*) do mesmo preceito, a qual permite não considerar como suplementar o «trabalho prestado para compensar suspensões de actividade, independentemente da causa, de duração não superior a quarenta e oito horas seguidas ou interpoladas por um dia de descanso ou feriado, quando haja acordo entre o empregador e o trabalhador»: por acordo, é possível alargar o período normal de trabalho como forma de compensar as designadas «pontes». Assim, não se vê qual a vantagem na multiplicação de alíneas em vez de se reformular a alínea que já vinha do CT 2003 de modo a abarcar as situações pretendidas.

Aliás, uma norma de teor similar pode ser encontrada, após o início de vigência do CT 2009, no art. 257.º, n.º 1, al. *b*), que permite a prestação de mais horas de trabalho para compensar faltas que implicam a perda de retribuição, desde que tal faculdade esteja prevista em IRCT e dentro dos limites aplicáveis à adaptabilidade por regulamentação colectiva (12 horas por dia e 60 horas por semana), dispondo agora a al. *e*) do n.º 3 do art. 226.º que este trabalho não assume a natureza de trabalho suplementar.

Por outro lado, um regime do tipo do agora consagrado no art. 226.º n.º 3, al. *f*), e n.º 4, não seria possível ao abrigo da isenção de horário na referida modalidade o horário flexível (arts. 219.º, n.º 1 al. *c*), e 226.º, n.º 2)? Pode exceder-se em duas horas o período normal de trabalho diário, mas não o semanal¹⁰⁹. O problema reside somente nos termos restritivos em que o art. 218.º regula a admissibilidade de isenção de horário, que, a meu ver, não se justificam nos casos de horário flexível. Voltamos à questão já colocada anteriormente: não seria preferível flexibilizar estes pressupostos?

Por fim, como assinalou sagazmente LUÍS MIGUEL MONTEIRO a articulação entre o art. 226.º, n.º 3, al. *f*), e o art. 197.º, n.º 2, al. *b*), segunda parte não é evidente. Com efeito, se as pausas são equiparadas a tempo de trabalho no caso de haver consentimento do empregador qual o sentido a atribuir ao art. 226.º, n.º 3, al. *f*)? Este último preceito parece pressupor que tais pausas não são tempo de trabalho, pois o trabalhador pode compensar a ausência consentida pelo empregador, sem que tal trabalho possa ser qualificado como trabalho suplementar¹¹⁰.

¹⁰⁹ Se estas duas horas que acrescem ao respectivo período normal de trabalho diário não são trabalho suplementar, poderá o trabalhador prestar mais duas (num total de quatro) agora a título de trabalho suplementar? Neste último sentido, LUÍS MIGUEL MONTEIRO, In *Código do Trabalho anotado*, cit., pp. 558-559.

¹¹⁰ *Vd.* LUÍS MIGUEL MONTEIRO, in *Código do Trabalho anotado* cit., pp 557-558. Como desenvolve o autor, não parece que as distinções possam operar pela diferenciação entre atraso e interrupção, pelos motivos ou

5. Limite máximo à duração média do trabalho semanal

De acordo com o disposto no art. 211.º, em regra, a duração média do trabalho semanal (incluindo trabalho suplementar) não pode ser superior a 48 horas, num período de referência estabelecido em IRCT (que não pode ultrapassar 12 meses) ou, na falta deste, num período de referência de 4 meses, ou de 6 meses (nos casos previstos no n.º 2 do art. 207.º), incluindo todo o trabalho suplementar eventualmente realizado. Este regime decorre a transposição do art. 6.º da Directiva n.º 2003/88/CE.

Trata-se, por isso, de uma das poucas normas em matéria de tempo de trabalho, relativamente à qual o legislador admitiu uma única excepção: não se aplica a trabalhador que ocupe cargo de administração ou de direcção ou com poder de decisão autónomo, que esteja isento de horário de trabalho.

Esta regra acaba por funcionar como o único limite legal máximo ao período normal de trabalho nos casos em que o CT exclui a aplicabilidade dos limites máximos previstos no art. 203.º, sem os substituir por outros. É o que acontece, por exemplo, nas hipóteses previstas no art. 210.º, quanto à primeira modalidade supletiva de isenção de horário de trabalho (art. 219.º, n.º 1, al. a)) ou quando é prestado trabalho suplementar¹¹¹. Outro limite indirecto à duração máxima da jornada de trabalho pode decorrer do descanso diário de 11 horas seguidas entre dois períodos diários de trabalho consecutivos (art. 214.º). Todavia, atenta a vasta lista de excepções aí previstas, em muitas situações restará apenas aplicação do art. 211.º.

Os n.ºs 2 e 3 prevêm regras de "neutralização" que visam impedir distorções no cálculo da duração média do trabalho, provocadas pela inclusão/exclusão de certos períodos em que não há efectiva prestação de trabalho. Assim, no cálculo da média de 48 horas semanais, os dias de férias são subtraídos ao período de referência em que são gozados, logo, vai ocorrer, em princípio, uma extensão do período de referência correspondente às férias gozadas. Por outro lado, os dias de ausência por doença, bem como os dias de licença parental e de licença para assistência a filho com deficiência ou doença crónica são considerados com base no

pela duração da ausência, pelo que parece cair sob a alçada do poder discricionário do empregador a decisão quanto a qualificação do tempo de ausência autorizada como tempo de trabalho ou como tempo a compensar.

¹¹¹ Cf. HELENA TAPP BARROSO, op. cit., p. 45.

correspondente período normal de trabalho; ficciona-se, portanto, que o trabalhador prestou a sua actividade naqueles dias ¹¹².

Surpreendentemente, a violação do disposto no art. 211.º não implica qualquer responsabilidade contra-ordenacional ¹¹³, ao contrário do que sucede com as restantes normas relativas à duração e organização do tempo de trabalho, o que levanta sérias dúvidas quanto à integral transposição do direito comunitário ¹¹⁴, pois os Estados-membros devem adoptar todas as medidas necessárias para assegurar a aplicação dos preceitos das Directivas, as quais devem ser efectivas, proporcionais e dissuasivas.

¹¹² Sobre estas regras de «neutralização», *vd.* LUÍS MIGUEL MONTEIRO, in *Código do Trabalho anotado*, *cit.*, pp. 523-524; e especialmente HELENA TAPP BARROSO, *op. cit.*, pp. 40 ss.

¹¹³ Problema que já vem do CT 2003.

¹¹⁴ Dúvida suscitada por ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, em interpelação na IV Jornadas do Código de Trabalho e da Regulamentação, organizadas pela Autoridade para as Condições de Trabalho, em 5 de Maio de 2010, Lisboa.

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

A “REFORMA LABORAL” DE 2012

Observações em torno da Lei 23/2012

Publicado em ROA, ano 72, Abr./Set 2012, II/III, pp. 545 ss.

Pelo Prof. Doutor António Monteiro Fernandes

1. As “reformas laborais”, fundamentadas na necessidade de travar a galopada do desemprego e da precariedade das relações de trabalho, ou nos imperativos da produtividade e da competitividade, ou em ambos os argumentários, estão há algum tempo instaladas na enciclopédia das crises económicas e ocupam aí, até, as primeiras páginas. Trata-se de uma constante, não apenas na recente tradição juslaboral portuguesa, mas na experiência politico-jurídica de todos os países, em especial, naqueles que se defrontam com os efeitos mais intensos da crise em curso: vejam-se os casos da Espanha ¹ e da Itália ².

¹ Veja-se o *Real Decreto-Ley 3/2012*, de 12 de Fevereiro (de que há um resumo acessível, por exemplo, em <www.sepe.es>) que instituiu “medidas para favorecer a empregabilidade dos trabalhadores, o fomento da contratação indefinida e outras medidas para favorecer a criação de emprego”. Essas medidas consistem: na atribuição, às empresas de trabalho temporário, de possibilidade de actuarem como agências de emprego; na criação do “contrato para a formação e aprendizagem” (que admite a prestação de trabalho efectivo até 75% do período normal de trabalho, no primeiro ano, e até 85% nos anos seguintes), com isenção total de contribuições para a segurança social; a instituição da “conta de formação” de cada trabalhador, em que é registada toda a formação por ele recebida ao longo da carreira profissional; a introdução do “contrato de trabalho por tempo indefinido para empreendedores”, utilizável por empresas com menos de 50 trabalhadores que não tenham realizado despedimentos por causa objectiva nos seis meses anteriores, e apoiado num conjunto de benefícios fiscais e contributivos; a admissão da realização de horas extraordinárias por trabalhadores a tempo parcial; a regulação do “trabalho à distância”; a criação de benefícios contributivos para as empresas com menos de 50 trabalhadores que transformem contratos precários em contratos de duração indefinida; e a introdução de medidas de apoio à suspensão de contratos e à redução de tempos de trabalho, através de bonificações contributivas.

² Trata-se da *Lei n.º 92*, de 28 de Junho de 2012 (acessível, por exemplo, em <www.gigroup.it>) que, segundo o título, contém “disposições em matéria de reforma do mercado de trabalho numa perspectiva de crescimento”. A sua aprovação no Parlamento culminou um tortuoso processo em que as contradições políticas se cruzaram com a contestação social e a crítica académica. Trata-se de um extensíssimo e muito complexo diploma, em que se abordam medidas nos seguintes domínios, entre outros: as modalidades de

A revisão das leis laborais - no sentido da sua “flexibilização”, isto é, no sentido da rarefacção dos dispositivos limitadores do poder de decisão de quem chefia ou gere as organizações, e também no sentido do seu “embaratecimento”, ou seja, da redução de vantagens económicas para os trabalhadores - surge, assim, invariavelmente, na primeira linha dos recursos para a resolução de dificuldades económicas e sociais ³. Elas são, de resto, propiciadas por vários factores convergentes: o império absoluto da análise liberal da economia, a crise endémica do emprego (acentuada pelo fenómeno do “crescimento sem emprego”), o correlativo enfraquecimento da acção sindical, a existência de disfuncionalidades inegáveis nos sistemas clássicos de direito do trabalho - e, enfim, uma crise económica e financeira generalizada, que parece capaz de todos os usos legitimadores.

A Lei 23/2012, de 25 de Junho, provém de uma proposta ⁴ cuja exposição de motivos lembrava que o Programa do XIX Governo Constitucional “concretiza... um conjunto de medidas dirigidas ao bem-estar das pessoas e à competitividade das empresas e da economia portuguesa”, sustentando que isso exige “uma legislação laboral flexível, concentrada na protecção do trabalhador, e não do posto de trabalho, no quadro de um modelo de flexi-segurança, que fomente a economia e a criação de emprego e que vise combater a segmentação crescente do mercado de trabalho”. Um pouco mais adiante, reclamava-se “uma legislação que contribua, de facto, para o aumento da produtividade e da competitividade da economia nacional, e que concretize a necessária aproximação do enquadramento jurídico vigente em países congéneres, nomeadamente no contexto do mercado comum europeu”.

2. Em todo o caso, a questão da necessidade desta revisão é inseparável do teor de outros dois documentos fundamentais, de resto quase coincidentes no que deles consta a propósito da legislação do trabalho: o *Memorando de Entendimento* subscrito em Maio de

contratação de trabalho, com especial ênfase para a aprendizagem; as consequências do despedimento ilícito, nas suas diferentes modalidades; o sistema de “amortecedores sociais”, em especial os que actuam no desemprego.

³ Reformas laborais “flexibilizantes” ocorrem, um pouco por toda a Europa, desde a segunda metade da década de oitenta, com efeitos nada evidentes no domínio do emprego e da competitividade, mas com consequências seguras e claras no abaixamento dos níveis de protecção dos direitos e interesses dos trabalhadores por conta de outrem. O caso da Espanha, com cerca de meia centena de reformas laborais em 30 anos, e as mais altas taxas de desemprego e precariedade da Europa, parece digno de ponderação.

⁴ A Proposta de Lei n.º 46/XII.

2011 pelo Governo português e pela chamada “troika”⁵, e o *Compromisso para o Crescimento, Competitividade e Emprego*, assinado em Janeiro de 2012, em sede de concertação social, pelo Governo (já outro Governo), pelas confederações patronais e pela União Geral de Trabalhadores.

O *Memorando de Entendimento* acolhia vários compromissos básicos - ainda que, nalguns pontos, verdadeiramente sibilinos - do Governo, com incidência na lei laboral:

- a) *“Proceder a reformas do sistema de protecção ao emprego que tenham em conta a segmentação do mercado de trabalho, promovam a criação de emprego e facilitem ajustes no mercado de trabalho”*. As medidas destinadas a concretizar este desígnio eram: a redução de indemnizações pela cessação dos contratos de trabalho; a alteração das regras sobre despedimentos por inadaptação e por extinção de posto de trabalho (no sentido de os libertar de alguns requisitos fundamentais).
- b) *“Proceder a reformas nos regimes de tempo de trabalho com vista a melhor conter as flutuações de emprego durante o ciclo, acomodar melhor as diferenças entre padrões de trabalho nos diferentes sectores e firmas e aumentar a competitividade das firmas”*. Medidas preconizadas: promoção do uso da flexibilidade na organização do tempo de trabalho, nomeadamente dos “bancos de horas”; redução das remunerações e eliminação do descanso compensatório por trabalho suplementar.
- c) *“Promover uma evolução salarial compatível com os objectivos de fomentar a criação de emprego e melhoria da competitividade das empresas, com vista a corrigir os desequilíbrios macroeconómicos”*. Nesse sentido, estabeleceu-se que o salário mínimo não seria aumentado senão “no âmbito da revisão do programa”, preconizou-se um travão à extensão das convenções colectivas, salientou-se a necessidade de reduzir a sobrevivência das convenções não revistas e impôs-se a criação, na contratação colectiva, de regras de articulação entre níveis, permitindo a celebração de acordos pelos “conselhos de empresa”⁶.

⁵ Constituída por representantes do Fundo Monetário Internacional, da Comissão Europeia e do Banco Central Europeu.

⁶ Supõe-se que a referência diz respeito às comissões de trabalhadores, mas isso não é indiscutível: poderia estar implícita a criação de um outro modelo, mais "europeu", de representação unitária dos trabalhadores da empresa.

Alguns destes pontos eram e são manifestamente capazes de suscitar dificuldades de ajustamento à Constituição portuguesa. Essa questão não foi ignorada. O *Memorando* não inclui no perímetro dos seus objectivos a revisão da nossa Lei Fundamental e exprime o escrúpulo de que todas as medidas a empreender a salvaguardem ⁷. Bem poderá, pois, afirmar-se que o tão piamente proclamado “respeito pelos compromissos assumidos” inclui o de cuidar da efectiva (e não apenas aparente) conformidade constitucional da legislação a elaborar.

Por seu turno, o *Compromisso para o Crescimento, Competitividade e Emprego* desenvolve e concretiza o essencial das medidas indicadas, e acrescenta-lhes outras que acentuam o impacto geral da operação na legislação do trabalho. Fá-lo, no entanto, sob a capa de formulações “sociais” ⁸, que constituíram, manifestamente, as únicas verdadeiras concessões obtidas pela UGT no processo de concertação em que participou até à assinatura final. Ao mesmo tempo, elas tornam claro que a concordância dessa central sindical foi, ou *pretendeu ser*, mais do que a expressão de um verdadeiro consenso (na verdade, inexistente), um gesto de travagem e contenção face um projecto mais amplamente nocivo para os interesses dos trabalhadores ⁹.

De qualquer modo, a relevância do *Compromisso* liga-se ao facto de que ele constitui mais do que o texto do *Memorando* – a verdadeira pauta orientadora (e, ao mesmo tempo,

⁷ Com efeito, na parte relativa ao “mercado de trabalho”, está incluído o seguinte parágrafo: “Serão implementadas reformas na legislação do trabalho e de segurança social após consultas aos parceiros sociais, **tendo em consideração as possíveis implicações constitucionais** e respeitando as Directivas da UE e as normas fundamentais do trabalho (*core labour standards*)” (sublinhado nosso).

⁸ Leia-se, por exemplo, o intróito do capítulo IV, intitulado “Legislação laboral, subsídio de desemprego e relações de trabalho”. Aí se encontram expressas preocupações como a de “procurar salvaguardar as categorias de trabalhadores mais vulneráveis e com maior dificuldade de acesso ao mercado de trabalho” e se sublinha que “a reforma laboral deve ser executada na sequência da consulta aos Parceiros Sociais, cuja participação importa incrementar”. Ao longo da parte propriamente “normativa” do *Compromisso*, encontram-se também vários temperos verbais (e basicamente inconsequentes) desse tipo para a crueza das medidas projectadas.

⁹ Não pode também ser ignorado o facto de na UGT convergirem as influências dos dois principais partidos responsáveis pelo Memorando e protagonistas políticos da crise que se arrastou a partir de 2008.

legitimadora) daquilo que veio a ser a reforma laboral de 2012 ¹⁰. Com efeito, ele aborda as seguintes matérias:

- a) *Organização do tempo de trabalho*, prevendo-se: o banco de horas por acordo individual, o banco de horas “grupais”, a redução para metade das remunerações por trabalho suplementar e a eliminação do descanso compensatório correspondente.
- b) *Feriados e férias*, estabelecendo-se a redução dos feriados em três a quatro; admitindo-se o encerramento do estabelecimento ou empresa, para “pontes”, contando como férias; e retomando-se a regra de que as faltas injustificadas contíguas a dias de descanso ou feriados implicam o desconto destes dias no salário; quanto às férias, eliminação da majoração por assiduidade.
- c) *Redução ou suspensão de actividade em situação de crise empresarial*, preconizando-se o encurtamento do processo, a imposição de certos requisitos às empresas e a atribuição de acréscimos da compensação retributiva no caso de o trabalhador frequentar adequada formação durante a inactividade.
- d) *Despedimento*, manifestamente o alvo central e estratégico de toda a manobra (como se calcularia, face aos antecedentes), prevendo-se: relativamente ao despedimento por *extinção de posto de trabalho*, a eliminação do critério da (menor) antiguidade na escolha do trabalhador a despedir e do ónus, incidente sobre o empregador, de tentar ocupação substitutiva para o trabalhador em risco de ser despedido; quanto ao despedimento por *inadaptação*, a admissão dele mesmo quando não tenha havido modificações no posto de trabalho (ou seja, em situações de menor capacidade ou rendimento do trabalhador) e a eliminação, também, do ónus de ocupação substitutiva.
- e) *Compensações por cessação do contrato*, estabelecendo-se, com carácter imperativo, uma redução do seu valor, a eliminação do limite mínimo e a fixação de um limite máximo (12 meses de retribuição mensal e diuturnidades); e prevendo-se ¹¹ a criação

¹⁰ Assinale-se, também, que o *Compromisso* reflecte, em parte, o conteúdo do *Acordo Tripartido para a Competitividade e Emprego*, assinado em 22 de Março de 2011 pelas mesmas entidades (embora o Governo tivesse diferente base partidária). Esse Acordo é acessível em <www.ces.pt>.

¹¹ Ideia proveniente do mencionado *Acordo Tripartido* de Março de 2011.

de um “fundo de compensação do trabalho” ou de um mecanismo equivalente, para suportar, parcialmente, o pagamento das compensações ¹².

- f) *Outros contratos*: alargamento da duração admitida para os contratos de muito curta duração e admissibilidade do uso da comissão de serviço para novas funções de chefia.
- g) *Promoção da mediação e da arbitragem laborais*, surgindo como mera declaração de intenções.
- h) *Centro de Relações Laborais*, ideia antiga (mais de década e meia) e nunca concretizada: prevê-se a elaboração e discussão de um projecto de diploma legal que até agora não apareceu.
- i) *Fiscalização das condições de trabalho*, prevendo-se a eliminação ou dispensa de várias comunicações e pedidos de autorização à inspecção do trabalho.

Se deixarmos de lado as alíneas *g)* e *h)*, manifestamente despidas de verdadeiros propósitos de concretização - como já tinham sido em acordos de concertação anteriores -, encontramos, claramente, no *Compromisso* o *lay-out* da Lei 23/2012, de 25 de Junho, peça básica da mais recente reforma laboral portuguesa. Poderia, porventura, dizer-se que este diploma legal constitui um mero instrumento de “transposição” das orientações constantes do *Compromisso*, mas a realidade conhecida aponta em sentido contrário: o *Compromisso* foi um mero instrumento de “legitimação” de uma reforma legislativa que ocorreria – nesses termos ou, porventura, em moldes agravados - com ou sem ele.

3. Em suma: a política legislativa que se condensa nos documentados examinados visa, declaradamente, tirar partido da regulação das relações de trabalho para obter vantagens no

¹² Este “fundo” aparece referido no *Memorando* como meio de financiamento parcial do “custo dos despedimentos para novas contratações”, sugerindo, assim, que se trataria de medida facilitadora do refrescamento do pessoal das empresas, sem redução do nível do emprego. Por outro lado, o *Memorando* remete expressamente para os termos (bastante detalhados) em que o “fundo” foi desenhado no *Acordo Tripartido*. Aí, ele surge como garantia parcial dos créditos dos trabalhadores e instrumento de aligeiramento do impacto na tesouraria das empresas da cessação de contratos por razão objectiva, nomeadamente nos despedimentos colectivos - impacto esse que pode conduzir ao retardamento de medidas de viabilização da empresa e à sua perda definitiva.

domínio da competitividade das empresas e da economia, assim se potenciando a capacidade de criação de emprego. Nesse sentido, são notórios certos objectivos tácticos:

- a) *Reduzir os custos do trabalho*, por várias vias: diminuir a remuneração do trabalho suplementar (instrumento tradicional de flexibilidade usado pelos nossos empregadores), aumentar o tempo de trabalho (encurtando as férias, eliminando feriados, afastando descansos compensatórios do trabalho suplementar, neutralizando hipóteses de “pontes”), reduzir e “plafonar” as compensações por cessação do contrato de trabalho;
- b) *Ampliar o poder de decisão dos empregadores*: encerramento para férias, modo de compensação do trabalho suplementar, alteração unilateral de horários acordados, bancos de horas por acordo individual, facilitação da suspensão e redução de actividade em situação de crise empresarial, ampliação da justa causa por inadaptação, etc.;
- c) *Neutralizar produtos da contratação colectiva anterior*: imperatividade dos novos regimes em vários domínios, declaração de “nulidade” (!) de cláusulas de convenções pré-vigentes.

Este desenho táctico traduz a adesão formal à ideia de que o desenvolvimento da nossa economia se faz pela via dos baixos salários e dos longos tempos de trabalho. Exprime, por outro lado, a convicção de que o dinamismo da economia se desenvolve, essencialmente, através de regimes amigáveis para os detentores de capital, empregadores e gestores, sendo irrelevantes os factores de motivação, participação, envolvimento e bem-estar das pessoas que vivem do trabalho assalariado.

4. A primeira nota que ressalta da leitura da Lei 23/2012 respeita ao facto de ter sido respeitada a lógica da codificação, tratando-se, por conseguinte, de ajustamentos ao Código do Trabalho, na sua versão de 2009, e não de um articulado exterior e alheio à sistemática do Código, ou de uma “reescrita” do mesmo Código, com eventual recuperação do maior número possível de traços fisionómicos da versão de 2003 ¹³. A codificação parece, assim, definitivamente assente no nosso sistema de direito do trabalho.

¹³ Não tendo faltado quem visse, na mudança de sistematização operada em 2009, uma postura afrontosa relativamente aos autores do Código de 2003, não admiraria que isso acontecesse.

Em segundo lugar, tem que se pôr em relevo a extrema dificuldade técnica dessa operação de múltipla enxertia num corpo normativo já de si bastante denso e complexo, como é o do Código do Trabalho. A Lei 23/2012 contém três tipos de diligências: a alteração parcial de um grande número de artigos do Código; a introdução, no mesmo Código, de alguns novos artigos (208.º-A, 208.º-B e 298.º-A); e a inclusão de várias normas exteriores ao Código, mas influentes sobre a sua aplicação, com e sem o carácter de direito transitório (arts. 4.º a 11.º). Do ponto de vista da técnica legislativa, em nossa opinião, as dificuldades inerentes à operação foram superadas de modo inteiramente satisfatório.

Em síntese, as modificações introduzidas no anterior *status quo* normativo dizem respeito, essencialmente, a quatro áreas temáticas: tempo de trabalho, relações das empresas com a administração estadual do trabalho (inspecção), cessação do contrato de trabalho e contratação colectiva.

O segundo desses temas - relacionado com os meios de controlo da legalidade - merecer-nos-á aqui, somente e desde já, breve referência. A Lei 23/2012 opera a rarefacção das exigências de informação ou comunicação das empresas à inspecção do trabalho (nomeadamente mapas de horário de trabalho e isenções de horário acordadas)¹⁴, com base em juízos de utilidade/eficiência e sob o signo da “desburocratização” das relações de trabalho. O baixo grau de efectividade da legislação laboral portuguesa, agravado pela multiplicação dos expedientes que se destinam a contornar as suas exigências, tomam estas alterações legislativas, no mínimo, particularmente discutíveis. Poderá dizer-se, com razão, que o cumprimento das anteriores exigências burocráticas, implicando tempo e trabalho por parte das empresas, redundava, sobretudo, na acumulação de papel nos serviços da administração do trabalho, incapacitados de exercer verdadeira verificação sobre a regularidade das situações assim documentadas. Mas, ainda assim, o controlo possível teria suportes que, com a modificação da lei, deixou de ter. Trata-se de uma desburocratização pouco significativa, com diminuta expressão no quotidiano das empresas, mas com efeitos seguros no enfraquecimento dos meios de fiscalização da legalidade laboral.

Quanto às alterações incidentes no domínio da contratação colectiva, teremos que as deixar para outra oportunidade, não só pela complexidade das questões teóricas que agitam, mas também pela escassa relevância prática que delas se pode esperar.

¹⁴ Acrescente-se o regime de deferimento tácito dos pedidos de redução ou exclusão do intervalo de descanso (art. 213.º/4).

5. No tocante ao *tempo de trabalho*, isto é, à dimensão quantitativa da prestação contratualmente devida pelo trabalhador e às coordenadas segundo as quais essa prestação se situa no dia, na semana, no ano de vida das pessoas, ressalta das alterações legislativas em causa um significativo acréscimo de unilateralidade, no sentido da atribuição de faculdades de decisão ao empregador – quer uma unilateralidade “disfarçada” por acordos individuais¹⁵, relativamente à instituição de bancos de horas¹⁶, quer uma unilateralidade explícita, no caso das paragens de trabalho, consideradas tempo de férias, em dias úteis ladeados por descansos e feriados (as chamadas “pontes”)¹⁷. Essa característica estende-se ainda a outros pontos do regime do tempo de trabalho, como a escolha da forma de compensação do trabalho normal em dia feriado (art. 269.º/2).

O significado desse acréscimo de unilateralidade é particularmente notório pelo que respeita ao banco de horas. Trata-se de um expediente dotado de um potencial elevado de perturbação da vida pessoal e familiar do trabalhador¹⁸, além do facto de redundar na conversão de horas suplementares em horas normais, isto é, em perda de rendimento para o mesmo trabalhador. O banco de horas instituído por convenção colectiva, nos moldes já anteriormente vigentes (art. 208.º), poderia permitir a formação de equilíbrios negociais que se traduzissem em alguma forma de compensação para aquelas desvantagens. As novas possibilidades abertas aos empregadores com os arts. 208.º-A e 208.º-B vão, certamente, constituir factores inibitórios para a contratação colectiva nesse domínio. O estabelecimento do banco de horas por acordo individual (porventura tácito) ou pela via “referendária” que o legislador designa por “grupal” cria condições novas para a difusão de uma prática de organização do trabalho que, quase três anos após a sua disponibilização (pelo Código de 2009), constitui ainda uma raridade no mundo do trabalho português.

¹⁵ Não se pode, evidentemente, excluir que os acordos individuais instituidores de bancos de horas correspondam, em certos casos, a interesses de ambas as partes. No entanto, a razão de ser da figura não está - longe disso - na conciliação vida/trabalho, mas sim no incremento da liberdade de gestão de tempos por parte dos empregadores. Note-se, para mais, que o acordo pode ser presumido (art. 208.º-A/2).

¹⁶ Matéria tratada no art. 208.º-A da proposta de lei, com extensão à figura do “banco de horas grupal”, desenhada no n.º 2 do art. 208.º-B.

¹⁷ A solução foi introduzida no n.º 2 do art. 242.º, em adenda à possibilidade, que já se admitia, de encerramento por cinco dias úteis no Natal.

¹⁸ Não falta, por isso, quem sustente que o banco de horas por acordo individual - sabendo-se o que significam acordos individuais no decurso das relações de trabalho, em contexto de forte desemprego - conflitua com a exigência constitucional de “organização do trabalho (...) de modo a permitir a conciliação da actividade profissional com a vida familiar” (art. 59.º/1-b) da Constituição).

6. Por outro lado - e sempre no regime do banco de horas -, a Lei 23/2012 inclui uma nova possibilidade de compensação do tempo de trabalho em excesso: o “aumento do período de férias” (art. 208.º /4-a)). É uma hipótese que se acrescenta a uma outra, também de não-trabalho, já existente: a “redução equivalente do tempo de trabalho”. Isso mostra que o legislador teve a percepção de que “mais férias” não é, sob o ponto de vista jurídico, exactamente o mesmo que “menos dias de trabalho”.

Mas a solução levanta problemas sérios. A circunstância de as duas formas de compensação surgirem ao lado uma da outra - não sendo, portanto, a mesma coisa - pode levar à suposição de que se tratará, no caso das férias, de algum tipo de *proporcionalidade*, mas não de *equivalência*. Ora parece inconcebível que o aumento do período de férias não seja igual, dia por dia, ao tempo de trabalho a mais que se trata de compensar. Tratando-se de uma espécie de “devolução” ou “reposição” de tempo ao trabalhador, caberá ainda indagar se este terá direito a subsídio de refeição (estando este ligado aos dias de trabalho). Por outro lado, a qualificação como “férias” parece pouco congruente com o regime aplicável: nos termos do art. 264.º/2, não há lugar a subsídio de férias, e não parece também que a regra da escolha do período de concretização pelo trabalhador (art. 208.º/4-c)) possa sofrer desvio unicamente por mor dessa qualificação. Afigura-se, pois, difícil descortinar o significado e o alcance deste aditamento aos modos de compensação de trabalho a mais.

