

RIDT

ANO IV / JUNHO 2024 / Nº 6
SEMESTRAL / 2184-8815

REVISTA INTERNACIONAL DE
DIREITO DO TRABALHO



idt

Instituto de Direito do Trabalho
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa





idt

Instituto de Direito do Trabalho
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa



FICHA TÉCNICA / TECHNICAL FILE

Diretor Fundador / Founding Director
Pedro Romano Martinez (1959-2023)

Diretor
Luís Gonçalves da Silva

Subdiretora
Cláudia Madaleno

Secretária-Geral
Sara Leitão

Secretária-Geral Adjunta
Maria Leonor Ruivo

Propriedade
Instituto de Direito do Trabalho da FDUL
NIPC 504992392

Morada IDT / Sede de Redação
Faculdade de Direito de Lisboa,
Alameda da Universidade,
Cidade Universitária,
1649-014 Lisboa

Periodicidade
Semestral

Nº Registo ERC
127529

Depósito Legal
480082/21

ISSN
2184-8815

Conceção Gráfica e Paginação
22 Design e Comunicação
www.vinteedois.pt

Director
Luís Gonçalves da Silva

Assistant Director
Cláudia Madaleno

Secretary-General
Sara Leitão

Deputy Secretary-General
Maria Leonor Ruivo

Ownership
Instituto de Direito do Trabalho da FDUL
ID No. 504992392

Address IDT / Head Office
Faculdade de Direito de Lisboa,
Alameda da Universidade,
Cidade Universitária,
1649-014 Lisboa

Periodicity
Semiannual

ERC Registration No.
127529

Legal Deposit
480082/21

ISSN
2184-8815

Graphic Design and Pagination
22 Design and Communication
www.vinteedois.pt

ESTATUTOS EDITORIAIS DA RIDT

I. Orientação

A Revista Internacional de Direito do Trabalho (RIDT) é uma publicação periódica eletrónica de livre acesso, com um sistema de *double-blind peer review*, criada e detida pelo Instituto de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, no âmbito do Centro de Investigação de Direito Privado da Universidade de Lisboa.

II. Objetivos

A RIDT prossegue, com plena independência, os seguintes objetivos:

- a) Fomentar a investigação científica nas áreas do Direito do Trabalho, da Segurança Social e áreas conexas;
- b) Promover o aprofundamento da investigação científica em Portugal e no estrangeiro, através da publicação de artigos científicos que versem especialmente sobre Direito Laboral ou sobre outras áreas de estudo com impacto neste ramo do Direito;
- c) Promover a internacionalização das áreas de estudo da RIDT, através da publicação de artigos científicos de investigadores estrangeiros, de artigos científicos que versem sobre ordenamentos jurídicos estrangeiros ou que adotem perspetivas comparatísticas do estudo do Direito;
- d) Fomentar a liberdade académica dos autores e a inovação científica;
- e) Disseminar o conhecimento do Direito do Trabalho, da Segurança Social e áreas conexas, aproximando a comunidade académica da sociedade civil.

III. Investigação científica

A RIDT promove a investigação científica publicando artigos originais e inéditos, admitindo a publicação de textos já divulgados, nomeadamente em caso de atualização ou de a publicação inicial ter tido reduzida divulgação, assegurando o autor a autorização, quando necessária, e fazendo-se menção à anterior publicação, nos termos definidos no regulamento.

IV. *Peer review*

1. A RIDT promove a investigação e divulgação de artigos científicos de excelência, assegurando o rigor técnico da investigação através da implementação de um sistema de *double-blind peer review*.
2. A RIDT assegura que a revisão dos textos é realizada de forma anónima e com garantias de imparcialidade, nos termos estabelecidos no regulamento.

V. Princípios deontológicos

A RIDT assegura o respeito pelos princípios deontológicos e pela ética profissional dos jornalistas, assim como pela boa fé dos leitores, nos termos do Código Deontológico dos Jornalistas e Boa fé dos Leitores.

VI. Publicação

A publicação dos textos enviados e revistos ficará condicionada à aprovação da Direção, a qual poderá recusar a publicação de qualquer texto, tendo em conta, nomeadamente, a sua originalidade, a atualidade do tema, os parâmetros em que se baseia a revisão pelos pares (através do sistema de *double-blind peer review*), os comentários dos revisores e quaisquer condicionamentos editoriais.

VII. Estrutura orgânica

1. A RIDT é composta pela Direção e pelo Conselho Científico.
2. A Direção é composta por cinco membros: dois Diretores, um Subdiretor, um Secretário Geral e um Secretário Geral Adjunto, desempenhando as competências estabelecidas no regulamento.
3. O Conselho Científico é composto por personalidades de reconhecido mérito, designadamente, académicos, magistrados, advogados ou profissionais de outras áreas, com relevante currículo académico, científico ou profissional na área do Direito, em especial, do Direito do Trabalho e matérias conexas, desempenhando as competências estabelecidas no regulamento.

EDITORIAL STATUTES OF RIDT

I. Introduction

The International Labour Law Review (RIDT) is a free-access electronic periodical publication with double-blind peer review, created and owned by the Labour Law Institute of the Faculty of Law of the University of Lisbon, within the scope of the Centre for Research in Private Law of the University of Lisbon.

II. Objectives

RIDT pursues, with full independence, the following objectives:

- a) Promoting scientific research in the areas of Labour Law, Social Security and related areas;
- b) Promoting the deepening of scientific research in Portugal and abroad, through the publication of scientific articles especially focused on Labour Law or other areas of study with an impact in this branch of Law;
- c) Promoting the internationalization of the areas of study of RIDT, through the publication of scientific articles authored by foreign researchers, scientific articles that study foreign legal systems or that develop comparative legal research;
- d) Encouraging academic freedom of authors and scientific innovation;
- e) Disseminating knowledge of Labour Law, Social Security and related areas, bringing the academic community closer to the civil society.

III. Scientific research

RIDT promotes scientific research by publishing original and unpublished papers, although previous published papers can be eligible for publication if they include updates or if the previous publication had low dissemination, in which case the author shall ensure permission from the publisher, if necessary, and mention the previous publication of the paper.

IV. *Peer review*

1. RIDT promotes research and dissemination of scientific articles of excellence, ensuring the technical accuracy of research through the implementation of a double-blind peer review system.
2. RIDT ensures that the review of papers is carried out anonymously and with guarantees of impartiality, in accordance with the terms established in the regulations.

V. Ethical principles

RIDT ensures the respect for the deontological principles and professional ethics of journalists, as well as for the good faith of readers, in accordance with the Journalists' Code of Ethics and Readers' Good Faith.

VI. Publication

The publication of papers sent and reviewed will be subject to the approval of the Board, which may refuse to publish any paper, considering, notably, its originality, the topicality of the subject, the criteria which the review is based on (through double-blind peer review), the comments of the reviewers and any editorial constraints.

VII. Organisational structure

1. RIDT is composed of the following bodies: the Board and the Scientific Council.
2. The Board is composed of five members: two Directors, an Assistant Director, a Secretary-General, and a Deputy Secretary-General, with the responsibilities set forth in the regulations.
3. The Scientific Council is composed of personalities of recognized merit, namely, academics, magistrates, lawyers or professionals from other areas, with relevant academic, scientific or professional curriculum in the area of Law, in particular, Labour Law and related matters, with the responsibilities set forth in the regulations.

CONSELHO CIENTÍFICO *SCIENTIFIC COUNCIL*

Alberto Arufe Varela

Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña (Espanha)

André Pestana Nascimento

Uría Menéndez Abogados, S.L.P. (Portugal)

Ângela Carrascalão

Universidade Nacional Timor Lorosa'e (Timor-Leste)

António Menezes Cordeiro

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Portugal)

António Monteiro Fernandes

Universidade Nova de Lisboa, Universidade Lusófona de Lisboa (Portugal)

António Moreira

Faculdade de Direito da Universidade Lusíada do Porto (Portugal)

António Nunes de Carvalho

Faculdade de Direito da Escola de Lisboa da Universidade Católica Portuguesa (Portugal)

Apelles J. B. Conceição

Advogado (Portugal)

Benjamim Mendes

DLA Piper ABBC - ABBC - Azevedo Neves, Benjamim Mendes, Carvalho e Associados, Advogados, SP, RL (Portugal)

Bernardo Lobo Xavier

Faculdade de Direito da Escola de Lisboa da Universidade Católica Portuguesa (Portugal)

Carmo Sousa Machado

Abreu Advogados (Portugal)

Catarina Carvalho

Faculdade de Direito da Escola do Porto da Universidade Católica Portuguesa (Portugal)

Catarina Levy Osório

ALC Advogados (Angola)

Cristina Leite

MLA - Menezes, Leite e Associados, Sociedade de Advogados (Cabo Verde)

Dário Moura Vicente

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Portugal)

Diogo Leote

Miranda & Associados - Sociedade de Advogados, SP, RL (Portugal)

Duarte Casimiro

Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane (Moçambique)

Estêvão Mallet

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Brasil)

Fernando Araújo

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Portugal)

Francisco Liberal Fernandes

Faculdade de Direito da Universidade do Porto (Portugal)

Franco Carinci

Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Bologna (Itália)

Geraldo da Cruz Almeida

Instituto Superior de Ciências Jurídicas e Sociais (Cabo Verde)

Giuseppe Ludovico

Università degli Studi di Milano (Itália)

Guilherme Dray

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Portugal)

Jean-Claude Javillier

Université Panthéon-Assas, Paris II (França)

Jesús Cruz Villalón

Universidad de Sevilla (Espanha)

Jesús Martínez Girón

Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña (Espanha)

Joana Vasconcelos

Faculdade de Direito da Escola de Lisboa da Universidade Católica Portuguesa (Portugal)

João Leal Amado

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal)

José Artur Duarte Nogueira

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Portugal)

José João Abrantes

Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa / Juiz do Tribunal Constitucional (Portugal)

José Luis Monereo Pérez

Universidad de Granada (Espanha)

Júlio Manuel Vieira Gomes

Faculdade de Direito da Escola do Porto da Universidade Católica Portuguesa (Portugal)

Luís Gonçalves da Silva

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Portugal)

Luís Menezes Leitão

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Portugal)

Luís Miguel Monteiro

Morais Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva e Associados (Portugal)

Manuela Manuel Lopes Mendes

Procuradoria Geral da República e Faculdade de Direito de Bissau (Guiné-Bissau)

Margarida Seixas

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Portugal)

Maria Emilia Casas Baamonde

Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid (Espanha)

Nuno Guedes Vaz

PLMJ Advogados, SP, RL (Portugal)

Otávio Pinto e Silva

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Brasil)

Paula Borges Santos

Faculdade de Ciências Sociais e Humanas da Universidade Nova de Lisboa (Portugal)

Paula Ponces Camanho

Faculdade de Direito da Escola do Porto da Universidade Católica Portuguesa (Portugal)

Paula Rosado Pereira

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Portugal)

Paula Vaz Freire

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Portugal)

Pedro Furtado Martins

Faculdade de Direito da Escola de Lisboa da Universidade Católica Portuguesa (Portugal)

Pedro Madeira de Brito

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Portugal)

Pedro Romano Martinez (1959-2023)

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Portugal)

Raúl Carlos de Freitas Rodrigues

Universidade Mandume Ya Ndemufayo (Angola)

Teresa Coelho Moreira

Escola de Direito da Universidade do Minho (Portugal)

Thereza Nahas

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (Brasil)

Vítor Palmela Fidalgo

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Portugal)

Wolfgang Däubler

Universität Bremen Fachbereich Rechtswissenschaft (Alemanha)

Zara Jamal

JLA Advogados (Moçambique)



idt

Instituto de Direito do Trabalho
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa





EDITORIAL

O Instituto de Direito do Trabalho (IDT) foi criado em 2000, surgindo quando, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, se encontrava em desenvolvimento uma «Escola de Direito do Trabalho», para a qual, depois dos trabalhos pioneiros de Raúl Ventura, os estudos de António Menezes Cordeiro e Pedro Romano Martinez contribuíram significativamente.

O IDT tem procurado promover o estudo e a investigação do Direito do Trabalho e áreas conexas, através da organização de cursos de pós-graduação, conferências e *workshops*, e da promoção de publicações nestes domínios.

Neste âmbito, o IDT fundou, em 2021, a Revista Internacional de Direito do Trabalho (RIDT), com o propósito de reunir os estudos científicos de académicos e práticos do Direito Laboral e áreas conexas, e responder aos desafios que o mundo global coloca às relações de trabalho.

ARIDT visa ser uma referência nesta área jurídica no plano internacional, integrando trabalhos de autores oriundos das mais variadas jurisdições, pretendendo afirmar-se como um importante instrumento de divulgação e difusão da ciência do Direito nestas matérias.

* * * * *

The Labour Law Institute (*Instituto de Direito do Trabalho* - IDT) was created in 2000, when a «School of Labor Law» was under development at the Faculty of Law of the University of Lisbon (*Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*), for which, after Raúl Ventura's pioneering work, the studies of António Menezes Cordeiro and Pedro Romano Martinez contributed significantly.

IDT has sought to promote the study and investigation of Labour Law and related areas, through the organization of postgraduate courses, conferences and workshops, and the promotion of publications in these fields.

In this context, IDT founded, in 2021, the International Labour Law Review (*Revista Internacional de Direito do Trabalho* - RIDT), with the purpose of bringing together scientific studies by academics and practitioners in Labour Law and related areas, and respond to the challenges that the global world poses to labour relations.

RIDT aims to be a reference in this field of Law at the international level, including papers by authors from a wide range of jurisdictions, intending to assert itself as an important instrument for the dissemination and diffusion of Juridical Science in these matters.



ÍNDICE / INDEX

ITÁLIA

Giuseppe Ludovico

Trabalho tecnológico a distância e subordinações: da hetero-direção à hetero-organização

7

MOÇAMBIQUE

Tomás Timbane

Os vícios do processo disciplinar em Moçambique: novos desenvolvimentos

87

PORTUGAL

João Leal Amado / Teresa Coelho Moreira

Plataformas digitais, qualificação do contrato e substituição de estafetas: a “bala de prata”?

135

Luís Gonçalves da Silva / Sara Leitão

Job security and dismissal (in particular, disciplinary dismissal) in Spain - a brief overview of the constitutional and legal framework

167

Pedro Madeira de Brito / Maria Leonor Ruivo

«Tempo de trabalho» ou «tempos de trabalho»: sobre o tempo de trabalho como conceito operativo

195

Sara Leitão

Reforma antecipada por desemprego de longa duração e cessação do contrato de trabalho por acordo em Portugal - breve descrição do regime

281

Tiago Sequeira Mousinho

The Portuguese Labor Code of Procedure and “in camera” proceedings: a brief introduction

299





ITÁLIA





TRABALHO TECNOLÓGICO A DISTÂNCIA E SUBORDINAÇÕES: DA HETERO-DIREÇÃO À HETERO-ORGANIZAÇÃO

*REMOTE TECHNOLOGY WORKING AND SUBORDINATIONS:
FROM HETERO-DIRECTION TO HETERO-ORGANISATION*

Giuseppe Ludovico*

Sumário: 1. O direito do trabalho e a tecnologia: uma relação genética. - 2. Os efeitos da revolução digital sobre a relação de trabalho. - 3. As origens da leitura pluralista: da subordinação às subordinações. - 4. O teletrabalho da terceira geração na continuidade da evolução tecnológica entre paradigmas antigos e novos. - 5. A disciplina do trabalho “ágil” na Lei nº 81, de 22 de maio de 2017, e o papel do acordo individual. - 6. O trabalho ágil entre conformidade e desvio da subordinação clássica. - 7. A subordinação do trabalho ágil na perspectiva do pluralismo tipológico e da dupla alienidade do resultado da prestação e da organização produtiva. - 8. Do trabalho ágil ao trabalho nas plataformas digitais: o critério da hetero-organização na disciplina italiana e na proposta de Diretiva Europeia relativa à melhoria das condições de trabalho nas plataformas digitais.

* Professor de Direito do Trabalho e da Seguridade Social na Faculdade de Direito da Universidade de Milão; Diretor do Curso de Doutorado em Direito Comparado, Privado, Processual Civil e das Empresas da Universidade de Milão; Doutor em Direito do Trabalho na Universidade de Bolonha; Especialização em Direito do Trabalho na Universidade de Parma; Membro da Associação Italiana de Direito do Trabalho e da Segurança Social; Membro correspondente da Academia Brasileira de Direito do Trabalho; Diretor dos Estudos Italo-Brasileiros de Direito do Trabalho e da Previdência Social; Advogado.

Resumo:

O artigo visa reconstruir o significado da subordinação no teletrabalho de terceira geração no ordenamento jurídico italiano, o chamado trabalho ágil, partindo das razões da "crise" da subordinação com que a doutrina italiana começou a lidar desde a década de 1980, desenvolvendo uma leitura pluralista do conceito de modo a adaptar a noção à complexidade das relações de trabalho. Examinando a regulamentação do trabalho ágil na Lei n.º 81 de 2017, parece emergir um duplo significado de subordinação que, consoante a escolha das partes, pode ser identificado no critério tradicional da heterodireção ou no da hetero-organização, ou seja, a dupla alienação da organização e do resultado da prestação. O mesmo critério de hetero-organização foi utilizado pelo legislador italiano para regulamentar o trabalho nas plataformas digitais e uma evolução semelhante parece emergir da proposta de diretiva europeia.

Abstract:

The issue aims to reconstruct the meaning of subordination in third-generation telework in the Italian legal system, the so-called agile work, starting from the reasons for the "crisis" of subordination that Italian doctrine had started to deal with since the 1980s, developing a pluralistic reading of the concept of subordination so as to adapt the notion to the complexity of labour relations. Examining the regulation of agile work in Law No. 81 of 2017, a dual meaning of subordination seems to emerge, which, depending on the choice of the parties, can be identified in the traditional criterion of heterodirection or in that of heterorganisation, i.e. the dual alienation of the organisation and the result of the work performance. The same criterion of heterorganisation was used by the Italian legislator to regulate work in digital platforms and a similar development seems to emerge from the proposed European directive.

1. O direito do trabalho e a tecnologia: uma relação genética

O progresso tecnológico representa um fator que não é estranho ao direito do trabalho, tendo representado a sua principal característica genética se considerarmos a primeira revolução industrial como um profundo momento de transformação tecnológica.

Embora as tecnologias mais recentes tenham despertado maior interesse na doutrina trabalhista, não há dúvida de que o progresso

tecnológico constitui o “eterno companheiro de viagem” do direito do trabalho¹.

O que mudou foi a reação às mudanças tecnológicas pois até a década de 1960 os sindicatos acreditavam na “positividade do progresso técnico”² de modo a conciliar seus efeitos com a proteção dos trabalhadores.

Porém, foi somente com a terceira revolução industrial que a inovação tecnológica começou a ganhar rapidez, acelerando a sequência que marca a passagem entre uma fase de desenvolvimento e a seguinte³.

Começaram assim a surgir alguns fatores de mudança que se tornarão estruturais na fase seguinte: a perda da centralidade das “regras aristotélicas do direito do trabalho” das sociedades pré-tecnológicas» ou seja, “a unidade do lugar-trabalho (trabalho nas instalações da empresa), do tempo-trabalho (trabalho dentro de uma única sequência temporal), da ação-trabalho (uma única atividade profissional)”⁴. O progresso tecnológico estava começando a dissolver não apenas “o paradigma do local de trabalho que caracteriza a

¹ Jesús Cruz Villalón, Le trasformazioni delle relazioni industriali di fronte alla digitalizzazione della economia, em *Giornale di diritto del lavoro e relazioni industriali*, 2018, p. 465 ss.

