

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 privados* 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 internas ¹⁸.

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 nacional ²⁰, 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 particulares²⁹.

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 intermitente ³⁰.

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 alternado ³².

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 sobrevivência 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 prevêem 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.