7. A já referida unilateralidade manifesta-se também no novo tratamento dado pela lei aos dias de possível “ponte”, isto é, localizados “entre um feriado que ocorra à terça-feira ou quinta-feira e um dia de descanso semanal” (art. 242.º/2-b)): o empregador passa a ter a faculdade de encerrar a empresa ou estabelecimento nesses dias “para férias dos trabalhadores”. Por outras palavras: o tempo de inactividade assim determinado por decisão do empregador é descontável no período anual de férias, sem que a isso possa o trabalhador obstar de qualquer maneira ¹⁹.

¹⁹ Recorde-se que a faculdade de encerramento da empresa ou estabelecimento por motivo de férias já era reconhecida pela lei, em termos bastante latos (art. 242.º). Uma das hipóteses contempladas - a de encerramento por cinco dias úteis "na época de férias escolares do Natal" - surge na lei, aparentemente, desligada do gozo do período anual de férias, mas não há razão para supor que esses dias não possam ser contados em tal período.

É verdade que já actualmente se verifica muitas vezes essa prática, por iniciativa e no interesse do trabalhador. É também verdade que algumas empresas, sobretudo de dimensão apreciável, tomavam a iniciativa de dispensarem o pessoal nesses dias, sem consequências nas férias ou mediante compensação noutros dias.

De qualquer modo, a noção de férias anuais - como objecto de um *direito* do trabalhador - é, de algum modo, refractária à ideia de imposição patronal, como acabará por ser o caso quando o novo regime legal seja aplicado. É certo que o regime legal, em matéria de *localização* do respectivo período, acaba por conferir, em certos termos, prevalência ao interesse do funcionamento da empresa sobre o da conciliação vida/trabalho por parte do trabalhador. Mas não está aí em causa a duração do período de repouso; e, de todo o modo, a experiência evidencia que, numa vasta generalidade de situações, as férias são marcadas em conformidade com o interesse do trabalhador.

8. Ainda no domínio do tempo de trabalho, é forçoso salientar as novas soluções tendentes ao *embaratecimento do trabalho suplementar*²⁰. Na verdade, as taxas de acréscimo da remuneração desse trabalho, em qualquer das modalidades possíveis, são reduzidas para metade (art. 268.º), o mesmo se verificando no tocante ao trabalho normal prestado em dia feriado (art. 269.º/2). Ao mesmo tempo, é sumariamente eliminado o direito a descanso compensatório, salvo nos casos de trabalho em dia de descanso semanal obrigatório ou que seja impeditivo do gozo integral do descanso diário (art. 229.º/3 e 4). Quanto ao trabalho normal em feriado, o empregador pode escolher entre descanso compensatório (de metade do tempo de trabalho prestado) ou remuneração com acréscimo reduzido a 50% (art. 269.º/2).

Sabe-se como, na realidade laboral portuguesa, o trabalho suplementar se desvirtuou totalmente (como recurso excepcional), tornando-se uma fonte essencial de rendimento para muitos trabalhadores, e, em contrapartida, para os empregadores, o grande instrumento de flexibilidade na organização do tempo de trabalho. Como efeito colateral, a banalização do trabalho suplementar pode, naturalmente, funcionar como obstáculo à criação de emprego.

Com o novo regime legal, tudo parece apontar para um considerável aumento do recurso a trabalho fora do horário, seja por objectiva necessidade das empresas, seja no interesse económico dos trabalhadores. Estes deverão prestar mais horas para sofrerem menor redução de rendimento. As empresas verão nisto um incentivo para se dispensarem de

²⁰ Essas soluções têm as suas raízes no *Memorando de Entendimento*, mas a redução a metade só foi definida no Compromisso de Janeiro de 2012.

ensaiar outras formas de adaptabilidade temporal, mantendo o apego ao trabalho suplementar como meio de ajustamento. E, se assim for, as novas normas jogarão, inevitavelmente, em sentido oposto ao da abertura de novos postos de trabalho.

De qualquer modo, a convicção do legislador é, manifestamente, inabalável. Que assim é, confirma-o a barreira de protecção que ergueu em tomo de várias alterações (desfavoráveis aos trabalhadores), nomeadamente as relativas às consequências da prestação de trabalho suplementar (remuneração ²¹ e descanso compensatório), tendo em vista somente a *contratação colectiva anterior*. Na verdade, o art. 268.º/3 mantém a derogabilidade (por convenções futuras) das regras sobre as consequências do trabalho suplementar. Por outras palavras: o legislador quis destruir os benefícios anteriormente consagrados, apostando na "nova" negociação colectiva - com sindicatos debilitados e desemprego galopante - para a fixação de condições mais "convenientes". Encontrar-se-á aposta idêntica a propósito das compensações por despedimento.

Contudo, a referida barreira de protecção contra o "passado" está construída de modo tecnicamente discutível. O art. 7.º da Lei 23/2012 declara "nulas" as cláusulas das convenções colectivas, *anteriormente celebradas*, que "prevejam montantes superiores" aos da nova lei no tocante a compensações por despedimento e caducidade, ou que (simplesmente) "disponham sobre" o descanso compensatório por trabalho suplementar prestado em dia útil, em dia de descanso complementar ou em feriado ²². Que pode significar esta "nulidade"? Sem nenhuma precisão de regime em sentido diverso, ela traduzir-se-ia na inutilização de *toda a eficácia* produzida por essas cláusulas - o que parece não corresponder à vontade do legislador.

Para além da duvidosa legitimidade desta destruição de produtos da autonomia colectiva, as figuras da "revogação" ou, simplesmente, da perda ou cessação de eficácia (naturalmente *ex nunc*) seriam decerto mais ajustadas ao que se pretende.

Por outro lado, e de modo igualmente heterodoxo, a lei assume uma postura *modeladora* do conteúdo das convenções colectivas celebradas antes da sua entrada em vigor,

²¹ A forte redução do acréscimo retributivo para o trabalho suplementar suscitou, no decurso do processo legislativo, a interessante questão de saber que impacto teria essa alteração nas retribuições especiais por isenção de horário de trabalho, uma vez que estas são calculadas na base de certo número de horas de trabalho suplementar. A resposta que parece mais correcta é a de que os novos dados só relevarão para as isenções estabelecidas após a entrada em vigor da 23/2012, ou seja, a partir de 1 de Agosto deste ano.

²² Trata-se dos n.ºs 1 e 2 do artigo citado no texto. A segunda dessas disposições ameaça também com "nulidade" os contratos de trabalho em vigor que regulem o descanso compensatório.

no sentido de forçar esse conteúdo a ajustar-se ao teor das normas modificadas ²³. Declara-se, assim, a *suspensão*, por dois anos, das cláusulas (de convenções colectivas e contratos individuais) não coincidentes ²⁴ com o novo regime legal em matéria de consequências do trabalho suplementar, e ameaça-se com a *redução* do seu conteúdo no caso de não serem, durante o período de suspensão, ajustadas ao teor da lei (n.º 5 do art. citado).

Trata-se de soluções só compreensíveis no quadro da concepção *regulamentarista* que continua a prevalecer no regime das convenções colectivas de trabalho ²⁵ e na articulação delas com outras fontes de direito. Nessa perspectiva, que se acentua com as modificações legislativas recentes, a convenção colectiva não é, essencialmente, o produto de uma negociação e, por conseguinte, um *acordo* - é um *regulamento* (negociado) que tem com a lei a mesma relação que os restantes regulamentos (não negociados). Os tipos de intervenção que o art. 7.º da Lei 23/2012 formaliza são, a nosso ver, incompatíveis com o conteúdo essencial do "direito de contratação colectiva" reconhecido no art. 56.º/3 da Constituição, e que é a expressão normativa da *autonomia colectiva* - uma das peças do travejamento dogmático do direito colectivo do trabalho.

9. Como é sabido, a temática da dimensão temporal da prestação de trabalho engloba o tratamento jurídico de certos períodos ou momentos em que a execução dessa prestação não ocorre. Na Lei 23/2012, esse tratamento persiste em atender sobretudo a uma lógica de redução de períodos de inactividade ou, por outras palavras, à convicção de que uma melhoria da produtividade se obtém, primordialmente, pelo alongamento dos tempos de trabalho ²⁶, através da eliminação ou redução de períodos de não-trabalho.

É nessa lógica que se insere a eliminação do regime de *majoração do período de férias* em função da assiduidade do trabalhador, criado pelo Código de 2003 e mantido na revisão de

²³ Referem-se os n.ºs 3 a 5 do mesmo art. 7.º, respeitantes às cláusulas das convenções colectivas posteriores a 2003 que estabelecem períodos de férias superiores ao mínimo legal, e às que disponham sobre acréscimos de pagamento de trabalho suplementar superiores aos agora estabelecidos e sobre a retribuição do trabalho normal em dia feriado, ou descanso compensatório da mesma prestação.

²⁴ Curiosamente, no que respeita a remunerações por trabalho suplementar, a lei suspende apenas as cláusulas que estabeleçam acréscimos superiores aos que ficam a constar do Código (n.º 4/a)).

²⁵ E que é muito visível na persistência da categoria corporativa dos "instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho" (IRCT).

²⁶ Recordar-se-á que chegou a ser apresentada uma proposta de lei consagrando um aumento de meia hora no período normal de trabalho diário, ou de duas horas e meia no período normal semanal. Essa proposta foi retirada na sequência da assinatura do Compromisso de janeiro de 2012.

2009 (art. 238.º). A eficácia desse regime no plano do combate ao absentismo não estava plenamente demonstrada, mas alguma terá sido. A circunstância de a majoração ser atribuída em função do número de faltas justificadas, e de as ausências ou interrupções de trabalho exceptuadas serem em número muito limitado, permitiria ver nela um incentivo forte à assiduidade. É certo que a aplicação do regime de majoração suscitava alguns problemas ²⁷, mas parece claro que ele seria merecedor de teste mais alongado.

Registe-se, por outro lado, o novo modo de contar dias úteis (de férias) nos regimes de turnos ²⁸, cuja necessidade ou utilidade prática está por demonstrar.

Importa inserir no mesmo quadro a "nova" ²⁹ penalização das *faltas injustificadas*: desconto do salário respeitante aos dias de descanso ou feriados contíguos ao período de falta ³⁰. Quis-se atacar certas práticas oportunistas de extensão de períodos de descanso e lazer através de faltas. No entanto, o enquadramento sancionatório das faltas injustificadas (relevância disciplinar, com iminência do despedimento, e desconto na retribuição) parece já suficientemente severo. De resto, deve ter-se em conta que, no conjunto do absentismo, as faltas injustificadas estão longe de constituir o principal problema.

O facto de o absentismo português - um dos mais elevados da União Europeia- ser, na quase totalidade, integrado por *faltas justificadas* (doenças profissionais e não profissionais ³¹, e "outras causas", ultrapassam 95% do total) sugere que o *mix* da proposta de lei - eliminação de um incentivo à diminuição das faltas justificadas e agravamento da penalização das injustificadas - falha o alvo, mesmo se ele se reduz, como parece, a fazer as pessoas trabalhar mais tempo pelo mesmo dinheiro.

Esta última ideia está também ligada à eliminação de quatro *feriados obrigatórios*, dois religiosos e dois civis: o dia do Corpo de Deus, 5 de Outubro, 1 de Novembro e 1 de Dezembro (nova redacção dada ao art. 234.º /1) - embora somente com efeitos em 2013 (art. 10.º/1 da Lei 23/2012). Esta medida não representa, de imediato, economia para as empresas, uma vez que os feriados são remunerados; mas significa mais trabalho pelo mesmo dinheiro, e,

²⁷ Nomeadamente o de saber se os dias de majoração se adicionavam ao período mínimo de férias (de 22 dias úteis) ou ao período *efectivo* que resultasse do regime aplicável em cada empresa - e que era, nalguns casos, bastante superior.

²⁸ Veja-se a redacção dada ao n.º 3 do art. 238.º pela Lei 23/2012.

²⁹ Ou não tão nova como isso: a regra já esteve em vigor, com o DL 409/71..., e foi abandonada mais tarde.

³⁰ A solução é introduzida com um novo n.º 3 do art. 256.º.

³¹ Notar-se-á que o art. 238.º/4, agora revogado, incluía claramente as faltas por doença no âmbito daquelas que poderiam privar o trabalhador da majoração das férias.

conjugada com a nova regra sobre o trabalho normal em dia feriado (art. 269.º/2), já mencionada, acaba por se traduzir em redução significativa do custo dos feriados obrigatórios para as empresas.

10. A dimensão económica das relações de trabalho exprime-se não só no valor e na estrutura das retribuições, mas também nos custos associados à cessação do contrato, nomeadamente quando se trata de mecanismos em que a lei é regularmente observada, isto é, na caducidade e no despedimento por causa objectiva (individual ou colectiva). A Lei 23/2012 estabelece um conjunto de parâmetros destinados a limitar o montante das *compensações pela cessação do contrato de trabalho*: redução da factor de cálculo de um mês para vinte dias por ano de serviço, sendo o salário diário 1/30 do mensal ³²; eliminação do mínimo de três meses e imposição do tecto de 12 meses de retribuição ³³; limitação da base de cálculo a 20 vezes a retribuição mínima garantida, de onde resulta que a compensação máxima admitida é de 240 vezes este último valor ³⁴.

A protecção de expectativas legítimas (e não, propriamente, "direitos adquiridos") dos trabalhadores cujos contratos são anteriores a esta lei é, nalguma medida, assegurada pela instituição de um *processo de cálculo misto* - aplicável a esses trabalhadores – compreendendo uma parte da compensação fixada segundo o processo anterior e outra parte de acordo com o regime que agora se estabelece (art. 6.º da Lei 23/2012).

Uma segunda anotação que importa fazer é que se trata apenas de formas *lícitas* de cessação do contrato, nomeadamente de despedimentos realizados com plena observância dos requisitos legais de forma e de fundo. As consequências económicas do despedimento ilícito mantêm-se integralmente.

Uma terceira observação diz respeito à relação que se estabelece entre este regime legal e a contratação colectiva. O art. 339.º do Código, que admite derrogações, por via convencional colectiva, ao regime respeitante aos "critérios de definição de indemnizações" e aos "valores" destas - expressões que se julga abrangerem latamente todos os efeitos económicos dos despedimentos - mantêm-se em vigor, não foi tocado pela Lei 23/2012. Assim,

³² Este elemento do processo de cálculo constitui um desvio à regra geral estabelecida no art. 271.º do Código, a qual não foi alterada.

³³ Deve recordar-se que a compensação não tinha qualquer limite legal.

³⁴ Mantém-se a técnica, adoptada no Código, de tomar como base a compensação por despedimento colectivo (art. 366.º) e estender a sua aplicação aos casos de caducidade (arts. 344.º, 345.º e 347.º), despedimento por extinção de posto de trabalho (art. 372.º) e despedimento por inadaptação (art. 379.º).

nada parece impedir que, por convenções futuras, sejam definidos outros processos de cálculo e eliminados limites, em sentido mais ou menos favorável aos trabalhadores. Mas, por outro lado, o art. 7.º/1-a) da Lei 23/2012 declara "nulas" as cláusulas de convenções anteriores que regulem a matéria em sentido mais favorável aos trabalhadores. De novo, pois, deparamos com a postura político-jurídica já evidenciada a propósito do regime do trabalho suplementar: neutralização dos regimes convencionais anteriores, se favoráveis aos trabalhadores, e aposta numa contratação colectiva futura, em contexto favorável aos interesses das empresas.

11. Ainda em conexão com o tema anterior, a Lei 23/2012 introduz no Código, em vários pontos ³⁵, referências a um "fundo de compensação do trabalho" (ou "mecanismo equivalente") destinado a suportar, em parte, o custo das compensações de despedimento. A ideia vem de longe e parece inspirada pelo facto de, muitas vezes, despedimentos "necessários" (do ponto de vista da viabilidade das empresas) serem inviabilizados ou retardados por falta de "tesouraria" para as compensações.

O compromisso da criação e entrada em funcionamento desse "fundo" tem sido protelado: pelo *Acordo Tripartido* de Março de 2011, aprazou-se o seu lançamento para esse mesmo ano; o *Memorando de Entendimento* obrigava o Governo a incluir, na nova legislação sobre compensações que deveria ser proposta no 3.º trimestre de 2011, "a aplicação do fundo acordado"; finalmente, o *Compromisso* de Janeiro de 2012 exige que o fundo esteja a funcionar em Novembro deste ano. A verdade é que - pelo menos oficialmente - nada transpirou, até à data em que escrevemos, acerca das características de tal fundo, nomeadamente do seu financiamento e do seu modo de actuação, embora várias hipóteses tenham sido avançadas a tal respeito.

12. Resta-nos examinar as alterações propostas para o regime do *despedimento individual não disciplinar* - a temática que constitui o baricentro das pressões a que a lei laboral portuguesa tem estado longamente sujeita, sob invocação da sua insuportável rigidez.

Num país em que, como diz a gente que sabe, "não é possível despedir", ocorre todos os meses - e, ao longo do último ano, com especial dinamismo - um estranho fenómeno de eliminação de efectivos das empresas, aos milhares ou dezenas de milhares, muito para além

³⁵ Arts. 127.º, 177.º, 192.º, 366.º.

do que a estatística dos despedimentos colectivos ajudaria as entender ³⁶. É claro que, em muitos casos, essa destruição de emprego é determinada pela desapareção das próprias empresas ³⁷. Mas, em muitos outros, não é assim. E não se trata também, decerto, da expulsão de trabalhadores por motivos disciplinares - uma realidade seguramente residual no que respeita à perda do emprego.

Sabe-se que o despedimento por inadaptação superveniente do trabalhador sempre foi "mal amado" pelos empregadores, apesar das inúmeras possibilidades de ajustamento que essa ferramenta oferece face às necessidades evolutivas das empresas. Por esta ou por aquela razão, são raríssimos os casos de uso de tal regime pelas empresas. Sabe-se, por outro lado, que o despedimento por extinção do posto de trabalho adquiriu alguma voga e utilização relativamente mais frequente a partir do momento em que a revogação por mútuo acordo deixou de oferecer caminho certo de acesso ao subsídio de desemprego.

Mas a destruição de emprego continua a produzir-se, em grande parte, por meios aparentemente não enquadrados pela lei. O caso está por estudar, mas valeria a pena analisá-lo a fundo, no plano factual ³⁸, sempre que se encare um projecto de alteração dos pressupostos do despedimento individual. Não se procedendo assim, o legislador será conduzido pela fé cega em correlações teóricas à espera de confirmação (como a de que a redução da protecção do emprego gera mais emprego e toma as empresas mais competitivas) ou, simplesmente, pela crença ideológica de que a prosperidade só se alcança com um poder empresarial forte, mais horas de trabalho, salários baixos e trabalhadores submissos.

Vale a pena, nessa perspectiva, considerar os ajustamentos que a Lei 23/2012 introduz nas condições em que os despedimentos individuais *não disciplinares* podem ser realizados. As

³⁶ Tomando apenas os anos mais recentes, em que se acentuou fortemente a destruição de emprego, os números da Direcção-Geral do Emprego e Relações de Trabalho (DGERT) são eloquentes: em 2010, perderam o emprego por despedimento colectivo 3.462 trabalhadores (mais 73 aceitaram a cessação do contrato por mútuo acordo); em 2011, foram despedidos por essa via 6.526 trabalhadores (224 fizeram acordos); e, no primeiro semestre de 2012, foram 4.191 os abrangidos por despedimentos colectivos (mais 42 fizeram acordos). Comparem-se esses números com os dos que passaram ao desemprego nesse período - sem perder de vista que o regime português do despedimento colectivo é dos mais liberais da Europa.

³⁷ Em todo o caso, o encerramento definitivo das empresas, se realizado de acordo com a lei, implicaria, como se sabe, a observância do processo de despedimento colectivo (art. 346.º/3).

³⁸ Como é evidente, falta informação estatística credível sobre as vias jurídicas de perda de emprego por parte de muitos dos que, em número de centenas de milhares, recorrem aos Centros de Emprego e se candidatam ao respectivo subsídio. Na verdade, mesmo as formas jurídicas declaradas ocultam realidades muito diversas.

modalidades contempladas são, como se sabe, o despedimento por *extinção do posto de trabalho* e o despedimento por *inadaptação*.

13. Quanto ao despedimento por extinção do posto de trabalho, há que considerar várias importantes modificações de regime.

A primeira diz respeito à *escolha do trabalhador a despedir*, quando existe "uma pluralidade de postos de trabalho de conteúdo funcional idêntico" (art. 368.º). Só muito raramente, com efeito, é possível identificar ou situar de modo diferenciado um posto de trabalho a extinguir. Para isso, é, em regra, necessário que se trate de funções singularizadas na estrutura da empresa e individualmente atribuídas a certa pessoa (telefonista, rececionista, chefe de um certo departamento ou secção...). Não sendo esse o caso – ou seja, verificando-se a hipótese descrita no art. 368.º -, a identificação do posto de trabalho extinto *supõe* a escolha de um trabalhador cujo contrato cessará.

Anteriormente, o Código impunha (nesse mesmo art. 368.º) uma ordem de precedência que, se observada, conduzia ao afastamento do trabalhador com menor antiguidade no posto de trabalho, na categoria ou na empresa ³⁹. A nova redacção dada ao art. 368.º/2 pela Lei 23/2012 vai em sentido bem diferente. Como se advertia na exposição de motivos da proposta de lei, "transfere para o empregador a responsabilidade pela definição de um critério" que deve ser "relevante e não discriminatório".

A protecção dos trabalhadores mais antigos constitui uma resposta ao problema da redução da sua empregabilidade futura e releva, pois, de uma atendível preocupação de ordem social. Mas, por outro lado, numa perspectiva económica e organizacional - que é a única com sentido para o "actual" legislador do trabalho... -, entende-se que, em muitos casos, a extinção de um posto de trabalho é uma medida de sentido quantitativo, traduzindo-se numa "redução de pessoal" apontada (presumivelmente) a um aumento de eficiência. Um empregador que se conduza por critérios racionais não deixará de salvaguardar a permanência dos mais antigos que representem para a empresa benefícios de experiência, de perícia e de identificação cultural.

Acresce que os critérios "relevantes e não discriminatórios" adaptados pelo empregador estão sujeitos a explicitação e até a "prova" (não se percebendo em que poderá esta consistir), sempre que haja oposição por parte da estrutura representativa dos trabalhadores, ou do

³⁹ Saliente-se o facto de essa ordem de precedência não ser atendível no âmbito do regime do despedimento colectivo.

próprio trabalhador designado para sair da empresa (art. 371.º/2-c)). Estes podem, em suma, sustentar que se trata de uma sanção abusiva disfarçada, ou de um acto discriminatório (porventura em função da idade...), tendo o empregador que demonstrar a natureza e a consistência dos motivos "de mercado, estruturais ou tecnológicos" que explicam o despedimento *daquele* concreto trabalhador. Tudo visto, não parece que esta modalidade passe a oferecer aos empregadores maiores garantias de segurança do que até aqui.

Entretanto, é inegável que a alteração de regime redundava em forte aproximação ao paradigma regulatório do despedimento colectivo⁴⁰. Também no despedimento por extinção do posto de trabalho se pretendeu reconduzir a justificação ao plano da *razoabilidade e adequação*, num quadro de pura conveniência da empresa - ficando de fora, apenas, o puro arbítrio e a discriminação.

14. Uma segunda alteração proposta refere-se ao *ónus de ocupação substitutiva* - um ónus porque constitui pressuposto da obtenção de uma vantagem - que é, simplesmente, erradicado do regime de qualquer das duas modalidades de despedimento individual não disciplinar.

Recorde-se que, no regime ainda vigente, o empregador, para que possa invocar justa causa, tem que realizar diligências (as quais podem, naturalmente, ser mal sucedidas) no sentido de facultar ao trabalhador em risco de despedimento um outro posto de trabalho compatível com a sua "categoria" (art. 367.º/4) ou "qualificação profissional" (art. 376.º/1-c)) do trabalhador⁴¹. O referido ónus implica fazer tentativas sérias e razoáveis de recolocação, e *não* criar empregos artificiais.

Esta exigência legal correlaciona-se, estreitamente, com a determinação da justa causa de despedimento, entendida como situação de "impossibilidade prática da subsistência da relação de trabalho" - ou seja, de *inexigibilidade da conservação do contrato* pelo empregador.

⁴⁰ De resto, um argumento muito repetido é que, sendo fácil despedir um conjunto de trabalhadores, não se entende que seja tão difícil despedir um só... Na verdade, a diferenciação do despedimento colectivo relativamente ao individual está longe de ser quantitativa; o debate, na Assembleia Constituinte, em tomo do art. 53º tomou evidente essa diversidade de *natureza*.

⁴¹ As referências à "categoria" e à "qualificação" não são, a nosso ver, limitativas do campo das possibilidades de ocupação alternativa. Bastará que o trabalhador aceite um outro posto de trabalho, ainda que com remuneração inferior - preferindo-o ao desemprego -, para que o desígnio da lei se tenha por realizado.

Tal correlação era abertamente declarada pela lei, no tocante ao despedimento por extinção do posto de trabalho: depois de, no art. 368.º/1-b), se exigir a referida "impossibilidade prática", esclarecia-se, na formulação originária do n.º 4 do mesmo artigo, que ela existe "quando o empregador não disponha de outro (*posto de trabalho*) compatível com a categoria profissional do trabalhador".

Relativamente ao despedimento por inadaptação, a geometria era outra, mas ia dar no mesmo: exigia-se, no art. 374.º, que certas constatações de facto, relativas ao desempenho do trabalhador, revelassem a mesma "impossibilidade prática da subsistência da relação de trabalho"; e, no art. 375.º, eram alinhadas as condições que era preciso preencher para que tal hipótese se pudesse ter por verificada - uma das quais era que "não exista na empresa outro posto de trabalho disponível e compatível com a qualificação profissional do trabalhador".

Por outras palavras: a concepção legal da justa causa de despedimento, assente na ideia de *inexigibilidade*, supunha a verificação da inviabilidade prática da recolocação do trabalhador. A lógica da lei era cristalina: não podia considerar-se "praticamente impossível" a subsistência da relação de trabalho quando existisse, na empresa, uma vaga compatível com as qualificações do trabalhador - não havendo, por outro lado, razões disciplinares contra ele.

Aí se estabelecia com clareza o nexo de conformidade entre a lei e a Constituição. Na verdade, a noção de justa causa suposta pelo art. 53.º da Constituição corresponde, como é entendimento hoje pacífico da jurisprudência, à concepção do despedimento individual como *ultima ratio*, como último recurso, em situações que não deixam ao empregador alternativa conservatória do contrato.

Ora a nova redacção do art. 368.º, introduzida pela Lei 23/2012, procede à eliminação do ónus de ocupação substitutiva - o que redundava na legitimação do despedimento sem que haja "impossibilidade prática da subsistência da relação de trabalho".

15. E aqui surge, porventura, a mais relevante alteração que a Lei 23/2012 introduz nesta parte do Código.

Na verdade, a eliminação do ónus de ocupação substitutiva surge como corolário de uma nova redacção ao n.º 4 do art. 368.º.

Recorde-se que o enunciado originário desse preceito rezava assim:

"(...) considera-se que a subsistência da relação de trabalho é praticamente impossível quando o empregador não disponha de outro (posto de trabalho) compatível com a categoria profissional do trabalhador".

A nova redacção é do seguinte teor:

"(...) considera-se que a subsistência da relação de trabalho é praticamente impossível quando o empregador demonstre ter observado critérios relevantes e não discriminatórios face aos objectivos subjacentes à extinção do posto de trabalho".

Ambos os enunciados são, evidentemente, tributários da posição adoptada, em cada um dos regimes a que pertencem, face ao ónus de ocupação substitutiva. Mas não é esse o ponto que agora nos interessa. A questão que se levanta é, ainda e sempre, de um dos vários ângulos a partir dos quais pode ser encarada, a da conformidade da lei com a concepção constitucional da justa causa de despedimento.

Na linha da rejeição do ónus de ocupação substitutiva, a Lei 23/2012 procura "recuperar" a aparência de respeito pelo critério da "impossibilidade prática" - revelando, assim, a consciência plena, por parte do legislador, de que nesse critério se encontra a chave da constitucionalidade. E fá-lo de modo hábil, procurando a reorientação do critério para longe da questão da viabilidade da relação de trabalho, e apontando esse critério para a *razoabilidade ou atendibilidade da decisão de despedir* - ou melhor, da escolha do trabalhador a despedir, o que vem a dar no mesmo.

Mas a simples leitura do novo texto impressiona, desde logo, quanto ao grau de artificialidade do juízo nele expresso. E requer algumas observações acerca do sentido do critério de inexigibilidade em que assenta a justa causa.

16. Poderia, na verdade, sustentar-se que a inexigibilidade envolve simplesmente uma ponderação *jurídica*, um juízo normativo, não uma simples constatação de factos - e que, por consequência, tal ponderação pode ser parametrizada pela lei. Nessa perspectiva, o novo enunciado do art. 368.º/4 do Código do Trabalho seria constitucionalmente legítimo, exprimindo simplesmente uma *nova valoração* do legislador acerca da medida do exigível a qualquer empregador. Na versão originária, o preceito considerava exigível ao empregador a manutenção do contrato com um trabalhador cujo posto de trabalho fosse extinto, havendo ocupação alternativa compatível. A nova formulação quedar-se-ia num nível de exigência inferior: o empregador deve manter o contrato de um trabalhador com posto de trabalho extinto *somente* se não conseguir demonstrar a observância de "critérios relevantes e não discriminatórios face aos objectivos subjacentes à extinção do posto de trabalho".

Com efeito, basta essa "demonstração" para que se considere "que a subsistência da relação é praticamente impossível".