² Assim, Gino Giugni, Il progresso tecnologico e la contrattazione collettiva dei rapporti di lavoro, em Franco Momigliano (org.), *Lavoratori e sindacati di fronte alle trasformazioni del processo produttivo*, Feltrinelli, Milão, 1962, Vol. I, p. 301-302.

³ Assim, Franco Carinci, Rivoluzione tecnologica e diritto del lavoro: il rapporto individuale, em AA.VV., *Rivoluzione tecnologia e diritto del lavoro. Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro Aidlass*, Napoli, 12-14 aprile 1985, Giuffrè, Milão, 1986, p. 4-5.

⁴ Assim, Bruno Veneziani, Nuove tecnologie e contratto di lavoro, em *Giornale di diritto del lavoro e relazioni industriali*, 1987, p. 54.

sociedade industrial”⁵, mas também “o 'como' do desempenho” através de “concepções mais elásticas e dúcteis do tempo de trabalho”⁶.

O desvio mais evidente das coordenadas espaço-temporais tradicionais da prestação começou a se manifestar com as primeiras formas de teletrabalho, que, percebido como uma forma evoluída de trabalho em domicílio⁷, começou a revelar uma subordinação com conteúdos mais evanescentes⁸.

As razões dessa evolução podem ser encontradas na “principal característica” da transição da sociedade industrial para a pós-industrial, ou seja, “a centralidade do conhecimento como recurso econômico”⁹. Com a tecnologia da informação, o “recurso essencial [é] a própria informação”¹⁰, de modo que “o conhecimento é comercializado como qualquer outro produto industrial”¹¹ e “a posse do conhecimento está se tornando um instrumento de poder”¹².

Porém, já nessa fase do debate, ficou claro que, se, por um lado, a capacidade do trabalhador de dominar a complexidade da tecnologia pode mitigar sua sujeição ao poder diretivo do empregador¹³, por

⁵ Ulrich Beck, *Il lavoro nell'epoca della fine del lavoro*, Einaudi, Turim, 2000 (ed. orig. 1999), p. 60.

⁶ Massimo D'Antona, I mutamenti del diritto del lavoro e il problema della subordinazione, em *Rivista critica di diritto privato*, 1988, p. 199.

⁷ Bruno Veneziani, *op. cit.*, p. 13 ss.

⁸ Raffaele De Luca Tamajo, *Il tempo nel rapporto di lavoro*, em *Giornale di diritto del lavoro e relazioni industriali*, 1986, p. 461 ss.; Pietro Ichino, *Subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, Giuffrè, Milão, 1989, p. 143 ss.; Lorenzo Gaeta, *Lavoro a distanza e subordinazione*, ESI, Napoli, 1993, p. 199 ss. Para uma análise desse ponto ver Giuseppe Ludovico, *Lavori agili e subordinazioni*, Giuffrè, Milão, 2023, disponível em <https://air.unimi.it/handle/2434/971626>.

⁹ Assim, Ulrich Beck, *op. cit.*, 58-59.

¹⁰ Franco Carinci, *op. cit.*, p. 5.

¹¹ Pietro Zanelli, *Impresa, lavoro e innovazione tecnologica*, Giuffrè, Milão, 1985, p. 13.

¹² Aldo Cessari, *Diritto d'informazione e "conoscenza"*, em Aldo Cessari, Raffaele De Luca Tamajo, *Dal garantismo al controllo*, Giuffrè, Milão, 1987, p. 199.

¹³ Gaetano Vardaro, *Tecnica, tecnologia e ideologica della tecnica nel diritto*

outro, o uso da tecnologia não implica, por si só, menor subordinação, podendo acentuar suas conotações em razão da maior abrangência do controle garantido pela tecnologia¹⁴. Assim, a tecnologia da informação pode conferir ao empregado maior autonomia, mas também maior sujeição aos poderes do empregador.

A “ilusão”¹⁵ de que o progresso tecnológico poderia levar à atenuação da subordinação já começava a ser desmentida pela crescente polarização entre aqueles que, dotados de elevado profissionalismo, realizavam tarefas que envolviam maior discricção, e aqueles envolvidos em atividades executivas e, portanto, sujeitos a poderes de direção e controle mais rigorosos do que no passado¹⁶.

Essa crescente polarização do mercado de trabalho acabou por demonstrar que não é a inovação tecnológica que altera as conotações de subordinação, mas sim a capacidade do trabalhador de controlar o processo tecnológico. O fator decisivo, em outras palavras, não é o uso da tecnologia, mas o conhecimento do qual depende a relação de dominação ou de dependência com o fator tecnológico.

2. Os efeitos da revolução digital sobre a relação de trabalho

Na fase atual do desenvolvimento tecnológico, os sinais que já haviam surgido no período anterior estão radicalmente acentuados.

del lavoro, em Lorenzo Gaeta, Anna Rita Marchitello, Paolo Pascucci (org.), *Gaetano Vardaro. Itinerari*, F. Angeli, Milão, 1989, p. 290 ss..

¹⁴ Bruno Veneziani, *op. cit.*, p. 28.

¹⁵ Assim, Bruno Veneziani, *Il lavoro e i lavori*. Intervento, em *Lavoro e diritto*, 1989, p. 199.

¹⁶ Franco Carinci, *op. cit.*, p. 10.

O debate ainda não é capaz de oferecer uma definição completa de um fenômeno complexo e em constante evolução: ao lado de fórmulas abrangentes - como “quarta revolução industrial”¹⁷ ou “grande transformação”¹⁸ - há definições que aludem à evolução do fator tecnológico - como “Indústria 4.0” ou “5.0”¹⁹, a “segunda era das máquinas”²⁰ ou “Infoesfera”²¹ - ou ao modelo econômico - como “gig economy”, “platform economy”, “sharing/on demand economy”, “circular economy”, “maker economy”²² -, ou às novas características do sistema capitalista - como “capitalismo cognitivo”²³ ou “pós-capitalismo”²⁴ - ou da sociedade em geral, como “segunda modernidade”²⁵.

As verdadeiras características da quarta revolução industrial, no entanto, estão na velocidade da inovação²⁶ e no “nível maior de integração e sofisticação”²⁷ das tecnologias digitais que, por meio de

¹⁷ Klaus Schwab, *La quarta rivoluzione industriale*, F. Angeli, Milano, 2016, p. 13.

¹⁸ Francesco Seghezzi, *La nuova grande trasformazione. Lavoro e persona nella quarta rivoluzione industriale*, Adapt University Press, 2017, p. 15 ss.

¹⁹ Sobre a transição da Indústria 4.0 para a 5.0, ver: Comissão Europeia, *Industry 5.0. Towards a sustainable, human-centric and resilient European industry*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2021, p. 8 ss.

²⁰ Erik Brynjolfsson, Andrew McAfee, *La nuova rivoluzione delle macchine*, Feltrinelli, Milano, 2015, p. 15 ss.

²¹ Luciano Floridi, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Cortina, Milano, 2017, p. 27 ss.

²² Sobre a origem dessas definições, ver Domenico Garofalo, *Lavoro, impresa e trasformazioni organizzative*, em A.A.V.V., *Frammentazione organizzativa e lavoro: rapporti individuali e collettivi. Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro Aidlass*, Cassino, 18-19 de maio de 2017, Giuffrè, Milano, 2018, p. 157 ss.; Emanuele Dagnino, *Dalla fisica all'algoritmo: una prospettiva di analisi giuslavoristica*, Adapt University Press, 2019, p. 9 ss.

²³ Entre os teóricos do capitalismo cognitivo André Gorz, *L'immateriale. Conoscenza, valore e capitale*, Bollati Boringhieri, Turim, 2003, p. 13 ss.

²⁴ Peter F. Drucker, *La società post-capitalista*, Sperling & Kupfer, Milão, 1993, p. 208 ss.

²⁵ Ulrich Beck, *op. cit.*, p. 26.

²⁶ Sobre o ponto ver também Bruno Mettling, *Transformation numérique et vie au travail*, 2015.

²⁷ Klaus Schwab, *loc. ult. cit.*

uma maior capacidade de “recombinação”²⁸, são capazes de gerar possibilidades ilimitadas de novas soluções²⁹.

É claro que as mudanças trazidas pela revolução digital tiveram um impacto profundo no direito do trabalho que vem sofrendo uma tensão contínua em razão, por um lado, da afirmação de novos modelos de aquisição do trabalho e, por outro, das alterações que ocorreram no tradicional trabalho subordinado³⁰.

Em primeiro lugar, o fenômeno das chamadas plataformas digitais questiona a racionalidade do critério fundador do direito do trabalho baseado na configuração rigidamente binária do trabalho subordinado e autônomo. O debate que surgiu em nível global sobre o trabalho nas plataformas digitais parece confirmar a incapacidade regulatória desse critério³¹.

Mas os efeitos da inovação digital também afetam as conotações tradicionais do trabalho subordinado.

A linha divisória entre subordinação e autonomia está, portanto, sujeita a uma “dupla torção”³²: do lado da autonomia, devido ao surgimento de relações de trabalho autônomo caracterizadas por elementos de fraqueza socioeconômica, e do lado da subordinação, em

²⁸ Assim, Erik Brynjolfsson, Andrew McAfee, *op. cit.*, p. 88 ss.

²⁹ World Economic Forum, *Deep Shift. 21 Ways Software Will Transform Global Society*, World Economic Forum, 2015, p. 5 ss.; Parlamento Europeu, *Digital automation and the future of work*, European Parliamentary Research Service, 2021, p. 7 ss..

³⁰ Assim Pietro Ichino, Le conseguenze dell'innovazione tecnologica sul diritto del lavoro, em *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2017, I, p. 525-526.

³¹ Adalberto Perulli, Il Jobs Act del lavoro autonomo e agile: come cambiano i concetti di subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro, em Gaetano Zilio Grandi, Marco Biasi (org.), *Commentario breve allo statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Cedam, Padova, 2018, p. 43 ss..

³² Assim, Adalberto Perulli, *Oltre la subordinazione. La nuova tendenza espansiva del diritto del lavoro*, Giappichelli, Turim, 2021, p. 74.

razão da atenuação das características típicas do trabalho subordinado na empresa³³.

Quanto a esse último aspecto, o principal fator de mudança está na desmaterialização dos processos de produção, assumindo gradualmente a prestação um conteúdo predominantemente digital independente de critérios espaço-temporais predefinidos.

Os parâmetros clássicos para identificar o desempenho no trabalho - tempo e local de trabalho - assumem, portanto, um significado que tende a ser relativo e virtual, e não objetivo e material.

A sobreposição entre as dimensões real e digital permeia também todos os aspectos da vida social, de modo que a distinção entre as esferas privada e de trabalho tende inevitavelmente a se confundir. Essa “indiferenciação”³⁴ abrange também as “ferramentas de trabalho” que muitas vezes são utilizadas indiferentemente na vida cotidiana e nas relações de trabalho (como *e-mails*, *whatsapp*, *cloud*, *tablet*, *smartphone*).

Essa “porosidade da fronteira entre o tempo livre e o tempo de trabalho”³⁵ prejudica não apenas o conceito de tempo de trabalho, mas também o próprio significado de subordinação³⁶.

³³ Adalberto Perulli, *Il Jobs Act del lavoro autonomo e agile: come cambiano i concetti di subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, cit., p. 46 ss; Michele Tiraboschi, *Persona e lavoro tra tutele e mercato. Per una nuova antologia del lavoro nel discorso giuslavoristico*, Adapt University Press, 2019, p. 215 ss.

³⁴ Assim, Alain Supiot, *Homo juridicus. Saggio sulla funzione antropologica del diritto*, Mondadori, Milão, 2006, p. 159-160.

³⁵ Assim já Alain Supiot, *Alla ricerca della concordanza dei tempi (le disavventure europee del “tempo di lavoro”)*, em *Lavoro e diritto*, 1997, p. 20. Mais recentemente Émilie Genin, *Proposal for a Theoretical Framework for the Analysis of Time Porosity*, em *International journal of comparative labour law industrial relations*, 2016, p. 287; Christophe Degryse, *Les impacts sociaux de la digitalisation de l'économie*, em *Working Paper ETUI*, 2016.02, p. 43-44.

³⁶ Novamente Alain Supiot, *op. cit.*, p. 20-21.

3. As origens da leitura pluralista: da subordinação às subordinações

Segundo uma parte da doutrina italiana, as razões da “crise”³⁷ da subordinação derivariam da suposta unitariedade desse conceito.

Para compreender os efeitos produzidos pela revolução digital na noção de subordinação, é necessário, portanto, analisar os principais conteúdos desse debate.

Diante da perda de centralidade do trabalho tradicional da época industrial e da crescente diversificação das modalidades de desempenho da prestação, a doutrina começou a elaborar propostas com o objetivo de abandonar o conceito de subordinação como “hipótese única e invariável”, observando como a noção codificada pelo artigo 2094 do Código Civil³⁸ representa apenas uma entre muitas figuras de trabalho subordinado cuja característica mais autêntica seria, portanto, a “pluralidade” do próprio conceito³⁹.

Em outras palavras, no sistema jurídico “não existe uma noção geral de subordinação, mas várias noções particulares”⁴⁰ que

³⁷ Sobre a “crise” da subordinação, ver Massimo D’Antona, *La subordinazione e oltre. Una teoria giuridica per il lavoro che cambia*, Luigi Mariucci, *Subordinazione e itinerari della dottrina*, e Mario Grandi, *La subordinazione tra esperienza e sistema dei rapporti di lavoro*, em Marcello Pedrazzoli (org.), *Lavoro subordinato e dintorni*, Il Mulino, Bologna, 1989, p. 43 ss., 67 ss. e 77 ss.

³⁸ “É trabalhador subordinado aquele que se obriga, mediante retribuição, a colaborar na empresa, prestando o proprio trabalho intelectual ou manual, sob dependência e direção do empregador”.

³⁹ Marcello Pedrazzoli, *Democrazia industriale e subordinazione. Poteri e fattispecie nel sistema giuridico del lavoro*, Giuffrè, Milão, 1985, p. 318.

⁴⁰ Assim, Massimo D’Antona, *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro*, em Bruno Caruso, Silvana Sciarra (org.), Massimo D’Antona. *Opere*, Vol. I, *Scritti sul metodo* e sulla evoluzione del diritto del lavoro. *Scritti sul diritto del lavoro comparato e comunitario*, Giuffrè, Milão, 2000, p. 209.

expressam também profundos desvios do tipo geral. Basta pensar no trabalho dos executivos, desportistas profissionais, dos sócios de cooperativa, mas há inúmeros exemplos que confirmam o fato de que a pluralidade de subordinação representa uma característica constante do sistema jurídico.

A doutrina havia começado a falar de "subordinações", em vez de "subordinação"⁴¹, já na década de 1980, para reagir à "profunda inadequação" da concepção de subordinação como uma noção única⁴², propondo como alternativa uma construção com "dois níveis" que prevê no nível menor uma "série aberta de subordinações", incluindo a noção do artigo 2094 do Código Civil e outras figuras particulares, e no nível maior uma noção mais geral que "engloba todos os casos que estão no nível menor"⁴³.

A tese se baseava no dado normativo constituído pela pluralidade de figuras de trabalho subordinado que diferem, em maior ou menor grau, do esquema do artigo 2094 do Código Civil que, por conseguinte, "identifica apenas uma subcategoria de trabalho subordinado"⁴⁴.

Na mesma perspectiva uma outra leitura pluralista foi baseada no mesmo período na existência no ordenamento de algumas figuras

⁴¹ Marcello Pedrazzoli, *op. cit.*, p. 328 ss.; Massimo D'Antona, *op. cit.*, p. 209; Massimo D'Antona, I mutamenti del diritto del lavoro e il problema della subordinazione, *cit.*, p. 200; Marcello Pedrazzoli, Dai lavori autonomi ai lavori subordinati, em *Giornale di diritto del lavoro e relazioni industriali*, 1998, p. 509 ss e, mais recentemente, Franco Carinci, La subordinazione rivisitata alla luce dell'ultima legislazione: dalla "subordinazione" alle "subordinazioni"?, em *Argomenti di diritto del lavoro*, 2018, p. 961 ss.. Sobre o ponto ver Giuseppe Ludovico, *op. cit.*, p. 27 ss.

⁴² È a tese de Marcello Pedrazzoli, *Democrazia industriale e subordinazione. Poteri e fattispecie nel sistema giuridico del lavoro*, *cit.*, p. 327 ss.

⁴³ Marcello Pedrazzoli, *op. cit.*, p. 325 ss.

⁴⁴ Marcello Pedrazzoli, *op. cit.*, p. 328.

de trabalho subordinado caracterizadas pela ausência do requisito da heterodireção como o trabalho em domicílio⁴⁵. Isso não eliminaria “a necessidade sistemática” de uma “categoria geral” do trabalho subordinado, mas confirmaria a inexistência de “uma noção unitária de trabalho subordinado”⁴⁶.

Então, não há dúvida de que, ao definir o trabalho subordinado, o Código Civil italiano realizou uma “operação de tipificação normativa” do modelo socialmente e historicamente predominante⁴⁷, ou seja, o trabalho inserido no âmbito físico da empresa, mas isso não deveria permitir a atribuição ao tipo geral da função de identificar todos os tipos de trabalho subordinado⁴⁸.

Vamos agora examinar como a pluralidade da subordinação entra em contacto com a evolução tecnológica.

4. O teletrabalho da terceira geração na continuidade da evolução tecnológica entre paradigmas antigos e novos

Na história do trabalho tecnológico à distância identificam-se três períodos distintos em razão da tecnologia do momento: a primeira geração de “teletrabalho”⁴⁹ começou a se difundir na década

⁴⁵ Pietro Ichino, *Il lavoro subordinato: definizione e inquadramento*. Artt. 2094-2095, Giuffrè, Milão, 1992, p. 158; Pietro Ichino, *Il tempo della prestazione nel rapporto di lavoro. Continuità, elasticità e collocazione temporale della prestazione lavorativa subordinata*, Vol. I, Giuffrè, Milão, 1984, p. 9 ss..

⁴⁶ Pietro Ichino, *Il lavoro subordinato: definizione e inquadramento*, cit., p. 161-162.

⁴⁷ Luigi Mengoni, *La questione della subordinazione in due trattazioni recenti*, em *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 1986, I, p. 10; Mario Grandi, *voce Rapporto di lavoro*, em *Enciclopedia del diritto*, Vol. XXXVIII, 1987, p. 331.

⁴⁸ Marcello Pedrazzoli, *op. cit.*, p. 322-323.

⁴⁹ Os termos *telecommuting* e *telework* foram cunhados por J. M. Nilles em meados da década de 1970, durante a crise do petróleo, para indicar possíveis

de 1970 nas principais empresas americanas de informática, caracterizando-se pela possibilidade oferecida pelos primeiros computadores e sistemas de telecomunicações de desempenhar a prestação em casa; o teletrabalho de segunda geração surgiu com os avanços da tecnologia da informação e das telecomunicações e possibilitou, por meio de computadores portáteis e telefonia móvel, trabalhar não apenas em casa, mas em qualquer outro lugar; a terceira geração de teletrabalho⁵⁰, a atual, decorre da fusão da informática e telecomunicações, diferendo da fase anterior pelo fato que as informações são transferidas para as redes, possibilitando o acesso às mesmas em qualquer momento por meio de um pequeno dispositivo móvel⁵¹.

Em quarenta anos de evolução tecnológica, passamos, portanto, do *home office* de primeira geração ao *mobile office* da segunda geração para o *virtual office* da terceira geração⁵². Essa subdivisão obviamente tem apenas um valor descritivo, pois a transição de uma fase para a outra ocorreu gradualmente e com sobreposição de tecnologias em diferentes contextos⁵³.