Simplemente, o juízo de "impossibilidade prática" não releva apenas de uma ponderação jurídica, é também, necessariamente, *um juízo de ordem prática*. A actual formulação legal - com tão antiga tradição entre nós - não surgiu nem se tem mantido por acaso. A exigibilidade depende (também) da *possibilidade prática*, da viabilidade de uma vinculação como a que esteja em causa, sob o ponto de vista das condições normais de suporte de uma relação de trabalho. E o referencial para a apreciação dessa viabilidade é o princípio da segurança do emprego consagrado no art. 53.º, assim como o seu corolário fundamental, que consiste, como temos visto, na proibição de despedimentos que não sejam configuráveis como *último recurso*, nas condições concretas (práticas) em que ocorram. Se o "nível de exigibilidade" fosse constitucionalmente indiferente, isso redundaria na neutralidade da lei fundamental perante a natureza das justificações de despedimentos: desde que houvesse justificação, e ela fosse "atendível" segundo o critério do legislador ordinário, tudo estaria constitucionalmente conforme⁴². Perguntar-se-á o que restaria do conteúdo projectivo do princípio da segurança do emprego.

Por outras palavras: o legislador ordinário *não é livre* de estabelecer uma narrativa própria, em conformidade com a política legislativa do momento, acerca do que "seja" ou possa "considerar-se" impossibilidade prática do prosseguimento da relação de trabalho: está, justamente, limitado pela necessidade de fazer prevalecer soluções alternativas para o despedimento - se existirem, evidentemente - , como sejam sanções disciplinares conservatórias ou a reafecção de um trabalhador cujo posto de trabalho seja extinto ou que se encontre em estado de inadaptação à função que lhe está atribuída.

As duas versões do n.º 4 do art. 368.º, que acima transcrevemos, têm, aliás, um significado funcional bem distinto. A versão originária é meramente *declarativa*, explicitando, por mor da segurança e da certeza jurídicas, as condições inerentes à "impossibilidade prática" exigida na alínea *b*) do n.º 1 do mesmo artigo. Qualquer pessoa entende, e poderia mesmo prever, que as condições fossem essas. A versão da Lei 23/2012, pelo contrário, pretende ter um papel *constitutivo*, desligando, como se assinalou, a questão da impossibilidade prática das

⁴² Foi nessa visão do art. 53.º, resistente a todas as evidências, que se fundou recente proposta no sentido, justamente, de introduzir a "atendibilidade legal" na configuração dos motivos de despedimento admissíveis face àquele preceito constitucional.

condições de *viabilidade* objectiva da relação de trabalho, e, em suma, declarando impossível aquilo que, na realidade, *o não é - ou pode não ser*.

Articulada, como está, com a rejeição do ónus de ocupação substitutiva, esta tentativa de reconfiguração da justa causa de despedimento deve, a nosso ver, considerar-se desconforme com o art. 53.º da Constituição.

17. Finalmente, atentemos na remodelação do regime do despedimento por inadaptação.

Para além dos aspectos já referidos, e que são comuns à outra modalidade do despedimento individual não disciplinar, a nova formulação oferecida pela Lei 23/2012 introduz a noção de "inadaptação sem modificação do posto de trabalho", ou seja, estende a possibilidade de despedimento aos casos de "modificação substancial da prestação realizada pelo trabalhador" de que resultem efeitos negativos, a que seja razoável atribuir "carácter definitivo" (art. 375.º/2-a)).

É evidente o propósito de reintroduzir a possibilidade de despedimento por *inaptidão* do trabalhador, resultante, nomeadamente, da redução de aptidões físicas ou psíquicas ou mesmo do grau de diligência colocado na prestação de trabalho. Está-se, por outro lado, fora do âmbito disciplinar ⁴³ - embora a inexistência de culpa do trabalhador não conste da caracterização da hipótese considerada.

Tratar-se-á de casos em que o trabalhador, sem culpa, ou com um grau inferior de culpa, manifeste uma redução ou mesmo cessação das aptidões físicas, psíquicas ou técnicas que levaram à sua contratação e serviram de suporte à sua prestação de trabalho até certo momento. Tal situação surgirá com especial frequência nas chamadas "profissões de desgaste", mas pode ocorrer em qualquer actividade. A ausência de culpa exclui a justa causa disciplinar, e a inaptidão pode não ser consequência de qualquer modificação técnica ou organizacional.

Por outro lado, a hipótese considerada é a de não ser imputável ao empregador a situação de inaptidão verificada. Não é difícil conceber casos em que um forte aumento da pressão exercida sobre o trabalhador no sentido de obter dele um maior rendimento, ou mesmo procedimentos reconduzíveis à noção de assédio, se mostrem capazes de produzir reduções na normal capacidade para o trabalho e até mesmo perturbações psicossociais

⁴³ Como é sabido, a falta de diligência e as "reduções anormais de produtividade", se atribuíveis a culpa do trabalhador, constituem infracção disciplinar que pode fornecer justa causa para despedimento (art. 351.º).

porventura merecedoras de consideração semelhante à da doença profissional. Estão também, naturalmente, fora do âmbito da hipótese que se tem em vista as consequências de acidentes de trabalho e de doenças profissionais.

18. De tudo isto resulta que a nova configuração da "inadaptação" é razoavelmente equívoca, situando-se a meio caminho entre o despedimento por causa objectiva e o disciplinar.

O próprio regime processual que lhe está associado - e que se estende pelos artigos 375.º a 378.º - foi, iniludivelmente, delineado por imitação do procedimento disciplinar para despedimento. O empregador "aprecia" a actividade prestada, dá ao trabalhador ordem para a "corrigir", comunica-lhe a "intenção de proceder ao despedimento", ao que o trabalhador pode reagir juntando documentos e solicitando "diligências probatórias", etc.

Ao mesmo tempo, como se disse, desaparece o ónus de ocupação substitutiva, o que se traduz na rarefacção da exigência de "impossibilidade prática", conforme referimos. E é aí que, a nosso ver, se encontra o problema fundamental deste regime.

Não parece, com efeito, que o alargamento da "inadaptação" aos casos de inaptidão superveniente, sem culpa do trabalhador, ofereça dificuldades do ponto de vista constitucional. O nosso sistema não consagra uma visão "retributiva" da justa causa – uma visão que suporia a limitação da justa causa às situações de indisciplina - mas uma concepção mais ampla, susceptível de abarcar situações não culposas. O despedimento individual surge, no art. 328.º/1, como um "castigo", mas não se esgota aí o seu domínio de funcionalidade jurídica, como evidencia o facto de a lei, sem censura constitucional, prever e regular "justas causas objectivas".

De resto, a inadaptação, como justa causa de despedimento configurada anteriormente pelo Código, contempla já todos os elementos indiciários da inaptidão - nomeadamente a "redução continuada de produtividade ou de qualidade" (art. 374.º/1-a)) - , acrescentando-lhes apenas a exigência de "modificações no posto de trabalho" (art. 375.º/1-a)). Esta exigência poderia encarar-se como um instrumento de "desculpabilização" da alteração de comportamento profissional do trabalhador (só a modificação, imputável ao empregador, explicaria as deficiências surgidas na prestação de trabalho), mas, ainda nesse caso, a verdadeira causa do despedimento seria sempre o *irrecuperável* cumprimento defeituoso da função pelo trabalhador.

Pode considerar-se humanamente censurável e até injusto o despedimento de uma pessoa que, tendo procedido ao longo do tempo como profissional competente e produtivo, vai progressivamente deixando de o ser por cansaço ou por perda de faculdades. No entanto, a lei do trabalho lida também com a necessidade de salvaguardar os suportes do emprego, que são as empresas, o que envolve uma racionalidade objectiva, assente na ideia de que as empresas existem para produzir e não para resolver problemas sociais.

19. Não vemos, pois, obstáculo decisivo ao acolhimento, pela lei laboral, deste tipo de "justa causa", desde que se mantenha dentro dos varais da inexigibilidade, isto é, do despedimento sem alternativa. A inaptidão do trabalhador - fossem quais fossem as circunstâncias em que ela se revelasse - só seria concebível como justa causa se a partir dela se gerasse uma situação *de inexigibilidade do prosseguimento da relação de trabalho* - ou seja, uma situação em que não fosse possível encontrar alternativa razoável de ocupação do trabalhador pelo mesmo empregador.

Ora, mais uma vez, foi esse traço fundamental que a Lei 23/2012 pretendeu apagar, reconduzindo o despedimento por inadaptação a uma espécie de sucedâneo do despedimento disciplinar, como meio de exclusão de um trabalhador cujo rendimento esteja abaixo do exigido, sem as dificuldades de prova que a exigência de culpa comportaria, e dispensando-se qualquer diligência no sentido da ocupação substitutiva.

Damos por reproduzidas aqui as observações que atrás se fizeram acerca da mesma opção político-jurídica no regime do despedimento por extinção do posto de trabalho.

Nisto se manifesta, mais uma vez, o silencioso desafio que Lei 23/2012, na sua hábil construção, dirige ao artigo 53.º da Constituição.

Há boas razões para cepticismo relativamente à utilização real destes mecanismos por parte das empresas. Eles vão continuar a parecer-lhes complicados e erizados de riscos judiciais. Mas há pelo menos dois efeitos que vão seguramente produzir-se: o nível de garantia da segurança do emprego baixa mais uns pontos; e os trabalhadores ficam avisados de que, mais do que nunca, a conservação do emprego depende do agrado que o seu comportamento possa merecer da parte dos empregadores. É o legislador do trabalho no seu papel de mensageiro - porventura o único que ainda está em condições de desempenhar.

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

**Algumas reflexões sobre as alterações introduzidas no código do trabalho
pela lei n.º 23/2012 de 25 de junho**

Publicado em Revista da Ordem dos Advogados, ano 72, Abr./Set 2012, II/III, pp. 575 ss.

Pelo Prof. Doutor Júlio Manuel Vieira Gomes

1. Muito embora as exposições de motivos não sejam, frequentemente, analisadas com grande minúcia entre nós, parece-nos justificar-se fazer, no contexto deste breve estudo, uma exceção. Com efeito, a Proposta de Lei 46/XII, que veio a resultar na Lei n.º 23/2012 de 25 de junho, que procedeu à terceira revisão do Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009 de 12 de Fevereiro, vem acompanhada de uma longa exposição de motivos, à semelhança, aliás, de algumas das suas congéneres, como é o caso da recente reforma laboral espanhola¹. Trata-se de uma exposição de motivos que se nos afigura gongórica, em que o legislador procede ao seu sistemático auto-elogio e profere, repetidamente, como se fossem verdades científicas, afirmações indemonstradas, procurando persuadir os destinatários da lei da inevitabilidade e da essencialidade de uma reforma.

É nossa convicção, bem ao invés, e como procuraremos explicar ao leitor, que a presente reforma é globalmente modesta, e em algumas matérias mesmo obsoleta e procedendo a contra ciclo e, em regra, espelha a falta de imaginação de um legislador que parece considerar que o único objetivo da lei laboral é o de melhorar a competitividade e que o único meio para conseguir esse desiderato consiste na redução do custo do trabalho.

E, no entanto, quem leia a referida exposição de motivos poderá ficar, num primeiro momento, persuadido da modernidade e da importância das alterações legislativas introduzidas.

¹ Este tipo de prefácio, prolixo e apologético, constituindo uma espécie de auto-elogio do legislador, não é apanágio exclusivo do legislador português. É no mínimo curioso, no entanto, que a proposta faça referência, como veremos, tal como de resto a Reforma espanhola de 2012, à flexisegurança, o que já levou BAYLOS GRAU a afirmar que se trata de "um preâmbulo afetado de esquizofrenia legislativa entre o que afirma e o que realmente faz" (cit. apud MIKEL URRUTIKOETXEA BARRUTIA, El preâmbulo del RD Ley 3/2012, o las retóricas de la manipulación, Revista de Derecho Social 2012, n.º 57, págs. 19 e segs., pág. 31, estudo cuja leitura recomendamos vivamente por proceder à análise deste tipo de motivações legais).

Afirma-se que "a presente revisão revela-se primordial para proporcionar aos trabalhadores, principais destinatários da legislação laboral, um mercado de trabalho com mais e diversificadas oportunidades". Diz-se, ainda, ser "essencial uma legislação laboral flexível, concentrada na proteção do trabalhador, e não do posto de trabalho, no quadro de um modelo de flexisegurança que fomente a economia e a criação de emprego e que vise combater a segmentação crescente do mercado de trabalho", no que se designa por "a modernização do mercado de trabalho e das relações laborais".

Alude-se, a vários níveis, à necessidade de uma "aproximação (...) de Portugal aos restantes países europeus" ou, como também se diz, a "necessária aproximação do enquadramento jurídico vigente em países congéneres, nomeadamente no contexto do mercado comum europeu". Para o efeito propôs o Governo "um conjunto de medidas dirigidas ao bem-estar das pessoas e à competitividade das empresas e da economia portuguesa".

Invoca-se, finalmente, "um amplo consenso" logrado através da concertação social e do Compromisso para o Crescimento, Competitividade e Emprego assinado no dia 18 de Janeiro de 2012 entre o Governo e a maioria dos parceiros sociais com assento na Comissão Permanente de Concertação Social. Remata-se afirmando que "esta Proposta de Lei constitui um instrumento essencial à regulação das relações laborais, assente num justo equilíbrio entre os valores inerentes à proteção do trabalhador e à flexibilidade das empresas, reflexo de um entendimento alargado obtido em sede de concertação social".

Boa parte deste discurso é de natureza política, compreendendo-se a tentação do jurista de abster-se de o comentar. No entanto, parece-nos que se impõe aqui, como já dissemos, uma exceção, não só porque esta exposição de motivos concentra uma série de argumentos frequentemente esgrimidos em sede de política legislativa, como também porque este discurso tem, por vezes, a pretensão de passar por "científico" e constitui, ele próprio, uma crítica a um direito laboral acusado de ser rígido e pouco adaptado à realidade económica.

É evidente que esta exposição de motivos utiliza, desde logo, uma série de vocábulos com que os legisladores laborais procuram dar-se ares de modernidade: flexibilidade, combate à segmentação, flexisegurança, aproximação a outros ordenamentos, sobretudo os que se inserem no mesmo espaço económico em que nos encontramos.

A verdade, contudo, é que esta alteração legislativa nada tem que ver, genuinamente, com a flexisegurança². Mesmo quem entenda, como é o nosso caso, que a flexisegurança é um produto cultural dos países do norte da Europa, que, aliás, conhecem diferentes modelos de flexisegurança, e cuja "importação" pode revelar-se delicada, tem que reconhecer que a flexisegurança não é isto, não se reduz a diminuir a tutela do posto de trabalho sem nada dar em troca e sem reforçar significativamente a empregabilidade e a segurança dos trabalhadores nos períodos em que se encontrem entre empregos ou até entre carreiras. Muito mais (ou muito menos) do que flexisegurança, o que o legislador nos brindou foi com uma espécie de caricatura da mesma, uma "flexiflexi".

Reconhecemos, outrossim, sem dificuldade, que a proposta de lei teve como principais destinatários os trabalhadores, porquanto serão estes, sobretudo, os que mais sofrerão com ela, quer através de uma flexibilidade unilateral a favor do empregador, quer pela redução do custo do trabalho que ela implica. O legislador pretende, no entanto, fazer-nos crer que visa a promoção do emprego, esquecendo que nunca foi demonstrado que a redução das compensações devidas aos trabalhadores, na hipótese de cessação de contrato de trabalho (por razões objetivas) ou outros meios de facilitar a referida cessação gerassem emprego ou contribuíssem para que os empregadores celebrassem contratos de trabalho. Tudo indica que o dador de emprego contrata porque tem necessidade económica de mão-de-obra e não porque seja fácil despedir.

Invocar o combate à segmentação do mercado de trabalho é de um profundo farisaísmo, já que foi o próprio legislador português que, pela sua inércia, ou mesmo complacência, deixou ao longo de anos, quando não de décadas, que se disseminassem fenómenos de trabalho precário e de falso trabalho autónomo. E repare-se que a solução encontrada pelo legislador para minorar a segmentação parece consistir, não em combater os fenómenos de precariedade e de autêntica exclusão social de que padecem muitos dos falsos trabalhadores autónomos, mas, antes, em reduzir os direitos dos restantes trabalhadores, numa espécie de parificação por baixo.

Quanto ao "alargado consenso" que se exprimiu na concertação social, sem dúvida que ele é "alargado" atendendo ao número dos parceiros sociais, presentes na Comissão

² E isto mesmo concedendo a ambiguidade da utilização que se faz do vocábulo apontada, entre outros, por FERNANDO VALDÉS DAL-RÉ, Flexiseguridad y mercado de trabajo, Relaciones laborales 2010, n.º 9, págs. 1 e segs., pág. 6: "sea cual fuera su perspectiva de análisis, la flexiseguridad es un término preñado de ambigüedades".

Permanente de Concertação Social, já que o referido consenso só não abrangeu a CGTP/Intersindical. Por outras palavras, o Governo teve o consenso de todas as associações de empregadores - que surpresa? - e de uma confederação sindical, a UGT. Mas como não há critérios de representatividade em Portugal que nos permitam aferir a representatividade relativa das Confederações sindicais, e também já agora, dos sindicatos independentes - matéria esta, a da representatividade, em que o Governo não parece muito interessado, como veremos, em aproximar a nossa legislação da de muitos dos nossos congéneres na União Europeia - ignoramos até que ponto é que o consenso é genuinamente alargado no que toca aos trabalhadores, "principais destinatários da legislação laboral".

2. Passando agora à análise das medidas concretas, elas incidem, como na própria exposição de motivos se reconhece, em quatro matérias fundamentais: organização do tempo de trabalho; fiscalização das condições de trabalho e comunicações à Autoridade para as Condições de Trabalho; alterações ao regime de cessação do contrato de trabalho por motivos objetivos e, finalmente, alterações ao regime aplicável aos instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho.

Devemos dizer, desde já, que nos parece que a matéria em que as alterações foram de maior monta é a matéria da organização do tempo de trabalho ³. Em contrapartida, por exemplo, as alterações do regime aplicável aos instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho foram muito modestas e, parece-nos, inclusive, pouco modernas e pouco ambiciosas.

3. Em matéria de tempo de trabalho uma das principais novidades da alteração legislativa respeita ao banco de horas. Na versão original do Código de Trabalho de 2009 o banco de horas só podia ser introduzido através de instrumento de regulamentação coletiva de trabalho, como resultava do art. 208.º n.º 1 ⁴. Além disso, o instrumento de regulamentação coletiva de trabalho deveria regular as matérias previstas no n.º 4 do art. 208.º, pelo que não nos parecia ser suficiente para o correto cumprimento da lei limitar-se,

³ Sobre esta matéria, cf., por todos, CATARINA DE OLIVEIRA CARVALHO, A desarticulação do regime legal do tempo de trabalho, in *Direito do Trabalho + Crise = Crise do Direito do Trabalho*, Actas do Congresso de Direito do Trabalho, coord. por Catarina de Oliveira Carvalho e Júlio Vieira Gomes, Coimbra Editora, 2011, págs. 359 e segs. e JOANA VICENTE, O novo regime do tempo de trabalho, in *O Memorando da "Troika" e as Empresas*, IDET, Almedina, Coimbra, 2012, págs. 125 e segs.

⁴ Sobre o banco de horas, na sua versão originária, cf. CATARINA DE OLIVEIRA CARVALHO, ob. cit., págs. 395 e segs.

por exemplo, a convenção coletiva a prever a possível existência do banco de horas, mas remetendo todo o seu regime para um acordo individual entre o empregador e o trabalhador abrangido.

Para lá de algumas alterações de pormenor ao banco de horas por regulamentação coletiva ⁵, prevê-se igualmente a possível existência de um banco de horas individual ou grupal. Adotou-se, assim, o mesmo esquema já existente para a adaptabilidade: deste modo, o regime do banco de horas pode ser instituído por um acordo entre empregador e trabalhador, sendo que o acordo pode ser celebrado através de uma proposta por escrito do empregador, presumindo-se a aceitação por parte do trabalhador que não se oponha por escrito a essa proposta nos 14 dias seguintes ao conhecimento da mesma ⁶. Além disso, caso a proposta seja aceite por pelo menos 75% dos trabalhadores da equipa, secção ou unidade económica a quem é dirigida, o empregador pode aplicar esse regime de banco de horas ao conjunto dos trabalhadores da mesma estrutura, ainda que se tenham oposto, com a exceção apenas dos trabalhadores abrangidos por convenção coletiva que dispõe de modo contrário a esse regime.

O banco de horas individual poderia parecer, num primeiro momento, uma espécie de acordo de adesão - suscitando-se, assim, o problema de saber se não deveria ser aplicada a lei das cláusulas contratuais gerais. Contudo, o regime acaba por ser imposto legalmente aos trabalhadores que não tenham dado o seu acordo, desde que não ultrapassem os 25% dos trabalhadores da equipa, secção ou unidade económica a quem a proposta foi dirigida, pelo que, em rigor, não se trata (ou não se trata só) de um genuíno instrumento contratual ⁷.

Por outro lado, a convenção coletiva, melhor, o instrumento de regulamentação coletiva que institua um regime de banco de horas pode prever que o empregador o possa

⁵ O artigo 208.º, n.º 4, al. a) ii) prevê agora, por exemplo, que a compensação do trabalho prestado em acréscimo poderá ser feita por aumento do período de férias.

⁶ Repare-se, todavia, que não se prevê aqui norma similar ao art. 205.º, n.º 5.

⁷ Relativamente ao trabalhador que não dá o seu acordo, opondo-se expressamente à proposta de introdução do banco de horas, a esta modificação do seu período normal de trabalho (que até agora era considerado objeto do contrato), mas a quem, apesar disso, o regime será aplicado por estar em "minoría", esta é uma modificação ao contrato de trabalho num aspeto tão essencial como é o da duração do trabalho (e da grandeza da própria prestação) que lhe é imposta pela contra parte contratual. Evolui-se, assim, do contrato para o status, reconhecendo que o contrato de trabalho cada vez menos se assemelha a um contrato, invocando-se, por vezes, em defesa desta solução, um "princípio laboral fundamental: o princípio da prevalência dos interesses de gestão" (MARIA ROSÁRIO DA PALMA RAMALHO, Direito do Trabalho, Parte II, Situações Laborais Individuais, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2010, pág. 527, ainda que a propósito da adaptabilidade).

aplicar ao conjunto dos trabalhadores de uma equipa, secção ou unidade económica se pelo menos 60% dos trabalhadores dessa estrutura forem abrangidos pelo instrumento de regulamentação coletiva, mediante filiação em associação sindical e por escolha dessa convenção como aplicável (e também por portaria de extensão). Neste caso parece que o trabalhador só não ficará abrangido pelo regime do banco de horas se representado por associação sindical que tenha deduzido oposição à portaria de extensão da convenção coletiva em causa ⁸.

Aparentemente, o legislador não teve em conta aqui que a convenção coletiva pode ser aplicável a pelo menos 60% dos trabalhadores da estrutura em causa, mesmo sem qualquer portaria de extensão, bastando para isso que, por exemplo, a maioria dos trabalhadores da unidade económica tenha escolhido a convenção em causa. Um exemplo: numa equipa, secção ou unidade económica em que trabalham dez trabalhadores, dois filiados no sindicato A, dois filiados no sindicato B, seis não filiados em qualquer sindicato, o sindicato A celebra um acordo de empresa que prevê a existência de banco de horas, enquanto o sindicato B não celebra qualquer convenção coletiva. Dos seis trabalhadores não sindicalizados, cinco escolhem a aplicação do acordo de empresa celebrado pelo sindicato A. Este aplica-se, assim, a sete dos dez trabalhadores em causa (dois pelo princípio da filiação e cinco por escolha). O trabalhador não filiado que não escolheu a aplicabilidade do acordo de empresa ficará vinculado ao banco de horas, mas parece que também ficarão igualmente vinculados os outros dois trabalhadores filiados no sindicato B que, obviamente, não terá podido deduzir oposição à portaria de extensão a qual, no caso apresentado, nem sequer existe.

Outro problema consiste em que o legislador parece ter justaposto ou "empilhado" instrumentos de flexibilização do tempo de trabalho, sem cuidar, em regra, da sua compatibilização ou da possibilidade da sua aplicação simultânea. Uma exceção é o art. 209.º n.º 2 do CT em que há o cuidado de esclarecer que aos trabalhadores abrangidos pelo regime de horário concentrado não pode ser aplicado em simultâneo o regime da adaptabilidade, mas fica-se sem saber, por exemplo, se o banco de horas pode coexistir com a exigência de trabalho suplementar, se pode acrescer a um alargamento do período normal de trabalho por

⁸ Sobre o que deve entender-se por esta oposição cf. CATARINA DE OLIVEIRA CARVALHO, ob. cit., págs. 388-390, quanto ao lugar paralelo da adaptabilidade.

força do art. 210.º ou se o trabalhador pode ter justificações razoáveis (motivos atendíveis como diz o art. 223.º quanto ao trabalho suplementar) para a recusa ⁹.

Quanto a esta última questão parece-nos que a questão não pode deixar de ser positiva. Muito embora o trabalho suplementar seja o trabalho prestado fora do horário de trabalho (art. 226.º, n.º 1) - sendo o conceito de horário de trabalho aquele em torno do qual se articula a noção de trabalho suplementar ¹⁰ - e o banco de horas se situe "a montante", representando um acréscimo ao período normal de trabalho, um e outro representam, da ótica do trabalhador, uma exigência de trabalho imprevista e que não podia programar previamente, a não ser, quanto ao banco de horas, atendendo à antecedência que deve estar prevista quanto à comunicação que deve ser feita pelo empregador ao trabalhador da necessidade de prestação de trabalho. A razoabilidade e seriedade do motivo invocado pelo trabalhador para a recusa em realizar em determinado dia o acréscimo de trabalho que lhe é solicitado por invocação do banco de horas deverão, no nosso entender, ser aferidas tendo também em conta a antecedência da comunicação que lhe é feita. Em todo o caso, não deve esquecer-se o princípio fundamental da necessidade de conciliação entre a vida pessoal e familiar e a vida profissional do trabalhador e o dever do empregador de "proporcionar ao trabalhador condições de trabalho que favoreçam a conciliação da actividade profissional com a vida familiar e pessoal" (n.º 3 do art. 127.º).

No seu afã de reduzir custos associados ao trabalho, a Lei n.º 23/2012 reduziu para metade o acréscimo remuneratório a que o trabalhador tem direito pela realização de trabalho suplementar: de acordo com o art. 268.º, n.º 1 esse acréscimo passou a ser de 25% pela primeira hora ou fração desta e 37,5% por hora ou fração subsequente, em dia útil e 50% para cada hora ou fração em dia de descanso semanal, obrigatório ou complementar, ou em dia feriado. Também o acréscimo de retribuição como alternativa a descanso compensatório por trabalho normal em dia feriado em empresa não obrigada a suspender o seu funcionamento nesse dia passou a ser de 50% de retribuição ou, em alternativa, direito a descanso compensatório com duração de metade do número de horas prestadas (art. 269.º n.º 2).

⁹ Sobre o tema cf. JOANA VICENTE, ob. cit., págs. 130-131. Como a autora bem refere, "não se prevê qualquer possibilidade de recusa por parte do trabalhador fundada em motivo atendível ou de outra natureza".

¹⁰ Como muito bem destaca MARIA ROSÁRIO DA PALMA RAMALHO, ob. cit., pág. 550, "o referencial de delimitação do trabalho suplementar [é] o conceito operatório de horário de trabalho".

Além da redução do número de feriados obrigatórios (art. 234.º, n.º 1), o legislador introduziu, também, modificações em matéria de férias e de faltas.

Quanto às férias, além de ter revogado a norma que "premiava" a assiduidade com um aumento do número de dias de férias (os antigos números 3 e 4 do art. 238.º), norma que era objeto de grande controvérsia doutrinal e que, na nossa opinião sacrificava ao escopo de promover a assiduidade bens jurídicos de muito maior valor, a Lei n.º 23/2012 veio introduzir uma solução inovadora no n.º 3 do art. 238.º, o qual, na sua nova redação, estabelece que "caso os dias de descanso do trabalhador coincidam com dias úteis, são considerados para efeitos do cálculo dos dias de férias, em substituição daqueles, os sábados e domingos que não sejam feriados". Parece-nos que a norma vai suscitar alguns problemas de aplicação. Repare-se que o dia de descanso complementar, previsto no IRCT, pode ser contínuo ou descontínuo (e mesmo existir em apenas algumas semanas do ano, como resulta do n.º 3 do art. 232.º). Mas, e sobretudo, pode nem sequer existir: a lei só garante ao trabalhador um dia de descanso semanal obrigatório (art. 232.º, n.º 1) e se o trabalhador não for abrangido por qualquer IRCT que preveja um dia de descanso semanal complementar e, à luz do n.º 2 do art. 232.º, possa ter um dia de descanso obrigatório que não coincida com o domingo, a aplicação do n.º 3 do art. 238.º redundará numa diminuição dos dias de férias. Expliquemo-nos melhor com um exemplo: o trabalhador A tem apenas direito a um dia de descanso compensatório, obrigatório por lei, que no seu caso é a sexta-feira. Até agora, os seus 22 dias úteis de férias contavam-se atendendo aos "dias da semana de segunda-feira a sexta-feira com exceção de feriados" (n.º 2 do art. 238.º).

Se agora os contarmos excluindo as sextas-feiras, mas passando a contar os sábados e os domingos, o trabalhador A sofrerá uma redução (real) na duração das suas férias e ficará aquém das 4 semanas imperativas por força da Diretiva sobre tempo de trabalho. A não ser que se entenda que o novo n.º 3 do art. 238.º por se referir sempre ao plural ("caso os dias de descanso (...) em substituição daqueles") pressupõe o caso (apesar de tudo mais frequente entre nós) da existência de mais do que um dia de descanso semanal, não tendo aplicação sempre que o trabalhador só tenha direito a um dia de descanso semanal (o legalmente obrigatório).

Outra novidade é a possibilidade de o empregador encerrar a empresa ou o estabelecimento, total ou parcialmente, para férias dos trabalhadores, "um dia que esteja entre um feriado que ocorra à terça-feira ou quinta-feira e um dia de descanso semanal, sem prejuízo da faculdade prevista na alínea *g*) do n.º 3 do art. 226.º" (alínea *b*) do n.º 2 do art.