Estamos, portanto, falando da mesma situação - o trabalho tecnológico à distância - que evoluiu em continuidade com os avanços das tecnologias, reduzindo a importância do lugar físico e também

medidas para reduzir o consumo de energia. Ver Jack M. Nilles, *Telecommunications and Organisational Decentralisation*, em *IEEE Transactions on Communications*, 1975, no. 10, p. 1142 ss.

⁵⁰ Veja Giancarlo Ricci, *Il lavoro a distanza di terza generazione: la nuova disciplina del «lavoro agile»*, em *Nuove leggi civili commentate*, 2018, p. 638 ss. e Giuseppe Ludovico, *op. cit.*, p. 45 ss.

⁵¹ Jon C. Messenger, Lutz Gschwind, *Three generations of Telework: New ICTs and the (R)evolution from Home Office to Virtual Office*, em *New Technology, Work and Employment*, 2016, n° 3, p. 195 ss.

⁵² Jon C. Messenger, Lutz Gschwind, *op. cit.*, p. 197 ss.

⁵³ Assim Lorenzo Gaeta, *op. cit.*, p. 72.

do tempo de trabalho por médio de pequenos dispositivos conectados à rede⁵⁴.

Essa “conectividade onipresente”⁵⁵ não implica apenas uma transformação nas modalidades de execução da prestação, mas uma mudança histórica na organização das atividades econômicas e, de forma mais geral, da sociedade⁵⁶. O trabalho tecnológico à distância não é mais apenas externo, mas também “onipresente e atemporal”⁵⁷, tornando as fronteiras entre a vida privada e a profissional completamente “fluidas”⁵⁸.

Essa flexibilidade espaço-temporal ilimitada do teletrabalho de terceira geração - “*working anytime, anywhere*”⁵⁹ - foi objeto de inúmeros estudos que descreveram um cenário extremamente variado⁶⁰.

Um fato sobre o qual as diversas pesquisas concordam é que o uso das tecnologias produz efeitos ambivalentes: se a maior flexibilidade no horário de trabalho permite uma melhor conciliação entre

⁵⁴ J Jon C. Messenger, Lutz Gschwind, *op. cit.*, p. 195 ss.

⁵⁵ Assim, Ursula Holtgrewe, New new new technologies: The future and the present of work in information and communication technology, em *New Technology, Work and Employment*, 2014, Vol. 29, No. 1, p. 13 ss.

⁵⁶ Ver Alexandre Largier, Le teletravail. Trois projets pour un même objet, em *Réseaux*, 2001, p. 212 ss. Para a doutrina sociológica italiana, consulte Federico Butera, Le condizioni organizzative e professionali dello smart working dopo l'emergenza: progettare il lavoro ubiquo fatto di ruoli aperti e di professioni a larga banda, em *Studi organizzativi*, 2020, p. 148 ss.; Domenico De Masi, Smart working. La rivoluzione del lavoro intelligente, Marsilio, Venezia, 2020, p. 200 ss..

⁵⁷ Assim, Tiziano Treu, *Introduzione*, em Antonella Occhino (org.), *Il lavoro e i suoi luoghi*, Vita e pensiero, Milão, 2018, p. XIV.

⁵⁸ Assim, Ulrich Beck, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Carrocci, Roma, 2020, p. 203.

⁵⁹ Eurofound, Organização Internacional do Trabalho, *Working anytime, anywhere: The effects on the world of work*, Serviço de Publicações da União Europeia, Luxemburgo, e OIT, Genebra, 2017, p. 3.

⁶⁰ Eurofound, Organização Internacional do Trabalho, *op. cit.*, p. 5; Eurofound, *New forms of employment*, Serviço de Publicações da União Europeia, Luxemburgo, 2015, p. 72.

os compromissos da vida e do trabalho, a mesma flexibilidade pode se traduzir em uma extensão, muitas vezes não remunerada, do trabalho, que tende a ser não apenas mais longo, mas também mais “poroso”⁶¹ em relação à vida familiar⁶².

Essa acentuada flexibilidade espaço-temporal do teletrabalho de terceira geração não deixa de se refletir no significado de subordinação.

A doutrina e a jurisprudência já tinham começado a considerar o lugar e depois também o tempo de trabalho como cada vez menos decisivos para a subordinação⁶³.

Mas no teletrabalho de terceira geração é também a dimensão qualitativa da prestação que parece mudar em razão da redefinição do papel do trabalhador dentro da organização da empresa que é menos hierárquica e mais horizontal⁶⁴.

Os estudiosos da organização empresarial já observaram há muito tempo que, na quarta revolução industrial, o trabalho tende a ser caracterizado pela “participação ativa” do trabalhador⁶⁵ segundo um modelo organizativo baseado em “conhecimento e

⁶¹ Sobre o conceito de porosidade, consulte. Émilie Genin, *op. cit.*, p. 287; nesse sentido já Alain Supiot, *op. cit.*, p. 20.

⁶² Eurofound, Organização Internacional do Trabalho, *op. cit.*, p. 21 ss.

⁶³ Entre os mais recentes: Cass. 24 de agosto de 2021, nº 23324; Cass. 5 de julho de 2021, nº 18943; Cass. 26 de junho de 2020, nº 12871; Cass. 25 de junho de 2020, nº 12707; Cass. 23 de janeiro de 2020, nº 1555; Cass. 14 de março de 2019, nº 7305; Cass. 11 de julho de 2018, nº 18253; Cass. 14 de junho de 2018, nº 15631.

⁶⁴ Riccardo Del Punta, *Un diritto per il lavoro 4.0*, em Alberto Cipriani, Alessio Gramolati, Giovanni Mari (org.), *Il lavoro 4.0. La Quarta Rivoluzione industriale e le trasformazioni delle attività lavorative*, Firenze University Press, Firenze, 2018, p. 230.

⁶⁵ Assim Giovanni Mari, *Introduzione. La sfida del lavoro 4.0*, em Alberto Cipriani, Alessio Gramolati, Giovanni Mari, (org.), *op. cit.*, p. XXX.

responsabilidade”⁶⁶: as “hierarquias piramidais”⁶⁷ da era taylorista-fordista seriam substituídas por um modelo diferente com pessoas que “cooperam com uma ampla margem de autonomia em vista dos objetivos”⁶⁸.

O debate mais recente identificou esse modelo na chamada “organização ágil”⁶⁹, em que a agilidade se refere à capacidade do indivíduo ou do grupo de assumir a responsabilidade pelo resultado (*accountabilities*) e da organização de responder às transformações tecnológicas (*dynamic capabilities*)⁷⁰.

Em função desse tipo de organização na Itália se difundiu a expressão “*smart working*”, que pretendia aludir a um modelo empresarial capaz de garantir eficiência por meio da flexibilidade, autonomia e colaboração dos trabalhadores⁷¹.

Diretamente implicado nessa redefinição está, então, também o objeto do contrato de trabalho subordinado⁷², assumindo

⁶⁶ Federico Butera, Lavoro e organizzazione nella quarta rivoluzione industriale: la nuova progettazione socio-tecnica, em L’industria, 2017, p. 301.

⁶⁷ Richard Sennet, L’uomo flessibile. Le conseguenze del nuovo capitalismo sulla vita personale, Feltrinelli, Milão, 2001, p. 47.

⁶⁸ Federico Butera, Le condizioni organizzative e professionali dello smart working dopo l’emergenza: progettare il lavoro ubiquo fatto di ruoli aperti e di professioni a larga banda, cit., p. 155.

⁶⁹ John Bessant, David Knowles, Greg Briffa, David Francis, *Developing the Agile Enterprise*, em *International Journal of Technology*, 2002, p. 484 ss.

⁷⁰ David Teece, Margaret Peteraf, Sohvi Leih, Dynamic Capabilities and Organizational Agility: risk, uncertainty, and strategy in the innovation economy, in *California Management Review*, 2016, n. 4, p. 13 ss.

⁷¹ Entre os primeiros John Blackwell, *Smart Working. A definitive report on today's smart ways of working*, JBA, 2008, p. 4.

⁷² Assim, Marina Brollo, *Il lavoro agile alla prova della emergenza epidemiologica*, em Valeria Filì (org.), *Covid-19 e rapporto di lavoro*, em Domenico Garofalo, Michele Tiraboschi, Valeria Filì, Francesco Seghezzi (org.), *Welfare e lavoro nella emergenza epidemiologica. Contributo sulla nuova questione sociale*, Vol. I, *Adapt Labour Studies e-Book series* no. 89, 2020, p. 169; Maurizio Del Conte, *Problemi e prospettive del lavoro agile tra remotizzazione forzata e trasformazione organizzativa*, em *Argomenti di diritto del lavoro*, 2021 p. 552.

importância a colaboração “com a empresa”⁷³, com o efeito da passagem da subordinação tradicionalmente entendida como heterodireção para “um possível novo paradigma” baseado na colaboração entre trabalhador e empregador⁷⁴.

Se esse é um dos efeitos da quarta revolução industrial na área do trabalho subordinado, não podemos, porém, cair na chamada “sinédoque trabalhista”⁷⁵, ou seja, o hábito de confundir uma parte com todas as relações de trabalho, acreditando que todas as relações que implicam o uso de ferramentas tecnológicas sejam por isso de natureza colaborativa. Isso porque - como já vimos - o principal efeito da revolução digital não é a emancipação generalizada da subordinação, mas a polarização entre os trabalhadores com maior profissionalismo, que desfrutam de maior autonomia, e aqueles que veem as conotações tradicionais de subordinação se tornarem mais acentuadas⁷⁶.

A revolução digital substituiu completamente o modelo hierárquico pelo modelo colaborativo⁷⁷: “o novo não matou o velho; pelo contrário, ajuda-o a não morrer”⁷⁸.

Uma demonstração dessa “alma dupla” do trabalho remoto tecnológico é oferecida pelos inquéritos estatísticos realizados antes da epidemia da Covid-19. De acordo com essas pesquisas, a parcela dominante dos teletrabalhadores móveis europeus era composta por

⁷³ Riccardo Del Punta, *op. cit.*, p. 230.

⁷⁴ Assim, Francesco Seghezzi, *op. cit.*, p. 199.

⁷⁵ Para essa expressão, Marcello Pedrazzoli, *Dai lavori autonomi ai lavori subordinati*, cit., p. 516.

⁷⁶ Giuseppe Ludovico, *op. cit.*, p. 94 ss.

⁷⁷ As expressões no texto são de Alberto Cipriani, *La partecipazione innovativa dei lavoratori. Creativity and contradictions in work 4.0*, em Alberto Cipriani, Alesio Gramolati, Giovanni Mari (org.), *op. cit.*, p. 175.

⁷⁸ Umberto Romagnoli, ‘Noi e loro’: diritto del lavoro e nuove tecnologie, em *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1986, p. 383.

executivos, técnicos altamente qualificados e trabalhadores do conhecimento (*knowledge workers*) capazes de realizar seu trabalho com alto grau de autonomia e remunerações às vezes baseadas em resultados, enquanto a porcentagem de teletrabalhadores em cargos de nível inferior era mínima⁷⁹.

Isso significa que, antes da epidemia, essa forma de trabalho era usada apenas para as atividades que, por seu conteúdo ideacional e criativo, garantiam um alto grau de autonomia, de modo que, mais do que o local e o horário de trabalho, era o resultado da prestação que definia a obrigação do trabalhador⁸⁰.

Foi nesse contexto de alta qualificação que diversas pesquisas europeias constataram o “paradoxo da autonomia”⁸¹, ou seja, a expansão do desempenho causada pela autonomia no horário de trabalho (*working time autonomy*) e a soberania do tempo (*time sovereignty*)⁸². Além disso, eram os próprios trabalhadores altamente qualificados que exigiam horários de trabalho flexíveis⁸³.

Pesquisas realizadas na Itália revelaram uma situação semelhante. Mesmo após a Lei nº 81 de 2017, que será analisada em breve,

⁷⁹ Assim, Eurofound, Organização Internacional do Trabalho, *op. cit.*, p. 18, para a qual “a maior parcela de trabalhadores de T/ICTM é normalmente encontrada entre os chamados trabalhadores do ‘conhecimento’ - funcionários altamente qualificados, muitas vezes em cargos gerenciais e profissionais”; Comissão Europeia, *The increasing use of portable computing and communication devices and its impact on the health of EU workers*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2010, p. 21.

⁸⁰ Eurofound, Organização Internacional do Trabalho, *op. cit.*, p. 18.

⁸¹ Eurofound, *Telework and ICT-based mobile work: Flexible working in the digital age*, Serviço de Publicações da União Europeia, Luxemburgo, 2020, p. 25.

⁸² Para essas definições, consulte Eurofound, Organização Internacional do Trabalho, *op. cit.*, p. 21 ss. e 24-25.

⁸³ Eurofound, *New forms of employment*, *cit.*, p. 80; Eurofound, Organização Internacional do Trabalho, *op. cit.*, p. 26; Comissão Europeia, *op. cit.*, p. 39.

o teletrabalho de terceira geração ocupava nicho do mercado⁸⁴, o número de teletrabalhadores permaneceu limitado e a porcentagem daqueles que desempenhavam a prestação com alto grau de autonomia era ainda menor, apenas 570.000 em 2019⁸⁵.

5. A disciplina do trabalho ágil na Lei nº 81, de 22 de maio de 2017, e o papel do acordo individual

A definição contida no primeiro parágrafo do Artigo 18 da Lei nº 81 de 2017 torna explícita a intenção legislativa de "promover" o trabalho ágil "com o objetivo de aumentar a competitividade e facilitar a conciliação entre trabalho e tempo de vida".

A indicação desses perfis teleológicos, também indicados no Acordo-Quadro Europeu e na resolução do Parlamento Europeu de 13 de setembro de 2016, levantou o problema de entender o seu significado real, tendo em conta que a mera enunciação desses propósitos não oferece garantia de que eles serão perseguidos⁸⁶.

⁸⁴ Assim, Bruno Caruso, Tra lasciti e rovine della pandemia: più o meno smart working?, em *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2020, I, p. 220.

⁸⁵ Ver Osservatorio Smart working, *Gli smart worker in Italia*, Report, dicembre 2019; *Lo smart working oltre la flessibilità: lo scenario di diffusione in Italia*, Report, dicembre 2019.

⁸⁶ Nesse sentido, Anna Rita Tinti, A proposito di lavoro agile e work-life balance. La conciliazione deceptiva, em *Il Mulino*, 27 de maio de 2016; Michele Tiraboschi, Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro, em *Diritto delle relazioni industriali*, 2017, p. 948; Rosa Casillo, Competitività e conciliazione nel lavoro agile, em *Rivista giuridica del lavoro*, 2018, I, p. 121; Anna Rita Tinti, Il lavoro agile e gli equivoci della conciliazione virtuale, em *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT* - 419/2020, p. 9 ss.

A indicação assume, portanto, uma “função meramente declaratória”⁸⁷, que, com algumas exceções, é desprovida de medidas para garantir sua eficácia⁸⁸.

Além desses elementos, os aspectos mais controversos da definição do Artigo 18 encontram-se na parte que afirma que o trabalho ágil constitui uma “modalidade de execução da relação de trabalho subordinado”, confirmando a sua colocação no âmbito da subordinação sem fazer referência ao Artigo 2094 do Código Civil.

A definição prossegue indicando as características do trabalho ágil, que prevê o “possível uso de ferramentas tecnológicas” e pode ser realizado “também com formas de organização por fases, ciclos e objetivos”, “sem vínculos precisos de horário ou lugar de trabalho”, “parcialmente dentro das instalações da empresa e parcialmente fora, sem um local fixo” e “dentro dos limites do horário máximo diário e semanal, previstos pela lei e acordos coletivos”.

Essa definição, considerada por alguns como “incerta e confusa”⁸⁹, levantou muitas questões, principalmente alimentadas pela suposta distinção entre trabalho ágil e teletrabalho.

Uma primeira diferença diria respeito ao uso de ferramentas tecnológicas, que no trabalho ágil seria apenas “possível”, enquanto no teletrabalho constituiria um elemento essencial de acordo com o Artigo 2 do Acordo-Quadro Europeu⁹⁰.

⁸⁷ Assim, Anna Rita Tinti, *op. cit.*, p. 10.

⁸⁸ O artigo 1, c. 485 da Lei nº 145, de 30 de dezembro de 2018, introduziu um novo parágrafo 3-*bis* ao artigo 18 da lei nº 81 de 1977, reconhecendo “em qualquer caso” uma posição de “prioridade” aos pedidos de trabalho ágil das trabalhadoras nos três anos seguintes ao término da licença maternidade e dos trabalhadores com filhos com deficiência.

⁸⁹ Assim, Rosa Casillo, La subordinazione “agile”, em *Dir. lav. merc.*, 2017, p. 539.

⁹⁰ Sobre o ponto ver Giuseppe Santoro-Passarelli, *Lavoro eterorganizzato*,

Na verdade, por um lado, o uso desses instrumentos está sempre previsto nos acordos coletivos⁹¹ e, por outro, o que emerge do debate parlamentar é que o termo “possível” não indica uma eventualidade, mas a possibilidade efetiva de utilização dessas ferramentas⁹².

Outro aspecto debatido diz respeito à dimensão quantitativa do desempenho fora da empresa, que no teletrabalho deve ser realizado “regularmente” (art. 2º do Acordo-Quadro Europeu), enquanto no trabalho ágil deve ser realizado apenas “parcialmente”. Dessa diferença, deduziu-se que no teletrabalho o serviço externo seria contínuo e predominante, enquanto no trabalho ágil seria parcial e menor em relação ao trabalho dentro da empresa⁹³.

A essa leitura, não é difícil objetar que nenhum desses elementos assume valor decisivo. Por um lado, o advérbio “regularmente” utilizado pelo Acordo-Quadro Europeu não pretendia se referir a uma prevalência quantitativa, mas a natureza não ocasional do teletrabalho⁹⁴.

coordinato, agile e il telelavoro: un puzzle non facile da comporre in un’impresa in via di trasformazione, em *Diritto delle relazioni industriali*, 2017, p. 789; Carla Spinelli, *Tecnologie digitali e lavoro agile*, Cacucci, Bari, 2018, p. 91

⁹¹ Para essa observação, Antonio Preteroti, *La responsabilità del datore di lavoro per il buon funzionamento degli strumenti assegnati al lavoratore agile*, em Gaetano Zilio Grandi, Marco Biasi (org.), *op. cit.*, p. 594.

⁹² Marco Peruzzi, *Sicurezza e agilità: quale tutela per lo smart worker?*, em *Diritto della sicurezza del lavoro*, 2017, p. 6; Rosa Casillo, *op. cit.*, p. 535; Michel Martone, *Il lavoro agile nella l. 22 maggio 2017, n. 81: un inquadramento*, em Gaetano Zilio Grandi, Marco Biasi (org.), *op. cit.*, p. 466-467.

⁹³ Assim, Vito Pinto, *La flessibilità funzionale e i poteri del datore di lavoro. Prime considerazioni sui decreti attuativi del Jobs Act e sul lavoro agile*, em *Rivista giuridica del lavoro*, 2016, p. 366; Andrea Allamprese, Fabio Pascucci, *La tutela della salute e della sicurezza del lavoratore «agile»*, em *Rivista giuridica del lavoro*, 2017, I, p. 315-316; Giuseppe Santoro-Passarelli, *loc. ult. cit.*; Annamaria Donini, *Nuova flessibilità spazio-temporale e tecnologie: l’idea del lavoro agile*, em Patrizia Tullini (org.), *Web e lavoro. Profili evolutivi e di tutela*, Giappichelli, Turim, 2017, p. 89.

⁹⁴ Giuseppe Ludovico, *op. cit.*, p. 115 ss.

Portanto, não se pode deduzir das normas nenhuma distinção sobre teletrabalho e trabalho ágil baseada na duração do desempenho externo⁹⁵, tendo em conta que no trabalho ágil, a duração dos serviços internos e externos depende do acordo individual⁹⁶ e essa escolha é indicativa do desejo de incluir qualquer prestação, mesmo de duração mínima, realizada fora da empresa, sempre que seja regular e não ocasional.

Pode, portanto, concluir-se que o teletrabalho e o trabalho ágil fazem parte de um “*continuum* estrutural”⁹⁷ baseado na constante evolução tecnológica. Além disso, não se pode dizer que o Acordo-Quadro tenha regulamentado algo diferente do trabalho ágil. Pelo contrário, estabeleceu uma série de regras mínimas para uma grande variedade de situações caracterizadas pelo carácter não ocasional do tecnológico à distância.

Se o trabalho ágil não difere do teletrabalho em termos de local e duração do desempenho externo, é inevitável perguntar por que foi introduzida a disciplina do trabalho ágil⁹⁸. E a resposta a essa pergunta deve necessariamente partir do papel atribuído ao acordo individual.

A definição do Artigo 18 é explícita ao afirmar a natureza subordinada do trabalho ágil que constituiria apenas uma variante executiva

⁹⁵ Michele Tiraboschi, *op. cit.*, p. 940; Michel Martone, *op. ult. cit.*, p. 467;.

⁹⁶ Michel Martone, *op. ult. cit.*, p. 467; Giampiero Proia, L'accordo individuale e le modalità di esecuzione e di cessazione della prestazione di lavoro agile, em Luigi Fiorillo, Adalberto Perulli (org.), Il Jobs Act del lavoro autonomo e del lavoro agile, Giappichelli, Turim, 2018, p. 185; Alberto Levi, Il lavoro agile nel contesto del processo di destrutturazione della subordinazione, em Rivista giuridica del lavoro, 2019, I, p. 26-27.

⁹⁷ Assim, Giancarlo Ricci, *op. cit.*, p. 642.

⁹⁸ Sobre esse ponto, consulte Michele Tiraboschi, *op. cit.*, p. 928.

do vínculo trabalhista comum⁹⁹. No entanto, é precisamente a compatibilidade da subordinação do trabalhador ágil com a definição geral do artigo 2094 do Código Civil que constitui o aspecto mais importante da disciplina.

Foi já dito que o deslocamento externo da prestação e a sua flexibilidade horária não são incompatíveis por si só com o significado da subordinação, com a consequência que se essas fossem as únicas particularidades do trabalho ágil, a Lei nº 81 de 2017 não teria introduzido nada de novo em relação ao Artigo 2094 do Código Civil.

As verdadeiras novidades encontram-se em outras disposições da lei. Em particular, o Artigo 19 prevê que o "acordo sobre acordos de trabalho ágil" deve ser concluído "por escrito para fins de regularidade administrativa e da prova" e que cabe ao pacto individual a regulamentação da "prestação de trabalho" fora das instalações da empresa "também no que diz respeito às formas de exercício do poder diretivo do empregador". E termos semelhantes são expressos no artigo 21, que confia ao acordo individual não apenas a regulamentação do "exercício do poder de controle do empregador" sobre o desempenho externo (parágrafo 1), mas também a identificação das "condutas, relacionadas com o desempenho de trabalho fora das instalações da empresa, que impliquem a aplicação de sanções disciplinares" (parágrafo 2).

As indicações dos artigos 19 e 21 assumem, portanto, um conteúdo profundamente inovador em relação à noção clássica de subordinação ao ponto de minar o próprio fundamento do conceito.

⁹⁹ Nesses termos, Michel Martone, *op. cit.*, p. 463; Gabriele Franza, *Lavoro agile: profili sistematici e disciplina del recesso*, em *Diritto delle relazioni industriali*, 2018, p. 780.

Um primeiro aspecto de absoluta descontinuidade é a competência confiada ao acordo individual, que parece investido da capacidade de intervir no conteúdo dos poderes diretivo, de controle e disciplinar, atribuindo natureza consensual ao exercício daqueles poderes que, de acordo com o conceito clássico de subordinação, deveriam constituir prerrogativas unilaterais do empregador¹⁰⁰.

Daí o possível “oximoro”¹⁰¹ de um poder que passa de unilateral a consensual. É essa, sem dúvida, a questão mais relevante levantada pela disciplina do trabalho ágil com relação ao artigo 2094 do Código Civil. Questões que podem ser condensadas em algumas perguntas: a disciplina do trabalho ágil tornou consensual o exercício dos poderes do empregador? E, em caso afirmativo, como a natureza subordinada do trabalho ágil pode ser conciliada com a noção clássica de subordinação do artigo 2094 do Código Civil que implica o exercício unilateral desses poderes?

6. O trabalho ágil entre conformidade e desvio da subordinação clássica

A maioria dos comentaristas adotou “uma leitura redutiva”¹⁰² dos artigos 19 e 21 da Lei nº 81 de 2017 e isso evidentemente para anular o seu significado subversivo com relação ao esquema do artigo 2094 do Código Civil.

¹⁰⁰ Sobre esse ponto Giampiero Proia, *op. cit.*, p. 192, segundo o quale “tornar consensual o exercício do poder” seria “impossível porque levaria à negação do próprio poder, que só pode ser unilateral”.

¹⁰¹ Assim, Giuseppe Santoro-Passarelli, *op. cit.*, p. 782.

¹⁰² Assim, Bruno Caruso, *op. cit.*, p. 223.

Partindo da reconstrução clássica, que identifica a subordinação na sujeição do trabalhador ao poder diretivo do empregador como elemento “essencial”¹⁰³ do contrato de trabalho subordinado¹⁰⁴ - o que não significa que o seu exercício deveria ser contínuo, podendo se manifestar de forma “potencial”¹⁰⁵ - a doutrina majoritária recusou a ideia de que esse poder possa se tornar consensual porque seu exercício está necessariamente referido à decisão exclusiva de seu titular¹⁰⁶. Segundo essa leitura no artigo 19 o legislador quis confiar ao acordo individual apenas a regulação das “formas” do exercício do poder, ou seja, apenas as modalidades extrínsecas pelas quais são

¹⁰³ Assim, Mattia Persiani, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Cedam, Pádua, 1966, p. 269.

¹⁰⁴ Umberto Carabelli, *Organizzazione del lavoro e professionalità: una riflessione su contratto di lavoro e post-taylorismo*, em *Giornale di diritto del lavoro e relazioni industriali*, 2004, p. 28 ss. e 62.

¹⁰⁵ Adalberto Perulli, *Le nuove frontiere del diritto del lavoro*, em *Rivista giuridica del lavoro*, 2016, I, p. 28.

¹⁰⁶ Rosa Casillo, *op. cit.*, p. 540 ss.; Amos Andreoni, *Il lavoro agile nel collegamento negoziale*, em *Rivista giuridica del lavoro*, 2018, I, p. 108; Fabrizio Ferraro, *Prime note sul potere direttivo nella disciplina del lavoro agile*, em Matteo Verzaro (org.), *op. cit.*, p. 182; Giampiero Proia, *op. cit.*, p. 192; Rossella Sciotti, *Tecnologia digitale e rapporto di lavoro*, em *Rivista degli infortuni e delle malattie professionali*, 2018, I, p. 181; Emanuele Dagnino, *Dalla fisica all'algoritmo: una prospettiva di analisi giuslavoristica*, Adapt University Press, 2019, p. 77 ss.; Matteo Verzaro, *Fattispecie della prestazione agile e limite dell'autonomia individuale*, em *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2019, p. 269 ss.; Alessandro Boscatti, *L'inquadramento giuridico del lavoro da remoto tra potere direttivo e autonomia della prestazione*, em Michel Martone (org.), *Il lavoro da remoto. Per una riforma dello smart working oltre l'emergenza*, La Tribuna, Piacenza, 2020, p. 58 ss.; Stefano Giubboni, *Le nuove frontiere del diritto del lavoro nella recente legislazione protettiva*, em *Variazioni di temi di diritto del lavoro*, 2020, p. 269; Mariapaola Aimò, Anna Fenoglio, *Alla ricerca di un bilanciamento tra autonomia organizzativa del lavoratore e poteri datoriali nel lavoro agile*, em *Labor*, 2021, p. 32 e ss.; Marco Tufo, *Il lavoro digitale a distanza*, Editoriale Scientifica, Nápoles, 2021, p. 219; Arturo Maresca, *Il nuovo mercato del lavoro e il superamento delle disuguaglianze: l'impatto della digitalizzazione e del remote working*, em *Federalismi.it*, 2022, no. 9, p. 174; Orsola Razzolini, *Lavoro agile e orario di lavoro*, em *Diritto delle relazioni industriali*, 2022, p. 375 ss.

indicadas as instruções para a execução do serviço, permanecendo inalterada sua natureza unilateral¹⁰⁷.

A disciplina contratual seria, portanto, autorizada a intervir apenas no *quomodo* do poder, sem poder afetar de forma alguma o *an* e o *quantum*, que permaneceriam na determinação unilateral do empregador¹⁰⁸.

Assim, seria confirmado o enquadramento do trabalho ágil na definição clássica da subordinação do artigo 2094 do Código Civil.

Contudo, embora compartilhada pela maioria dos autores, essa leitura não parece convincente por vários motivos¹⁰⁹.

Em primeiro lugar, é necessário refletir sobre as razões subjacentes a uma linha de interpretação que visa esvaziar de significado toda a previsão legal¹¹⁰ e essas razões podem ser facilmente identificadas na tendência de identificar a subordinação exclusivamente com o artigo 2094 do Código Civil, mas não menos decisivo é o medo de que a ampla referência à autonomia individual possa expor o trabalhador à maior força contratual do empregador¹¹¹.

Sobre este último perfil é útil esclarecer desde já que não há disposição na lei que autorize a autonomia individual a derrogar a aplicação de normas imperativas. Nesse sentido o artigo 21 se refere expressamente ao artigo 4 do Código do Trabalho em matéria de poder de controle¹¹², e no que concerne ao poder disciplinar, a mesma

¹⁰⁷ Assim, Giampiero Proia, *loc. ult. cit.*.

¹⁰⁸ Rosa Casillo, *op. cit.*, p. 543; Fabrizio Ferraro, *op. cit.*, p. 183; Marco Tufo, *loc. ult. cit.*; Orsola Razzolini, *loc. ult. cit.*.

¹⁰⁹ Giuseppe Ludovico, *op. cit.*, p. 122 ss.

¹¹⁰ Sobre esse ponto, Bruno Caruso, *op. cit.*, p. 226.

¹¹¹ Amos Andreoni, *op. cit.*, p. 106; Mariapaola Aimo, Anna Fenoglio, *op. cit.*, p. 35-36.

¹¹² Assim, Giuseppe Santoro-Passarelli, *op. cit.*, p. 784. Carla Spinelli, *op. ult. cit.*, p. 116 e 119 ss.; Alessandro Boscatti, *op. cit.*, p. 60.

previsão no parágrafo 2 confia ao acordo individual apenas a identificação das condutas praticadas fora das instalações da empresa, em função meramente de complemento do código disciplinar.

Se a preocupação com a dilatação dos poderes do empregador parece injustificada, a tese que minimiza o papel da autonomia individual no trabalho ágil deve ser recusada em razão de importantes considerações sistêmicas.

Se a intenção do Artigo 19 fosse realmente admitir intervenções da autonomia individual apenas sobre as “formas” dos poderes dos empregadores, a mesma referência teria que ser replicada para o poder de controle e disciplinar, tendo em conta a “conexão funcional” com o poder diretivo¹¹³, enquanto no Artigo 21 se refere ao “exercício” desses poderes e não somente às formas.

Há outra consideração mais decisiva: a leitura redutiva deixa de considerar que a forma do poder diretivo “é substancialmente livre”¹¹⁴ pois esse poder está sujeito, para alguns atos, a limites procedimentais, mas não há regra geral que imponha requisitos formais para seu exercício¹¹⁵. Essa liberdade de forma condiciona também a substância do poder, liberando seu exercício do cumprimento de vínculos formais, com a consequência que o *an* e o *quantum do* poder não são independentes de seu *quomodo* que, ao contrário, condiciona seu exercício¹¹⁶.

¹¹³ Mattia Persiani, *op. cit.*, p. 272; Luigi Mengoni, *I poteri dell'imprenditore*, em Luigi Mengoni, *Diritto e valori*, Il Mulino, Bologna, 1985, p. 392; Roberto Pessi, *Contributo allo studio della fattispecie lavoro subordinato*, Giuffrè, Milão, 1989, p. 70.

¹¹⁴ Assim, Maria Giovanna Mattarolo, *Il dovere di obbedienza*, em Carlo Cester, Maria Giovanna Mattarolo, *Diligenza e obbedienza del prestatore di lavoro. Art. 2104*, Giuffrè, Milão, 2007, p. 358.

¹¹⁵ Novamente Maria Giovanna Mattarolo, *loc. ult. cit.*

¹¹⁶ Franco Carinci, *Dall'ordinamento del lavoro in fabbrica a quello del lavoro*

É evidente, então, que o conteúdo do acordo não se refere a "um elemento marginal"¹¹⁷, já que "forma, nesse contexto, significa substância mais do que nunca"¹¹⁸.

Para entender como o acordo individual pode afetar a substância e não apenas a forma dos poderes do empregador, basta considerar que as comunicações digitais têm sido, há muito tempo, a forma comum de expressar esses poderes. Mesmo quando a forma escrita é exigida, como no caso de despedimento, a jurisprudência já admitiu que o requisito formal pode ser validamente cumprido por *e-mail*¹¹⁹, mensagem de *WhatsApp*¹²⁰ ou mensagem de texto¹²¹.

Mesmo antes da entrada em vigor da Lei nº 81 de 2017, as comunicações digitais já constituíam a forma natural de exercício do poder diretivo e sem que o empregador fosse obrigado a concordar com o empregado sobre o uso dessas formas.

A escolha de deixar à autonomia individual a regulação da forma de exercício do poder executivo não significa, portanto, que não possa afetar seu conteúdo, mas sim o contrário, no sentido de que o trabalhador pode negociar o cumprimento de vínculos formais que, de outra forma, não existiriam¹²².

da remoto, em Michel Martone (org.), *op. cit.*, p. 46, que critica a tese minimalista.

¹¹⁷ Anna Rita Tinti, *Travestimenti. Potere e libertà nel lavoro agile*, em *Lavoro e diritto*, 2022, p. 167.

¹¹⁸ Assim, Alberto Levi, *op. cit.*, p. 37.

¹¹⁹ Cass. 12 de dezembro de 2017, nº 29753, em *Guida al diritto*, 2018, nº 6, p. 60; App. Milão, 9 de março de 2020, nº 446.

¹²⁰ Trib. Catania 27 de junho de 2017.

¹²¹ App. Florença 5 de julho de 2016, nº 629, em *Foro it.* 2016, I, c. 3591; Trib. Turim 23 de julho de 2014.

¹²² Ver Adalberto Perulli, *Il Jobs Act del lavoro autonomo e agile: come cambiano i concetti di subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, cit., p. 58; Alberto Levi, *op. cit.*, p. 36-37; Giuseppe Ludovico, *op. cit.*, p. 129.

A leitura formalista do ditame normativo, portanto, constitui apenas uma tentativa engenhosa de se esquivar do problema da função atribuída à autonomia individual, deixando de explicar as razões pelas quais os poderes do empregador estão sujeitos à regulamentação consensual, em aparente contradição com o objetivo legislativo de retirar o trabalho ágil dos excessivos ônus burocráticos.

No entanto, outras opiniões sustentaram que não é possível ignorar o texto normativo, mas sim realçar seu conteúdo, do qual se pode inferir a inequívoca vontade legislativa de diferenciar o trabalho ágil do conceito tradicional de subordinação, reafirmando, ao mesmo tempo, a centralidade deste último¹²³.

É o que se deduz da definição do Artigo 18, que, ao descrever o trabalho ágil como uma “modalidade de execução da relação de trabalho subordinado”, foi erroneamente enquadrada no esquema da subordinação clássica do artigo 2094 do Código Civil.

Pelo contrário é evidente o desvio do esquema típico de trabalho subordinado no qual é o empregador que define unilateralmente as modalidades do desempenho que, no trabalho ágil, são confiadas à negociação entre as partes¹²⁴. Em outras palavras, é a própria

¹²³ Para esta tese: Giuseppe Santoro-Passarelli, *loc. ult. cit.*; Franco Carinci, *La subordinazione rivisitata alla luce dell'ultima legislazione: dalla "subordazione" alle "subordinazioni"?*, cit., p. 975 ss.; Adalberto Perulli, *op. cit.*, p. 56; Adalberto Perulli, *La "soggettivazione regolativa" nel diritto del lavoro*, em WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT - 365/2018, p. 37; Alberto Levi, *op. cit.*, p. 35 ss.; Fabiola Lamberti, *I limiti dell'autonomia individuale del lavoratore: percorsi e prospettive tra inderogabilità delle norme e disponibilità dei diritti*, Jovene, Nápoles, 2020, p. 249-250; Loredana Zappalà, *La colpa del lavoratore*, Giappichelli, Turim, 2020, p. 304 ss.; Lorenzo Zoppoli, Pasquale Monda, *Innovazioni tecnologiche e lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, em *Diritto delle relazioni industriali*, 2020, p. 332-333; Bruno Caruso, Loredana Zappalà, *Un diritto del lavoro "tridimensionale": valori e tecniche di fronte ai mutamenti dei luoghi di lavoro*, em WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT - 439/2021, p. 44-45.

¹²⁴ Giuseppe Santoro-Passarelli, *loc. ult. cit.*; Alberto Levi, *op. cit.*, p. 35 ss.

consensualidade do trabalho ágil que expressa um duplo desvio no plano *genético* e *funcional* do esquema do artigo 2094 do Código Civil¹²⁵.

Do primeiro ponto de vista, o desvio consiste no fato de que a escolha do trabalho ágil, referindo-se à modalidade de execução da prestação, deveria caber unilateralmente ao empregador¹²⁶. É a mesma consensualidade do trabalho ágil, confirmada já pelo Acordo-Quadro Europeu, que implica, por si só, uma limitação do poder diretivo do empregador.

Em coerência com a consensualidade do momento genético, os artigos 19 e 21 confiam às partes a disciplina do trabalho ágil no plano funcional, delegando ao acordo a regulamentação dos poderes do empregador, que assim perdem seu valor unilateral para assumir uma conotação negociada e participativa.

A regulamentação consensual dos poderes dos empregadores constitui, portanto, uma escolha que indica claramente a vontade de limitar seu exercício unilateral, acompanhando a tendência de superar os esquemas hierárquicos típicos do modelo organizacional fordista¹²⁷.

Se a vontade legislativa não tivesse sido a de permitir que as partes definissem um esquema causal diferente, privando os poderes do empregador de sua dimensão unilateral, o reenvio ao acordo individual para a regulamentação desses poderes seria completamente incompreensível¹²⁸.

¹²⁵ Giuseppe Ludovico, *op. cit.*, p. 134 ss.

¹²⁶ Sobre esse ponto, Anna Rita Tinti, *op. cit.*, p. 158.

¹²⁷ Giuseppe Santoro-Passarelli, *op. cit.*, p. 783.

¹²⁸ Sobre esse ponto, veja Adalberto Perulli, *op. ult. cit.*, p. 42.