242.º). Em primeiro lugar, sublinhe-se que deste modo se agudiza a possibilidade de por decisão unilateral do empregador- embora esta tenha que ser comunicada com significativa antecedência, como resulta do n.º 3 do art. 242.º¹¹ - as férias serem entrecortadas, assim se erodindo o princípio de que o gozo interpolado das férias carece de acordo escrito do trabalhador (n.º 8 do art. 241.º), permitindo agora "semear" dias de férias dispersos pelo ano civil¹². Mas o aspeto mais surpreendente e problemático é, quanto a nós, a nova redação da alínea *g*) do n.º 3 do artigo 226.º, para a qual se remete. Resulta desta alínea que "não se compreende na noção de trabalho suplementar (...) o trabalho prestado para compensar encerramento para férias previsto na alínea *b*) do n.º 1 do art. 242.º por decisão do empregador". Entendido literalmente o preceito constitui- perdoe-se-nos a expressão, mas pensamos que se justifica a sua utilização neste contexto – uma verdadeira contradição jurídica. O trabalho não prestado em um dia de férias - ou seja, num dia em que não há obrigação de trabalhar - não se compensa!... O preceito coloca, como bem sublinha LIBERAL FERNANDES, o problema dos limites do poder do legislador¹³. Poderia este estabelecer que um período em que o trabalhador trabalha efetivamente contaria para efeitos legais como pausa¹⁴? E poderá este definir como dia de férias um dia em que o trabalho não realizado nesse dia terá que ser compensado noutros? Tal redundaria em uma diminuição efetiva dos dias de férias com possível violação do Direito da União, como já foi denunciado por LIBERAL FERNANDES¹⁵.

Mas talvez se possa defender que existiu aqui um lapso do legislador, aliás indiciado pelo inciso final da alínea *b*) do n.º 2 do art. 242.º ("sem prejuízo da faculdade prevista na alínea *g*) do n.º 3 do art. 226.º" - o que sugere que se trata aqui de uma outra faculdade do empregador). Parece que estão aqui em jogo duas faculdades distintas do empregador: este

¹¹ Mas parece que esta "marcação" poderá ela própria ser alterada à luz do disposto no n.º 1 do art. 243.º.

¹² Parece que esta faculdade não estará sequer limitada pelo n.º 3 do art. 241.º.

¹³ FRANCISCO LIBERAL FERNANDES, *O Tempo de Trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, págs. 233-234.

¹⁴ Mesmo sendo exato que o conceito de tempo de trabalho não é um conceito naturalístico e que, por exemplo, certas pausas contam como tempo de trabalho e é tempo de descanso, para efeitos legais, o tempo que passamos "presos" num engarrafamento no caminho para o emprego, não pode construir-se um conceito que seja oposto à sua própria teleologia: as férias são (também) expressão do direito ao descanso e não é um dia de descanso, parece-nos, aquele em que a interrupção da prestação laboral tenha que ser compensada por trabalho prestado em outros dias.

¹⁵ FRANCISCO LIBERAL FERNANDES, *ob. cit.*, pág. 234, alerta, precisamente, para o perigo de violação do artigo 7.º, n.º 1 da Diretiva 2003/88, que fixa a duração mínima para as férias anuais de quatro semanas.

pode tratar aquele dia de encerramento como um dia de férias **ou** recorrer à faculdade que tradicionalmente existe em Portugal de substituir os dias de "ponte", em que não se trabalhará, por trabalho compensatório que não é trabalho suplementar. Porque esse dia de paragem pode ser agora por decisão unilateral do empregador um dia de férias, o artigo 226.º, n.º 3, alínea g), designou impropriamente esse dia de paragem como dia de férias.

Relativamente ao regime das faltas, sublinhe-se o regresso, no art. 256.º, n.º 3, à velha solução de, faltando o trabalhador injustificadamente a um ou meio período normal de trabalho diário, imediatamente anterior ou posterior a dia ou meio dia de descanso ou a feriado, "o período de ausência a considerar para efeitos da perda de retribuição (...) abrange os dias ou meios-dias de descanso ou feriados imediatamente anteriores ou posteriores ao dia de falta". Embora o n.º 3 do art. 256.º, na sua parte final, só se refira ao dia de falta, pensamos que a norma também abrangerá a hipótese de meio-dia de falta injustificada (como resulta da parte inicial do n.º 3: "na situação referida no número anterior"). Trata-se aqui de uma infracção grave (n.º 2 do art. 256.º), mas repare-se que a contagem dos dias e meios-dias imediatamente posteriores ou anteriores ao dia ou meio dia de falta se faz exclusivamente para efeitos de perda de retribuição e já não para cálculo do número de faltas injustificadas em cada ano civil relevante para feitos de despedimento.

Há, também, novidades legislativas em matéria de redução temporária do período normal de trabalho ou suspensão do contrato de trabalho por facto respeitante ao empregador. O art. 298.º do CT passou a ter um novo número, o n.º 4, segundo o qual, em regra, e com a ressalva das situações de empresa em situação económica difícil ou em processo de recuperação, a empresa que recorra a este regime deve ter a sua situação contributiva regularizada perante a administração fiscal e a segurança social. Novo é também o art. 298.º-A - note-se a curiosa redação da parte final do artigo que se refere a um acordo entre o empregador e os trabalhadores abrangidos ou as suas estruturas representativas, como se não houvesse qualquer hierarquia ¹⁶.

¹⁶ Pensamos que este acordo terá que respeitar a ordem que resulta do art. 299.º, devendo ser celebrado com a comissão de trabalhadores e, só na falta desta, com a comissão intersindical ou comissões sindicais da empresa representativas dos trabalhadores a abranger. Se todas estas entidades não existirem, pensamos que o acordo para redução do período anterior à nova aplicação de medidas de redução e suspensão deverá ser celebrado com a comissão representativa dos trabalhadores (que, como dizemos no texto, parece-nos ser ainda uma estrutura representativa, para este efeito, apesar da terminologia legal algo equívoca) e só se esta também não existir é que o acordo poderá, ao que parece, ser celebrado diretamente com os trabalhadores abrangidos.

De acordo com o art. 299.º o empregador deve comunicar por escrito a intenção de reduzir ou suspender a prestação de trabalho, "à comissão de trabalhadores ou, na sua falta, à comissão intersindical ou comissões sindicais da empresa representativas dos trabalhadores a abranger". Fica-se na dúvida sobre o que quer dizer "representativas dos trabalhadores a abranger" até porque não há, em regra, critérios de representatividade ¹⁷.

¹⁷ A expressão "comissão intersindical ou comissões sindicais representativas dos trabalhadores a abranger" suscita-nos dúvidas sobre qual o tipo de representação ou de representatividade de que se está a falar. Como é sabido, as taxas de filiação sindical são relativamente baixas em Portugal, pelo que se apenas se atender à filiação sindical muito provavelmente a comissão intersindical ou comissão sindical representará, consoante o caso concreto, uma percentagem maior ou menor dos trabalhadores, mas que, em regra, pelo menos nas empresas de certa dimensão, estará muito longe da totalidade. É possível que o legislador tenha considerado que a comissão intersindical ou as comissões sindicais da empresa representarão a totalidade dos trabalhadores a abranger, mesmo que não filiados nesses sindicatos ou, porventura, mesmo que não filiados nesses sindicatos e filiados noutros. Com efeito, bem pode suceder que um sindicato tenha apenas um delegado sindical nessa empresa, mas que outro sindicato tenha nessa mesma empresa uma comissão sindical. Entender que a comissão sindical representa automaticamente todos os trabalhadores, filiados ou não, ou mesmo filiados noutro sindicato é, quanto a nós, deitar borda fora a tutela tanto da liberdade sindical negativa, como da liberdade sindical positiva e é particularmente grave num ordenamento em que não há critérios de representatividade sindical. Em suma, um trabalhador bem pode não se filiar num sindicato, pelas razões mais variadas, mas que a lei tutela como expressão da sua liberdade: porque não confia na direção do sindicato, porque considera o sindicato em causa demasiado próximo de uma certa ideologia política ou do patronato. Mas de nada importará essa sua decisão de não se filiar, já que o sindicato que não escolheu representá-lo-á por força da lei, em momentos cruciais como um despedimento coletivo ou um lay-off. Pensamos, contudo, que mesmo que se siga esse entendimento, sempre será ao menos necessário, para que a comissão sindical ou intersindical possa considerar-se "representativa" dos trabalhadores a abranger pela medida planeada pelo empregador que esses trabalhadores pudessem, todos eles, se assim o desejassem, inscrever-se no referido sindicato. Se a comissão sindical é composta, por exemplo, pelos delegados sindicais de um sindicato de categoria, e são abrangidos pela medida trabalhadores que pela sua categoria profissional não poderiam inscrever-se no referido sindicato ou se o sindicato em causa é um sindicato de âmbito regional (por exemplo, um sindicato do sul) quando a medida abrange todos os trabalhadores da empresa a nível nacional, não nos parece que, pelo menos nesse caso, a comissão sindical possa considerar-se representativa de todos os trabalhadores abrangidos pela

A lei estabelece agora (art. 299.º, n.º 2, na nova redação) que "o empregador disponibiliza para consulta os documentos em que suporta a alegação de situação de crise empresarial, designadamente de natureza contabilística e financeira". Parece que a disponibilização para consulta deverá ser simultânea com a comunicação prevista no n.º 1 ou, ao menos, imediata. Caso não haja comissão de trabalhadores nem comissão sindical ou intersindical, o empregador deve disponibilizar a consulta aos próprios trabalhadores, sendo a informação enviada para a comissão representativa que venha a ser designada. Mais uma vez, a lei não esclarece, expressamente, o que se passa se os trabalhadores não indicarem uma comissão representativa.

Repare-se que no art. 302.º n.º 2 também se prevê uma consulta relativamente ao plano de formação, mas aqui a consulta é aos trabalhadores abrangidos, conjuntamente com um pedido de parecer da estrutura representativa dos trabalhadores. Fica a dúvida se estrutura representativa dos trabalhadores abrange também a comissão representativa; diríamos que sim face ao art. 300.º n.º 1, mas a Lei nem sempre é muito clara já que, por exemplo, no art. 301.º n.º 4 se diz agora que "na falta de estrutura representativa dos trabalhadores ou da comissão representativa referida no n.º 3 do art. 299.º" mudando-se a redação original que apenas se referia à falta de estrutura representativa.

A alteração da terminologia legal empregue não é, a nosso ver, muito feliz. Na sua versão originária o CT de 2009 referia-se, sempre, nesta sede, à "estrutura representativa dos trabalhadores" ¹⁸, o que abrangia, não apenas as estruturas de representação coletiva dos trabalhadores (comissão de trabalhadores, comissão intersindical e comissões sindicais), mas também a comissão representativa *ad hoc* que os trabalhadores a abranger podem designar.

É agora um pouco mais duvidoso se a expressão estrutura representativa abrange também a comissão representativa, porque a lei tem agora o cuidado de as distinguir em alguns preceitos (nos números 2, 3 e 4 do art. 301.º e no n.º 1 do art. 307.º), enquanto em outros continua a referir-se, apenas, à estrutura representativa dos trabalhadores (assim, designadamente, nos números 1 e 4 do art. 300.º e no n.º 2 do art. 302.º). Ignoramos se a alteração legislativa se deveu ao preciosismo linguístico de distinguir entre as estruturas de

medida. Nessa hipótese, ainda que tal não resulte com clareza da letra da lei, parece-nos que o empregador deverá contactar e negociar, não apenas com a comissão sindical, mas com os restantes trabalhadores abrangidos que poderão também aqui constituir uma comissão *ad hoc*.

¹⁸ Era o que sucedia nos n.ºs 1 e 4 do art. 300.º, nos n.ºs 3 e 4 do art. 301.º, no n.º 2 do art. 302.º e no n.º 1 do art. 307.º.

representação coletiva dos trabalhadores de uma empresa e a comissão *ad hoc*, constituída na falta daquelas estruturas pelos trabalhadores a abranger por estas medidas, mas pensamos que não foi intenção do legislador excluir a comissão representativa da fase das negociações prevista no art. 300.º até porque, a ser assim, não faria muito sentido a sua constituição. Assim, pensamos que, apesar das flutuações terminológicas, a expressão estrutura representativa dos trabalhadores continua a abranger a comissão representativa, mesmo nos preceitos em que só se emprega aquela primeira expressão.

Note-se também que o art. 301.º n.º 2 foi sensivelmente alterado: não só a redução ou suspensão pode agora iniciar-se no prazo de cinco dias (e não dez) sobre a data da comunicação mencionada no art. 300.º n.º 3, como também poderá sê-lo imediatamente "em caso de acordo entre o empregador e a estrutura representativa dos trabalhadores, a comissão representativa referida no n.º 3 do art. 299.º ou a maioria dos trabalhadores abrangidos ou, ainda, no caso de impedimento imediato à prestação normal de trabalho que os trabalhadores abrangidos conheçam ou lhes seja comunicado".

Foi suprimida a parte final do n.º 3 do art. 301.º que previa a possibilidade de a estrutura representativa dos trabalhadores se opor à prorrogação da medida, bem como, na falta de estrutura representativa dos trabalhadores, a necessidade de acordo escrito do trabalhador abrangido, a que se referia o n.º 4 do art. 301.º na sua redação primitiva. Assim, esta prorrogação que anteriormente tinha, de algum modo, que ser consensual passou a poder ser unilateralmente imposta pelo empregador.

O art. 303.º viu igualmente a sua redação ser alterada. Mantêm-se os deveres do empregador no período de redução ou suspensão, mas acrescenta-se que "durante o período de redução ou suspensão, bem como nos 30 ou 60 dias seguintes à aplicação das medidas, consoante a duração da respetiva aplicação não exceda ou seja superior a 6 meses, o empregador não pode fazer cessar o contrato de trabalho de trabalhador abrangido por aquelas medidas exceto se se tratar da cessação da comissão de serviço, cessação de contrato de trabalho a termo ou despedimento por facto imputável ao trabalhador" e, se violar esta proibição o empregador, terá que proceder à devolução dos apoios recebidos em relação ao trabalhador cujo contrato tenha cessado. Parece-nos, pois, que o despedimento será "lícito" ¹⁹

¹⁹ As aspas devem-se a que, apesar de tudo, verificou-se a violação de uma norma legal, mas afigura-se-nos que as únicas consequências dessa violação são as previstas no n.º 3 e no n.º 4 (que também parece aplicar-se a esta hipótese) do art. 303.º.

e "regular", ainda que acarrete esta restituição e represente uma contra-ordenação grave ²⁰. De acordo com o art. 305.º n.º 4, a compensação retributiva será paga em 30% do seu montante pelo empregador e em 70% pelo serviço competente da área da Segurança Social. Novo é igualmente o n.º 5 do art. 305.º; resulta deste número que quando o trabalhador frequenta um curso de formação profissional pode haver um aumento da compensação retributiva do trabalhador e um aumento do valor pago pela Segurança Social ao empregador. Prevê-se, agora, também uma informação direta aos trabalhadores abrangidos se não existir estrutura representativa, nem comissão representativa.

4. Relativamente à fiscalização das condições de trabalho e comunicações à ACT, invocando-se a necessidade de diminuir a burocracia e o excesso de procedimentos e racionalizar a atuação da ACT, adotaram-se várias medidas que, no fundo, reduzem a atividade preventiva da ACT. Realçaremos apenas duas delas que nos parecem de bondade muito duvidosa, a saber, a eliminação da obrigatoriedade do envio do regulamento da empresa e a eliminação da obrigatoriedade do envio do acordo de isenção de horário. Ao contrário do que sucede em outros países, como por exemplo, a França, o regulamento interno não é obrigatório por lei em Portugal, nem mesmo nas grandes empresas, e não tem um conteúdo legal mínimo. Mas, quando existe, o regulamento interno é um instrumento importante, não só como proposta contratual, mas também por nele terem assento, boa parte das "normas" da empresa ²¹, pelo que não deixava de ser útil um controlo prévio do mesmo pela ACT. Também a eliminação do envio obrigatório do acordo de isenção de horário irá fomentar, estamos em crer, as situações de recurso ilegal à isenção de horário de trabalho, situações que já parecem ser frequentes e que mais valia tentar prevenir ²².

Estes dois exemplos mostram o modo equivocado como o legislador procura combater a burocracia e "simplificar a legislação laboral": pode considerar-se, com efeito, e com boas razões, que a nossa legislação laboral é excessivamente complexa, sobretudo para as micro e

²⁰ Pode perguntar-se se esta proibição continuará a valer se a empresa/empregador for declarada(o) em situação de insolvência.

²¹ Recorde-se, aliás, que não existe consenso na doutrina nacional quanto ao possível reconhecimento do regulamento interno como fonte de direito.

²² A revogação do n.º 4 do art. 127.º do CT eliminou, também, entre outras situações, a obrigatoriedade de envio prévio da apólice de seguro de acidentes de trabalho, que também podia ter alguma eficácia preventiva.

pequenas empresas ²³. Mas mais valia atender à dimensão da empresa e reconhecer que o que é exigível a uma grande empresa pode revelar-se excessivo ou ilusório a uma pequena ou micro empresa.

5. Quanto às alterações ao regime de cessação de contrato de trabalho por motivos objetivos tratou-se, por um lado, de reduzir os valores das compensações a que o trabalhador tem direito na eventualidade de cessação do contrato e, por outro, de facilitar certas causas de cessação, como o despedimento por extinção de posto de trabalho, e de criar, de modo mais ou menos camuflado por detrás da "cortina das palavras", uma nova causa de cessação a qual de inadaptação só tem o nome e que é o despedimento, sem necessidade de culpa do trabalhador, por redução de produtividade.

A propósito do valor das compensações por cessação do contrato de trabalho por motivos objetivos, verifica-se a sua redução, por força do art. 366.º do CT, aplicável igualmente para cálculo da compensação por caducidade dos contratos a termo certo e incerto (cf., respectivamente o n.º 2 do artigo 344.º e o n.º 4 do art. 345.º), da compensação por caducidade resultante de morte do empregador, extinção da pessoa coletiva ou encerramento da empresa (n.º 5 do art. 346.º), da compensação por despedimento por extinção do posto de trabalho (art. 372.º) e por despedimento por inadaptação (n.º 1 do art. 379.º).

Ressalvaram-se, no entanto, as legítimas expectativas adquiridas através do sistema previsto no art. 6.º da Lei n.º 23/2012. Assim, quanto aos contratos de trabalho anteriores a 1 de novembro de 2011, terá que distinguir-se entre o período de duração do contrato decorrido até 31 de Outubro de 2012 ²⁴ que se rege pelas disposições do Código do Trabalho na sua versão originária e o período de duração do contrato posterior a essa data em que o montante da compensação corresponderá ao previsto no artigo 366.º CT., podendo, aliás, a

²³ Sobre o tema é fundamental, entre nós, a monografia de CATARINA DE OLIVEIRA CARVALHO, *Da Dimensão da Empresa no Direito do Trabalho, Consequências práticas da dimensão da empresa na configuração das relações laborais individuais e colectivas*, Coimbra Editora, 2011. Cf., designadamente, as págs. 61 e segs e 131 e segs., respectivamente a propósito da gradual descoberta pelo Direito do Trabalho da diferente dimensão das empresas e dos escopos legislativos subjacentes ao reconhecimento da diferença.

²⁴ Cf., contudo, a alínea a) do n.º 2 do art. 6.º que na hipótese de caducidade do contrato a termo que tenha sido objeto da renovação extraordinária prevista pela Lei n.º 3/2012, dá relevância à data da renovação extraordinária caso seja anterior àquela data de 31 de Outubro de 2012.

compensação por este segundo segmento temporal nem sequer existir ou ser reduzida, por força do n.º 4 do referido art. 6.º ²⁵.

Em matéria de cessação de contrato por razões objetivas as principais novidades incidem sobre o despedimento por extinção de postos de trabalho e sobre o despedimento por inadaptação.

Quanto ao primeiro, desapareceu a vinculação do empregador a um elenco legal hierarquizado de fatores ou critérios de selecção ²⁶ para passar a ser o empregador quem decide quais são os critérios que irá seguir para a escolha dos trabalhadores que serão abrangidos pelo despedimento. A lei esclarece que o empregador deve definir "critérios relevantes e não discriminatórios face aos objectivos subjacentes à extinção do posto de trabalho" (n.º 2 do art. 368.º), cabendo também ao empregador demonstrar ter observado tais critérios, sendo tal demonstração suficiente para se considerar que a subsistência da relação de trabalho é praticamente impossível (n.º 4 do art. 368.º).

O empregador é, pois, agora livre de escolher os critérios que irá seguir para a selecção dos trabalhadores a abranger, podendo, por exemplo, optar pelo critério da menor antiguidade na empresa ou da menor qualificação ou experiência profissional, sem esquecer, contudo, que tais critérios não-de ser coerentes e, portanto, relevantes face aos objetivos visados pela extinção do posto de trabalho.

Desaparece, também, a obrigação de verificar se existe na empresa um posto de trabalho compatível com a categoria profissional do trabalhador o que, quanto a nós, resultava da própria natureza do despedimento como medida última a adotar, quando não é exigível ao empregador outro comportamento. A alteração tomará mais dúctil e flexível o despedimento por extinção do posto de trabalho ²⁷.

Mais radicais são as transformações a que foi sujeita a figura do despedimento por inadaptação. Muito embora se continue a tratar de uma cessação de contrato de trabalho fundamentada na inadaptação superveniente do trabalhador ao posto de trabalho (art. 373.º) passa a distinguir-se uma inadaptação conexa com modificações no posto de trabalho e uma inadaptação sem que haja modificações no posto de trabalho (cf. os n.ºs 1 e 2 do art. 375.º).

²⁵ Para exemplos práticos de aplicação deste (complexo) regime c f. PEDRO FURTADO MARTINS, Cessação do Contrato de Trabalho, 3.ª ed. revista e atualizada, Principia Editora, Parede, 2012, págs. 354 e segs.

²⁶ Reportamo-nos ao antigo n.º 2 do art. 368.º do CT de 2009.

²⁷ Sobre o despedimento por extinção do posto de trabalho na nova configuração que lhe foi dada pela Lei n.º 23/2012 de 25/06 c f. PEDRO FURTADO MARTINS, ob. cit., págs. 267 e segs.

Na hipótese de não existirem modificações no posto de trabalho o despedimento por inadaptação poderá ter lugar "desde que cumulativamente se verifiquem" vários requisitos: em primeiro lugar, uma modificação substancial da prestação realizada pelo trabalhador de que resulta precisamente a inadaptação, por se verificar uma das situações ²⁸ previstas na alínea *a*) do n.º 2 do art. 375.º ²⁹, em segundo lugar, uma "informação" ³⁰ ao trabalhador ³¹, depois, recebida a resposta do trabalhador ou decorrido o prazo para a mesma, ordens e instruções escritas com o intuito de corrigir a execução do trabalho pelo trabalhador, atendendo aos factos por este invocados e, finalmente, a aplicação das alíneas *b*) e *c*) do n.º 1 do art. 375.º, com as devidas adaptações, o que parece traduzir-se na necessidade de proporcionar, consoante os casos concretos, formação profissional adicional e, parece-nos que sempre, um período de tempo de pelo menos 30 dias para que o trabalhador procure corrigir a sua prestação, face às novas ordens e instruções que lhe foram dadas para o efeito ³².

²⁸ Qualquer uma destas situações há-de ser determinada pelo modo de exercício das funções e é necessário que "em face das circunstâncias seja razoável prever que tenham carácter definitivo".

²⁹ Muito embora a lei não seja aqui muito clara já que o art. 375.º n.º 2 al. *a*) utiliza o vocábulo "nomeadamente", mas acaba por mencionar todas as circunstâncias em que pode consistir a inadaptação de acordo com o art. 374.º n.º 1, a saber, "a redução continuada de produtividade ou de qualidade", "avarias repetidas nos meios afectos ao posto de trabalho", "riscos para a segurança e saúde do trabalhador, de outros trabalhadores ou de terceiros". Parece-nos, em suma, que este "nomeadamente" não pretenderá atribuir ao elenco um carácter exemplificativo (por oposição a taxativo), tendo antes o valor de "designadamente". Em sentido oposto cf. PEDRO FURTADO MARTINS, ob. cit., n. 420, pág. 380. Com efeito, não só não nos parece que o art. 374.º n.º 1 contenha um elenco exemplificativo das situações de inadaptação, exigindo (fora do caso especial do n.º 2) exigindo que se verifique uma qualquer das situações previstas nas suas alíneas para que se possa falar em inadaptação, como também não nos parece que o legislador tenha, apesar da utilização do vocábulo "nomeadamente" no art. 375.º, n.º 2, al. *a*), querido introduzir um conceito absolutamente indeterminado ou indefinido de inadaptação (de que as situações previstas no n.º 1 do art. 374.º seriam apenas exemplos) em matéria constitucionalmente tão sensível e delicada como a dos despedimentos.

³⁰ O uso do vocábulo pode sugerir que se trata de uma mera declaração de ciência... A lei evita, aliás, falar em acusação e defesa, porventura para evitar qualquer "contaminação" com a linguagem do procedimento disciplinar.

³¹ Juntando cópia dos documentos relevantes, da apreciação da atividade antes prestada, acompanhada da descrição circunstanciada dos factos demonstrativa da modificação substancial da prestação e informando igualmente o trabalhador de que pode pronunciar-se por escrito em prazo não inferior a cinco dias úteis.

³² Recorde-se que o caso especial do n.º 2 do art. 374.º possibilita também um despedimento por inadaptação sem modificação do posto de trabalho, devendo atender-se ao art. 375.º, n.º 3, al. *b*).

A aplicação em concreto desta figura suscitará, na nossa opinião, várias dificuldades. Não havendo modificação do posto de trabalho, o juízo sobre a redução continuada de produtividade ou de qualidade exige, não apenas um elemento temporal, já sugerido pelo adjetivo "continuada", mas igualmente uma comparação com a produtividade anterior do trabalhador. Quando se introduz uma modificação no posto de trabalho é fácil compreender que a comparação é entre o antes e o depois desta introdução - o art. 375.º, n.º 1 alínea a) refere-se, aliás, a modificações no posto de trabalho, novas tecnologias ou equipamentos introduzidos **nos seis meses anteriores** ao início do procedimento.

Na outra hipótese em que não há modificações no posto de trabalho, pergunta-se: compara-se a produtividade do trabalhador - essa sua redução continuada - com a sua produtividade nos últimos seis meses, no último ano, durante a duração de todo o contrato? E se a produtividade apresentada pelo trabalhador for irregular, conhecendo picos e reduções, atender-se-á a uma média? Além disso, parece que se compara a produtividade do trabalhador com aquela de que ele próprio foi capaz anteriormente, carecendo de relevância qualquer produtividade média na empresa ³³. Poderá assim, ao que parece, despedir-se por inadaptação um trabalhador que por hipótese ainda é mais produtivo que a produtividade média na sua secção ou unidade ou, até, que continua a ser o mais produtivo, desde que seja menos produtivo do que o que vinha sendo anteriormente...

É sabido, no entanto, que esta redução de produtividade para relevar para despedimento por inadaptação não pode ser imputável ao próprio empregador (art. 374.º, n.º 4) ³⁴, nem deve prejudicar "a proteção conferida aos trabalhadores com capacidade de trabalho reduzida, deficiência ou doença crónica" (n.º 3 do art. 374.º). Uma vez que a lei não define propriamente o que seja um posto de trabalho e que este pode ser concebido, simplesmente, como um conjunto de funções ³⁵, importa ter presente que a redução de produtividade ou de qualidade, ainda que continuada, pode resultar de múltiplas situações que são ainda imputáveis ao empregador, em sentido amplo, ora com culpa, ora sem ela.

³³ Parece-nos insólito que assim seja, mas não há arrimo na letra da lei para outro entendimento, a não ser que se invoque o princípio da boa fé que preside à execução do contrato de trabalho.

³⁴ Recorde-se, aliás, que também é dever do empregador contribuir para o aumento da produtividade do trabalhador, como resulta do art. 127.º, n.º 1, al. d).

³⁵ Admitimos, aliás, que não haja uma definição unitária deste conceito e que ela possa variar com a teleologia dos preceitos em causa. Cf., a este propósito, PEDRO FURTADO MARTINS, ob. cit., págs. 245 e segs., particularmente 249.

Na verdade, bem pode suceder que a redução de produtividade se fique a dever, ao menos em parte, a comportamentos do empregador, mesmo que sem culpa por parte deste. Pense-se, por exemplo, em uma transferência definitiva ou temporária do trabalhador (e a que este por hipótese não se opôs), vendedor de canos de luxo, de Lisboa para Freixo de Espada à Cinta. Afigura-se-nos muito provável que o referido vendedor não consiga o mesmo volume de vendas em Freixo de Espada à Cinta que vinha conseguindo em Lisboa, mas não nos parece que esta redução possa justificar um despedimento. Do mesmo modo, a redução de produtividade, ainda que sem modificações no posto de trabalho, pode resultar de novas técnicas de gestão, de novas chefias, sem esquecer comportamentos ilícitos pelos quais o empregador é responsável (como sejam, o assédio moral, vertical ou horizontal, que deverá, aliás, de algum modo, caber na violação das condições de segurança previstas no art. 374.º n.º 4). Importa, ainda, ter em conta que as várias situações de redução continuada de produtividade ou de qualidade, de avarias repetidas, de riscos para a segurança e saúde do trabalhador devem permitir um juízo de prognose sobre o seu carácter definitivo. Ora, muitas vezes, esse juízo não será razoável em função de situações temporárias que o trabalhador atravessa: a doença prolongada de um familiar, um processo de divórcio particularmente doloroso, uma doença diagnosticada ao próprio trabalhador (ainda que não seja necessariamente uma doença crónica) podem determinar que, sendo os trabalhadores também pessoas, a sua produtividade seja afetada, sem que, no entanto, isso legitime uma prognose quanto ao carácter definitivo daquelas situações.