Embora subversiva em relação ao artigo 2094 do Código Civil, a tese que reconhece a natureza negociada desses poderes, portanto, parece preferível não apenas por ser mais conforme com o texto normativo, mas, sobretudo, por ser mais coerente com a intenção legislativa de permitir que as partes busquem uma regulação de interesses mais adequada aos objetivos de aumento da competitividade da empresa e da conciliação das exigências da vida e do trabalho.

Então é plenamente aceitável a conclusão desta tese, que identifica o trabalho ágil como “um modelo especial de trabalho subordinado, que implica um desvio causal do tipo legal, enriquecido com aspectos estranhos ao sintagma contratual do artigo 2094 do Código Civil”, na medida em que “a primazia do poder diretivo deixa espaço para um programa negociado entre as partes”¹²⁹.

É preciso aceitar, em outras palavras, que o trabalho ágil “provavelmente amplia ou, de qualquer forma, modifica a noção de subordinação a que se refere o artigo 2094 do Código Civil”¹³⁰, acentuando a tendência ao “pluralismo normativo e à diferenciação funcional” do tipo por meio de “uma forma ‘especial’ de subordinação que se torna, em parte, ‘compartilhada’”¹³¹.

É interessante notar como essa reconstrução tem encontrado confirmação indireta em alguns dos argumentos utilizados pelas teses contrárias e isso em particular nas opiniões daqueles que, embora contestando o desvio causal da subordinação, tiveram que admitir que o trabalho ágil é “ainda um modelo de trabalho profundamente

¹²⁹ Assim, Adalberto Perulli, *op. cit.*, p. 40.

¹³⁰ Giuseppe Santoro-Passarelli, *loc. ult. cit.*

¹³¹ Adalberto Perulli, *op. cit.*, p. 38-41.

diferente daquele contemplado no artigo 2094 do Código Civil”¹³². Enquanto outros, criticando a tese do desvio causal, afirmaram que a especialidade do trabalho ágil não se refere à sua causa, mas à “causa do trabalho subordinado quando declinada na modalidade de trabalho ágil”¹³³.

No entanto, se é possível dirigir uma crítica à tese do desvio causal, é o fato de ter identificado o trabalho ágil exclusivamente com esse desvio. É manifestamente evidente, de fato, que o debate sobre o trabalho ágil foi condicionado pela perspectiva do confronto com a noção clássica de subordinação no pressuposto da sua unicidade, o que fez com que os resultados dessa comparação fossem colocados na alternativa rígida entre a coincidência forçada com esse conceito ou o desvio necessário em relação a ele¹³⁴.

Uma alternativa que em verdade não parece adequada para descrever os conteúdos da subordinação em coerência com a evolução do debate geral sobre esse conceito.

7. A subordinação do trabalho ágil na perspectiva do pluralismo tipológico e da dupla alienidade do resultado da prestação e da organização produtiva

Já foi observado que o progresso tecnológico não segue uma direção linear, desenvolvendo-se por “saltos evolutivos” que se concentram nos setores mais inovadores. Também já foi dito que o “novo”

¹³² Assim, Michel Martone, *op. cit.*, p. 463.

¹³³ Nesse sentido, Caterina Timellini, In che modo oggi il lavoro è smart? Sulla definizione di lavoro agile, em *Lavoro nella giurisprudenza*, 2018, p. 240.

¹³⁴ Giuseppe Ludovico, *op. cit.*, p. 138 ss.

não substitui o "velho", mas está ao lado dele em uma coexistência que perdura ao longo do tempo.

Mesmo em atividades que normalmente envolvem o uso de tecnologias digitais, é preciso evitar a tendência de inferir de seu uso uma transformação automática da posição do trabalhador em termos de maior autonomia. Uma equação que se mostra claramente errônea, pois o principal efeito do uso de tecnologias digitais sobre as relações de trabalho é - como já visto - a polarização entre os trabalhadores.

Em vez disso, é o conhecimento ou a capacidade de dominar a tecnologia que atenua ou exclui a sujeição do trabalhador e por conseguinte, altera também a posição do empregador, pois da maior capacidade de autodeterminação do primeiro deriva especularmente a compressão ou anulação dos poderes de heterodireção do segundo.

Assim, há uma divisão dentro da subordinação entre um extremo constituído pelo modelo hierárquico clássico baseado no binômio heterodireção/subordinação e o extremo oposto representado por um equilíbrio diferente marcado pela colaboração do trabalhador¹³⁵.

Essa fratura interna da subordinação, que havia sido intuída já na terceira revolução industrial, torna ainda mais evidente “o perene sentimento de inadequação da noção unitária de subordinação”¹³⁶, ou seja, a incapacidade de seu significado tradicional de descrever a pluralidade de casos que divergem não apenas pela gradação quantitativa da heterodireção, mas, sobretudo, pela diferença qualitativa resultante da superação do paradigma hierárquico.

¹³⁵ Giuseppe Ludovico, *op. cit.*, p. 138 ss.

¹³⁶ Massimo D'Antona, *op. cit.*, p. 196.

A análise, neste ponto, não pode deixar de retornar à pluralidade de subordinações descrita acima. Uma perspectiva que - como já ilustrado - partiu da existência no sistema jurídico de múltiplas figuras de trabalho subordinado caracterizadas pela ausência da heterodireção ou outros desvios do artigo 2094 do Código Civil.

No passado essa perspectiva permaneceu minoritária, embora apoiada por doutrina prestigiada, em razão da marginalidade dos desvios do esquema geral que ainda não permitia o reconhecimento de um pluralismo tipológico efetivo.

É precisamente nessa perspectiva que deve ser colocado o trabalho ágil, cuja disciplina completa a tendência ao pluralismo tipológico do trabalho subordinado que se encontra também em outros ordenamentos europeus¹³⁷, sancionando a transição da hegemonia do tipo codificado para um sistema em que, ao lado do tipo do art. 2094 do Código Civil, é colocado um outro esquema que se distingue do primeiro pela modulação da heterodireção e pela capacidade de autodeterminação do trabalhador na execução do prestação¹³⁸.

Com a disciplina do trabalho ágil o legislador quebra o dogma da unidade do tipo, adaptando seu conteúdo aos diferentes equilíbrios das posições das partes entre a heterodireção clássica e a regulamentação consensual dos poderes do empregador.

Nesse sentido o trabalho ágil aparece como “uma nova fronteira da subordinação” que evolui do modelo hierárquico tradicional para uma lógica colaborativa que pressupõe um alto grau de confiança¹³⁹

¹³⁷ Massimo Pallini, *Il lavoro economicamente dipendente*, Cedam, Pádua, 2013, p. 23 ss.

¹³⁸ Giuseppe Ludovico, *op. cit.*, p. 141 ss.

¹³⁹ Bruno Caruso, Loredana Zappalà, *op. cit.*, p. 52.

e responsabilização do trabalhador em vista do resultado¹⁴⁰. É nessa lógica que deve ser lida a referência do artigo 18 ao trabalho organizado

“por fases, ciclos e objetivos”, o que evidentemente alude a uma dimensão colaborativa em que o desempenho é medido com base em resultados e por conseguinte “sem vínculos precisos de horário ou lugar de trabalho”¹⁴¹.

As implicações para o conceito geral de subordinação são óbvias. Se no passado sua concepção pluralista era considerada impraticável em razão da marginalidade dos desvios do conceito geral, agora a pluralidade de noções não está relegada para áreas periféricas do direito do trabalho, mas ocupa uma posição de centralidade ou, pelo menos, de relevância na identificação do tipo socialmente predominante.

Se trata de uma mudança da uma perspectiva monista para uma perspectiva pluralista de subordinação, como pode ser deduzido pela escolha da Lei nº 81, de 2017 de afirmar a natureza subordinada do trabalho ágil, evitando qualquer referência ao artigo 2094 do Código Civil, que, nessa lógica, passa a definir apenas um entre vários casos de trabalho subordinado.

Uma vez clarificado que o trabalho ágil é parte de uma perspectiva pluralista de subordinação, é inevitável concluir que o acordo individual cumpre a função de explicitar a escolha das partes não apenas no que diz respeito ao momento genético, mas também ao esquema causal subjacente ao trabalho ágil.

¹⁴⁰ Assim, Adalberto Perulli, *op. cit.*, p. 42.

¹⁴¹ Vincenzo Bavaro, *L'orario di lavoro agile «senza precisi vincoli»*, em *Lavoro diritti Europa*, 2022, n. 1, p. 11.

Sobre esse ponto muitos argumentos militam a favor da atribuição às partes tanto da escolha de um regime causal diferente, limitando até a anular os poderes do empregador, bem como de confirmar o esquema tradicional do art. 2094 do Código Civil, confirmando a unilateralidade dos poderes.

Isso porque logicamente o amplo reenvio à autonomia individual não pode não englobar as duas escolhas e essa leitura é suportada por muitos argumentos literais: em primeiro lugar, o artigo 18, n.º 1, confia ao acordo individual a definição das modalidades de execução da prestação "também" por fases, ciclos e objetivos e sem vínculos precisos de horário ou lugar de trabalho; nos mesmos termos se expressa o artigo 19, n.º 1, na parte em que reafirma que o acordo regula a execução da prestação "também" no que respeita ao exercício do poder executivo e o Artigo 21, não excluindo que as partes possam confirmar a disciplina ordinária dos poderes de controle e disciplinar.

Desta forma, o legislador deixou claro que a adoção de um regime causal diferente não é obrigatória, assumindo o termo "também" um valor concessivo no sentido de tornar apenas possível essa escolha¹⁴².

O pacto individual, como pressuposto constitutivo do trabalho ágil, torna-se assim o lugar fundamental de expressão de um pluralismo tipológico *interno* ao trabalho ágil e à subordinação, que, dependendo da vontade das partes, podem assumir diferentes conteúdos que passam do esquema causal do artigo 2094 do Código Civil para a regulamentação consensual dos poderes do empregador.

¹⁴² Sobre esse ponto, Anna Rita Tinti, *op. cit.*, p. 161.

É nessa lógica de pluralidade tipológica que encontra sua expressão plena a chamada “subjettivação regulatória”, ou seja, a “manifestação particular da autonomia individual que se desenvolve dentro de esquemas preestabelecidos pelo legislador a fim de realizar na relação de emprego subordinado aquelas ‘mudanças libertadoras’ que consistem em um maior grau de liberdade dos sujeitos”¹⁴³.

Pois bem, é evidente que o regime tradicional da subordinação está destinado a permanecer válido para as hipóteses, que são a maioria, nas quais as partes optam por confirmar na sua amplitude os poderes de heterodireção, controle e disciplina do empregador e a correlata sujeição do trabalhador.

A reformulação do esquema causal da subordinação pressupõe, por outro lado, a vontade concordante das partes que depende não apenas das escolhas organizacionais do empregador, mas, sobretudo, da capacidade profissional do trabalhador e de seu interesse em alcançar, ao mesmo tempo, maiores espaços de autonomia e de responsabilidade. Na ausência de uma escolha diferente, portanto, a subordinação no trabalho ágil tenderá a replicar o esquema causal do art. 2094 do Código Civil com a consequência que nesse hipóteses a mera flexibilidade espaço-temporal da prestação não expressa, por si só, alguma variação da causa, permanecendo confirmada a unilateralidade dos poderes que poderão sempre exercidos em qualquer momento pelo seu titular.

Chegamos assim a um ponto fundamental da questão: se no trabalho ágil os poderes diretivo, de controle e disciplinar podem ser

¹⁴³ Assim, Adalberto Perulli, *op. cit.*, p. 7-8; mais em geral Bruno Caruso, Loredana Zappalà, *op. cit.*, p. 16 ss. e Giuseppe Ludovico, *loc. ult. cit.*

limitados ou anulados pela autonomia individual, é inevitável chegar-se à conclusão que o elemento identificador da subordinação não pode ser identificado na heterodireção que passa a ser um fator meramente eventual. É preciso então interrogar-se sobre os elementos identificadores que definem nesse caso o esquema causal da subordinação.

A resposta só pode ser encontrada em uma atitude diferente do vínculo funcional entre a colaboração do empregado e o interesse do empregador. Mais explicitamente, se no tipo codificado o interesse na coordenação da prestação é satisfeito pelos poderes de conformação da prestação mesma, na subordinação ágil o interesse organizacional do empregador é diretamente satisfeito pela capacidade do trabalhador de autodeterminar o seu desempenho para alcançar o resultado previsto.

Isso equivale a dizer que, no trabalho ágil, a colaboração não se expressa por meio da sujeição aos poderes de conformação do empregador, uma vez que a capacidade de autodeterminação do trabalhador torna esses poderes total ou parcialmente supérfluos¹⁴⁴.

Se não for a heterodireção do empregador e a sujeição do trabalhador que caracterizam a subordinação ágil, ela só poderá ser identificada com a inclusão do trabalhador e do resultado da prestação na organização do empregador.

Na verdade, esse diferente significado de subordinação não é totalmente estranho ao artigo 2094 do Código Civil, coincidindo com a interpretação dada por prestigiada doutrina, que atribuiu valor identificador à dependência determinada pela “inserção orgânica do

¹⁴⁴ Giuseppe Ludovico, *op. cit.*, p. 152 ss.

trabalhador na empresa”, qualificando a heterodireção como requisito eventual da subordinação¹⁴⁵.

Essa exegese do artigo 2094 do Código Civil descartou a possibilidade de que os dois termos da frase “sob dependência e direção” do empregador como uma *hendíade*, uma vez que “o último não é explicativo do primeiro”, expressando, em vez disso, “um modo normal (e, portanto, não essencial)” da subordinação, com o efeito de que a heterodireção, embora qualificando o tipo socialmente predominante, é estranha ao tipo legal, que é identificado “com a inserção orgânica do trabalhador na empresa”¹⁴⁶.

Essa noção “sintética”¹⁴⁷ de subordinação foi confirmada na conhecida sentença no. 30, de 12 de fevereiro de 1996 do Tribunal Constitucional, com relator o mesmo MENGONI, que, identificando o significado da noção de subordinação não tanto com o “modo de ser da prestação”, mas com o “tipo de interesses aos quais a atividade é funcionalizada e as correspondentes situações jurídicas em que está inserida”, esclareceu numa visão pluralista da subordinação¹⁴⁸, que esta corresponde a “um conceito mais pregnante e, ao mesmo tempo, qualitativamente diferente” de outros contratos que

¹⁴⁵ É a construção elaborada por Luigi Mengoni, *Contratto e rapporto di lavoro nella recente dottrina italiana*, em *Rivista delle società*, 1965, p. 685; reiterada posteriormente: Luigi Mengoni, *Lezioni sul contratto di lavoro*, Celuc, Milão, 1971; Luigi Mengoni, *Le modificazioni del rapporto di lavoro alla luce dello statuto dei lavoratori*, em Luigi Mengoni, *Diritto e valori*, Il Mulino, Bologna, 1985, p. 378; Luigi Mengoni, *Il contratto di lavoro*, editado por M. Napoli, Vita&Pensiero, Milão, 2004, p. 35;

¹⁴⁶ Luigi Mengoni, *La questione della subordinazione in due trattazioni recenti*, cit., p. 17.

¹⁴⁷ Assim, Franco Carinci, Raffaele De Luca Tamajo, Paolo Tosi, Tiziano Treu, *Diritto del lavoro*, Vol. II, Utet, Turim, 1998, p. 26.

¹⁴⁸ Sobre esse aspecto Marco Barbieri, *Della subordinazione dei ciclofattorini*, em *Labour&Law Issues*, 2019, no. 2, p. I-14.

envolvem uma atividade de trabalho, resultando essa diferença da “simultaneidade de duas condições que, em outros casos, nunca se encontram juntas: a alienidade (destinação exclusiva para outros) do resultado para o qual a prestação é utilizada, e a alienidade da organização produtiva na qual a prestação está inserida¹⁴⁹.

O conceito de “dupla alienidade”, que se refere exclusivamente à dimensão organizacional na qual a prestação é colocada, é, portanto, diferenciado do conceito, às vezes sobreposto, de dependência econômica, que se baseia em critérios estranhos à organização, ou seja, a posição do trabalhador no mercado e sua fraqueza contratual¹⁵⁰.

É bastante claro que a identificação da subordinação com a dupla alienidade ou hetero-organização, deixando de lado a heterodireção como requisito essencial da subordinação, é perfeitamente adequada ao trabalho ágil, levando um setor da doutrina a imaginar uma possível evolução nesse sentido da noção geral de subordinação¹⁵¹.

Cabe então questionar as razões que podem ter levado o legislador a introduzir mais uma hipótese de subordinação que, tanto na

¹⁴⁹ Corte cost. 12 de fevereiro de 1996, nº 30, em *Diritto del lavoro*, 1996, II, p. 52 ss., que reproduz quase literalmente o que foi escrito pelo Luigi Mengoni, *Il contratto di lavoro*, cit., p. 34.

¹⁵⁰ Adalberto Perulli, Un Jobs Act per il lavoro autonomo: verso una nuova disciplina della dipendenza economica?, em *Diritto delle relazioni industriali*, 2015, p. 119.

¹⁵¹ Sobre o ponto ver Giuseppe Ludovico, *op. cit.*, p. 152 ss.; Bruno Caruso, *op. cit.*, p. 226; Massimo Pallini, *La subordinazione è morta! Lunga vita alla subordinazione!*, em *Labour&Law Issue*, 2020, n. 2, p. 1-84 ss.; Mariapaola Aimo, Anna Fenoglio, *op. cit.*, p. 34; Maria Teresa Carinci, Alessandra Ingraio, *Il lavoro agile: criticità emergenti e proposte per una riforma*, em *Labour&Law Issues*, 2021, n. 2, p. R.19 s.; Anna Fenoglio, *Autonomia dei lavoratori «nella» subordinazione*, oggi, em *Rivista giuridica del lavoro*, 2022, I, p. 10 ss.

hipótese de confirmação da heterodireção quanto no caso da dupla alienidade, já era inferível do artigo 2094 do Código Civil.

Para entender as razões da escolha legislativa, é preciso considerar que a tese da dupla alienidade afirmada pelo Tribunal Constitucional, embora apoiada por prestigiados autores¹⁵², tem sido completamente ignorada pela doutrina e jurisprudência¹⁵³, confirmando a tendência a identificar a subordinação com o critério exclusivo da heterodireção na forma também “atenuada”.

É na relutância em abandonar a exclusividade do critério da heterodireção que devem ser buscadas as razões da intervenção do

¹⁵² Mario Napoli, *Contratto e rapporti di lavoro, oggi*, em Antonella Occhino (org.), *Rileggendo “Contratto e rapporti di lavoro oggi” di Mario Napoli*, Vita e Pensiero, Milano, 2017, p. 56-61; nos mesmos termos Adalberto Perulli, *Il lavoro autonomo. Contratto d’opera e professioni intellettuali*, em *Trattato di diritto civile e commerciale*, Vol. XXVII, t. 1, Giuffrè, Milano, 1996, p. 202 e 206-207; Giuseppe Pelacani, *Autonomia individuale e rapporto di lavoro. La divergenza fra il programma contrattuale ed il concreto atteggiarsi del rapporto*, Giappichelli, Turim, 2002, p. 106 ss.; Massimo Roccella, *Spigolature in tema di subordinazione. Lo strano caso del signor B.*, em *Rivista giuridica del lavoro*, 2007, II, p. 140; Franco Carinci, *Diritto privato e diritto del lavoro: uno sguardo dal ponte*, em WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT - 54/2007, p. 74. Com relação ao trabalho ágil e aos trabalhadores das plataformas digitais: Marco Barbieri, *op. cit.*, p. 1-12 ss.; Gisella De Simone, *Lavoro agile e subordinazione. Prime riflessioni*, em *Rivista giuridica del lavoro*, 2019, I, p. 14; Maria Vittoria Ballestrero, *La dicotomia autonomia/subordinazione. Uno sguardo in prospettiva*, em *Labour&Law Issue*, 2020, no. 2, p. 1-9; Oronzo Mazzotta, *L’inafferrabile etero-direzione: a proposito di ciclofattorini e modelli contrattuali*, em *Labor*, 2020, p. 13; Massimo Pallini, *op. cit.*, p. 1-84; Federico Martelloni, *La tutela del lavoro nel prisma dell’art. 35 Cost.*, em *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2020, I, p. 425-426; Mariapaola Aimò, Anna Fenoglio, *op. cit.*, p. 34 ss.; Anna Fenoglio, *op. cit.*, p. 10 ss.; Alessandro Garilli, *La subordinazione e i suoi confini nel pensiero di Massimo Roccella e nell’evoluzione ordinamentale*, em Mariapaola Aimò, Anna Fenoglio, Daniela Izzi (org.), *Studi in memoria di Massimo Roccella*, Esi, Napoli, 2021, p. 521; Federico Martelloni, *La condizione di doppia alienità del lavoratore bisognoso di tutela giuslavoristica*, em Mariapaola Aimò, Anna Fenoglio, Daniela Izzi (org.), *op. cit.*, p. 559 ss.; Anna Fenoglio, *La condizione di doppia alienità del lavoratore bisognoso di tutela giuslavoristica*, em Mariapaola Aimò, Anna Fenoglio, Daniela Izzi (org.), *op. cit.*, p. 559 ss.; Anna Fenoglio, *Tempo e subordinazione: riflessioni intorno al lavoro agile*, em *Labour&Law Issues*, 2022, n. 1, p. 203-204.

¹⁵³ Para essa observação, Massimo Roccella, *op. ult. cit.*, p. 140.

legislador que reafirma a dupla alienidade no conceito de subordinação ao lado da sua noção clássica.

A pluralidade de subordinações encontrou, assim, um reconhecimento legislativo formal, afastando o risco da exclusão das proteções trabalhistas de hipóteses não coincidentes com o critério da hetero-direção atribuída ao tipo legal.

8. Do trabalho ágil ao trabalho nas plataformas digitais: o critério da hetero-organização na disciplina italiana e na proposta de Diretiva Europeia relativa às condições de trabalho nas plataformas digitais

A análise pode continuar investigando algumas hipóteses de trabalho formalmente autônomo que parecem assumir conotações não muito diferentes das do trabalho ágil.

Os problemas surgem em razão da dupla torção descrita acima da linha divisória entre subordinação e autonomia, onde se concentram casos que não são mais facilmente distinguíveis.

No sistema italiano a questão decorre das recentes intervenções do legislador sobre as colaborações hetero-organizadas e coordenadas e contínuas, respectivamente, com o Artigo 2 do Decreto Legislativo nº 81 de 15 de junho de 2015 e o Artigo 409 do Código Processual Civil.

Com a primeira disposição, o legislador estabeleceu que, a partir de 1º de janeiro de 2016, a disciplina das relações de trabalho subordinado “também” “se aplica” às relações de colaboração que “se concretizem em prestações de trabalho contínuas, exclusivamente

pessoais, cuja forma seja organizada pelo comitente também com referência ao tempo e ao local de trabalho”¹⁵⁴. Posteriormente o âmbito de aplicação da norma foi ampliado pelo artigo 1, n.º 1, alínea a), do Decreto-Lei n.º 101, de 3 de setembro de 2019, convertido na Lei n.º 128, de 3 de setembro de 2019, que substituiu o advérbio “exclusivamente” com “prevalentemente” e eliminou a referência ao “tempo e local de trabalho”, acrescentando que o artigo 2 também se aplica quando “o modo de execução do serviço seja organizado através de plataformas, incluindo plataformas digitais”. O Decreto-Lei nº 101 de 2019 também introduziu no Decreto Legislativo nº 81 de 2015 um novo Capítulo V-bis, intitulado *Proteção do trabalho por meio de plataformas digitais*, que estabeleceu “níveis mínimos de proteção” para os “trabalhadores autônomos” que realizam “atividades de entrega de mercadorias por conta de outrem, em

¹⁵⁴ Sobre o conteúdo original da regra, ver: Luca Nogler, La subordinazione nel d.lgs. n. 81 del 2015: alla ricerca dell'“autorità del punto di vista giuridico”, em WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT - 267/2015; Valeria Nuzzo, Il lavoro personale coordinato e continuativo tra riforme e prospettive di tutela, em WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT - 280/2015; Mattia Persiani, *Note sulla disciplina di alcune collaborazioni coordinate*, em *Argomenti di diritto del lavoro*, 2015, p. 1257 ss.; Adalberto Perulli, Le collaborazioni organizzate dal committente, em Luigi Fiorillo, Adalberto Perulli (org.), *Tipologie contrattuali e disciplina delle mansioni*. Decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81, Giappichelli, Turim, 2015, p. 279 ss.; Roberto Pessi, Il tipo contrattuale: autonomia e subordinazione dopo il Jobs Act, WP Csdle “Massimo D’Antona”.IT - 282/2015; Orsola Razzolini, La nuova disciplina delle collaborazioni organizzate dal committente. Prime considerazioni, em WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT - 266/2015; Giuseppe Santoro-Passarelli, I rapporti di collaborazione organizzate dal committente e le collaborazioni continuative e coordinate ex art. 409, n. 3, c.p.c., em WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT - 278/2015; Michele Tiraboschi, Il lavoro etero-organizzato, em *Diritto delle relazioni industriali*, 2015, p. 978 ss.; Paolo Tosi, L’art. 2, comma 1, d. lgs. n. 81/2015: una norma apparente?, em *Argomenti di diritto del lavoro*, 2015, p. 1117 ss.; Tiziano Treu, In tema di Jobs Act. Il riordino dei tipi contrattuali, em *Giornale di diritto del lavoro e relazioni industriali*, 2015, p. 155 ss..

áreas urbanas e com o auxílio de velocípedes ou veículos motorizados” “por meio de plataformas também digitais”.

Entretanto, com o artigo 17 da mesma Lei n.º 81, de 2017, o legislador interveio também sobre a noção processual do artigo 409, n.º 3, do Código Processual Civil, que define a colaboração como “a prestação de trabalho contínua e coordenada, predominantemente pessoal, ainda que não tenha natureza subordinada”, adicionando uma nova frase segundo a qual “entende-se que a colaboração é coordenada quando, respeitando as modalidades de coordenação estabelecidas de comum acordo pelas partes, o colaborador organiza autonomamente a atividade laboral”¹⁵⁵.

O amplo debate ainda em curso tem se concentrado, também na jurisprudência¹⁵⁶, no problema da qualificação do trabalho em plataformas digitais em razão sobretudo da das muitas ambiguidades introduzidas na fronteira entre subordinação e autonomia¹⁵⁷.

¹⁵⁵ Sobre o novo texto da norma, ver Roberto Voza, La modifica dell'art. 409, n. 3, c.p.c., nel disegno di legge sul lavoro autonomo, em WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT - 318/2017; Adalberto Perulli, Il nuovo art. 409, n. 3, c.p.c. (art. 15, l. 22 maio 2017, n. 81), em Luigi Fiorillo, Adalberto Perulli (org.), Il Jobs Act del lavoro autonomo e del lavoro agile, cit., p. 141 ss.; Carlo Pisani, La nozione legale di coordinamento introdotta dall'art. 15 della legge n. 81/2017, em Diritto delle relazioni industriali, 2018, p. 823 ss.; Adalberto Perulli, La nuova definizione di collaborazione organizzata dal committente. Note al d.lgs. n. 81/2015, em Rivista italiana di diritto del lavoro, 2019, III, p. 163 ss.

¹⁵⁶ Ver Trib. Turim 7 de maio de 2018, no. 778, em *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2018, II, p. 294 ss, com nota de Pietro Ichino; Trib. Milano 10 de setembro de 2018, no. 1853, em *Rivista giuridica del lavoro*, 2019, II, 82 ss., com nota de Carla Spinelli; App. Turim, 4 de janeiro de 2019, n.º 26, em *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2019, II, p. 340 ss., com nota de M.T. Carinci, e Cass. 24 de janeiro de 2020, n.º 1663, em *Diritto delle relazioni industriali*, 2020, p. 487 ss., com nota de M.T. Carinci.

¹⁵⁷ Em geral sobre o trabalho nas plataformas digitais: Piera Loi (org.), *Il lavoro attraverso piattaforme digitali tra rischi e opportunità*, Edizioni Scientifiche Italiane, Naples, 2021; Maria Teresa Carinci, Armando Tursi, *Tutele crescenti e lavoro eterorganizzato al vaglio delle Alte Corti*, Giappichelli, Turin, 2021, p. 81 ss.; Annamaria Donini, *Labour through digital platforms*, Bonomia University Press,

O artigo 2 do Decreto Legislativo nº 81 de 2015 assume, contudo, um âmbito de aplicação que vai muito além da questão da qualificação dos trabalhadores das plataformas, levantando questões relativas à própria natureza das colaborações hetero-organizadas em relação especialmente ao artigo 2094 do Código Civil.

A disposição em questão tem sido objeto de interpretações muito diferentes: para a tese dominante¹⁵⁸ seria apenas uma regra de disciplina que se limitaria a estender as proteções do emprego subordinado sem alterar a natureza autônoma das colaborações e o significado da subordinação, dada a diferença qualitativa entre hetero-organização e heterodireção¹⁵⁹, enquanto para a tese minoritária, a

Bologna, 2019; Adalberto Perulli (org.), *Lavoro autonomo e capitalismo delle piattaforme*, Wolters Kluwer-Cedam, Milano, 2018; AA.VV., *Il lavoro nelle piattaforme digitali. Nuove opportunità, nuove forme di sfruttamento, nuovi bisogni di tutela*, em *Quaderni Rivista giuridica del lavoro*, 2017, no. 2.

¹⁵⁸ Mesmo para a Cass. 24 de janeiro de 2020, no. 1663, cit..

¹⁵⁹ Neste sentido: Giampiero Proia, *Tempo e qualificazione del rapporto di lavoro*, em *Labour&Law Issues*, 2022, n. 1, p. 64; Riccardo Del Punta, *Diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2021, p. 414-415; Cinzia De Marco, Alessandro Garilli, *L'enigma qualificatorio dei riders. Un incontro ravvicinato tra dottrina e giurisprudenza*, em *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT - 435/2021*, p. 19 ss.; Adalberto Perulli, *Oltre la subordinazione. La nuova tendenza espansiva del diritto del lavoro*, cit., p. 98 ss.; A turo Maresca, *La disciplina del lavoro subordinato applicabile alle collaborazioni etero-organizzate*, em *Diritto delle relazioni industriali*, 2020, p. 146 ss.; Mattia Pe siani, *Note sulla vicenda giudiziaria dei riders*, em *Lavoro diritti Europa*, 2020, no. 1, p. 4 ss.; Giampiero Proia, *Le 'collaborazioni organizzate' dal committente: punti fermi (pochi) e incertezze (tante)*, em *Diritto delle relazioni industriali*, 2020, p. 499 ss.; Maria Teresa Carinci, *I contratti in cui è dedotta un'attività di lavoro alla luce di Cass. 1663/2020*, em *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2020, I, p. 49 ss.; Riccardo Del Punta, *Sui riders e non solo: il rebus delle collaborazioni organizzate dal committente*, em *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2019, II, p. 358 ss.; Carlo Pisani, *op. cit.*, p. 825 ss.; Silvia Ciucci ovino, *Le "collaborazioni organizzate dal committente" nel confine tra autonomia e subordinazione*, em *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2016, I, p. 322 ss.; Marco Marazza, *Collaborazioni organizzate e subordinazione: il problema del limite (qualitativo) di intensificazione del potere di istruzione*, em *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT - 315/2016*, p. 8 ss.; Antonello Zoppoli, *La collaborazione etero-organizzata: fattispecie e disciplina*, em *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT - 296/2016*, p. 7 ss..

regra seria “aparente”¹⁶⁰ no sentido que o objetivo dela seria de qualificar as colaborações hetero-organizadas como subordinadas¹⁶¹, considerando o poder diretivo e organizativo como “sinônimos ou equivalentes funcionais”¹⁶².

Não menos controversas foram as colaborações do artigo 409, n° 3 do Código Processual Civil, que, segundo muitos, se distinguem das do art. 2 pela plena autonomia organizativa do colaborador, cuja coordenação com a organização da empresa é confiada à determinação consensual das partes¹⁶³, mas não faltam opiniões que colocam

¹⁶⁰ Essa é a tese de Paolo Tosi, *op. cit.*, p. 1125 ss.

¹⁶¹ Assim, Luca Nogler, *op. cit.*, p. 17 ss.; Valeria Nuzzo, *op. cit.*, p. 8-9; Orsola Razzolini, *op. cit.*, p. 4; Giuseppe Santoro-Passarelli, *op. cit.*, p. 16 ss.; Michele Tiraboschi, *op. cit.*, p. 980-981; Tiziano Treu, *op. cit.*, p. 163-164; Giuseppe Ferraro, *Collaborazioni organizzate dal committente*, em *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2016, I, p. 58 ss.; Massimo Pallini, *Dalla eterodirezione alla eteroorganizzazione: una nuova nozione di subordinazione?*, em *Rivista giuridica del lavoro*, 2016, I, p. 78; Vito Pinto, *L'integrazione dell'art. 409, n. 3, c.p.c. e la riconfigurazione delle collaborazioni coordinate e continuative*, em Massimo Lanotte (org.), *Il lavoro autonomo e occasionale*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 77; Franco Carinci, *La subordinazione rivisitata alla luce dell'ultima legislazione: dalla "subordinazione" alle "subordinazioni"?*, cit., p. 968-969; Oronzo Mazzotta, *op. ult. cit.*, p. 22 ss.; Orsola Razzolini, *I confini tra subordinazione, collaborazioni eteroorganizzate e lavoro autonomo coordinato: una rilettura*, em *Diritto delle relazioni industriali*, 2020, p. 363 ss.; Andrea Pilati, *Le collaborazioni organizzate e lavoro autonomo coordinato: una rilettura*, em *Diritto delle relazioni industriali*, 2020, p. 363 ss.

¹⁶² Orsola Razzolini, *op. cit.*, p. 358; Giuseppe Santoro-Passarelli, *Lavoro eterodiretto, eteroorganizzato, coordinato ex art. 409, n. 3, c.p.c.*, em *Rivista giuridica del lavoro*, 2016, I, p. 93-94; Edoardo Ghera, *Considerazioni sulle collaborazioni organizzate dal committente*, em *Diritto del mercato del lavoro*, 2021, p. 558; Giuseppe Ferraro, *Nuove subordinazioni e vecchie categorie giuridiche*, em *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2020, I, p. 361.

¹⁶³ Sobre este último aspecto, entre muitos, Silvia Ciucciovino, *op. cit.*, p. 331 ss.; Mariella Magnani, *Autonomia, subordinazione, coordinazione nel d.lgs. 81/2015*, em WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT - 294/2016, p. 14 ss.; Adalberto Perulli, *Le nuove frontiere del diritto del lavoro*, cit., p. 31 ss.; Giuseppe Santoro-Passarelli, *Lavoro eteroorganizzato, coordinato, agile e il telelavoro: un puzzle non facile da comporre in un'impresa in via di trasformazione*, cit., p. 777 ss.; Roberto Voza, *op. cit.*, p. 9 ss.; Adalberto Perulli, *Il nuovo art. 409, n. 3, c.p.c. (art. 15, l. 22 maio 2017, n. 81)*, cit., p. 141 ss.; Giampiero Proia, *op. cit.*, p. 499 ss.; Antonello Zoppoli, *Le collaborazioni eteroorganizzate tra antiche questioni, vincoli di sistema e potenzialità*, em *Diritto delle relazioni industriali*, 2020, p. 726.

ambas as hipóteses numa noção única e ampla de colaborações autônomas, com a diferença de que nas hetero-organizadas do artigo 2 Decreto Legislativo nº 81 de 2015 o poder de coordenação é confiado pelas próprias partes ao contratante, enquanto nas do art. 409, n.º 3, do Código de Processo Civil, as partes definem as modalidades de coordenação no momento da celebração do contrato¹⁶⁴.

É nesta altura evidente que a comparação entre trabalho ágil e colaborações depende tanto do significado que se pretende atribuir ao primeiro, quanto da natureza das segundas.

Em particular, aqueles que sustentam que no trabalho ágil os poderes do empregador não desviam do art. 2094 do Código Civil, afirmam que o poder diretivo do empregador continuaria a distinguir o trabalho ágil das colaborações autônomas hetero-organizadas e coordenadas e contínuas¹⁶⁵.

Essas reconstruções evidentemente interpretam o poder diretivo como o critério exclusivo para identificar a subordinação, derivando da centralidade desse critério a diferença qualitativa afirmada entre heterodireção e hetero-organização.

No entanto, essas leituras não têm em consideração o fato de que o problema fundamental é precisamente a identificação da subordinação com a heterodireção e questão deveria ser abordada colocando as diferentes intervenções do legislador na mesma perspectiva, sendo difícil imaginar que disposições tão próximas no tempo não respondam à mesma intenção.

¹⁶⁴ Assim Umberto Carabelli, *Introduzione*, em *Rivista giuridica del lavoro*, 2016, I, p. 5 ss.

¹⁶⁵ Rosa Casillo, *op. cit.*, p. 547 ss.; Fabrizio Ferraro, *op. ult. cit.*, p. 185; Gabriele Franza, *op. cit.*, p. 778; Marco Tufo, *op. cit.*, p. 368; Carla Spinelli, *op. cit.*, p. 109-111; Fabrizio Ferraro, *op. cit.*, p. 185 ss.

Foi argumentado que na perspectiva do pluralismo tipológico o conteúdo da subordinação no trabalho ágil pode ser modulado de forma diferente, podendo as partes confirmar o esquema causal do tipo codificado ou desviar do critério identificativo da heterodireção pelo que, nesta segunda hipótese, a subordinação acaba por ser identificada em seu conteúdo mínimo com a dupla alienidade do resultado da prestação e da organização produtiva.

Esta reinterpretação do conceito de subordinação, embora limitada ao trabalho ágil, exigia evidentemente uma redefinição coerente também do critério de distinção do lado do trabalho autônomo de modo a cobrir toda a área da hetero-organização com a disciplina do trabalho subordinado. É nessa lógica que o artigo 2 do Decreto Legislativo n. 81 de 2015 assume um significado preciso confirmando a perspectiva de que a subordinação não se identifica mais com o critério exclusivo da heterodireção espaço-temporal da prestação, mas com a hetero-organização¹⁶⁶. O que leva a concordar com a opinião daqueles que consideraram a disciplina do trabalho ágil e a definição das colaborações hetero-organizadas como “unidas por um fio comum”¹⁶⁷, sendo ambas inspiradas pela intenção de ampliar o conceito de subordinação para adaptar seu significado à realidade social.

Tanto o trabalho ágil como as colaborações hetero-organizadas estão assim unidos pelo significado mínimo de subordinação que tende a coincidir com a dupla alienidade no sentido da inserção funcional do

¹⁶⁶ Marco Barbieri, *op. ult cit.*, p. 1-44-45. Assim também Giuseppe Santoro-Passarelli, *Civiltà giuridica e trasformazioni sociali nel diritto del lavoro*, em *Diritto delle relazioni industriali*, 2019, p. 436.

¹⁶⁷ Anna Fenoglio, *Autonomia dei lavoratori «nella» subordinazione*, *oggi*, cit., p. 6; Anna Fenoglio, *Tempo e subordinazione: riflessioni intorno al lavoro agile*, cit., p. 202.

trabalhador na organização produtiva de outros. E não há dúvida de que, em decorrência dessas intervenções, a subordinação acabou invadindo parte da área anteriormente ocupada pela autonomia.