Nesta hipótese, a lei passou a prever que o empregador deve informar o trabalhador, juntando cópia dos documentos relevantes da apreciação da atividade antes prestada e com descrição circunstanciada dos factos demonstrativa da modificação substancial da prestação, podendo o trabalhador pronunciar-se por escrito em prazo não inferior a cinco dias úteis. Nesta hipótese em que não há modificação do posto de trabalho, assumirão, por isso, grande relevância os resultados das avaliações passadas referentes à produtividade do trabalhador. Infelizmente, tais métodos de avaliação frequentemente pouco têm de objetivo e a lei vem agora suscitar a questão de saber se o trabalhador não os poderá impugnar, precavendo-se contra um possível despedimento por inadaptação - aliás, tais avaliações serão agora perigosas não apenas quando negativas ou quando atribuem ao trabalhador uma classificação que sugere uma redução sensível da qualidade da prestação, mas também quando empoladas, porque a atribuição de uma classificação muito alta pode ser precisamente o primeiro passo para, posteriormente, se verificar a "redução" da produtividade ou qualidade. Os sistemas de

avaliação de desempenho passam, por isso, a ter uma importância legal acrescida, justificando-se, no nosso entender, que os trabalhadores fiquem muito mais atentos à sua implementação ^{36/37}.

6. Enquanto em matéria de tempo de trabalho e mesmo em sede de cessação do contrato de trabalho, a Lei n.º 23/2012 introduziu alterações sensíveis, as alterações em matéria de relações coletivas não apenas são muito modestas, mas contrastam com as modificações que foram introduzidas na matéria por outras legislações recentes e ficam muito aquém do diagnóstico que foi realizado, a este respeito, no Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica.

Antes de apreciar, mais detidamente, as (parcas) inovações em matéria de contratação coletiva, não queremos deixar de fazer um esboço, necessariamente muito sucinto, da evolução verificada neste domínio desde 2003. Como tentaremos demonstrar, trata-se de uma evolução que não é linear e que só na aparência redundou em um menor intervencionismo estatal. Além disso, essa análise permite-nos denunciar as razões de uma estranha inércia legislativa.

7. O sistema de relações coletivas português tem sofrido desde o Código do Trabalho de 2003 uma evolução significativa, associada ao que pode verdadeiramente designar-se como uma revolução em matéria de fontes ³⁸. É típico dos tempos de revolução ou, se se preferir, de

³⁶ Devendo, porventura, admitir-se mesmo que possam recorrer a providências cautelares quando considerem que a sua classificação é falaciosa e que os critérios adotados são discriminatórios ou opacos, já que esse poderá ser o primeiro passo para preparar um despedimento por inadaptação.

³⁷ Esta nova modalidade de despedimento - a dos despedimentos por redução de produtividade sem necessidade de demonstrar a culpa do trabalhador- vem acompanhada de um mecanismo que parece ser, até certo ponto, um estímulo à denúncia do contrato pelo trabalhador alvo de um procedimento de despedimento por inadaptação. Com efeito, no caso de despedimento por inadaptação, mas apenas nas hipóteses previstas no art. 374.º n.º 2 e 375.º n.º 3 alínea b)- ou seja, no despedimento por inadaptação de trabalhadores afetos a cargos de complexidade técnica ou de direção quando não cumpram os objetivos previamente acordados, por escrito, e quanto aos trabalhadores despedidos por inadaptação sem modificação do posto de trabalho, o trabalhador poderá denunciar o contrato, após a comunicação a que se refere, pensamos nós, o art. 378.º n.º 2.

³⁸ LUIGI MARIUCCI, *Le Fonti del Diritto del Lavoro*, Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale, 2008, parte I, págs. 323 e segs., pág. 359, prefere usar a imagem de uma espécie de fibrilação sistémica das relações entre lei, contratação coletiva, contrato individual e poder determinativo do empregador.

substituição de paradigmas, que quem os vive nem sempre se apercebe para onde é que a corrente revolucionária o arrasta, quais os remoinhos e os pontos de viragem cruciais. As revoluções apreciam-se melhor a muitos anos de distância, quando o rio da existência volta a correr aparentemente tranquilo. Mas nem por isso algumas considerações necessariamente provisórias serão desprovidas de utilidade.

Até 2003 se pretendesse descrever o nosso sistema de relações coletivas a um jurista estrangeiro, o jurista português, provavelmente, referiria a liberdade sindical como direito fundamental reconhecido pela Constituição, o pluralismo sindical, o papel central dos sindicatos pelo menos no exercício do direito de greve, o monopólio dos sindicatos na contratação coletiva, o princípio da filiação como determinando, em regra, a eficácia pessoal direta da convenção coletiva. Para dar uma visão mais completa, o nosso hipotético jurista nacional deveria mencionar o duplo sistema de representação e as comissões de trabalhadores, embora soubesse que na prática o papel destas últimas era muito reduzido.

Referiria, igualmente, a respeito da convenção coletiva o princípio da sua vigência indeterminada até à substituição por outra, a relação entre a convenção coletiva e a lei, de acordo com o princípio do tratamento mais favorável. Poderia, ainda, dar uma visão mais completa da contratação coletiva, mencionando, por exemplo, que o principal nível de contratação coletiva era o mais geral, sendo o contrato coletivo a convenção coletiva por assim dizer "dominante".

Explicaria, também, que, apesar da relativamente baixa taxa de filiação sindical (já em 2002 só cerca de 20% dos trabalhadores subordinados é que se encontravam filiados em associações sindicais), a taxa de cobertura das convenções coletivas era muito elevada (80% ou mais), por força do mecanismo administrativo das portarias de extensão³⁹. Teria assim de

³⁹ JACQUES BARTHÉLÉMY/GILBERT CETTE, *Réformer et simplifier le droit du travail via un rôle accru du droit conventionnel*, Droit Social 2006, págs. 24 e segs. De todos os países da OCDE a França é o que conhece a mais fraca taxa de sindicalização dos trabalhadores: 10%; os seis países com uma taxa de sindicalização superior a 50% são a Bélgica, a Noruega, a Dinamarca, a Finlândia, a Suécia e a Islândia. A taxa de cobertura das convenções colectivas, pelo contrário, é bastante elevada situando-se perto dos 90% (em Portugal em 2000 a taxa de filiação sindical rondava os 20% e a taxa de cobertura os 80%). "Estes dois indicadores de presença sindical (a taxa de sindicalização e a taxa de cobertura das convenções colectivas) fornecem à primeira vista uma informação contraditória. Essa discrepância existe porque o Ministro do Trabalho em França como em Portugal pode estender a convenção, por exemplo, a empregadores não filiados. No entanto a França é o único país dos mais desenvolvidos da OCDE em que existe esta grande discrepância entre taxa de filiação sindical e taxa de cobertura. Os autores defendem a transferência significativa da lei para a contratação colectiva, assim como um direito mais sofisticado do diálogo social.

mencionar - o que não seria de fácil compreensão para um jurista norte-americano, inglês, sueco ou italiano, mas seria facilmente inteligível para um jurista francês, por exemplo - que o Ministério do Trabalho podia estender administrativamente convenções coletivas a empregadores e trabalhadores não filiados nas entidades outorgantes.

Por outro lado, e a este respeito, deveria acrescentar que o Ministério do Trabalho gozava (como, aliás, continua a suceder) de uma absoluta discricionariedade quanto à escolha da convenção coletiva a estender. E isto por força de um dos aspetos mais característicos de todo o nosso regime de contratações coletivas: a falta de critérios de representatividade sindical. Em Portugal não apenas todos os sindicatos podem outorgar convenções coletivas, mas qualquer uma dessas convenções pode ser estendida pelo Ministério do Trabalho. O sindicato que a outorgou pode representar algumas poucas dezenas de trabalhadores, enquanto outro sindicato que outorgou outra convenção (ou não outorgou convenção alguma) pode representar centenas ou milhares de trabalhadores; mas tal é irrelevante, porque o Ministério do Trabalho escolherá com total discricionariedade qual a convenção colectiva que pretende estender ^{40/41}.

O sistema não era, nem é, coerente, mas há poucas coisas coerentes no mundo do direito coletivo do trabalho ⁴², e era o sistema possível em torno do nó górdio que ninguém queria cortar: a questão da representatividade das associações sindicais.

Em 2003 o edifício começou a abrir fissuras que se foram alargando, também em 2009, ao ponto de se converterem em fendas muito significativas. Em primeiro lugar, em 2003, como é sabido, a convenção coletiva passou a poder afastar-se da lei em sentido mais desfavorável

⁴⁰ Sobre este tema cf. o notável estudo de ROBERT REBHAWN, *Collective Labour Law in Europe in a Comparative Perspective Collective Agreements, Settlement of Disputes and Workers' Participation*, (Part I), *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 2003, págs. 271 e segs. e *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 2004, págs. 107 e segs (Part II), pág. 293. O autor destaca que, de entre todos os Estados Membros da União só em Portugal é que a lei não coloca quaisquer exigências materiais ao regulamento de extensão, deixando total discricionariedade ao Governo.

⁴¹ JOÃO REIS, *Troika e Alterações no Direito Laboral Coletivo*, in O Memorando da "Troika" e as Empresas, IDET, Almedina. Coimbra. 2011, págs. 133 e segs., pág. 140, refere-se a um "considerável subjectivismo".

⁴² Parece-nos poder dizer-se do direito coletivo do trabalho em geral o que LUIGI MENGONI, *Il contratto collettivo nell' ordinamento giuridico italiano*, *JUS, Rivista di Scienze Giuridiche*, 1975, págs. 167 e segs., pág. 172, afirmou a respeito do contrato coletivo: trata-se de uma instituição originária e fundamentalmente política.

para os trabalhadores ⁴³, como regra, a não ser que o contrário resultasse da própria lei e da existência de uma norma claramente imperativa. Pese embora a diferença de estilo e de estrutura entre o art. 3.º do Código de 2009 e o art. 4.º do Código de 2003 nada de significativo mudou neste domínio: em todas as matérias não enumeradas no art. 3.º n.º 3 as convenções coletivas continuam a poder afastar-se *in pejus*. Esta evolução foi e é muito aplaudida- e corresponde, aliás, a uma evolução paralela em outros sistemas, por exemplo, o francês - porque, diz-se, permite uma muito melhor adaptação do direito do trabalho à diversidade de situações, de cada sector, e até de cada empresa, ou, por que não, de cada estabelecimento. Verificou-se, assim, uma deslocação do pólo gravitacional, por assim dizer, em matéria de fontes, da lei para o IRCT, ainda que inteiramente desacompanhada, entre nós, da introdução de critérios de representatividade. Sublinhe-se que em França, por exemplo, o peso crescente da contratação coletiva no domínio das fontes foi acompanhado de uma revisão dos critérios de representatividade para permitir atribuir maior legitimidade às associações sindicais ^{44/45} outorgantes.

⁴³ UMBERTO CARABELLI/VITO LECCESE, *Una Riflessione sul Sofferto Rapporto tra Legge e Autonomia Collettiva: Spunti dalla Nuova Disciplina dell' Orario di Lavoro*, Studi in Onore di Giorgio Ghezzi. Cedam, Padova, 2005. vol. I, págs. 345, falam das novas "relações perigosas" entre lei e autonomia coletiva. Falam também da necessidade de reabrir um debate jurídico e político sobre questões essenciais como a eficácia subjetiva dos contratos coletivos e a representação democrática dos interesses dos trabalhadores.

⁴⁴ Como destaca MARIE-ARMELLE SOURIAU, *Les reformes de la négociation collective*, *Revue de Droit du Travail* 2009, págs. 14 e segs., pág. 19, o acesso de cada sindicato à mesa de negociações fica subordinado ao reconhecimento da sua qualidade representativa e à prova que satisfaz sete critérios cumulativos, entre os quais entre 8 e 10% de votos ao nível das eleições, seja qual for o número de votantes. A validade de uma convenção fica subordinada à sua assinatura por uma ou mais organizações sindicais que recolheram pelo menos 30% dos votos expressos nas eleições profissionais. Como se vê não se exige a maioria absoluta e nem sequer relativa. Por outro lado reconhece-se um direito de oposição às organizações representativas que recolheram a maioria dos votos. A representatividade de cada organização é colocada em jogo de quatro em quatro anos.

⁴⁵ JACQUES BARTHÉLÉMY/GILBERT CETTE, ob. cit., pág. 34: "Enquanto a negociação só podia concretizar-se em medidas mais favoráveis do que a lei, a simples representatividade era suficiente; agora exige-se mesmo uma legitimidade". A legitimidade poderia concretizar-se através de um direito de oposição; mas os autores consideravam preferível um acordo maioritário. Aceitavam também processos de ratificação pela maioria do pessoal através de procedimentos de referendo. Reconheciam, contudo, que "a representação dos interesses da coletividade dos trabalhadores poderia realizar-se directamente pelo referendo ou indirectamente pela negociação colocando a questão do primado de uma ou de outra".

A mudança de paradigma teve também, como é sabido, consequências quanto ao âmbito temporal da convenção coletiva: como já dissemos, trata-se hoje de uma realidade considerada na sua essência evanescente e efémera. Associado a esta evolução está, com efeito, um modelo da contratação coletiva como uma realidade dúctil em contínua mutação e adaptação: a convenção coletiva que nasce e desabrocha por um breve lapso de tempo ⁴⁶. Com efeito, com a entrada em vigor do Código de 2003 findou o sistema anteriormente vigente em que as convenções coletivas só cessavam a sua vigência quando substituídas por outras, passando as convenções coletivas a poder caducar, sem que, em um primeiro momento, o legislador se preocupasse sequer com as consequências da referida caducidade. Mais tarde, no entanto, introduziu-se e desenvolveu-se um sistema de "pós eficácia" que não deixa de suscitar sérios problemas ^{47/48}. Com o Código de 2009 desapareceu também a exigência legal de um prazo mínimo de vigência para as convenções coletivas, seguindo um paradigma que as concebe como uma realidade tão fugaz e efémera como as bolhas de sabão ou as moscas da Primavera ⁴⁹. Não se tem questionado, contudo, de que depende, a final, a eficácia da contratação coletiva, a começar pela qualidade dos próprios contraentes. Mas o recuo da lei - ela própria cada vez mais contratualizada e concertada - suscita outras questões.

⁴⁶ Sobre esta mudança de paradigma e a introdução de um modelo de contratação coletiva instável cf. ANTONIO MONTEIRO FERNANDES, *A Convenção Colectiva segundo o Código do Trabalho*, Estudos de Direito do Trabalho em Homenagem ao Prof. Manuel Alonso Olea, coord. por António Monteiro Fernandes, Almedina, Coimbra, págs. 77 e segs., págs. 94 e segs.

⁴⁷ Quando, em 2003, o legislador introduziu o sistema da caducidade das convenções criou um problema novo que estamos ainda a tentar resolver através do sistema da pós-eficácia. Se a convenção colectiva quer fazer as vezes de lei não parece que possa ser em tudo um contrato ou, melhor, não parece que possa deixar de ter alguns dos traços característicos da lei: a lei não pode desaparecer sem mais nem menos e deixar um vazio normativo. Se isso acontecer, de resto, o intérprete terá que esforçar-se por preencher esse vazio. Se a convenção coletiva pretende produzir efeitos em vez da lei ou mesmo supri-la não parece que possa simplesmente desaparecer quando as partes assim o desejam, sem consideração pelos direitos ou expectativas de terceiros.

⁴⁸ É claro que, de certa perspectiva, a manutenção de alguns efeitos (designadamente salariais) da convenção coletiva, mesmo após a caducidade desta, pode revelar-se um contra-incentivo à negociação de uma nova convenção coletiva. Sobre o tema *vide* FRANCISCO PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL e JAVIER THIBAUT ARANDA, *Claves para la reforma legal de la negociación colectiva*, in *Libro Homenaje a Abdón Pedrajas Moreno*, coord. por Tomás Sala Franco, tirant lo blanch, Valencia, 2012, págs. 443 e segs., pág. 446.

⁴⁹ Desde logo, sublinhe-se que nesta conceção dificilmente se compreendem aspetos que tradicionalmente constavam do conteúdo de uma convenção que se destinava a perdurar, como por exemplo a previsão de fundos de pensões, dificilmente compatível com a convenção colectiva "bolha de sabão".

Em primeiro lugar, mesmo quem acredite, como nós, que os sindicatos são absolutamente indispensáveis na defesa dos direitos dos trabalhadores e até de um interesse geral da coletividade em que o trabalhador seja respeitado como cidadão e pessoa no seu trabalho, não pode deixar de se inquietar com alguns fenómenos: o primeiro é, simplesmente, o de que não são muitas vezes os trabalhadores mais débeis e vulneráveis aqueles que são defendidos pelos sindicatos mais poderosos⁵⁰ ou que podem recorrer à greve com efeitos mais devastadores⁵¹.

Em suma, existe uma tutela mínima particularmente em certos domínios como os direitos de personalidade, a proteção contra o assédio, mas também regras mínimas de

⁵⁰ Basta pensar nas dezenas de milhares de trabalhadores economicamente dependentes, mas juridicamente autónomos, que não podem aparentemente constituir sindicatos (pense-se, entre nós, nos trabalhadores no domicílio da indústria do calçado). E mesmo quando se trata de trabalhadores subordinados, podemos questionar se o poder dos sindicatos se faz sentir mais precisamente nas áreas de atividade em que os trabalhadores porventura carecem de maior tutela. O poder dos sindicatos depende de múltiplos fatores, entre os quais se conta a taxa de filiação e a capacidade de mobilização, tradicionalmente mais altas no setor público do que no setor privado e menores nas actividades económicas em que há maior risco de perseguições (mais ou menos camufladas) a quem tem a coragem de se filiar, perseguições facilitadas pela crescente precariedade do emprego. Mas esse poder oscila também em função da sua capacidade de financiamento e das quotizações sindicais que permitem, aliás, pagar pareceres, honorários de advogados e peritos, ao que acresce que o próprio impacto de uma greve é muito variável consoante o setor económico em jogo. Desta ótica, sindicatos de médicos, pilotos de avião, controladores aéreos, quadros superiores, contar-se-ão provavelmente entre os sindicatos poderosos -- mas, pergunta-se, serão esses os trabalhadores que necessitarão de maior tutela?

⁵¹ Cf., por todos, ULRICH ZACHERT, *Autonomia individuale e collettiva nel diritto del lavoro. Alcune riflessioni e sulle sue radici e sulle sua reale importanza*, Lavoro e Diritto 2008, 2, págs. 327 e segs., pág. 333. O autor refere que a distância entre os grupos mais débeis e os grupos mais fortes no âmbito da representação sindical tem aumentado e não diminuído e conclui que "o Estado não deve apenas estabelecer as condições de base necessárias para promover a autonomia coletiva (...) o Estado deve também criar standards mínimos para todos, especialmente para aqueles que não são tutelados por contratos coletivos ou que não o são de modo adequado" (ob. cit., pág. 334). De modo ainda mais incisivo se pronuncia JACQUES ROJOT, *The Right to Bargain Collectively: an International Perspective on its Extent and Relevance*, The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations 2004, págs. 513 e segs., pág. 531, que afirma que as convenções colectivas podem satisfazer e promover os interesses dos empregadores e dos trabalhadores filiados nas respectivas associações, mas pode questionar-se se não esquecem as necessidades dos desempregados, reformados, trabalhadores empregues em setores não lucrativos em que frequentemente a taxa de sindicalização é muito baixa e dos trabalhadores autónomos.

segurança e de saúde, inclusive em matéria de tempo de trabalho, a qual tem que ser conferida por lei, como, aliás, já sucede entre nós, ainda que só em certa medida ⁵².

O próprio sentido das portarias de extensão é, de algum modo, transformado pela circunstância de que as convenções colectivas podem desviar-se em múltiplos aspetos da lei, *in pejus*. Antes de 2003, as portarias de extensão não representavam uma ameaça para os trabalhadores não filiados, muito embora já fossem um instrumento de legitimidade muito duvidosa que tinha, frequentemente, o efeito prático de falsear a concorrência.

Com efeito, já podia afirmar-se, no nosso entender, que a celebração de contratos coletivos e a sua extensão, através de portarias, mecanismo que estabelece condições que não foram voluntariamente aceites pelas empresas a quem o conteúdo do contrato colectivo é assim imposto ⁵³, redundava (e redundava) frequentemente em um meio de falsear a concorrência, impondo a micro e pequenas empresas (aliás menos representadas frequentemente nas associações de empregadores outorgantes) condições que elas não estavam (nem estão) em condições de observar ⁵⁴ e impondo-lhes o ónus de se oporem à extensão em tempo útil ⁵⁵.

Mas a partir de 2003 as portarias de extensão passaram a ter como resultado que convenções celebradas por associações sindicais com uma representatividade desconhecida

⁵² Acresce que nos parece que esta nova visão sobre a articulação entre Lei e contratação colectiva torna mais premente a análise de certos problemas como sejam: a possível existência de um domínio intrinsecamente individual que deveria ser subtraído à autonomia colectiva fosse ela qual fosse (e esse domínio já existe, ainda que de modo larvar: pense-se nas cláusulas de não concorrência) ou qual o valor a atribuir a cláusulas da convenção colectiva que se limitam a reproduzir a lei (meramente pedagógico ou informativo ou uma outra forma, acessória ou de reserva, de vinculação?).

⁵³ Ou seja um mecanismo obviamente heterónimo. Não deixa, por isso, de ser curioso que algumas associações sindicais denunciem a não publicação de portarias de extensão como um atentado à autonomia negocial coletiva...

⁵⁴ Este aspeto é sublinhado com vigor, por exemplo, por GREGOR THÜSING, *Ein besseres Arbeitsrecht, in Gegen den Streich, Festschrift für Klaus Adomeit, Luchterhand, Köln, 2008*, págs. 757 e segs., pág. 761, que sublinha que a extensão das convenções coletivas não deve servir para que uma minoria de empresas imponha as condições que pratica à generalidade dos seus concorrentes, o que se traduzirá, frequentemente, em grandes empresas, já implantadas no mercado, tentarem, por este meio, sufocar potenciais concorrentes, eliminando vantagens competitivas em termos salariais: "Grundlage der Tariferstreckung ist die Überlegung, dass die Tarifbindung der Mehrheit auch eimer Minderheit zugemutet werden können: Es ist nicht gewollt, dass eine Minderheit der Arbeitgeber der Mehrheit ihre Vorstellung aufdrängt".

⁵⁵ Para uma visão diferente, ou mesmo oposta, cf. JOÃO REIS, *ob. cit.*, pág. 141.

passaram, através do mecanismo das portarias de extensão, a aplicar-se a trabalhadores não filiados, mesmo quando contêm cláusulas menos favoráveis para os trabalhadores do que resultaria da lei, comprometendo, no nosso entender, a liberdade sindical negativa que não deveria ser reduzida à mera liberdade de não pagar quotas e representando, de algum modo, um dos múltiplos sinais de uma mudança de natureza das próprias associações sindicais ⁵⁶.

O nosso diagnóstico no atinente à ausência de critérios de representatividade e aos perigos conexos com a utilização arbitrária das portarias de extensão coincide, em larga medida, com o que está expresso no Memorando celebrado entre Portugal, a Comissão Europeia, o Banco Central Europeu e o Fundo Monetário Internacional, vulgarmente designados por "Troika" ⁵⁷.

⁵⁶ Abandonando os mecanismos de representação próprios do direito privado e evoluindo para formas de representação mais afins da representação "política". Sobre o tema cf. o notável estudo de MARIO GRANDI, *In Difesa della Rappresentanza Sindacale*, Studi in Onore di Giorgio Ghezzi, Cedam, Padova, 2005, vol. I, págs. 871 e segs. Como o autor refere, em vez de ser apresentado como um exemplo de livre associação, o sindicato é apresentado, em alguma doutrina, como tendo uma espécie de prioridade natural, "expressão de interesses solidários já pela sua natureza coletivos e indivisíveis" embora o sindicato seja apenas uma das formas, ainda que historicamente a principal, de gestão coletiva dos interesses dos trabalhadores. Nas palavras do autor, verifica-se assim uma permanência da ideologia corporativa que aqui curiosamente converge com o pensamento marxista sobre "a objetividade das condições laborais como condições de exploração da classe operária" (ob. cit., pág. 873). E vale a pena transcrever as suas palavras que nos parecem particularmente felizes e certeiras: "O problema crítico da representação, caso se queira recuperar o seu autêntico significado de liberdade e a sua efetiva fonte de legitimação, deve ser reposicionado na área da associação sindical e reconduzido à estrutura própria dos organismos que se formam e operam com base em opções associativas voluntárias e pessoais. Nesta ótica deve ser reconstituído o circuito interrompido entre associativismo e representação, entre representação e representatividade, entre representação e autonomia privada, caso se queira evitar que esta última desapareça, o que acontecerá na lógica da racionalização do pluralismo sindical, da seleção política dos representantes sindicais, da conversão do sindicato em órgão para-estadual. O problema crítico da representação é um problema fundamental da liberdade: liberdade das pessoas que se associam nos sindicatos, liberdade dos sindicatos não considerados como algo de diferente do conjunto dos trabalhadores organizados, de organizar no seu interior a vida associativa e de agir segundo as regras de autonomia privada" (ob. cit., pág. 874). E o autor acrescenta que "trata-se de recuperar na teorização da representação sindical dos trabalhadores a dimensão realisticamente individualista ou melhor personalista que é a componente essencial do associativismo voluntário, mas que uma certa tradição do pensamento funcionalista e corporativo deixa na sombra, em nome de uma conceção massificante do coletivo em que toda a aspiração individual se dissolve e se nega" (ob. cit., pág. 875).

⁵⁷ De maneira porventura algo surpreendente, o Memorando tem um mérito, quanto a nós inegável: o de nos confrontar diretamente com os vícios e as contradições de um sistema de relações coletivas como o

No Memorando referia-se, designadamente, a necessidade de o Governo português definir critérios a seguir para a extensão das convenções coletivas, sendo que entre esses critérios deveriam figurar a representatividade das associações outorgantes e as implicações da extensão das convenções para a posição competitiva das empresas não afiliadas. Acrescentava-se, ainda, que a representatividade das associações outorgantes deveria ser aferida com base em indicadores quantitativos e qualitativos. O legislador português assumiu o compromisso de propor legislação a fixar os critérios para a extensão das convenções coletivas durante o segundo quadrimestre de 2012 ⁵⁸.

8. Como dissemos, a convenção coletiva parece ganhar uma crescente importância entre as fontes de Direito do Trabalho, substituindo a intervenção direta do legislador ou prevalecendo sobre esta.

No entanto, a revolução verificada nas fontes de direito laboral é, bem vistas as coisas, mais subtil e ambígua. É certo que a contratação coletiva é guindada ou alçada a novos píncaros na sua relação com a lei, mas esta "irresistível ascensão" é controlada de perto pelo legislador que espera da contratação coletiva resultados muito concretos, sob pena de o próprio legislador violar, sem qualquer reboço ou pudor, a autonomia coletiva que aparentemente tanto quer promover. A liberdade concedida à contratação coletiva acaba, em boa medida, por ser uma liberdade vigiada ou até uma liberdade que só é louvada (e tutelada)

nosso, que tutela de maneira mínima a liberdade sindical negativa (e a liberdade de associação negativa dos empregadores), não conhece critérios de representatividade, alça certos parceiros (os que participam na concertação social) a órgãos paraestaduais e atores políticos, e tem muito pouco de genuína autonomia negociada coletiva e muito de autoritarismo estatal, o qual se manifesta quer através da discricionariedade na emissão de portarias de extensão, quer de múltiplas intervenções do legislador para "corrigir" os resultados da negociação coletiva...

⁵⁸ Quando este trabalho já se encontrava no essencial concluído, tivemos conhecimento da Resolução do Conselho de Ministros n.º 90/2012, publicada no Diário da República n.º 211, de 31 de Outubro de 2012, I Série, 6265-6266. Estabelece-se que quando o pedido de extensão abranja as micro, pequenas e médias empresas, não se confinando tal pedido aos empregadores outorgantes ou filiados na parte empregadora subscritora da convenção, a referida parte empregadora "deve ter ao seu serviço, pelo menos, 50% dos trabalhadores do setor de atividade, no âmbito geográfico, pessoal e profissional de aplicação pretendido" (art. 1.º, al. d). Significativo é o total silêncio sobre a representatividade das associações sindicais outorgantes...

na medida em que permite obter os resultados desejados pelo legislador ⁵⁹. Em suma, o recuo da lei pode acarretar uma redução da tutela dos direitos dos trabalhadores, mas não, por paradoxal que pareça, uma redução do intervencionismo público e estatal.

Como já vimos, o legislador permitiu, também, num primeiro momento que figuras como o banco de horas fossem introduzidos apenas por contratação coletiva, para agora (com a Lei n.º 23/2012) permitir que o banco de horas seja objeto de acordo individual entre o empregador e o trabalhador, retirando assim boa parte do interesse que da ótica do empregador se poderia revestir a contratação coletiva. Atitude do legislador que parece corresponder também a uma reação face ao que considera ser um insucesso da contratação coletiva na introdução em alguns sectores desta figura. O que denota também que o respeito do legislador pela autonomia negocial coletiva só existe se e enquanto esta produzir determinados resultados que o legislador considera desejáveis. Se não os produzir, a lei intervirá em substituição do acordo ⁶⁰...

A promoção da contratação coletiva que o legislador tanto proclama revela-se, na realidade, uma ilusão. O que se pretende, na verdade, é antes um sistema de contratação coletiva "teleguiada", em que a autonomia negocial coletiva, como já dissemos, só é tutelada se produzir os efeitos desejados pelo legislador.

9. A alteração do paradigma da contratação coletiva, ao nível do direito comparado, manifesta-se, também, em outros aspetos, a saber, a crescente reivindicação de capacidade negocial coletiva para outros atores que não as associações sindicais, por um lado, e, por outro, a importância crescente da empresa ou até do estabelecimento como nível da negociação.

O ponto 4.8 do Memorando referia a concretização do acordo tripartido de março de 2011 através de um sistema de "descentralização organizada" da contratação coletiva que, entre outras linhas de ação, propunha a redução para 250 do número de trabalhadores de uma empresa para que as comissões de trabalhadores pudessem celebrar acordos de empresa e a possibilidade desses acordos de empresa celebrados pelas comissões de trabalhadores

⁵⁹ Assim, por exemplo, é o próprio legislador que impede que uma cláusula de perpetuidade possa ter esse alcance, mesmo que a cláusula tenha sido negociada e querida pelas partes.