Resta agora investigar as relações entre o trabalho ágil e as colaborações previstas no artigo 409, §3º, do Código Processual Civil, que, diferentemente das colaborações hetero-organizadas do artigo 2 do decreto legislativo nº 81 de 2015, colocam-se na área da autonomia. No entanto, mesmo essas relações têm levantado o problema da possível sobreposição com o trabalho ágil, especialmente após as alterações introduzidas pelo artigo 17 da Lei nº 81 de 2017, que confiou - como já visto - a definição das modalidades de coordenação ao comum acordo entre as partes, sem prejuízo da autonomia organizativa do colaborador¹⁶⁸.

Embora contíguos, as duas hipóteses permanecem de qualquer maneira distintas pela razão fundamental de que, enquanto o trabalho ágil exige a integração do trabalhador na organização do empregador, nas colaborações do artigo 409, §3º, do Código Processual Civil, o acordo entre as partes só pode definir as modalidades de coordenação da atividade do colaborador como dotado de plena autonomia organizativa¹⁶⁹.

É nessa perspectiva que deve ser lida a alteração do art. 409 do Código de Processo Civil introduzida pelo art. 17 da Lei nº 81, de 2017, que excluindo qualquer interferência organizativa do

¹⁶⁸ Vito Pinto, *op. cit.*, p. 368-369; Gabriele Franza, *op. cit.*, p. 781; Giuseppe Santoro-Passarelli, Il lavoro autonomo non imprenditoriale, il lavoro agile e il telelavoro, em *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2017, I, p. 391-392.

¹⁶⁹ Assim, mesmo antes da Lei nº 81 de 2017, Mattia Persiani, *Note sulla disciplina di alcune collaborazioni coordinate*, cit., p. 1259; Luca Nogler, *op. cit.*, p. 19.

comitente, estabelece uma clara distinção entre hetero-organização e coordenação, que no sistema atual corresponde também à fronteira fundamental entre a aplicação da disciplina do trabalho subordinado e a do trabalho autônomo. O legislador quis, portanto, evitar o risco de sobreposição entre o conceito de hetero-organização e o de coordenação, o que significa que, enquanto no passado a coordenação era definida pela ausência de heterodireção, agora é definida pela ausência de hetero-organização.

É igualmente evidente que o conceito revisitado de coordenação também oferece um critério útil para distinguir o trabalho ágil das colaborações não hetero-organizadas, uma vez que o primeiro exige a hetero-organização como conteúdo mínimo de subordinação, enquanto no segundo a coordenação com a organização do comitente não pode prejudicar a autonomia organizativa do empregado.

Alguns sinais de uma evolução semelhante do conceito de subordinação no sentido da hetero-organização estão surgindo no direito europeu.

Em 9 de dezembro de 2021, a Comissão Europeia publicou uma proposta de diretiva sobre o trabalho com plataformas digitais e em 12 de junho de 2023 os ministros do Emprego e dos Assuntos Sociais chegaram a acordo sobre a orientação geral do Conselho¹⁷⁰.

O texto da diretiva dá grande ênfase ao elemento da organização, dispondo que os Estados-Membros devem estabelecer métodos

¹⁷⁰ O acordo sobre a diretiva entre o Parlamento Europeu e o Conselho foi alcançado em 13 de dezembro 2023, mas em 22 de dezembro de 2023, a Presidência do Conselho concluiu que não era possível obter a maioria necessária para alcançar o acordo provisório entre os representantes dos Estados-Membros (Coreper). Caberá à Presidência belga retomar as negociações com o Parlamento Europeu para chegar a acordo sobre a versão final da diretiva.

adequados para a qualificação da relação dos trabalhadores, tendo em conta a utilização dos algoritmos na organização do trabalho nas plataformas digitais independentemente da forma como a relação é classificada em qualquer acordo contratual que possa ter sido concluído entre as partes (artigo 3).

Ainda mais interessante é a presunção de subordinação prevista no artigo 4, segundo o qual a relação contratual entre uma plataforma que controla a execução do trabalho e uma pessoa que executa um trabalho através dessa plataforma deve ser considerada juridicamente uma relação de trabalho, dispondo que esse controlo que implica a qualificação da relação como subordinada, é presumido na presença de, pelo menos, dois dos seguintes critérios: a) efetiva determinação, ou fixação de limites máximos, do nível de remuneração; b) Imposição à pessoa que trabalha na plataforma de regras específicas de aparência ou conduta em relação ao destinatário ou relativas à execução do trabalho; c) Supervisão da execução do trabalho ou verificação da qualidade dos resultados do trabalho, incluindo por meios eletrônicos; d) Restrição efetiva, incluindo através de sanções, da liberdade de organizar o trabalho, em especial o poder para determinar o horário de trabalho ou os períodos de ausência, aceitar ou recusar tarefas ou recorrer a subcontratantes ou substitutos; e) Restrição efetiva da possibilidade de desenvolver uma carteira de clientes ou de executar trabalho para terceiros.

A presença destes dois últimos critérios de hetero-organização, ou seja, a limitação da liberdade de organização do próprio trabalho e da possibilidade de constituir uma clientela própria ou de efetuar trabalhos para terceiros, seria, portanto, suficiente para configurar

a relação como subordinada, independentemente da existência do requisito da heterodireção.

Nesse sentido, algumas opiniões afirmam que esses indícios de subordinação são concebidos num sentido muito vago e numa chave - fundamentalmente - de hetero-organização, como se pode deduzir do facto de alguns deles serem completamente alheios ao conteúdo da prestação e ao poder de dirigir e conformar o seu modo, tempo e lugar¹⁷¹. Com efeito, há que admitir que a noção europeia de subordinação é “mais dúctil e inclusiva”¹⁷² do que o critério da heterodireção, podendo encontrar-se na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia¹⁷³ algumas referências, embora atenuadas¹⁷⁴, ao elemento da inserção do trabalhador na organização do empregador, a ponto de alguma doutrina ter afirmado que o conceito de subordinação usado pelos juízes europeus é frequentemente um critério de hetero-organização em vez de heterodireção¹⁷⁵.

¹⁷¹ Assim Stefano Giubboni, La proposta di direttiva della Commissione europea sul lavoro tramite piattaforma digitale, em Menabò di Etica ed economia, 16 de janeiro de 2022. No mesmo sentido Emanuele Menegatti, Ragionando sulla presunzione di subordinazione di cui dalla proposta di Direttiva sul lavoro mediante piattaforma digitale, em Federalismi, 2023, n. 14, p. 231. Em sentido diferente Giuseppe Bronzini, La proposta di Direttiva sul lavoro nelle piattaforme digitali tra esigenze di tutela immediata e le sfide dell’“umanesimo digitale”, em Lavoro Diritti Europa, 2022, n. 1, p. 7.

¹⁷² Giuseppe Bronzini, *op. cit.*, p. 6.

¹⁷³ Trib. Jus. EU, 4 de dezembro de 2014, C-413/13, em Rivista italiana di diritto del lavoro, 2015, II, p. 566, com nota de Pietro Ichino, Sulla questione del lavoro non subordinato ma sostanzialmente dipendente nel diritto europeo e in quello degli Stati membri.

¹⁷⁴ Ver Mariapaola Aimo, Subordinazione e autonomia: che cosa ha da dire l’Unione europea?, em Labor, 2021, p. 393 ss.

¹⁷⁵ Assim, Stefano Giubboni, Per una voce sullo status di lavoratore subordinato nel diritto dell’Unione europea, em Rivista del diritto della sicurezza sociale, 2018, p. 213-214; Stefano Giubboni, Note sparse sugli usi della nozione euro-unitaria di subordinazione nell’ordinamento interno, em Rivista italiana di diritto del lavoro, 2022, I, p. 67-68; Pietro Ichino, *op. cit.*, p. 575. Sobre a subordinação na jurisprudência europeia, também Mariapaola Aimo, *op. cit.*, p. 389 ss.; Elena

Obviamente, o futuro esclarecerá se a evolução, previsivelmente ainda não concluída, da linha de fronteira entre subordinação e autonomia iniciada no direito italiano conduzirá à afirmação definitiva de um novo critério de aplicação das proteções laborais, mais amplo e menos rígido do que a tradicional heterodireção.

No entanto, o que começa a emergir claramente da evolução dos sistemas jurídicos nacionais e também do direito europeu é a inadequação de um critério único para identificar e descrever a complexidade moderna da relação entre trabalhador e empresa.

Gramano, Ancora sulla nozione di 'lavoratore' nel diritto dell'unione europea: il caso Yodel, em *Argomenti di diritto del lavoro*, 2020, II, p. 1459 ss.; Luca Nogler, *The concept of "Subordination" in European and Comparative Law*, Università degli Studi di Trento, Trento, 2009, p. 1 ss.

Bibliografia

AA.VV., Il lavoro nelle piattaforme digitali. Nuove opportunità, nuove forme di sfruttamento, nuovi bisogni di tutela, em Quaderni Rivista giuridica del lavoro, 2017, no. 2.

Aimo Mariapaola, Fenoglio Anna, Alla ricerca di un bilanciamento tra autonomia organizzativa del lavoratore e poteri datoriali nel lavoro agile, em Labor, 2021, p. 32 ss.

Aimo Mariapaola, Subordinazione e autonomia: che cosa ha da dire l'Unione europea?, em Labor, 2021, p. 393 ss.

Allamprese Andrea, Pascucci Fabio, La tutela della salute e della sicurezza del lavoratore «agile», em Rivista giuridica del lavoro, 2017, I, p. 315 ss.

Andreoni Amos, Il lavoro agile nel collegamento negoziale, em Rivista giuridica del lavoro, 2018, I, p. 108 ss.

Ballestrero Maria Vittoria, La dicotomia autonomia/subordinazione. Uno sguardo in prospettiva, em Labour&Law Issue, 2020, no. 2, p. 1-9 ss.

Barbieri Marco, Della subordinazione dei ciclofattorini, em Labour&Law Issues, 2019, no. 2, p. 1-14 ss.

Bavaro Vincenzo, L'orario di lavoro agile «senza precisi vincoli», em *Lavoro diritti Europa*, 2022, n. 1, p. 11 ss.

Beck Ulrich, *Il lavoro nell'epoca della fine del lavoro*, Einaudi, Turim, 2000

- *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Carrocci, Roma, 2020

Bessant John, Knowles David, Briffa Greg, Francis David, *Developing the Agile Enterprise*, em *International Journal of Technology*, 2002, p. 484 ss.

Blackwell John, *Smart Working. A definitive report on today's smart ways of working*, JBA, 2008

Boscati Alessandro, L'inquadramento giuridico del lavoro da remoto tra potere direttivo e autonomia della prestazione, em Michel Martone (org.), *Il lavoro da remoto. Per una riforma dello smart working oltre l'emergenza*, La Tribuna, Piacenza, 2020, p. 58 ss.

Brollo Marina, *Il lavoro agile alla prova della emergenza epidemiologica*, em Valeria Filì (org.), *Covid-19 e rapporto di lavoro*, em Domenico Garofalo, Michele Tiraboschi, Valeria Filì, Francesco Seghezzi (org.), *Welfare e lavoro nella emergenza epidemiologica. Contributo sulla nuova questione sociale*, Vol. I, *Adapt Labour Studies e-Book series no. 89*, 2020, p. 169 ss.

Bronzini Giuseppe, La proposta di Direttiva sul lavoro nelle piattaforme digitali tra esigenze di tutela immediata e le sfide dell'”umanesimo digitale”, em Lavoro Diritti Europa, 2022, n. 1, p. 7 ss.

Bruno Caruso, Tra lasciti e rovine della pandemia: più o meno smart working?, em Rivista italiana di diritto del lavoro, 2020, I, p. 220 ss.

Brynjolfsson Erik, McAfee Andrew, La nuova rivoluzione delle macchine, Feltrinelli, Milão, 2015

Butera Federico, Lavoro e organizzazione nella quarta rivoluzione industriale: la nuova progettazione socio-tecnica, em L'industria, 2017, p. 301 ss.

- Le condizioni organizzative e professionali dello smart working dopo l'emergenza: progettare il lavoro ubiquo fatto di ruoli aperti e di professioni a larga banda, em Studi organizzativi, 2020, p. 148 ss.

Carabelli Umberto, *Introduzione*, em *Rivista giuridica del lavoro*, 2016, I, p. 5 ss.

- Organizzazione del lavoro e professionalità: una riflessione su contratto di lavoro e post-taylorismo, em Giornale di diritto del lavoro e relazioni industriali, 2004, p. 1 ss.

Carinci Franco, Dall'ordinamento del lavoro in fabbrica a quello del lavoro da remoto, em Michel Martone (org.), Il lavoro da remoto.

Per una riforma dello smart working oltre l'emergenza, *La Tribuna*, Pi-
acenza, 2020, p. 46 ss.

- Diritto privato e diritto del lavoro: uno sguardo dal ponte, em
WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT - 54/2007

- La subordinazione rivisitata alla luce dell'ultima legislazione:
dalla "subordinazione" alle "subordinazioni"?, em *Argomenti di diritto
del lavoro*, 2018, p. 961 ss..

- Rivoluzione tecnologica e diritto del lavoro: il rapporto indivi-
duale, em AA.VV., *Rivoluzione tecnologia e diritto del lavoro. Atti
delle giornate di studio di diritto del lavoro Aidlass*, Napoli, 12-14
aprile 1985, Giuffrè, Milão, 1986, p. 4 ss.

Carinci Franco, De Luca Tamajo Raffaele, Tosi Paolo, Treu Tizi-
ano, *Diritto del lavoro*, Vol. II, Utet, Turim, 1998

Carinci Maria Teresa, I contratti in cui è dedotta un'attività di
lavoro alla luce di Cass. 1663/2020, em *Rivista italiana di diritto del
lavoro*, 2020, I, p. 49 ss.

Carinci Maria Teresa, Ingrao Alessandra, Il lavoro agile: criticità
emergenti e proposte per una riforma, em *Labour&Law Issues*, 2021,
n. 2, p. R.19 ss.

Carinci Maria Teresa, Tursi Armando, Tutele crescenti e lavoro
eterorganizzato al vaglio delle Alte Corti, Giappichelli, Turin, 2021

Carla Spinelli, Tecnologie digitali e lavoro agile, Cacucci, Bari, 2018

Caruso Bruno, Zappalà Loredana, Un diritto del lavoro "tridimensionale": valori e tecniche di fronte ai mutamenti dei luoghi di lavoro, em WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT - 439/2021

Casillo Rosa, Competitività e conciliazione nel lavoro agile, em Rivista giuridica del lavoro, 2018, I, p. 121

- La subordinazione "agile", em Dir. lav. merc., 2017, p. 539 ss.

Cessari Aldo, *Diritto d'informazione e "conoscenza"*, em Aldo Cessari, Raffaele De Luca Tamajo, *Dal garantismo al controllo*, Giuffrè, Milão, 1987, p. 199 ss.

Cipriani Alberto, La partecipazione innovativa dei lavoratori. Creativity and contradictions in work 4.0, em Alberto Cipriani, Alessio Gramolati, Giovanni Mari, (org.), *Il lavoro 4.0. La Quarta Rivoluzione industriale e le trasformazioni delle attività lavorative*, Firenze University Press, Firenze, 2018, p. 175 ss.

Ciucciovino Silvia, Le "collaborazioni organizzate dal committeente" nel confine tra autonomia e subordinazione, em Rivista italiana di diritto del lavoro, 2016, I, p. 322 ss.

Comissão Europeia, Industry 5.0. Towards a sustainable, human-centric and resilient European industry, Publications Office of the

European Union, Luxembourg, 2021,

-The increasing use of portable computing and communication devices and its impact on the health of EU workers, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2010

Cruz Villalón Jesús, Le trasformazioni delle relazioni industriali di fronte alla digitalizzazione della economia, em *Giornale di diritto del lavoro e relazioni industriali*, 2018, p. 465 ss.

D'Antona Massimo, I mutamenti del diritto del lavoro e il problema della subordinazione, em *Rivista critica di diritto privato*, 1988, p. 199 ss.

- La subordinazione e oltre. Una teoria giuridica per il lavoro che cambia, em Marcello Pedrazzoli (org.), *Lavoro subordinato e dintorni*, Il Mulino, Bologna, 1989, p. 43 ss.

- Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro, em Bruno Caruso, Silvana Sciarra (org.), Massimo D'Antona. *Opere*, Vol. I, *Scritti sul metodo* e sulla evoluzione del diritto del lavoro. *Scritti sul diritto del lavoro comparato e comunitario*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 209 ss.

Dagnino Emanuele, *Dalla fisica all' algoritmo: una prospettiva di analisi giuslavoristica*, Adapt University Press, 2019

De Luca Tamajo Raffaele, *Il tempo nel rapporto di lavoro*, em *Giornale di diritto del lavoro e relazioni industriali*, 1986, p. 461 ss.

De Marco Cinzia, Garilli Alessandro, L'enigma qualificatorio dei riders. Un incontro ravvicinato tra dottrina e giurisprudenza, em WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT - 435/2021

De Masi Domenico, Smart working. *La rivoluzione del lavoro intelligente*, Marsilio, Venezia, 2020

De Simone Gisella, Lavoro agile e subordinazione. Prime riflessioni, em Rivista giuridica del lavoro, 2019, I, p. 14 ss.

Degryse Christophe, Les impacts sociaux de la digitalisation de l'économie, em Working Paper ETUI, 2016.02.

Del Conte Maurizio, Problemi e prospettive del lavoro agile tra remotizzazione forzata e trasformazione organizzativa, em Argomenti di diritto del lavoro, 2021 p. 552 ss.

Del Punta Riccardo, *Diritto del lavoro*, Giuffrè, Milão, 2021

- Sui riders e non solo: il rebus delle collaborazioni organizzate dal committente, em Rivista italiana di diritto del lavoro, 2019, II, p. 358 ss.

- Un diritto per il lavoro 4.0, em Alberto Cipriani, Alessio Gramolati, Giovanni Mari (org.), Il lavoro 4.0. La Quarta Rivoluzione industriale e le trasformazioni delle attività lavorative, Firenze University Press, Firenze, 2018, p. 230 ss.

Donini Annamaria, *Labour through digital platforms*, Bnomia University Press, Bologna, 2019

- Nuova flessibilità spazio-temporale e tecnologie: l'idea del lavoro agile, em Patrizia Tullini (org.), *Web e lavoro. Profili evolutivi e di tutela*, Giappichelli, Turim, 2017, p. 89 ss.

Drucker Peter F., *La società post-capitalista*, Sperling & Kupfer, Milão, 1993

Emanuele Dagnino, *Dalla fisica all'algoritmo: una prospettiva di analisi giuslavoristica*, Adapt University Press, 2019

Eurofound, *New forms of employment*, Serviço de Publicações da União Europeia, Luxemburgo, 2015

- Telework and ICT-based mobile work: Flexible working in the digital age, Serviço de Publicações da União Europeia, Luxemburgo, 2020

Eurofound, Organização Internacional do Trabalho, *Working anytime, anywhere: The effects on the world of work*, Serviço de Publicações da União Europeia, Luxemburgo, e OIT, Genebra, 2017

Fenoglio Anna, Autonomia dei lavoratori «nella» subordinazione, oggi, em *Rivista giuridica del lavoro*, 2022, I, p. 10 ss.

- La condizione di doppia alienità del lavoratore bisognoso di tutela giuslavoristica, em Mariapaola Aimò, Anna Fenoglio, Daniela Izzi

(org.), Studi in memoria di Massimo Roccella, Esi, Napoli, 2021, p. 559 ss.