⁶⁰ Espera-se que à flexibilidade legal a contratação coletiva acrescente uma flexibilidade convencional. Trata-se de um convite que, nas palavras de UMBERTO CARABELLI/VITO LECCESE, ob. cit., pág. 350, não é cordial já que sempre acompanhado da "ameaça" de uma intervenção governamental substitutiva, representando uma pressão anómala sobre o exercício da autonomia coletiva.

incidirem sobre matérias relativas ao tempo de trabalho e condições de mobilidade funcional e geográfica. Em um outro parágrafo (4.8. *ii*), previa-se também que deveria ser promovida a inclusão em convenções coletivas de sector, da possibilidade e dos requisitos para que as comissões de trabalhadores pudessem celebrar acordos de empresa **sem a delegação das associações sindicais**.

Parece-nos, pois, ainda que o texto do Memorando não seja inteiramente claro, que uma das exigências da *troika* seria a de um reforço dos poderes negociais da comissão de trabalhadores (ainda que não seja a única será sobretudo esta a estrutura de representação coletiva dos trabalhadores que está em causa). Neste momento, como é sabido, a comissão de trabalhadores não tem, entre nós, o poder autónomo, originário, de celebrar convenções coletivas - quando muito, tal poder pode-lhe ser delegado por um sindicato, mas nessa hipótese a convenção coletiva apenas vinculará os trabalhadores filiados nesse sindicato. Do que se trata agora, aparentemente, é de propostas no sentido de dotar a comissão de trabalhadores de uma capacidade negociai coletiva autónoma, à semelhança do que se passa no direito alemão. Este passo (que já estava contemplado no anteprojeto do Código de 2003) pode, no entanto, ter consequências extremamente graves: as comissões de trabalhadores só têm na Alemanha capacidade negociai coletiva de modo subsidiário, já que se assim não for haverá o perigo de tomarem redundantes os sindicatos porque permitirão aos empregadores ter a vantagem de uma convenção colectiva, sem ter que negociar, por exemplo, com representantes sindicais externos à empresa ⁶¹.

⁶¹ Pessoalmente, entendemos que os membros das comissões de trabalhadores são muito mais vulneráveis do que negociadores estranhos à empresa; e para que esta possibilidade fosse introduzida com um mínimo de seriedade seria preciso que na lei se criassem, igualmente, disposições prevendo a formação de negociadores, a interação com os sindicatos (à semelhança do que se passa na Alemanha) e, importa dizê-lo, o próprio financiamento da comissão de trabalhadores. Matéria em que a nossa lei é totalmente omissa. Sem meios financeiros para pagar os honorários de um advogado numa ação judicial, como poderia uma comissão de trabalhadores queixar-se de um incumprimento do acordo, para não falar em resolvê-lo, o que parece nem sequer estar previsto na lei? E se a comissão de trabalhadores puder celebrar convenções coletivas não deverá também ser o titular do direito de greve ou, pelo menos, poder exercê-lo no caso de incumprimento da convenção? Embora importe reconhecer que a introdução desta possibilidade de a comissão de trabalhadores celebrar convenções coletivas, mesmo sem delegação de poder dos sindicatos, permitiria resolver o problema da representatividade das associações sindicais, à boa maneira portuguesa, ou seja, não o resolvendo, mas fugindo "para a frente".

10. Como é fácil verificar, a maior parte destas propostas constantes do memorando não foi implementada. A legislação reduziu, com efeito, o número de trabalhadores de uma empresa necessário para que os sindicatos possam delegar poderes para a negociação coletiva em comissões de trabalhadores ⁶², mas nem criou a possibilidade de as comissões de trabalhadores celebrarem genuínos acordos de empresa sem a referida delegação de poderes, nem articulou a contratação coletiva propriamente dita com os acordos celebrados pelas comissões de trabalhadores.

Nesta matéria pode, pois, afirmar-se, na nossa opinião, que se legislou um pouco "para inglês ver" ou, melhor e de modo porventura mais atual, "para a Troika ver", criando-se uma mera aparência de cumprimento. E não é de surpreender que assim seja, já que os próprios parceiros sociais, de modo maioritário, não parecem interessados em dotar as comissões de trabalhadores de um poder negocial coletivo originário, isto é, não delegado. Mas, como veremos, também não parece que tenham muito interesse em privilegiar a contratação coletiva ao nível da empresa, isto é, o acordo de empresa.

11. Dentro da genuína contratação coletiva, verifica-se, no plano do direito comparado, uma preferência crescente pelo acordo de empresa relativamente ao contrato coletivo. Mais uma vez esta preferência é justificada por razões de eficiência, de maior proximidade das normas às situações concretas ⁶³, permitindo soluções mais dúcteis, mais realistas ^{64/65}. Esta evolução comporta vantagens e desvantagens e não é inteiramente

⁶² Em conformidade com o Memorando de entendimento, alterou-se o n.º 3 do art. 491.º, de modo a permitir que uma associação sindical delegue poderes para contratar com a empresa a uma estrutura de representação coletiva dos trabalhadores (normalmente a comissão de trabalhadores), desde que a empresa tenha pelo menos 150 trabalhadores.

⁶³ Em certo sentido, aliás, esta importância crescente, na maior parte dos ordenamentos, revela que a flexibilidade dos sistemas tradicionais de contratação coletiva corresponde, em grande medida, a um mito. Como destacam, referindo-se ao caso espanhol, FRANCISCO PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL e JAVIER THIBAUT ARANDA, ob. cit., pág. 446, o sistema tradicional de contratação coletiva tem-se revelado rígido e resistente à mudança, particularmente inapropriado em situações de crise.

⁶⁴ JACQUES BARTHÉLÉMY/GILBERT CETTE, ob. cit., pág. 33: "A autonomia do acordo de empresa relativamente à convenção de setor é fator de enriquecimento do tecido convencional, facilitando a optimização das normas". Os autores defendem mesmo uma diferente natureza do acordo de empresa: "A coabitação das convenções de sector e de empresa supõe que a natureza da lei profissional da primeira seja estruturada em torno do seu carácter normativo, mas que a da segunda tenha uma natureza pura de contrato". Os autores acabavam mesmo por perguntar se a natureza puramente contratual do acordo de

destituída de perigos: também aqui esta visão do "small is beautiful" transforma a concorrência entre empresas em concorrência entre normas aplicáveis às próprias empresas, constata, mas também reforça a queda dos coletivos, estimula a competição entre os próprios trabalhadores⁶⁶.

Importa, contudo, reconhecer que esta mudança de plano, privilegiando-se a negociação ao nível da empresa permite - o que é particularmente importante em tempos de crise como os que vivemos - adaptar aspetos fundamentais do regime laboral, como por exemplo, a organização do tempo de trabalho ou os salários praticados, à situação concreta de cada empresa. Nesta sede, todavia, a nova legislação traz um contributo muito modesto e até, em rigor, como adiante tentaremos demonstrar, algo ambíguo ou contraditório.

A este propósito, a exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 46/XII referia que "no âmbito dos IRCT são implementadas medidas de descentralização organizada, que se traduzem, por um lado, na possibilidade de os contratos coletivos estabelecerem que determinadas matérias, tais como a mobilidade geográfica e funcional, a organização do tempo de trabalho e a retribuição, podem ser reguladas por outra convenção coletiva, contribuindo desse modo para uma melhor articulação entre os instrumentos de regulamentação coletiva e, de um modo geral, para a promoção da contratação coletiva".

empresa não exigiria a integração ou incorporação dos direitos dele decorrentes no contrato de trabalho. Por outro lado afirmavam também que "um direito social mais contratual exige uma maior competência no plano jurídico dos negociadores".

⁶⁵ MARIE-ARMELLE SOURIAU, *Les réformes de la négociation collective*, Revue de Droit du Travail 2009, págs. 14 e segs., pág. 18: "Figura ascendente da negociação colectiva o acordo de empresa prossegue a sua ascensão jurídica mediante uma acção corrosiva sobre os acordos de sector". O primado do acordo de empresa representa também uma concorrência mais viva entre empresas em que as condições de emprego e de trabalho se tornam uma variável importante. "A atomização do direito, a perda de pontos de referência e das identidades profissionais comuns, a derrota dos mais fracos foram há muito anunciadas. Proximidade com as necessidades das empresas, flexibilidade, competitividade, justificam todas estas transformações? E será que o acordo de empresa não acabará por ceder ao contrato individual de trabalho simplesmente?".

⁶⁶ Sobre o tema cf. PAUL-HENRI ANTONMATTEL, *Quelques propos sur la promotion de l'accord d'entreprise*, Droit Social 2009, págs. 883-884. Falando sobre o primado do acordo de empresa, o autor (ob. cit., pág. 883) sem negar as qualidades desse nível de negociação, sublinha que seria ingénuo limitarmo-nos a contemplar com êxtase a promoção do acordo de empresa. A qualidade da regra negociada depende da existência de negociadores bem formados e com competência. Por outro lado, o risco é o de criar as condições para que o acordo de empresa se limite às grandes empresas, gerando ou aumentando o perigo de um abismo social fundado na dimensão da própria empresa. O autor sublinha também (ob. cit., pág. 884) a grande complexidade de conteúdo dos acordos de empresa.

Daí que tenha sido modificada a redação do n.º 5 do art. 482.º do Código do Trabalho. Como veremos, contudo, esta alteração, ou é destituída de sentido prático, ou vai a contracorrente ao nível do direito comparado e não realiza, no nosso entender, os objectivos previstos no Memorando de entendimento.

A redação anterior do n.º 5 do art. 482.º do CT dispunha que "os critérios de preferência previstos no n.º 1 podem ser afastados por instrumento de regulamentação coletiva negocial, designadamente através de cláusula de articulação entre convenções colectivas de diferente nível, nomeadamente interconfederal, sectorial ou de empresa". A atual redação, introduzida pela Lei n.º 23/2012, reza assim: "os critérios de preferência previstos no n.º 1 podem ser afastados por instrumento de regulamentação coletiva negocial, designadamente através de cláusula de articulação de: a) convenções coletivas de diferente nível, nomeadamente interconfederal, sectorial ou de empresa; b) contrato coletivo que estabeleça que determinadas matérias, como sejam a mobilidade geográfica e funcional, a organização de tempo de trabalho e a retribuição, sejam reguladas por convenção coletiva".

Como se vê do simples cotejo entre as duas redações, a anterior e a atual do n.º 5 do art. 482.º, a novidade está na alínea b) do n.º 5. Esta alínea é, contudo, de interpretação delicada, até porque parece, à primeira vista, nada acrescentar ao que já era perfeitamente possível face à redação anterior.

Para o compreendermos melhor importa fazer uma referência breve à concorrência de convenções coletivas e ao que, otimisticamente, se designa por articulação ^{67/68} de

⁶⁷ PIERRE RODIÈRE, *Accord d'entreprise et convention de branche ou interprofessionnelle; négociation indépendante, subordonnée, «articulée»?*, *Droit Social* 1982, págs. 711 e segs., pág. 711, a palavra "articulação" "sugere uma ideia de harmonia, uma combinação que permite às negociações na empresa, no sector, no plano interprofissional completarem-se mutuamente desempenhando cada uma no seu nível o papel que é o seu, mas sem perturbar ou interferir com a negociação aos outros níveis". Mas como o autor sublinha esta noção de harmonia é, na realidade, ambígua. Poderia existir uma regra que distribuisse temas de negociação entre os diferentes níveis: ora essa regra não existe.

⁶⁸ Em França a doutrina tem destacado que os problemas colocados pela articulação dos vários níveis de negociação são "extremamente sofisticados" (MICHEL DESPAX, *La place de la convention d'entreprise dans le système conventionnel*, *Droit Social* 1988, págs. 8 e segs., pág. 10), importantes, mas perturbadores (MARIE-ARMELLE SOURIAU, *L'articulation des niveaux de négociation*, *Droit Social* 2004, págs. 579 e segs., pág. 579), obscuros e técnicos, mas sem solução segura (MARIE-LAURE MORIN, *L'articulation des niveaux de négociation dans l'accord interprofessionnel sur la politique contractuelle du 31 octobre 1995*, *Droit Social* 1996, págs. li e segs., pág. 12), complexos (HÉLÈNE TISSANDIER, *L'articulation des niveaux de négociation: á*

convenções coletivas. Como é sabido, no nosso sistema não há matérias reservadas a um dos vários "tipos" de convenção coletiva (contratos coletivos, acordos coletivos e acordos de empresa), sendo que tudo é negociável aos vários "níveis" ⁶⁹. Na realidade parece-nos inteiramente correta (ou parecia-nos até esta última alteração legislativa) a afirmação de LUÍS GONÇALVES DA SILVA ⁷⁰ de que não há uma hierarquia entre as várias modalidades ou tipos de convenções ⁷¹. A hipótese de concorrência entre várias convenções coletivas é resolvida no nosso direito, em primeira linha, por um princípio de especialidade ⁷², já que, de acordo com o n.º 1 o acordo de empresa prevalece sobre o acordo coletivo e sobre o contrato coletivo e o acordo coletivo prevalece sobre o contrato coletivo. O art. 482.º, n.º 5 permitia, todavia, que este princípio de especialidade fosse afastado por uma cláusula de articulação o que sugeria que um contrato coletivo já poderia conter uma cláusula que validamente estabelecesse que

la recherche de nouveaux principes, Droit Social 1997, págs. 1045 e segs., pág. 1045: "o direito francês optou por uma pluralidade de níveis de negociação e a articulação destes níveis é uma questão complexa").

⁶⁹ PIERRE RODIÈRE, ob. cit., pág. 712, observava, referindo-se ao direito francês, que a lei permite que tudo seja negociado a todos os níveis. Parece-nos ser esse também o sistema português.

⁷⁰ LUIS GONÇALVES DA SILVA, Anotação ao artigo 482.º, in Código do Trabalho Anotado, PEDRO ROMANO MARTINEZ *et al*, Almedina, Coimbra, 8.ª ed., 2009, pág. 1165: "entre instrumentos de regulamentação colectiva não há hierarquia".

⁷¹ Parece-nos, efetivamente, que, como destacou MARIE-LAURE MORIN, ob. cit., pág. 12, a liberdade de negociar e de concluir convenções coletivas a cada nível (sem que haja, de resto, qualquer conteúdo reservado a um dos níveis) exclui a existência de uma hierarquia dos níveis de negociação. Uma parte da doutrina francesa defende também a inexistência de uma hierarquia, ainda que em termos, por vezes, não muito claros ou mesmo equívocos: assim, enquanto MICHEL DESPAX, ob. cit. pág. 9, considera que se partiu de uma conceção hierárquica e piramidal para chegar a um sistema mais horizontal que vertical, sem qualquer hierarquia bem definida, EMERIC JEANSEN, *L'articulation des sources du droit, Essai en droit du travail*, Economica, Paris, 2008, depois de num primeiro momento (ob. cit., pág. 80) negar a existência de uma hierarquia, acaba por aceitar o que designa de uma hierarquia flexível e funcional e de uma supremacia do acordo mais amplo que poderia fixar o seu próprio carácter imperativo ob. cit., pág. 82). Também YVES CHALARON, *Négociations et accords collectifs de branche et d'entreprise. Problèmes d'articulation*, Le Droit Privé Français à la Fin du XXe Siècle, Études offertes à Pierre Catala, Litec, Paris, 2001, págs. 883 e segs., pág. 884, depois de afirmar que cada nível tem uma autonomia contratual idêntica, acaba, no entanto por concluir que as convenções colectivas estão naturalmente inclinadas a hierarquizar-se, já que convenção de nível superior "aspira a sê-lo tanto em direito face aos negociadores dos níveis inferiores como face ao juiz". No entanto, o autor afirma, também, que "a autonomia contratual do empregador e do seu pessoal não pode ser confiscada" (ob. cit., pág. 885).

⁷² Como bem refere., MARIE-ARMELLE SOURIAC, *L'articulation...*, cit., pág. 583, a regra de que o especial afasta o geral tem, pelo menos, a vantagem de "oferecer um princípio de solução claro e simples".

as suas disposições, por exemplo em matéria de retribuição, prevaleceriam sobre cláusulas de um acordo de empresa nessa matéria (pressupondo, é claro, a existência de concorrência de convenções) ou que só cederiam perante cláusulas mais favoráveis do acordo de empresa. Não nos parecia, contudo, muito claro que os contratos coletivos pudessem proibir que certas matérias fossem incluídas em acordos de empresa⁷³ ou até qual seria a situação se o próprio acordo de empresa contivesse ele próprio uma cláusula dita de articulação a reafirmar a sua aplicação prioritária.

É neste contexto que surge a nova alínea *b)* do n.º 5 do art. 482.º. Em certo sentido, esta nova alínea parece não acrescentar nada de novo: as matérias nela referidas podem obviamente constar de uma qualquer convenção coletiva (e, portanto, também, de um acordo de empresa) e a lei já permitia que uma cláusula de articulação contida em um contrato coletivo atribuísse preferência na aplicação das cláusulas do contrato coletivo ao acordo de empresa.

No entanto, tal conclusão é, quanto a nós, duvidosa. Quando se afirma que o contrato coletivo pode estabelecer que determinadas matérias podem ser reguladas por convenção coletiva, parece que estas últimas convenções serão sobretudo contratos coletivos e acordos coletivos (já que a aplicação dos acordos de empresa já resultaria do n.º 1 e não corresponderia propriamente a um afastamento dos critérios de preferência) e, sobretudo, parece atribuir-se agora uma proeminência ao contrato coletivo (o qual terá a última palavra quanto ao nível de contratação que prevalecerá) que corresponde, quanto a nós, a uma tentativa mais ou menos dissimulada e incipiente, de introduzir uma hierarquia entre os vários "tipos" ou modalidades de convenções colectivas⁷⁴.

Em todo o caso, o que parece poder afirmar-se, com alguma segurança, é que a presente lei, ainda que tenha de comum com outras reformas laborais, como a espanhola, a

⁷³ Parece-nos que vale entre nós o que EMERIC JEANSEN, *L'articulation des sources du droit, Essai en droit du travail*, Economica, Paris, 2008, pág. 79, escreveu a propósito do sistema francês: "a ausência de relação hierárquica entre convenções coletivas manifesta-se relativamente à questão da validade dos acordos perfeitos, acordos que proíbem aos negociadores de níveis menos amplos de negociar sobre o mesmo tema (...) se um acordo proíbe a um acordo de empresa negociar sobre os temas obrigatórios da contratação coletiva a irregularidade de tal cláusula é flagrante. Sobre os outros temas uma tal limitação é ineficaz, porque o princípio da liberdade de negociação vale para todos os níveis".

⁷⁴ São sugestivas, a este propósito, as palavras de FRANCISCO PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL e JAVIER THIBAUT ARANDA, ob. cit., pág. 447: "Quien negocia ejerce poder y, por tanto, quiere seguir negociando"...

italiana ou a grega, ter-nos sido imposta pelos nossos credores ⁷⁵, está muito longe de privilegiar a negociação coletiva ao nível da empresa. Basta, para o efeito, comparar as soluções encontradas pela lei espanhola que, além de outras novidades como a possibilidade de o empregador suspender a aplicação da convenção coletiva, prevê que certas matérias são primordial ou prioritariamente negociadas em sede de acordo de empresa, sem que a isso se possam opor convenções coletivas mais gerais ⁷⁶.

⁷⁵ JESÚS CRUZ VILLALÓN, *Acordes y desacordes de dos reformas de la negociación colectiva: España e Italia*. Revista de Derecho Social 2011, n.º 56. págs. 11 e segs., pág. 12: "Em grande medida tais reformas não são autónomas [o autor refere-se às reformas espanhola e italiana, mas também à grega e à portuguesa] no sentido de que não respondem exclusivamente às dinâmicas políticas e sindicais de cada um destes países, mas apresentam-se no contexto de propostas, sugestões ou pressões que partem do exterior e, em especial, de diversos âmbitos das instituições europeias ou de "conselhos" formulados por alguns dos países hoje em dia mais influentes da União Europeia". O autor acrescentava que um elemento comum nas várias reformas seria o de atribuir um papel preponderante ao âmbito de negociação empresarial, partindo da premissa de que o acordo de empresa constitui o instrumento mais adequado para conseguir adaptar as condições de trabalho às especificidades de cada organização produtiva e "em especial por tratar-se do nível negociai mais propício para atender às exigências atuais de flexibilidade das empresas". Neste aspeto discordamos do autor porque não nos parece que a alteração legislativa verificada em Portugal assente verdadeiramente nessa premissa: os parceiros sociais não parecem ter tido um propósito genuíno de promover os acordos de empresa.

⁷⁶ O art. 84.2 ET na nova redação que lhe foi dada pelo art. 14.2 do Real Decreto-Ley 3/2012 estabelece a prioridade do acordo de empresa [convénio de empresa] numa extensa série de matérias, designadamente a retribuição base e complementos salariais; compensação pelo trabalho extraordinário e pelo trabalho por turnos; horário e distribuição do tempo de trabalho, regime do trabalho por turnos e planificação anual das férias; adaptação no âmbito da empresa do sistema de classificação profissional dos trabalhadores; medidas para favorecer a conciliação entre o trabalho e a vida familiar e pessoal. Sobre esta importante alteração legislativa cf., por todos, AMPARO MERINO SEGOVIA, *La reforma de la negociación colectiva en el RDL 3/2012: las atribuciones al convenio de empresa y novedades en la duración y vigencia de los convenios colectivos*, Revista de Derecho Social n.º 57 (número monográfico dedicado a La Reforma Laboral), 2012, págs. 249 e segs. A autora (ob. cit., pág. 252) refere-se à reforma laboral espanhola de 2012, como realizando uma alteração radical do modelo de negociação coletiva, garantindo a independência da empresa, com vista a facilitar uma negociação das condições laborais em um nível mais próximo e mais adequado à realidade da empresa e dos seus próprios trabalhadores. Certas matérias são agora preferencialmente negociadas no acordo de empresa sem que a isso se possam opor contratos coletivos de outro nível mais amplo. A construção legal aponta para uma estrutura negocial em dois níveis: o exterior à empresa pensado sobretudo para ser aplicado em empresas (sobretudo microempresas ou pequenas e médias empresas) desprovidas de acordo de empresa e o segundo, o acordo de empresa pensado para dotar as empresas de "amplísimas competências de adaptação" permitindo-lhes melhorar a sua

12. Outras medidas com impacto na contratação colectiva visam, fundamentalmente, a redução de custos salariais, impondo mais dias de trabalho (com supressão de feriados ou cortes nas férias) ou reduzindo tanto o descanso compensatório, como o acréscimo de pagamento por trabalho suplementar e por trabalho normal prestado em dia feriado ou em dia de descanso compensatório ⁷⁷.

Para este efeito, a Lei n.º 23/2012, no seu artigo 7.º, n.º 2, estabelece uma nulidade superveniente das disposições de IRCT's e das cláusulas de contratos de trabalho celebrados antes da entrada em vigor da alteração legislativa, ou seja, antes de 1 de Agosto de 2012, que

competitividade e produtividade. Em toda esta construção, é muito clara a ideia de tomar dependentes os salários da produtividade e reforçar o papel do acordo de empresa (ob. cit., pág. 256). Sobre a reforma laboral espanhola de 2012 cf., também, de entre a numerosa bibliografia já surgida, MARÍA DEL CARMEN LÓPEZ ANIORTE, *La Reforma de la Negociación Colectiva como Mecanismo de Adaptación de las Condiciones Laborales*, in *La Reforma Laboral de 2012, Análisis del Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de Febrero, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado Laboral*, coord. por Faustino Cavas Martínez, Ediciones Laborum, Murcia, 2012, págs. 149 e segs., pág. 168, que sublinha que a finalidade da lei foi a de atribuir prioridade absoluta aos acordos de empresa face a todos os restantes convénios coletivos, CARLOS HUGO PRECIADO DOMÈNECH, *Una Primera Aproximación al Real Decreto-Ley 3/2012, de Reforma Laboral*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2012, pág. 45, que fala de uma prioridade aplicativa indisponível do acordo de empresa e EDUARDO ORTEGA PRIETO/EDUARDO ORTEGA FIGUEIRAL, *La Reforma Laboral 2012*, Wolters Kluwer Espana/La Ley/CISS, Valencia e Madrid, 2012, muito embora estes autores se revelem cétricos quanto ao alcance prático da norma, porquanto consideram que face à estrutura "vertical" dos sindicatos não será normal que no âmbito da empresa se acordem condições distintas e inferiores às contidas nas convenções de âmbito "superior", prevendo por isso que a norma terá uma escassa utilização (ob. cit., pág. 184).

⁷⁷ Para nós, a norma mais surpreendente é a que consta do n.º 5 do art. 7.º: "Decorrido o prazo de dois anos referido no número anterior, sem que as referidas disposições ou cláusulas tenham sido alteradas, os montantes por elas previstos são reduzidos para metade, não podendo, porém, ser inferiores aos estabelecidos pelo Código do Trabalho". Como se vê, o legislador arroga-se o direito de reduzir para metade os valores acordados pelas partes na negociação coletiva, fazendo tábua rasa da circunstância de que a convenção coletiva é um contrato em que as partes encontraram um determinado equilíbrio negocial entre, não apenas as obrigações das partes da convenção coletiva, mas também os direitos e deveres de empregadores e trabalhadores. O escasso respeito de que o legislador dá mostras pela autonomia negocial coletiva leva-o a substituir-se às partes na fixação de tais valores, pouco lhe importando se assim compromete o referido equilíbrio negocial. No limite, a solução poderá passar para uma das partes da convenção colectiva pela resolução da mesma pela alteração superveniente das circunstâncias representada aqui por um "facto do príncipe".

disponham sobre o descanso compensatório por trabalho suplementar prestado em dia útil, em dia de descanso semanal complementar ou em feriado.

Estabelece-se também, no n.º 1 do art. 7.º, uma nulidade superveniente das disposições de IRCT's celebrados antes da mesma data que prevejam montantes superiores aos previstos no Código do Trabalho relativamente à compensação por despedimento coletivo (ou situações em que se aplica igualmente a mesma compensação) e valores ou critérios de definição da compensação por cessação de contrato de trabalho prevista no art. 6.º. Nestes casos de nulidade superveniente a Lei parece-nos clara no sentido de que apenas são nulas as disposições de IRCT's (e quanto ao n.º 2 do art. 7.º as cláusulas do contrato de trabalho) celebrados antes de 1 de Agosto de 2012 ⁷⁸.

13. Em suma, a Lei n.º 23/2012, tendo como principal escopo reduzir os custos com o trabalho, elimina feriados, majorações de férias e acréscimos compensatórios por trabalho suplementar, reduz compensações pela cessação do contrato de trabalho e introduz novas causas de cessação do contrato de trabalho (porque é nisso que se traduz a inadaptação sem modificação do posto de trabalho). Do mesmo passo, multiplica os elementos não contratuais no contrato de trabalho - lembre-se o banco de horas grupal - e as interferências na autonomia negocial coletiva. Mas não bule, minimamente, em alguns aspetos estruturantes do nosso sistema de relações coletivas, corretamente denunciados pelo Memorando, como sejam

⁷⁸ Já não nos parece tão inequívoco o regime a aplicar na situação prevista no n.º 4 do art. 7.º. Este preceito, como é sabido, estabelece a suspensão durante um período de 2 anos a contar de 1 de Agosto de 2012 das disposições de IRCT's e cláusulas de contrato de trabalho que dispõem sobre acréscimos de pagamento de trabalho suplementar superiores ao estabelecido pelo Código do Trabalho e retribuição do trabalho normal prestado em dia feriado ou descanso compensatório por essa mesma prestação. Pode perguntar-se se a suspensão das disposições de IRCT's e cláusulas de contratos individuais de trabalho só se aplica a disposições e cláusulas anteriores à entrada em vigor da lei ou, se deverá aplicar-se, mesmo, a disposições e cláusulas negociadas após a entrada em vigor da presente lei. A resposta é delicada porquanto, por um lado, pode argumentar-se, a favor da aplicação da norma também às disposições e cláusulas posteriores à entrada em vigor a Lei n.º 23/2012, quer com o elemento literal (não há neste número idêntica ressalva à que consta do n.º 2), como com os elementos histórico e teleológico. No entanto, a norma não alterou, nem suspendeu o artigo 3.º do Código do Trabalho do qual resulta, para alguns autores, quase uma espécie de presunção de que as normas legais podem ser afastadas por IRCT. Exigir-se-ia, assim, que uma norma legal absolutamente imperativa o fosse de modo inequívoco. Além disso, o próprio n.º 5 do art. 7.º prevê que as disposições ou cláusulas podem ser alteradas durante o tal período em que estariam suspensas (embora se possa dizer que esta alteração não visa produzir efeitos imediatos, mas tão só evitar a redução para metade ex lege dos valores antes previstos).

a falta de critérios de representatividade ou a proliferação de portarias de extensão com os seus possíveis efeitos de distorção da concorrência...

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

Notas sobre o direito a férias no Código do Trabalho de 2009 após a revisão de 2012

Pelo Dr. Vítor Melo
Procurador da República

1. Introdução

1.1 A matriz do direito a férias decorrente do n.º 4 do art.º 237.º do Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro: (*“o direito a férias deve ser exercido de modo a proporcionar ao trabalhador recuperação física e psíquica, condições de disponibilidade pessoal, integração na vida familiar e participação social e cultural”*), ou seja, desdobra-se numa tripla vertente:

- o repouso e recuperação física e psicológica dos trabalhadores;
- o restabelecimento total;
- o reforço dos índices de convivência familiar e de participação social e cultural.

1.2 A dupla decorrência de tal princípio:

- o trabalhador pode dispor em absoluto desse período de tempo, utilizando-o como entender.
- mantém a retribuição que auferiria caso estivesse a trabalhar.

2. Quadro normativo em vigor

2.1 Instrumentos de direito internacional e a C.R.P.:

- alínea – d) do n.º 1 do art.º 59.º da C.R.P.–“ *direito ao repouso e aos lazeres... e a férias periódicas pagas*”;
- art.ºs 23º e 24.º da DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM;
- o artigo 7.º alínea d) do PACTO INTERNACIONAL sobre os DIREITOS ECONÓMICOS, SOCIAIS e CULTURAIS;

- a CONVENÇÃO n.º 132 da OIT, aprovada para ratificação pelo Dec. Reg. 52/80, de 29-07.

2.2 Legislação revogada pelo Código do Trabalho nesta temática

- O art.º 12.º, n.º 1, alínea a) e b) da Lei n.º 7/2009, referenciada, que aprovou o CT, revoga quanto a esta matéria o Código do Trabalho aprovado pela Lei n.º 99/2003, de 27 de Agosto e a sua Regulamentação prevista na Lei n.º 35/2004, de 29 de Julho. A Lei n.º 23/2012, de 25 de Junho, que procedeu à terceira alteração ao CT trouxe alterações de relevo nesta matéria.¹

2.3 O que visa alterar o Código do Trabalho?

- Aconselha-se os senhores auditores de justiça a ler a Exposição de Motivos da Proposta de Código do Trabalho, versão de 2003, apresentada à Assembleia da República, onde podem consultar os objectivos de **cariz geral** – ponto 1; ponto 3.1. alínea c); ponto 3.2; ponto 3.4 II- alínea g); e outros **mais específicos** - ponto 3.4 III-e); ponto 3.4 VI-j); ponto 3.4 VI-m); ponto 3.4 VII-b); ponto 3.4 X-a), bem como o ponto 10 (na parte relativa às férias) da Exposição de Motivos da Proposta de Código do Trabalho de 2009.

2.4 Onde está regulada a matéria das férias?

2.4.1. O Código do Trabalho

a) Regula o regime das férias na Subsecção X (art.ºs 237.º e segs), da Secção II (duração e organização do tempo de trabalho), do Capítulo II (prestação do trabalho), do Título

¹ No tocante à aplicação no tempo do Código do Trabalho vide art.º 7.º da Lei n.º 7/2009 e o Acórdão da Rel. Lisboa de 6/06/2007 (Proc. 2715/2007-4), proferido ainda durante a vigência da legislação anterior mas mantendo toda a actualidade e interesse, in www.dgsi.pt, bem como o art.º 10.º e 11.º da Lei 23/2012.

II (contrato de trabalho) do seu Livro I (parte geral); aqui concentrou a resposta à matéria da compatibilização do regime de férias com o Direito Comunitário, designadamente com a Directiva n.º 2003/88/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de Novembro de 2003, publicada no JO em 18/11/2003 (relativa a determinados aspectos da organização do tempo de trabalho) – vide art.º 2.º alínea n) da Lei 7/2009 citada.

b) Outras normas dispersas pelo Código do Trabalho, as quais regulam igualmente a matéria das férias, embora em aspectos muito pontuais:

- a alínea a) do n.º 3 do art.º 65.º quanto à suspensão do gozo das férias nos casos de licenças por situação de risco clínico durante a gravidez, por interrupção da gravidez, por adopção e licença parental em qualquer modalidade;
- o art.º 92.º n.º 1, quanto à marcação das férias dos trabalhadores/estudantes;
- o art.º 160.º n.º 2, quanto ao trabalho intermitente;
- o art.º 185.º n.ºs 6 e 7, quanto ao trabalhador temporário;
- o art.º 208.º, n.º4, alínea a) ii), quanto à compensação do trabalho prestado em acréscimo em regime de banco de horas poder ser feita com aumento do período de férias (novidade introduzida pela Lei n.º 23/2012 citada);
- o art.º 264.º, no tocante à retribuição do período de férias;
- o art.º 291.º, n.ºs 4 e 5, quanto aos trabalhadores cedidos ocasionalmente;
- o art.º 306.º relativamente à ausência de repercussão nas férias do tempo de redução temporária do período normal de trabalho ou de suspensão por facto respeitante ao empregador;
- a alínea d) do n.º1 do art.º 328.º e a alínea b) do n.º 3 do art.º 328.º quanto à aplicação da sanção disciplinar de perda de dias de férias.

3. Aquisição e vencimento do direito

3.1 Regra geral

A aquisição de tal direito é, em regra, inerente à celebração do contrato de trabalho (embora, no que a tal respeita, não exista agora uma norma idêntica à das legislações anteriores a estabelecer expressamente que o direito a férias se adquire com a celebração do contrato de trabalho, como acontecia no CT de 2003 - art.º 212.º-, o qual expressamente materializava o princípio do automatismo ou da aquisição automática) e, normalmente vence-se no dia 1 de Janeiro de cada ano civil – n.º 1 do art. 237.º CT.

3.2 Exceções

Este princípio comporta exceções.

a) No que tange à aquisição do direito:

- situações inerentes à própria essência do contrato → caso de aposição ao contrato de condição ou termo suspensivo, em que essa aquisição não ocorre com a mera celebração do contrato por este não estar ainda a produzir quaisquer efeitos próprios do negócio – art.º 135.º do Código do Trabalho (127.º CT 2003, 9.º da LCT – DL 49408, de 24.11.1969) e 270.º e 278.º do Código Civil. Ex: O trabalhador que celebra um contrato numa determinada data mas para começar a trabalhar apenas numa data posterior.

b) As exceções mais evidentes na lei dizem respeito à data do vencimento do direito a férias:

b1) quanto às férias do ano do início do contrato.

Neste caso o direito vence-se inicialmente após decorridos seis meses completos de execução do mesmo (art. 239.º n.º 1 e n.º 2 CT). Trata-se de uma disposição que, como é consabido, constituiu uma inovação absoluta no regime do CT 2003 por ter acabado com a distinção anterior entre a entrada no primeiro ou no segundo semestre do ano civil. Ao contrário da legislação anterior, deixou de ser relevante para este efeito o facto de entrar no primeiro ou no segundo semestre do ano. ²

² Vide n.º 2 e n.º 3 do art.º 3.º do Dec. Lei n.º 874/76, de 28 de Dezembro.

Depois deste período inicial de seis meses de execução, o direito a férias vence-se ao fim de *cada um dos meses* seguintes de execução do contrato – n.º 1 do art.º 239.º do CT.

Assim, se o trabalhador entrar ao serviço em 1 de Março, vence no dia 1 de Setembro o direito a gozar 12 dias úteis e, depois, mais 8 dias úteis (dois por cada um dos meses de Setembro a Dezembro, inclusive).

b2) a situação de cômputo do período de seis meses de que se vem a falar ter o seu final já no ano civil seguinte ao da admissão (em Fevereiro, Março por exemplo) → de acordo com a posição defendida no Código Anotado da autoria do Prof. Pedro Romano Martinez e outros o vencimento de férias no ano subsequente ao da contratação não poderá ocorrer em 1 de Janeiro mas apenas na altura em que se vencerem as férias respeitantes ao ano do início do contrato.

Ex: Não faz sentido que um trabalhador possa gozar em Maio os 22 dias de férias vencidas em 1 de Janeiro passado sem que legalmente possa gozar as férias, ainda não vencidas, do ano anterior – ano da contratação – uma vez que se entrar em 1 de Dezembro só pode vencer o direito a férias em 1 de Junho seguinte. Assim, de acordo com esta posição, não vencerá as férias em 1 de Janeiro e sim em 1 de Junho.

b3) os contratos de duração inferior a seis meses → o vencimento do direito a férias verifica-se ao fim de *cada um dos meses* completos de duração do contrato (art.º 239.º n.º 4 do CT).

b4) o caso do ano do regresso após a suspensão do contrato por impedimento prolongado respeitante ao trabalhador – art.º 239.º n.º 6 do CT.

- nos termos desta disposição legal o trabalhador “tem direito a férias nos termos previstos no n.º 1 e no n.º2”, ou seja, apontando no sentido de que o vencimento ocorre inicialmente após seis meses completos de execução do contrato e, após, se for caso disso, ao final de cada mês subsequente, valendo aqui as considerações tecidas supra alusivas ao vencimento das férias no ano da admissão.

4. Duração das férias

4.1 Regra geral e exceções

A regra geral → duração mínima anual de 22 dias úteis ³ (considerando-se incluídos nestes os dias, que não sejam feriado, de segunda e sexta-feira, sendo que, caso os dias de descanso do trabalhador coincidam com dias úteis, são considerados para efeitos do cálculo dos dias de férias, em substituição daqueles, os sábados e os domingos que não sejam feriados) – art. 238.º, n.º 1, n.º 2 e n.º 3.

Exceções:

Aquela regra comporta alguns desvios que se podem agrupar em quatro situações:

- a) Desde logo o decorrente do máximo de 20 dias úteis no ano da admissão – art. 239.º n.º 1 – e no ano do regresso após suspensão prolongada por motivo ligado ao trabalhador – art.º 239.º n.º 6 – ou seja, 2 dias úteis por cada mês completo. Daqui resulta que teremos um universo potencial mínimo que vai desde inexistência de férias (se entrar ao serviço na semana do Natal) até aos 20 dias úteis (caso inicie funções até 1 de Março).
- b) Em segundo lugar, o da previsão de mínimo de 20 dias úteis em caso de renúncia parcial – 238.º, n.º 5, do CT.
- c) Em terceiro lugar, a da previsão do mínimo de 20 dias úteis nos casos de haver a substituição de dias de faltas por dias de férias – art.º 257.º n.º 1-a), por referência ao art.º 238.º n.º 5 do CT.
- d) Por último, a da previsão de um mínimo de 20 dias úteis nos casos de se verificar aplicação pela entidade patronal, no âmbito do seu poder disciplinar, da sanção de perda de dias de férias – art.º 328.º n.º 1, alínea d) e 328.º n.º 3-b) do CT.

³ Foi eliminada através da alteração e revogação operada pela Lei n.º 23/2012 citada a “majoração” a que aludia o n.º 3, e n.º 4, do art.º 238.º do CT de 2009, na versão anterior aquele diploma, segundo a qual a duração do período de férias era aumentada até um máximo de três dias no caso de o trabalhador não ter faltado ou ter apenas faltas justificadas, no ano a que as férias se reportavam. Ver, contudo, que a majoração se manteve em vigor no tocante a IRC aplicável e cláusulas de contrato de trabalho que a prevejam, embora nos limites definidos no art.º 7.º, n.º 3, da Lei n.º 23/2012 citada.

4.2 Regime especial

Contratos com duração inferior a seis meses → em que a duração de férias prevista é a de dois dias úteis por cada mês completo de duração – art. 239.º n.º 4, CT, ou seja um universo máximo de 10 dias úteis.

5. Retribuição

- A retribuição do período de férias é igual à que o trabalhador receberia se estivesse a prestar trabalho – art. 264.º n.º1, CT ⁴ –, acrescida de um subsídio de férias igual à retribuição base e outras prestações que se liguem directamente à execução efectiva de trabalho – art. 264.º n.º 2 CT. ^{5 6}
- O trabalhador tem direito ao triplo da retribuição – art. 246.º CT – nos casos de **violação do direito de férias** – em que a entidade patronal obstar, com culpa, ao gozo. ⁷
- O montante do subsídio mantém-se inalterado nos casos de substituição de faltas por dias de férias previsto no art.º 257.º n.º1 do Código do Trabalho – n.º 2 do art.º 257.º do Código do Trabalho.

⁴ No fundo, a retribuição de base, diuturnidades e prestações complementares e acessórias previstas no art.º 258.º 2 e 262.º, mas ficarão de fora o subsídio de refeição, prémios de produtividade e assiduidade etc. por terem directamente a ver com a prestação efectiva de trabalho.

⁵ Deste modo, relativamente ao subsídio há desde logo uma diferença notória pois não se englobam as diuturnidades.

⁶ No plano jurisprudencial, vide Acórdãos do STJ de 18/04/2007 (P.º 06S4557), de 24/01/2007 (P.º06S2707), e 17/01/2007 (P.º 06S2967 e 06S2188), de 12.01.2006 (P.º 05S2837) e de 21.02.2006 (P.º 4336/05), todos in www.dgsi.pt.

⁷ Quanto à indemnização pela violação do direito a férias vide Ac. STJ de 19/10/2005 (P.º 05S1761); da Rel. Porto de 27/10/2003 (P.º0313004) e de 13/01/2003 (P.º 0212287); e da Rel. Lisboa de 23/02/2005 (P.º 8980/2004-4), todos in www.dgsi.pt.

6. Gozo

6.1 Princípio geral

Como se marca o período de férias?

- O gozo das férias deve ser marcado **por acordo** com a entidade patronal – art.º 241.º n.º1 do CT – (princípio da consensualidade). Destaca-se, contudo, a novidade introduzida pela referida Lei n.º 23/2012 quanto à possibilidade de o empregador encerrar a empresa em dia que esteja entre um feriado ocorrido à terça-feira ou à quinta-feira e um dia de descanso semanal, sendo o referido dia de encerramento deduzido do total do período anual de férias do trabalhador, tal como previsto na redacção agora conferida à alínea b) do n.º 2 do artigo 242.º do Código do Trabalho.

Quando podem gozar-se?

- A regra é de que as férias se gozam no ano civil em que se vencem – art. 240.º n.º1 –, entre 01 de Maio e 31 de Outubro, –art.º 241.º n.º 3. O CT 2009 veio, como novidade, estipular que nas situações de actividade ligada ao turismo – 241.º n.º4 – deve haver marcação obrigatória de pelo menos 25% das férias neste período.

6.2 Excepções

- Os casos em que o gozo ocorre apenas até 30 de Abril do ano civil subsequente ao do vencimento (novidade do CT 2009 pois no regime anterior era 1.º trimestre); são as situações de violação o direito a férias – art. 246.º – e de cumulação – art. 240.º n.º 2 –; neste último caso dispensa-se mesmo o acordo nas situações em que existam familiares a residir no estrangeiro e, ainda, no caso de impossibilidade total ou parcial do gozo de férias por motivo de impedimento do trabalhador – art.º 244.º n.º 3 do CT (em alternativa ao recebimento da retribuição).

- Quando o gozo das férias ocorre, no momento imediatamente anterior ao da cessação do contrato; está previsto para os contratos de trabalho de duração inferior a seis meses – art. 239.º n.º 5 – e será uma exceção aquele princípio enunciado se, como é óbvio, o contrato abranger dois anos civis.
- Previsão do gozo no ano da admissão, após seis meses de duração do contrato, ou até 30 de Junho seguinte caso o ano civil termine antes de decorrido tal prazo ou antes de se gozar o direito a férias – art. 239.º n.º 2 CT.
- No ano do regresso após suspensão prolongada por motivo ligado ao trabalhador – art.º 239.º n.º 6 – (no CT 2003 a situação era diferente pois o limite de calendário de gozo imposto era até 30 de Abril do ano seguinte-220.º n.º 3).

6.3 Modo e limite quantitativo do gozo

6.3.1 Princípio geral: as férias podem ser gozadas contínua ou interpoladamente,⁸ neste último caso deve ser sempre assegurado o gozo mínimo de 10 dias úteis seguidos – art.º 241.º n.º 8.º CT.

6.3.2 Situações especiais:

- *os contratos inferiores a 6 meses*, em que se **tem** de gozar os 10 dias úteis vencidos de uma só vez (239.º n.º 5 CT);
- *no ano do início do contrato* em que o trabalhador apenas vence dois dias úteis por cada mês e, desse modo, pode muito bem acontecer **não chegar a vencer sequer 10 dias úteis** (basta que inicie funções a partir do mês de Agosto para que tal aconteça).

⁸ O gozo interpolado só pode acontecer mediante acordo entre o trabalhador e o empregador (n.º 8 citado). Mesmo nos casos de encerramento da empresa tal descontinuidade das férias não pode ser unilateralmente imposta pela entidade patronal (vide a propósito Ac. Rel.Porto de 09/07/2007 in www.dgsi.pt).

6.3.3 - Limite quantitativo máximo:

- a regra → é a de o gozo corresponder às férias vencidas, a qual comporta uma exceção: a relativa ao ano subsequente ao da contratação, prevista no n.º 3 do art.º 239.º, ano esse em que o legislador prevê um máximo de 30 dias úteis quando o universo das vencidas podia ser de 42 (20+22)⁹. Esta limitação não terá sentido de existir se o trabalhador não tiver gozado férias por facto **imputável à entidade patronal** (v.g. não marcação das férias pelo patrão – art.º 241, n.º 3, do CT) sob pena de, a assim não ser, se permitisse que houvesse abusos de utilização do direito em benefício do infractor¹⁰.

7. Efeitos da suspensão e da cessação do contrato

7.1 Suspensão do contrato por impedimento prolongado

Sobre os efeitos desta suspensão nas férias verifica-se que há um regime que leva a três tipos de concretizações práticas distintas:

- se o trabalhador cessa o contrato após a suspensão e não regressa => a lei confere-lhe o direito aos proporcionais do ano do início da suspensão (245.º, n.º 4 CT);
- se o trabalhador regressa, trabalha algum tempo, mas cessa o contrato no ano do regresso sem vencer férias (antes do período de espera de seis meses) passa ao regime do 245.º n.º 1-b) CT=> proporcionais do ano da cessação;
- se o trabalhador regressa e se mantém ao serviço (portanto, não cessando o contrato) vence férias nos termos do n.º 6 do art.º 239.º

⁹ Exemplo que é dado no Cód. Anotado do Prof. Romano Martinez, onde se explana que se quis impedir com isso que no ano seguinte ao da contratação o trabalhador pudesse interromper a prestação de trabalho por um período demasiado alargado.

¹⁰ Posição igualmente defendida no C. Anotado do Prof. Martinez e outros autores.

7. 2 Cessação do contrato

Rege sobre esta matéria o art.º 245.º do CT:

Regra:

- O trabalhador tem direito aos proporcionais (retribuição e subsídio de férias) correspondentes ao tempo de serviço do ano da cessação;
- Tem, ainda, direito à retribuição e subsídio das férias vencidas nesse ano (caso as não tenha gozado);

Exceção: (a grande alteração no regime a partir de 2009)

- Nos termos do n.º 3 do art.º 245.º do CT os **trabalhadores que iniciam e findam o contrato no mesmo ano** (teoricamente poderiam ser contemplados com 20 dias úteis + 11 meses de proporcionais) **ou que cessam contrato no ano seguinte** (22 dias úteis + 20 do ano de admissão + proporcionais da cessação) → nestes casos existe uma limitação máxima e apenas podem usufruir o correspondente aos proporcionais do tempo da duração do contrato. Agora a norma é, contudo, ainda mais ampla em termos da limitação pois de acordo com o seu teor literal abrange os contratos que cessam contrato no ano seguinte mesmo que este dure mais de um ano (no anterior a limitação era só para contratos até 12 meses).

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

IV – Jurisprudência

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

AS ALTERAÇÕES DECORRENTES DA LEI 23/2012, E A SUA CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO

1. TC 602/2013, 20-09-2013 (Pedro Machete) (retificado pelo TC 635/2013, 01-10-2013)

Dispositivo:

(...) o Tribunal Constitucional decide:

- a) Não declarar a inconstitucionalidade das normas do artigo 208.º-A do Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro, com a redação dada pela Lei n.º 23/2012, de 25 de junho;
- b) Não declarar a inconstitucionalidade das normas do artigo 208.º-B do Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro, com a redação dada pela Lei n.º 23/2012, de 25 de junho;
- c) Não declarar a inconstitucionalidade das normas do artigo 9.º, n.º 2, da Lei n.º 23/2012, de 25 de junho, na parte em que procedeu à revogação do artigo 229.º n.ºs 1, 2 e 6, do Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro, e dos artigos 268.º, n.ºs 1 e 3, e 269.º, n.º 2, ambos do mesmo Código, na redação dada por aquela Lei;
- d) Não declarar a inconstitucionalidade da norma do artigo 2.º da Lei n.º 23/2012, de 25 de junho, na parte em que, ao modificar o artigo 234.º, n.º 1, do Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro, deixou de considerar como feriados obrigatórios os dias de Corpo de Deus, 5 de outubro, 1 de novembro e 1 de dezembro, revogando desse modo o segmento do citado artigo 234.º, n.º 1, na redação anterior, que os previa;
- e) Não declarar a inconstitucionalidade das normas dos artigos 2.º da Lei n.º 23/2012, de 25 de junho, na parte em que, ao modificar o artigo 238.º, n.º 3, do Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro, eliminou a possibilidade de aumentar o período anual de férias em função da assiduidade, revogando desse modo o citado artigo 238.º, n.º 3, na redação anterior, que a previa e do artigo 9.º, n.º 2, da mesma Lei, na parte em que procedeu à revogação do n.º 4 do referido artigo 234.º;
- f) (...);
- g) (...);
- h) (...);
- i) (...);

- j) (...);
- k) (...);
- l) Declarar a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma do artigo 7.º, n.º 2, da Lei n.º 23/2012, de 25 de junho, na parte em que se reporta às disposições de instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho, por violação das disposições conjugadas dos artigos 56.º, n.ºs 3 e 4, e 18.º, n.º 2, da Constituição;
- m) Declarar a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma do artigo 7.º, n.º 3, da Lei n.º 23/2012, de 25 de junho, na parte em que se reporta às disposições de instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho, por violação das disposições conjugadas dos artigos 56.º, n.ºs 3 e 4, e 18.º, n.º 2, da Constituição;
- n) Não declarar a inconstitucionalidade da norma do artigo 7.º, n.º 4, da Lei n.º 23/2012, de 25 de junho, na parte em que se reporta às disposições de instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho;
- o) Declarar a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma do artigo 7.º, n.º 5, da Lei n.º 23/2012, de 25 de junho, por violação das disposições conjugadas dos artigos 56.º, n.ºs 3 e 4, e 18.º, n.º 2, da Constituição, na parte em que se reporta às disposições de instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho.

Texto integral

<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130602.html?impre>

[ssao=1](#)

<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130635.html?impre>

[ssao=1](#)

TEMPO DE TRABALHO E TEMPO DE NÃO TRABALHO: PAUSAS

1. RP 30-05-2004 (Ferreira da Costa), p. 0345296

Sumário:

- I. A redução do período normal de trabalho para 40 horas semanais visou que nenhum trabalhador prestasse mais do que aquele número de horas de trabalho efetivo.
- II. Não é trabalho efetivo, não integrando, por isso, o período normal de trabalho, o tempo das pausas de 10 minutos em que há paragem do posto de trabalho ou substituição do trabalhador que, assim, readquire a sua auto-disponibilidade.
- III. Mantendo-se os trabalhadores na empresa 41h40m por semana, mas prestando trabalho efetivo apenas durante 40h00, não se verifica a prestação de trabalho suplementar.

Texto integral

<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/c7d14b45ee7fdc3680256e97004cd0f3?OpenDocument>

TEMPO DE TRABALHO E TEMPO DE NÃO TRABALHO: DISPONIBILIDADE E PREVENÇÃO

1. TJUE 11-01-2007 (R. Schintgen), p. C-437/05 (Vorel)

Decisão:

A Diretiva 93/104/CE do Conselho, de 23 de Novembro de 1993, relativa a determinados aspetos da organização do tempo de trabalho, alterada pela Diretiva 2000/34/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Junho de 2000, e a Diretiva 2003/88/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de Novembro de 2003, relativa a determinados aspetos da organização do tempo de trabalho, devem ser interpretadas no sentido de que:

- se opõem à legislação de um Estado-Membro nos termos da qual as permanências que um médico realiza segundo o regime da presença física no próprio local de trabalho, mas durante as quais não exerce nenhuma atividade real, não são consideradas na íntegra «tempo de trabalho» na aceção das referidas diretivas;

- não se opõem à aplicação, por parte de um Estado-Membro, de uma legislação que, para efeitos da remuneração do trabalhador e relativamente às permanências por ele realizadas no próprio local de trabalho, tome em conta de forma diferente os períodos em que são realmente realizadas prestações de trabalho e aqueles durante os quais nenhum trabalho efetivo é realizado, desde que esse regime assegure na íntegra o efeito útil dos direitos conferidos aos trabalhadores pelas referidas diretivas destinados a assegurar a proteção eficaz da sua saúde e da sua segurança.

Texto integral

<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d53eb9ef7e441b47038d95a259b83f10da.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuNbhj0?text=&docid=65119&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=460263>

2. RC 08-11-2007 (Fernandes da Silva), p. 482/05.4TTVIS.C1

Sumário:

- I. A dimensão temporal da prestação de trabalho (o número de horas diárias e semanais que o trabalhador está contratualmente obrigado a prestar) resulta da conjugação de vários parâmetros, a saber: a duração convencionada, que a Lei designa por período normal de trabalho; o período de funcionamento da empresa e o horário de trabalho.
- II. No regime de disponibilidade permanente, embora o trabalhador deva estar acessível permanentemente, na medida em que pode ser sempre localizado pela entidade empregadora, apenas o tempo relacionado com a sua prestação efetiva de trabalho deve ser considerado como “tempo de trabalho”.
- III. Se o trabalhador permanece fora do seu local de trabalho, por exemplo em casa, onde pode, ainda que de uma forma limitada, gerir os seus próprios interesses e desenvolver até atividades à margem da relação laboral que mantém com a entidade empregadora apesar de se encontrar disponível para trabalhar para esta, como regra esse período de tempo não pode considerar-se “tempo de trabalho”.

- IV. A disponibilidade para o trabalho que releva para o efeito de ser considerada como tempo de efetivo trabalho é a disponibilidade física do trabalhador nas próprias instalações da empresa e no exercício da sua atividade ou função.

Texto integral

<http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/074b37e5b1a0b76c802573b40051c511?OpenDocument>

3. RE 30-08-2012 (João Luís Nunes), p. 155/11.9T2SNS.E1

Sumário:

- I. (...).
- II. (...).
- III. (...).
- IV. (...).
- V. Considera-se tempo de trabalho qualquer período durante o qual o trabalhador está a desempenhar a atividade ou permanece adstrito à realização da prestação, bem como as interrupções e os intervalos previstos na lei.
- VI. Para efeitos de qualificação de tempo de trabalho a disponibilidade que releva do trabalhador pressupõe que ele permaneça no seu local de trabalho.
- VII. Em conformidade com a proposição anterior, não é de qualificar como tempo de trabalho e, por consequência, como trabalho suplementar e/ou noturno se se prova que a trabalhadora efetuava “noite de prevenção” em que não era obrigada a permanecer nas instalações da empregadora, sendo apenas contactada por telemóvel em caso de necessidade.
- VIII. O facto de a trabalhadora ser, simultaneamente, trabalhadora subordinada de uma Associação de bombeiros voluntários e bombeira voluntária nessa Associação não afasta a eventual prestação de trabalho suplementar.
- IX. Porém, provando-se que nos anos de 2009 e 2010, embora tivesse um horário de trabalho de 12 horas, de 2.^a a sexta-feira, nesse período de tempo prestava algum trabalho em regime de trabalho subordinado e outro em regime de bombeira voluntário, não se demonstra que tenha prestado trabalho suplementar.

- X. Já em relação ao ano de 2008 provando-se apenas aquele horário de trabalho, deve considerar-se que a trabalhadora, no referido período, prestou trabalho suplementar.
- XI. Para que seja válido o acordo das partes no sentido do pagamento de um determinado subsídio mensal pelo “excesso de horas” de trabalho prestado pela trabalhadora é necessário que a empregadora prove que esse acordo estabelece condições mais favoráveis para a trabalhadora do que as que resultam do Código do Trabalho.
- XII. Não se mostrando efetuado tal prova, o acordo é nulo, devendo a empregadora ser condenada a pagar o trabalho suplementar prestado pela trabalhadora, a que será deduzido o montante recebido pela trabalhadora de subsídio mensal pelo referido acordo nulo.

Texto integral

<http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/b3d14fbc3e9a734e80257a8600355427?OpenDocument>

PERÍODO NORMAL DE TRABALHO SEMANAL

1. STJ 07-03-2006 (Pinto Hespanhol), p. 06S3751

Sumário:

1. Não tendo o trabalhador provado, como lhe competia, que ajustara com o empregador um período normal de trabalho semanal de 36 horas, verificada a cessação da situação específica que esteve na base da redução do seu período normal de trabalho de 40 para 36 horas, nada impedia o empregador de operar, legitimamente, a reposição do período normal de trabalho de 40 horas semanais que o trabalhador estava contratualmente obrigado a prestar por virtude do contrato de trabalho.
2. Tal regresso à situação contratual anteriormente vigente não configura um aumento do período normal de trabalho do trabalhador, mas antes a reposição da medida quantitativa da prestação do trabalho contratada.

Texto integral

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/c96bbe3e4cf29dc9802572980033a390?OpenDocument>

2. RP 16-05-2011 (Machado da Silva), p. 649/09.6TTOAZ.P1

Sumário:

- I. O art. 203.º, n.º 1, do CT/2009, estabelece os limites máximos dos períodos normais de trabalho, referindo que o período normal de trabalho não pode exceder oito horas por dia nem quarenta horas por semana.
- II. De acordo com o art. 210.º, n.º 1, os limites dos períodos normais de trabalho estabelecidos no art. 203.º, só podem ser alterados nos termos expressamente previstos neste Código, salvo os casos especiais previstos no mesmo preceito, relativamente aos quais o acréscimo dos limites do período normal de trabalho pode ser determinado em instrumento de regulamentação coletiva de trabalho.
- III. Assim, o Código do Trabalho não permite o acréscimo dos períodos normais de trabalho estabelecidos no art. 203.º, salvo nos regimes de adaptabilidade, previstos nos arts. 204.º a 206.º, mas que ao caso não interessam, por não vir invocado nenhum regime de prestação de trabalho em termos médios, também não se integrando o caso em nenhum dos regimes previstos no n.º 1 do citado art. 210.º.
- IV. Verificando-se que o período normal de trabalho fixado pela empregadora excede em muito o período legalmente estipulado, deve reputar-se tal estipulação de nula, e o trabalho prestado que excede o período normal de trabalho legalmente estipulado ser considerado de suplementar.

Texto integral

<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/d1d5ce625d24df5380257583004ee7d7/0511b03a74a0626b8025789c0037db1b?OpenDocument>

3. STJ 12-04-2012 (Fernandes da Silva), p. 229/09.6TTBRR.L1.S1

Sumário:

- I. A Convenção Coletiva, enquanto modalidade dos Instrumentos de Regulamentação Coletiva de Trabalho negociais, constitui uma fonte específica do contrato de trabalho – artigos 1.º e 2.º, do Código do Trabalho de 2003.
- II. Na relação CCT/contratos individuais de trabalho, as cláusulas de feição normativa que as integram constituem um mínimo de condições de trabalho, que apenas podem ser afastadas/alteradas na contratação individual se resultarem efetivamente em melhoria de condições para os trabalhadores, conquanto que daquelas disposições não resulte o contrário – artigos 4.º e 531.º do Código do Trabalho de 2003.
- III. Dispondo o CCT que o período normal de trabalho tem a duração de sete horas por dia e trinta e cinco horas por semana, e considerando-se trabalho suplementar o prestado fora do período normal de trabalho, é nulo qualquer acordo que estabeleça um horário superior, porque obviamente menos favorável para o trabalhador.
- IV. Pese embora após a revisão do CCT, publicada em 8 de Janeiro de 2005, nele esteja prevista a possibilidade de o período de trabalho normal diário ser ampliado, mediante acordo expresso do trabalhador, são, in casu, irrelevantes os acordos firmados nesse sentido com os autores, na medida em que emitidos em data anterior àquela, razão pela qual lhes é devido o pagamento, a título de trabalho suplementar, da hora efetivamente prestada, diariamente, que esteja para além das 7 horas determinadas pelo CCT.

Texto integral

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/620eba33122bffd4802579e2004db58a?OpenDocument>

HORÁRIO DE TRABALHO, SUA DEFINIÇÃO E ALTERAÇÃO

1. RP 20-10-2008 (Ferreira da Costa), p. 0843391

Sumário:

- I. O empregador pode unilateralmente alterar o horário de trabalho, a não ser que a determinação de certo horário tenha constituído elemento essencial do contrato, em termos tais que o trabalhador não o teria celebrado se não pudesse contar com ele, isto é, que foi só devido a certo horário de trabalho que o trabalhador firmou o contrato com a empresa.
- II. Não tendo o trabalhador provado a essencialidade de tal elemento na contratação, o mesmo não tem direito a opor-se a tal decisão do empregador, tanto mais que não demonstrou qualquer prejuízo sério ou qualquer perturbação visível na sua vida.
- III. No entanto, a alteração do horário de trabalho, integrando um direito potestativo do empregador, determina para o trabalhador uma alteração substancial e duradoura das condições de trabalho, no exercício legítimo de poderes do empregador, o que constitui justa causa objetiva de resolução do contrato, atento o disposto no art. 441º, n.º 3 do CT, mas sem direito a indemnização, de acordo com o consignado no art. 443º, n.º1 do CT, a contrario sensu.

Texto integral

<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/eb5ad72c064e7756802574f1004f5340?OpenDocument>

2. STJ 05-02-2009 (Sousa Peixoto), p. 08S1425

Sumário:

1. (...).
2. (...).
3. (...).
4. (...).
5. A entidade empregadora não pode alterar unilateralmente o horário de trabalho que, em sede do contrato de trabalho, foi expressamente acordado com o trabalhador.
6. Estando provado que o período normal de trabalho do autor (vendedor de veículos automóveis) decorria de segunda-feira a sexta-feira, sendo os sábados e domingos dias de descanso semanal, o trabalho por ele prestado nestes dias deve ser remunerado com o acréscimo previsto na cláusula 88.ª (e não com o acréscimo previsto na cláusula 52.ª) do CCT celebrado entre a ACAP e a FETESE (BTE n.º 4/99).
7. Estando provado que, ao longo de vários anos, o autor nunca deduziu oposição pelo trabalho prestado aos sábados, mas que sempre questionou e reclamou da retribuição que lhe era paga a esse título, a entidade empregadora não tinha razões para confiar que ele não viesse, no futuro, a reclamar judicialmente os créditos salariais que, por via disso, lhe eram devidos, o que afasta o abuso do direito na modalidade de venire contra factum proprium.
8. Por outro lado, também não se pode afirmar que a conduta do autor, ao vir peticionar os ditos créditos seja minimamente atentatória dos limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes e pelo fim social e económico do direito em questão.

Texto integral

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/1d94a76e6a60fe528025755800356c16?OpenDocument>

3. RL 08-05-2013 (Paula Santos), p. 5369/07.3TTLSB.L1-4

Sumário:

- I. Embora a lei rodeie de cautelas a alteração dos horários dos trabalhadores, a verdade é que o empregador pode unilateralmente alterar tais horários. Só assim não será se:
 - o horário constar expressamente do contrato de trabalho, ou seja, se o trabalhador foi contratado expressamente para determinado horário de trabalho;
 - o horário foi posteriormente estabelecido entre as partes e expressamente para o trabalhador;
 - resultar do IRC aplicável que o horário apenas pode ser alterado por acordo.
- II. Para efeitos de alteração do horário de trabalho, a consulta à Comissão de Trabalhadores, sendo obrigatória não é vinculativa, e a consulta ao trabalhador não é obrigatória, incumbindo ao empregador decidir acerca de tal alteração de acordo com as necessidades de funcionamento da empresa.
- III. No presente caso, o IRC aplicável à Autora, trabalhadora dos CTT (BTE nº21 de 1996) prevê a existência de um período complementar de repouso semanal correspondente a um dia. Coisa diferente é saber se esse dia pode ser descontinuado na semana a que respeita, e a essa questão o AE não dá resposta, prevendo apenas a sua existência. Assim sendo, tem aplicação o que dispõe o art. 206º nº2 do CT/2003, podendo o período de descanso semanal complementar ser repartido e descontinuado, como está previsto para a Autora.

Texto integral

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/672ee14586e7a48c80257b7a005980fc?OpenDocument>

4. RL 04-12-2013 (Jerónimo de Freitas), p. 1037/12.2TTLSB.L1-4

Sumário:

- I. O artigo 217.º do CT regula as situações em que um trabalhador tem um determinado horário de trabalho, que configura no tempo a sua prestação de trabalho e em função do qual este organiza a sua vida, pretendendo o empregador alterar essa situação por necessidades organizativas da empresa.

- II. A alteração do horário de trabalho reconduz-se à fixação de um novo horário e, logo, é suscetível de forçar o trabalhador a reorganizar a sua vida, tal qual terá ocorrido relativamente ao horário inicial. Por isso mesmo, a lei regula essa possibilidade de cautelas significativas, estabelecendo o artigo 217.º, um conjunto de exigências ao empregador, entre as quais, o dever de ressarcimento económico dos trabalhadores que, por força da alteração do horário, tenham que suportar um aumento de despesas.
- III. O Acordo de Empresa entre a CP — Caminhos de Ferro Portugueses, E. P., e o SMAQ— Sind. Nacional dos Maquinistas dos Caminhos de Ferro Portugueses, publicado no BTE de 22-09-2003, na parte respeitante à regulamentação da organização do tempo de trabalho, contém um conjunto de cláusulas dirigidas a regular o caso particular e específico do “pessoal da carreira de condução-ferrovia/tração”.
- IV. Delas resulta que os seus horários de trabalho serão «(..) em princípio, os que lhes correspondem nas respetivas sedes”, mas com a particularidade de serem individualmente «(..) organizado(s) pela empresa em regime de escalas de serviço (..)», de modo a assegurarem «(..) a prestação de trabalho por períodos não regulares no que respeita à duração diária e semanal e às horas de início e termo do período normal de trabalho».
- V. Tal significa que a colocação de um trabalhador dessa carreira numa determinada escala, diferente da que vinha praticando, embora se traduza na prática de um horário de trabalho diferente, não consubstancia uma verdadeira alteração ao horário de trabalho, nos termos previstos no art.º 217.º do CT. Na verdade, como decorre do n.º1 da Cláusula 20.º, é inerente à carreira de condução ferrovia/tração, estarem os trabalhadores nela integrados sujeitos a variações no seu horário, decorrendo as mesmas das escalas de serviço em que forem inseridos.
- VI. É essa especificidade que explica as cláusulas imediatamente seguintes, em concreto a 20.º A e a 20.º B, onde se definem as regras, respetivamente, no que respeita às “Apresentações ou retiradas na sede” e às “Apresentações ou retiradas em local diferente da sede”, através das quais as partes procuraram fixar determinados princípios na organização das escalas de serviço, restringindo os poderes da empregadora Ré e impondo-lhe determinadas obrigações de natureza pecuniária, quando os mesmos não forem observados.
- VII. Da cláusula 20.º A, retira-se que na organização das escalas de serviço, isto é, na organização dos horários de trabalho do pessoal que desempenha as funções inerentes

às categorias compreendidas na carreira de condução ferroviária/tração - Maquinista; Maquinista técnico; Inspetor de tração; Inspetor-chefe de tração – de modo a prestarem trabalho «(..)por períodos não regulares no que respeita à duração diária e semanal e às horas de início e termo do período normal de trabalho», deve observar-se o seguinte: i) as escalas não devem prever entradas e saídas na sede entre as 2 e as 5 horas; ii) nas grandes áreas urbanas servidas por redes regulares de transportes públicos, as escalas devem atender aos horários de funcionamento desses transportes; iii) excepcionalmente, as escalas poderão não observar aquelas limitações, mas nesse caso a Recorrente terá que observar o disposto nos n.ºs 2 e 3, nomeadamente quanto aos pagamentos aí previstos.

- VIII. A cláusula 20.º A do AE não exclui o n.º5, do artigo 217.º do CT. O que acontece é terem campos de aplicação distintos.
- IX. Quando na colocação de um trabalhador da carreira de condução /ferrovia numa determinada escala, elaborada no âmbito dos poderes de fixação do horário de trabalho previstos nas aludidas cláusulas, a empregadora não observe os deveres a que está vinculado, isto é, os limites estabelecidos nas aludidas cláusulas ao seu poder de as elaborar, então a eventual violação de direitos do trabalhador deve ser aferida à luz do estabelecido nas próprias cláusulas, nomeadamente na cláusula 20.º A.
- X. A cláusula 20.º A, não impõe ao empregador que atenda ao local de residência do trabalhador, assentando no pressuposto de que este tem a sua vida organizada em função de determinado local de trabalho, para tanto contando com o regime de trabalho em escalas de serviço organizadas pela empregadora, de modo “a não prever entradas e saídas na sede entre as 2 e as 5 horas”, e a ter em conta, “nas grandes áreas urbanas servidas por redes regulares de transportes públicos (..) os horários de funcionamento desses transportes” [n.º1, da cláusula 20.º A].

Texto integral

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/8c222a5ba6325e1580257c54003feccd2?OpenDocument>

ISENÇÃO DE HORÁRIO

1. RL de 09-04-2008 (Maria João Romba), proc. 318/2008-4

Sumário:

Não sendo a atribuição do regime de isenção de horário de trabalho acordada no início do contrato de trabalho, mas apenas cerca de três anos após a respetiva vigência, não está a entidade empregadora impedida de a alterar unilateralmente, uma vez que se trata de uma matéria que cabe no âmbito das suas competências, integrando o poder de direção que lhe é próprio.

Texto integral

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/0c3f6b0020710d728025743a004997c1?OpenDocument>

2. STJ 24-02-2010 (Pinto Hespanhol), p. 401/08.6TTVFX.L1.S1

Sumário:

1. Atento o disposto nos artigos 38.º, n.º 2, da LCT e 381.º, n.º 2, do Código do Trabalho de 2003, os créditos resultantes da realização de trabalho suplementar vencidos há mais de cinco anos relativamente ao momento em que foram reclamados só podem ser provados por documento idóneo, pelo que, não tendo o trabalhador produzido essa prova, há que eliminar do acervo factual os factos atinentes, nos termos do n.º 4 do artigo 646.º do Código de Processo Civil.
2. A retribuição mensal a atender para o cálculo, quer da retribuição por trabalho suplementar, quer da retribuição especial por isenção de horário de trabalho, é a retribuição base, sendo certo que, após a entrada em vigor do Código do Trabalho de 2003, há que considerar, ainda, as diuturnidades auferidas.
3. Tendo-se concluído que a retribuição mensal a tomar em conta para o cálculo da retribuição por isenção de horário de trabalho é a retribuição base, não havendo que atender, para esse efeito, às retribuições variáveis (comissões) auferidas, fica prejudicada a apreciação da questão suscitada pelo autor no sentido de que a

retribuição especial por isenção de horário de trabalho calculada com recurso à remuneração variável deverá ser paga nas férias, subsídios de férias e de Natal.

4. As horas prestadas para além do período normal semanal pelo trabalhador isento de horário de trabalho, quando excedam o limite legal de prestação de trabalho suplementar, devem ser remuneradas de acordo com o regime legal ou convencional estabelecido para a remuneração do trabalho suplementar.
5. Considerando o disposto nos artigos 9.º, n.º 1, do Decreto-lei n.º 421/83, de 2 de Dezembro, e 202.º, n.º 1, do Código do Trabalho de 2003, o autor tem direito à remuneração pelo descanso compensatório não concedido, correspondente a 25% das horas de trabalho suplementar realizado de segunda-feira a sexta-feira.
6. A isenção de horário de trabalho não prejudica o direito dos trabalhadores isentos aos dias de descanso complementar, pelo que o trabalho prestado ao sábado, com conhecimento e sem oposição do empregador, consubstancia trabalho suplementar e como tal deve ser remunerado.
7. No domínio do Código do Trabalho, a base de cálculo do subsídio de Natal, salvo disposição legal, convencional ou contratual em contrário, refere-se ao somatório da retribuição base e das diuturnidades, já que o «mês de retribuição» a que se alude no n.º 1 do artigo 254.º do Código do Trabalho terá de ser entendido de acordo com a regra supletiva constante no n.º 1 do artigo 250.º do mesmo Código, nos termos do qual a respetiva base de cálculo se circunscreve à retribuição base e diuturnidades.
8. (...).

Texto integral

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/63da89b4a8c8f598802576d5003de428?OpenDocument>

REGIMES DE ADAPTABILIDADE

1. TC 338/2010, 22-09-2010 (Borges Soeiro)

Dispositivo:

o Tribunal Constitucional decide:

1. (...)
2. não declarar a inconstitucionalidade dos restantes artigos objeto do pedido:
 - a) (...);
 - b) (...);
 - c) (...);
 - d) dos artigos 205.º, 206.º, 208.º. e 209.º. do Código ¹ em referência;

Texto integral

[http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20100338.html?impres
sao=1](http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20100338.html?impres
sao=1)

2. RC 10-07-2008 (Azevedo Mendes), p. 538/07.9TTAVR.C1

Sumário:

- I. O artº 163º, nº1, do Código do Trabalho, estabelece que o período normal de trabalho não pode exceder oito horas por dia nem quarenta horas por semana.
- II. Como exceção a tal regra, o artº 164º, nº 1 (adaptabilidade) permite que “por instrumento de regulamentação coletiva de trabalho, o período normal de trabalho pode ser definido em termos médios, caso em que o limite diário fixado no nº 1 do artigo anterior pode ser aumentado até ao máximo de quatro horas, sem que a duração do trabalho semanal exceda sessenta horas, só não se contando para este limite o trabalho suplementar prestado por motivo de força maior”.

¹ A decisão em apreço reporta-se ao Código do Trabalho de 2009, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro

- III. Estando a arguida autorizada a abrir aos domingos (todos os dias da semana) e podendo o domingo não ser o dia de descanso semanal obrigatório, o regime da adaptabilidade pode abarcar o trabalho prestado ao domingo (é um dia normal de trabalho).
- IV. Já o trabalho prestado nos dias feriados, em empresa legalmente dispensada de suspender neles o funcionamento, está sujeito à atribuição de descanso compensatório ou ao pagamento suplementar (acréscimo de 100% da retribuição), nos termos do artº 259º, nº 2, do Código do Trabalho.
- V. Ou seja, os feriados, ao contrário dos domingos nas situações visadas, não podem ser considerados como dias normais de trabalho.
- VI. O artº 259º, nº 1, não visa impedir a distribuição do serviço perdido nos feriados por outros dias, mas impedir a distribuição do tempo de trabalho perdido nos feriados por outros dias.
- VII. Tendo a arguida, ao elaborar os horários dos seus trabalhadores que prestam trabalho aos feriados, redistribuído o trabalho não prestado em virtude do gozo do feriado, cometeu um ato ilícito, considerado como contraordenação pelas disposições legais conjugadas dos art.ºs 156º, 162º a 165º, 166º, nº 4, 259º, nº 1, 658º e 670º do Código do Trabalho.

Texto integral

<http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/b410ceb9473d297c8025748e0051a343?OpenDocument>

3. RP 21-03-2011 (Fernanda Soares), p. 98/10.3TTOAZ.P1

Sumário:

- I. A redução do horário previsto pela cláusula 50ª, n.º 2, da CCT da Indústria do Calçado [publicado no BTE n.º 19/2006] só faz sentido se entendida como necessária para repor o valor médio do tempo de trabalho num período pré-determinado.
- II. Assim, não pode a empregadora proceder à redução do horário de trabalho para depois, em regime de compensação, exigir ao trabalhador a ampliação desse mesmo horário.

Texto integral

<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/49404e2ed148811380257868002e334e?OpenDocument>

TRABALHO POR TURNOS

1. STJ 15-03-1999 (Almeida Deveza), p. 99S188

Sumário:

- I. O esquema dos turnos postula horários de trabalho não uniformes ou de tal modo articulados que o termo do período de um trabalhador coincide com o início do de outro.
- II. Tal não implica o regime de trabalho suplementar, o que só se poderá verificar em face da ultrapassagem do horário, ou que o trabalhador tenha de trabalhar no próprio dia de descanso semanal arbitrado em substituição do Domingo.
- III. (...).
- IV. O benefício concedido pelo n. 2 da Cláusula 40ª do CCT celebrado entre a Associação dos Industriais de Vidro e de Embalagens e outras e a Federação Nacional dos Trabalhadores das Indústrias de Cerâmica, Cimento e Vidro e outras, inserto no BTE, n. 29, de 8-8-1979, destina-se a compensar a penosidade pelo serviço prestado, entre outros, nos dias feriados.
- V. Assim sendo, se o trabalho a ter em conta foi sempre efetuado independentemente de se tratar ou não de dia feriado, local ou nacional, recebendo o trabalhador, por isso,

subsídio de turno, tal subsídio destina-se a compensar a penosidade de se trabalhar por turnos.

- VI. Não se tendo demonstrado que os feriados em que o autor trabalhou, e cuja remuneração pede, não faziam parte dos seus turnos, então a penosidade do seu trabalho estava compensada pelo subsídio de turno.
- VII. O acréscimo constante da Cláusula 40ª, n. 5, do CCT para a Indústria Vidreira (BTE n. 29, de 28-8-79), apenas se reporta à retribuição de base, com exclusão do subsídio de turno, até porque se o trabalhador recebe este subsídio, por trabalhar no seu turno, nada justifica que o receba com acréscimo.

Texto integral

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/e3970427a0446cff80256c370032c603?OpenDocument>

2. RL 04-11-2009 (Paula Sá Fernandes), p. 2822-08.0TTLSB.L1-4

Sumário:

Os critérios de definição do que são turnos, previstos quer no CT quer no AE, têm como objetivo enquadrar os trabalhadores neste regime mais protetor, mas não têm como objetivo limitar a forma como o empregador organiza os horários de trabalho, que resulta do planeamento da sua atividade, desde que assegurados os direitos e as salvaguardas do regime legal dos turnos.

Texto integral

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/0/7ae2bc651a6216738025767300576a64?OpenDocument>

TRABALHO SUPLEMENTAR**a) Requisitos e qualificação**

1. STJ 23-05-2012 (Gonçalves Rocha), proc. 407/08.5TTMTS.P1.S1 - uniformização de jurisprudência nº 6/2012

Sumário:

Ao trabalhador isento de horário de trabalho, na modalidade de isenção total, não é devido o pagamento de trabalho suplementar em dia normal de trabalho, conforme resulta dos artigos 17º, nº 1, alínea a), do DL nº 409/71, de 27 de Setembro, e 197º, nº 4, alínea a), do Código do Trabalho de 2003, mesmo que ultrapasse os limites legais diários ou anuais estabelecidos nos artigos 5º, nº 1, alíneas a) e b), do DL nº 421/83 de 2 de Dezembro, e 200º, nº 1, alíneas a) a c), do Código do Trabalho/2003, após a entrada em vigor deste diploma.

Texto integral

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/5db116b280fe25a880257a25004f330d?OpenDocument>

2. RP 16-04-2012 (Paula Leal de Carvalho), proc. 794/09.8TTPRT.P1

Sumário:

- I. A condenação em montante a liquidar em incidente de liquidação tem como pressuposto a prova da existência do direito, mas a impossibilidade, na audiência de discussão e julgamento, de se apurar o objeto ou a quantidade do concretamente devido.
- II. Provado o horário de trabalho dos AA., do qual resulta a prestação de trabalho suplementar, a subsequente liquidação do efetivamente prestado deverá ser relegada para incidente subsequente, sendo que a isso não obsta a circunstância de não terem eles feito prova dos dias, que alegavam, em que concretamente teriam prestado o invocado trabalho suplementar.

Texto integral

<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/d1d5ce625d24df5380257583004ee7d7/e3f491fc05c27d30802579ec00328f8d?OpenDocument>

b) Prova

3. RC 20-10-2005 (Fernandes da Silva), proc. 1927/05

Sumário:

- I. No art.º 519º, nº 2, do CPC estão prevenidas duas situações: a) a recusa de colaboração de terceiros, para a qual se prevê a imediata condenação em multa, sem prejuízo dos meios coercitivos que forem possíveis; b) ser o recusante parte na causa, caso em que o Tribunal apreciará livremente o valor da recusa para efeitos probatórios, como regra geral, sem prejuízo da inversão do ónus da prova preceituado no nº2 do art.º 344º do C. Civ..
- II. Verificada a escusa do notificado, prevê a lei adjetiva duas hipóteses: - o notificado declara que não possui (nunca possuiu) o documento, face ao que pode então o requerente vir provar, por qualquer meio, que a declaração não corresponde à verdade; - o notificado assume que possuiu o documento, mas alega que desapareceu ou foi destruído, sem culpa sua, o que lhe cabe demonstrar para eximir-se ao efeito previsto no nº 2 do art.º 344º do C.Civ., cabendo ao requerente provar que essa declaração não corresponde à verdade

Texto integral

<http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/0/5bfa0e49d72beb5d802570af0039e3f4?OpenDocument>

4. RE 10-01-2012 (João Luís Nunes), proc. 295/10.1TTABT.E1

Sumário:

- I. Para que se verifique a inversão do ónus da prova nos termos previstos no artigo 344.º, n.º 2, do Código Civil, é necessário (a) que a conduta da parte tenha sido culposa e (b) que tenha tornado impossível a prova ao onerado;
- II. Tal não ocorre se tendo o Autor alegado a prestação de trabalho suplementar, a Ré é notificada para juntar o livro do registo do trabalho suplementar, o que não cumpre, com a invocação de que não dispõe do mesmo, e o Autor pode provar o facto (prestação do trabalho suplementar) através de outro meio de prova (v.g. testemunhal);
- III. (...);
- IV. (...);
- V. (...);
- VI. (...).

Texto integral

<http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/93b238f1c46375fa802579c9005d8938?OpenDocument>

c) Remuneração do Trabalho Suplementar

5. RL 28-03-2007 (Duro Mateus Cardoso), proc. 10304/2006-4

Sumário:

- I. Face ao teor do art. 26º-3 da LAT/97, estão excluídas do conceito de retribuição, as prestações, embora de carácter regular, que se destinam a compensar o sinistrado por custos aleatórios havendo exigência de correspetividade com a efetiva prestação de trabalho.
- II. Embora provado um contínuo (embora irregular no seu montante) pagamento de ajudas de custo entre Março de 2000 e Fevereiro de 2001 e de apenas ter ficado provado que as mesmas eram para fazer face a despesas, nomeadamente, com alimentação e dormidas, em face da prevalência do art. 87º da LCT e do disposto no art. 26º-3 da

LAT/97, afastada a presunção do art. 82º-3 da LCT, competia ao sinistrado demonstrar que as quantias (e que quantias) recebidas a título de ajudas de custo tinham correspondência com a efetiva prestação de trabalho, não se destinando a ressarcir as despesas decorrentes de deslocações por motivo de serviço.

- III. Provada a prestação de trabalho suplementar, funciona a presunção estabelecida no art. 82º-3 da LCT, com acolhimento na 1ª parte do art. 26º-3 da LAT/97, apenas competindo ao autor alegar e provar o recebimento das quantias respetivas, cabendo à entidade patronal a prova respetiva de que tais pagamentos não tinham carácter de regularidade.
- IV. (...)

Texto integral

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/e6e1f17fa82712ff80257583004e3ddc/da12c07147c79fc8802572d7004d352b?OpenDocument>

d) Descanso compensatório

6. STJ 15-05-2013 (Gonçalves Rocha), p. 446/06.0TTSNT.L2.S1

Sumário:

- I. (...)
- II. (...)
- III. (...)
- IV. (...)
- V. Como facto constitutivo do direito ao descanso compensatório está o trabalho realizado em sábados, domingos e feriados, cabendo ao empregador, por se tratar de facto extintivo do direito invocado, a prova de que concedeu o descanso compensatório correspondente ao trabalho prestado naqueles dias.

Texto integral

inédito

REGISTO DE TEMPOS DE TRABALHO

1. RL 05-12-2012 (José Eduardo Sapateiro), p. 403/11.5TTCLD.L1-4

Sumário:

- I. A segunda parte do número 3 do artigo 202.º do Código do Trabalho refere-se a trabalhadores que possuem uma ligação residual, ténue ou meramente formal à sede ou outras instalações do empregador, por o seu normal e genuíno local de trabalho não se reconduzir às mesmas mas a lugar diverso destas últimas (v. g., instalações de terceiros, clientes da entidade patronal), onde nunca regressam ou fazem-no de forma pontual e/ou irregular.
- II. O registo dos tempos de trabalho, nessas situações, tem de ser efetuado e mantido acessível, para consulta imediata, nos termos exigidos pelo número 1 do artigo 202.º do citado diploma legal e por um período mínimo de 30 dias, nas instalações ou estabelecimentos onde esses trabalhadores (que prestam trabalho no exterior da empresa empregadora, de acordo com o número 3 desse mesmo artigo) desempenham efetiva e habitualmente funções.
- III. A inexistência de tal “registo dos tempos de trabalho” nesses locais de trabalho externos faz incorrer a entidade empregadora na contraordenação prevista no número 5 do artigo 202.º do Código do Trabalho de 2009.

Texto integral

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/50ac2107fc4ae67e80257aed0058b758?OpenDocument>

FÉRIAS**a) Casos especiais de duração do período de férias**

1. RP 24-04-2014 (António José Ramos), p. 417/13.0TTMTS.P1

Sumário:

- I. Tendo um trabalhador sido admitido ao serviço de uma entidade empregadora em 9 de Setembro de 2011 e terminado o respetivo contrato em 10 de Março de 2012, o mesmo tem direito (i) no ano de admissão, a 2 dias úteis de férias por cada mês de duração do contrato [artigo 239º, nº 1 do CT/2009]; (ii) no ano da cessação do contrato, a 4,2 dias úteis de férias [artigo 245º, nº 1, alínea b) do CT/2009]; (iii) a 22 dias de férias, vencidas no dia 1 de Janeiro de 2013 e reportadas ao serviço prestado em 2012 [artigos 245º, nº 1, alínea a), 237º, nºs 1 e 2 e 238º, nº 1, todos do CT/2009]; (iv) a 22 dias de férias vencidas em 1 de Janeiro de 2012 e reportados ao trabalho prestado em 2011 [artigos 237º, nºs 1 e 2 e 238º, nº 1, do CT/2009].
- II. Para atenuar situações que podem ser consideradas injustas e desproporcionadas entre o tempo de trabalho prestado e o número de dias de férias adquirido, o legislador criou normas corretivas [artigos 239º, nºs 3 e 4, 3 e 245º, nº 3, do CT/2009].
- III. Tendo essas normas um carácter excecional e não estando o caso referido em I abrangido por nenhuma delas, devem-se aplicar as regras gerais previstas nos artigos 237º, nºs 1 e 2, 238º e nº 1, ambos do CT/2009.

Texto integral

<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/d1d5ce625d24df5380257583004ee7d7/d274ef6684f0568c80257c920039dc5b?OpenDocument>

b) Violação do direito a férias

2. RL 30-05-2012 (José Eduardo Sapateiro), p. 1696/07.8TTLSB.L1-4

Sumário:

- I. (...).
- II. (...).
- III. (...).
- IV. Quer o artigo 222.º do Código do Trabalho de 2003, como o atualmente em vigor (246.º), apesar das ligeiras diferenças de redação que registam, têm idêntico alcance e sentido, reforçando, por um lado, a necessidade do trabalhador alegar e provar factos demonstrativos da conduta do empregador integradora da violação do direito a férias, como, por outro, apontando para a necessidade do empregador adotar, intencionalmente, uma conduta obstaculizadora do gozo de férias por parte do trabalhador.
- V. A norma contida no artigo 222.º do Código do Trabalho de 2003 - como, aliás, a do anterior artigo 13.º da LFFF ou a do artigo 246.º do Código do Trabalho de 2009 - não determina que, paralelamente à retribuição de férias e subsídio de férias, o empregador pague mais três meses de salário a título indemnizatório, mas que liquide somente mais dois meses, a esse propósito, a que acrescerão aquelas outras e normais prestações.

Texto integral

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/61b24f756478f9ae80257a360054ec6b?OpenDocument&Highlight=0,f%C3%A9ria>

Título: **O Tempo de Trabalho**

Ano de Publicação: 2014

ISBN: 978-972-9122-82-8

Série: Formação Inicial

Edição: Centro de Estudos Judiciários

Largo do Limoeiro

1149-048 Lisboa

cej@mail.cej.mj.pt