- Tempo e subordinazione: riflessioni intorno al lavoro agile, em Labour&Law Issues, 2022, n. 1, p. 203 ss.

Ferraro Fabrizio, Prime note sul potere direttivo nella disciplina del lavoro agile, em Matteo Verzaro (org.), Il lavoro agile nella disciplina legale, collettiva e individuale, Jovene, Nápoles, 2018, p. 182 ss.

Ferraro Giuseppe, Collaborazioni organizzate dal committente, em Rivista italiana di diritto del lavoro, 2016, I, p. 58 ss.

- Nuove subordinazioni e vecchie categorie giuridiche, em Rivista italiana di diritto del lavoro, 2020, I, p. 361 ss.

Floridi Luciano, La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo, Cortina, Milão, 2017

Franza Gabriele, Lavoro agile: profili sistematici e disciplina del recesso, em Diritto delle relazioni industriali, 2018, p. 780 ss.

Gaeta Lorenzo, *Lavoro a distanza e subordinazione*, ESI, Napoli, 1993

Garilli Alessandro, La subordinazione e i suoi confini nel pensiero di Massimo Roccella e nell'evoluzione ordinamentale, em Mariapaola Aimo, Anna Fenoglio, Daniela Izzi (org.), Studi in memoria di Massimo Roccella, Esi, Napoli, 2021, p. 521 ss.

Garofalo Domenico, Lavoro, impresa e trasformazioni organizzative, em A.A.V.V., Frammentazione organizzativa e lavoro: rapporti individuali e collettivi. Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro Aidlass, Cassino, 18-19 de maio de 2017, Giuffrè, Milão, 2018, p. 157 ss.

Genin Èmilie, Proposal for a Theoretical Framework for the Analysis of Time Porosity, em International journal of comparative labour law industrial relations, 2016, p. 287 ss.

Ghera Edoardo, Considerazioni sulle collaborazioni organizzate dal committente, em Diritto del mercato del lavoro, 2021, p. 558 ss.

Giubboni Stefano, La proposta di direttiva della Commissione europea sul lavoro tramite piattaforma digitale, em Menabò di Etica ed economia, 16 de janeiro de 2022.

- Le nuove frontiere del diritto del lavoro nella recente legislazione protettiva, em Variazioni di temi di diritto del lavoro, 2020, p. 269 ss.

- Note sparse sugli usi della nozione euro-unitaria di subordinazione nell'ordinamento interno, em Rivista italiana di diritto del lavoro, 2022, I, p. 67 ss.

- Per una voce sullo status di lavoratore subordinato nel diritto dell'Unione europea, em Rivista del diritto della sicurezza sociale, 2018, p. 213 ss.

Giugni Gino, Il progresso tecnologico e la contrattazione collettiva dei rapporti di lavoro, em Franco Momigliano (org.), *Lavoratori e sindacati di fronte alle trasformazioni del processo produttivo*, Feltrinelli, Milão, 1962, Vol. I, p. 301 ss.

Gorz André, *L'immateriale. Conoscenza, valore e capitale*, Bolidi Boringhieri, Turim, 2003

Gramano Elena, Ancora sulla nozione di 'lavoratore' nel diritto dell'unione europea: il caso Yodel, em *Argomenti di diritto del lavoro*, 2020, II, p. 1459 ss.

Grandi Mario, La subordinazione tra esperienza e sistema dei rapporti di lavoro, em Marcello Pedrazzoli (org.), *Lavoro subordinato e dintorni*, Il Mulino, Bologna, 1989, p. 77 ss.

- voce Rapporto di lavoro, em *Enciclopedia del diritto*, Vol. XXXVIII, 1987.

Holtgrewe Ursula, New new new technologies: The future and the present of work in information and communication technology, em *New Technology, Work and Employment*, 2014, Vol. 29, No. 1, p. 13 ss.

Ichino Pietro, Il lavoro subordinato: definizione e inquadramento. Artt. 2094-2095, Giuffrè, Milão, 1992

- Il tempo della prestazione nel rapporto di lavoro. Continuità, elasticità e collocazione temporale della prestazione lavorativa

subordinata, Vol. I, Giuffrè, Milão, 1984

- Le conseguenze dell'innovazione tecnologica sul diritto del lavoro, em Rivista italiana di diritto del lavoro, 2017, I, p. 525 ss.

- Subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro, Giuffrè, Milão, 1989

Lamberti Fabiola, I limiti dell'autonomia individuale del lavoratore: percorsi e prospettive tra inderogabilità delle norme e disponibilità dei diritti, Jovene, Nápoles, 2020

Largier Alexandre, Le teletravail. Trois projets pour un même objet, em Réseaux, 2001, p. 212 ss.

Levi Alberto, Il lavoro agile nel contesto del processo di destrutturazione della subordinazione, em Rivista giuridica del lavoro, 2019, I, p. 26 ss.

Loi Piera (org.), Il lavoro attraverso piattaforme digitali tra rischi e opportunità, Edizioni Scientifiche Italiane, Naples, 2021

Ludovico Giuseppe, *Lavori agili e subordinazioni*, Giuffrè, Milão, 2023, disponível em <https://air.unimi.it/handle/2434/971626>

Magnani Mariella, Autonomia, subordinazione, coordinazione nel d.lgs. 81/2015, em WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT - 294/2016

Marazza Marco, Collaborazioni organizzate e subordinazione: il problema del limite (qualitativo) di intensificazione del potere di istruzione, em WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT - 315/2016

Maresca Arturo, Il nuovo mercato del lavoro e il superamento delle diseguaglianze: l'impatto della digitalizzazione e del remote working, em Federalismi.it, 2022, no. 9, p. 174

- La disciplina del lavoro subordinato applicabile alle collaborazioni etero-organizzate, em Diritto delle relazioni industriali, 2020, p. 146 ss.

Mari Giovanni, Introduzione. La sfida del lavoro 4.0, em Alberto Cipriani, Alessio Gramolati, Giovanni Mari, (org.), Il lavoro 4.0. La Quarta Rivoluzione industriale e le trasformazioni delle attività lavorative, Firenze University Press, Firenze, 2018, p. XXX ss.

Mariucci Luigi, *Subordinazione e itinerari della dottrina*, em Marcello Pedrazzoli (org.), *Lavoro subordinato e dintorni*, Il Mulino, Bologna, 1989, p. 67 ss.

Martelloni Federico, La condizione di doppia alienità del lavoratore bisognoso di tutela giuslavoristica, em Mariapaola Aimo, Anna Fenoglio, Daniela Izzi (org.), Studi in memoria di Massimo Roccella, Esi, Napoli, 2021, p. 559 ss.

- La tutela del lavoro nel prisma dell'art. 35 Cost., em Rivista italiana di diritto del lavoro, 2020, I, p. 425 ss.

Martone Michel, Il lavoro agile nella l. 22 maggio 2017, n. 81: un inquadramento, em Gaetano Zilio Grandi, Marco Biasi (org.), Commentario breve allo statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile, Cedam, Padova, 2018, p. 466 ss.

Mattarolo Maria Giovanna, *Il dovere di obbedienza*, em Carlo Cester, Maria Giovanna Mattarolo, *Diligenza e obbedienza del prestatore di lavoro. Art. 2104*, Giuffrè, Milão, 2007

Mazzotta Oronzo, L'inafferrabile etero-direzione: a proposito di ciclofattorini e modelli contrattuali, em Labor, 2020, p. 13 ss.

Menegatti Emanuele, Ragionando sulla presunzione di subordinazione di cui dalla proposta di Direttiva sul lavoro mediante piattaforma digitale, em Federalismi, 2023, n. 14, p. 231 ss.

Mengoni Luigi, Contratto e rapporto di lavoro nella recente dottrina italiana, em Rivista delle società, 1965, p. 685 ss.

- *I poteri dell'imprenditore*, em Luigi Mengoni, *Diritto e valori*, Il Mulino, Bologna, 1985, p. 392 ss.

- La questione della subordinazione in due trattazioni recenti, em Rivista italiana di diritto del lavoro, 1986, I, p. 10 ss.

- Le modificazioni del rapporto di lavoro alla luce dello statuto dei lavoratori, em Luigi Mengoni, *Diritto e valori*, Il Mulino, Bologna, 1985, p. 378 ss.

- Lezioni sul contratto di lavoro, Celuc, Milão, 1971

- *Il contratto di lavoro*, editado por M. Napoli, Vita&Pensiero, Milão, 2004

Messenger Jon C., Gschwind Lutz, Three generations of Telework: New ICTs and the (R)evolution from Home Office to Virtual Office, em *New Technology, Work and Employment*, 2016, nº 3, p. 195 ss.

Mettling Bruno, Transformation numérique et vie au travail, 2015.

Momigliano Franco, Tendenze e problemi attuali dei lavoratori e dei sindacati di fronte alle trasformazioni del processo produttivo in Italia, em Franco Momigliano (org.), *Lavoratori e sindacati di fronte alle trasformazioni del processo produttivo*, Feltrinelli, Milão, 1962, Vol. I, p. 66 ss.

Napoli Mario, Contratto e rapporti di lavoro, oggi, em Antonella Occhino (org.), *Rileggendo "Contratto e rapporti di lavoro oggi"* di Mario Napoli, Vita e Pensiero, Milão, 2017

Nilles Jack M., Telecommunications and Organisational Decentralisation, em *IEEE Transactions on Communications*, 1975, no. 10, p. 1142 ss.

Nogler Luca, La subordinazione nel d.lgs. n. 81 del 2015: alla ricerca dell'"autorità del punto di vista giuridico", em WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT - 267/2015

- The concept of "Subordination" in European and Comparative Law, Università degli Studi di Trento, Trento, 2009

Nuzzo Valeria, Il lavoro personale coordinato e continuativo tra riforme e prospettive di tutela, em WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT - 280/2015

Osservatorio Smart working, *Gli smart worker in Italia*, Report, dicembre 2019

- Lo smart working oltre la flessibilità: lo scenario di diffusione in Italia, Report, dicembre 2019.

Pallini Massimo, Dalla eterodirezione alla eteroorganizzazione: una nuova nozione di subordinazione?, em Rivista giuridica del lavoro, 2016, I, p. 78 ss.

- Il lavoro economicamente dipendente, Cedam, Pádua, 2013

- La subordinazione è morta! Lunga vita alla subordinazione!, em Labour&Law Issue, 2020, n. 2, p. I-84 ss.

Parlamento Europeu, *Digital automation and the future of work*, European Parliamentary Research Service, 2021

Pedrazzoli Marcello, Dai lavori autonomi ai lavori subordinati, em Giornale di diritto del lavoro e relazioni industriali, 1998, p. 509 ss

- Democrazia industriale e subordinazione. Poteri e fattispecie nel sistema giuridico del lavoro, Giuffrè, Milão, 1985.

Pellacani Giuseppe, *Autonomia individuale e rapporto di lavoro. La divergenza fra il programma contrattuale ed il concreto atteggiarsi del rapporto*, Giappichelli, Turim, 2002

Persiani Mattia, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Cedam, Padova, 1966

- *Note sulla disciplina di alcune collaborazioni coordinate*, em *Argomenti di diritto del lavoro*, 2015, p. 1257 ss.

- *Note sulla vicenda giudiziaria dei riders*, em *Lavoro diritti Europa*, 2020, no. 1, p. 4 ss.

Perulli Adalberto (org.), *Lavoro autonomo e capitalismo delle piattaforme*, Wolters Kluwer-Cedam, Milão, 2018

- *Il Jobs Act del lavoro autonomo e agile: come cambiano i concetti di subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, em Gaetano Zilio Grandi, Marco Biasi (org.), *Commentario breve allo statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Cedam, Padova, 2018, p. 43 ss..

- *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera e professioni intellettuali*, em *Trattato di diritto civile e commerciale*, Vol. XXVII, t. 1, Giuffrè, Milão, 1996

- *Il nuovo art. 409, n. 3, c.p.c. (art. 15, l. 22 maio 2017, n. 81)*, em Luigi Fiorillo, Adalberto Perulli (org.), *Il Jobs Act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Giappichelli, Turim, 2018, p. 141 ss.

- *La "soggettivazione regolativa" nel diritto del lavoro*, em WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT - 365/2018

- *La nuova definizione di collaborazione organizzata dal*

committente. Note al d.lgs. n. 81/2015, em *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2019, III, p. 163 ss.

- Le collaborazioni organizzate dal committente, em Luigi Fiorillo, Adalberto Perulli (org.), *Tipologie contrattuali e disciplina delle mansioni*. Decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81, Giappichelli, Turim, 2015, p. 279 ss.

- Le nuove frontiere del diritto del lavoro, em *Rivista giuridica del lavoro*, 2016, I, p. 28.

- Oltre la subordinazione. La nuova tendenza espansiva del diritto del lavoro, Giappichelli, Turim, 2021

- Un Jobs Act per il lavoro autonomo: verso una nuova disciplina della dipendenza economica?, em *Diritto delle relazioni industriali*, 2015, p. 119 ss.

Peruzzi Marco, *Sicurezza e agilità: quale tutela per lo smart worker?*, em *Diritto della sicurezza del lavoro*, 2017, p. 6 ss.

Pessi Roberto, *Contributo allo studio della fattispecie lavoro subordinato*, Giuffrè, Milão, 1989

- Il tipo contrattuale: autonomia e subordinazione dopo il Jobs Act, WP Csdle "Massimo D'Antona".IT - 282/2015

Pilati Andrea, *Le collaborazioni organizzate e lavoro autonomo coordinato: una rilettura*, em *Diritto delle relazioni industriali*, 2020, p. 363 ss.

Pinto Vito, La flessibilità funzionale e i poteri del datore di lavoro. Prime considerazioni sui decreti attuativi del Jobs Act e sul lavoro agile, em *Rivista giuridica del lavoro*, 2016, p. 366 ss.

- L'integrazione dell'art. 409, n. 3, c.p.c. e la riconfigurazione delle collaborazioni coordinate e continuative, em Massimo Lanotte (org.), *Il lavoro autonomo e occasionale*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 77 ss.

Pisani Carlo, La nozione legale di coordinamento introdotta dall'art. 15 della legge n. 81/2017, em *Diritto delle relazioni industriali*, 2018, p. 823 ss.

Preteroti Antonio, La responsabilità del datore di lavoro per il buon funzionamento degli strumenti assegnati al lavoratore agile, em Gaetano Zilio Grandi, Marco Biasi (org.), *Commentario breve allo statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Cedam, Padova, 2018, p. 594 ss.

Proia Giampiero, L'accordo individuale e le modalità di esecuzione e di cessazione della prestazione di lavoro agile, em Luigi Fiorillo, Adalberto Perulli (org.), *Il Jobs Act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Giappichelli, Turim, 2018, p. 185

- Le "collaborazioni organizzate" dal committente: punti fermi (pochi) e incertezze (tante), em *Diritto delle relazioni industriali*, 2020, p. 499 ss.

- Tempo e qualificazione del rapporto di lavoro, em *Labour&Law Issues*, 2022, n. 1, p. 64 ss.

Razzolini Orsola, I confini tra subordinazione, collaborazioni eterorganizzate e lavoro autonomo coordinato: una rilettura, em Diritto delle relazioni industriali, 2020, p. 363 ss.

- La nuova disciplina delle collaborazioni organizzate dal committente. Prime considerazioni, em WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT - 266/2015

- Lavoro agile e orario di lavoro, em Diritto delle relazioni industriali, 2022, p. 375 ss.

Ricci Giancarlo, Il lavoro a distanza di terza generazione: la nuova disciplina del «lavoro agile», em Nuove leggi civili commentate, 2018, p. 638 ss.

Roccella Massimo, Spigolature in tema di subordinazione. Lo strano caso del signor B., em Rivista giuridica del lavoro, 2007, II, p. 140 ss.

Romagnoli Umberto, 'Noi e loro': diritto del lavoro e nuove tecnologie, em Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 1986, p. 383.

Santoro-Passarelli Giuseppe, Civiltà giuridica e trasformazioni sociali nel diritto del lavoro, em Diritto delle relazioni industriali, 2019, p. 436 ss.

- I rapporti di collaborazione organizzate dal committente e le collaborazioni continuative e coordinate ex art. 409, n. 3, c.p.c., em WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT - 278/2015

- Il lavoro autonomo non imprenditoriale, il lavoro agile e il telelavoro, em *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2017, I, p. 391 ss.
- Lavoro eterodiretto, eteroorganizzato, coordinato ex art. 409, n. 3, c.p.c., em *Rivista giuridica del lavoro*, 2016, I, p. 93 ss.
- Lavoro eterorganizzato, coordinato, agile e il telelavoro: un puzzle non facile da comporre in un'impresa in via di trasformazione, em *Diritto delle relazioni industriali*, 2017, p. 789 ss.

Schwab Klaus, *La quarta rivoluzione industriale*, F. Angeli, Milano, 2016

Sciotti Rossella, Tecnologia digitale e rapporto di lavoro, em *Rivista degli infortuni e delle malattie professionali*, 2018, I, p. 181 ss.

Seghezzi Francesco, *La nuova grande trasformazione. Lavoro e persona nella quarta rivoluzione industriale*, Adapt University Press, 2017

Sennet Richard, *L'uomo flessibile. Le conseguenze del nuovo capitalismo sulla vita personale*, Feltrinelli, Milano, 2001

Supiot Alain, Alla ricerca della concordanza dei tempi (le disavventure europee del "tempo di lavoro"), em *Lavoro e diritto*, 1997, p. 20 ss.

-Homo juridicus. Saggio sulla funzione antropologica del diritto, Mondadori, Milano, 2006

Teece David, Peteraf Margaret, Leih Sohvi, Dynamic Capabilities and Organizational Agility: risk, uncertainty, and strategy in the innovation economy, in California Management Review, 2016, n. 4, p. 13 ss.

Timellini Caterina, In che modo oggi il lavoro è smart? Sulla definizione di lavoro agile, em Lavoro nella giurisprudenza, 2018, p. 240 ss.

Tinti Anna Rita, A proposito di lavoro agile e work-life balance. La conciliazione deceptive, em Il Mulino, 27 de maio de 2016

- Il lavoro agile e gli equivoci della conciliazione virtuale, em WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT - 419/2020

- Travestimenti. Potere e libertà nel lavoro agile, em Lavoro e diritto, 2022, p. 167 ss.

Tiraboschi Michele, Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro, em Diritto delle relazioni industriali, 2017, p. 948

- Il lavoro etero-organizzato, em Diritto delle relazioni industriali, 2015, p. 978 ss.

- Persona e lavoro tra tutele e mercato. Per una nuova antologia del lavoro nel discorso giuslavoristico, Adapt University Press, 2019

Tosi Paolo, L'art. 2, comma 1, d. lgs. n. 81/2015: una norma apparente?, em Argomenti di diritto del lavoro, 2015, p. 1117 ss.

Treu Tiziano, In tema di Jobs Act. Il riordino dei tipi contrattuali, em *Giornale di diritto del lavoro e relazioni industriali*, 2015, p. 155 ss.

Treu Tiziano, *Introduzione*, em Antonella Occhino (org.), *Il lavoro e i suoi luoghi*, Vita e pensiero, Milão, 2018, p. XIV.

Tufo Marco, *Il lavoro digitale a distanza*, Editoriale Scientifica, Nápoles, 2021

Vardaro Gaetano, *Tecnica, tecnologia e ideologica della tecnica nel diritto del lavoro*, em Lorenzo Gaeta, Anna Rita Marchitello, Paolo Pascucci (org.), *Gaetano Vardaro. Itinerari*, F. Angeli, Milão, 1989, p. 290 ss.

Veneziani Bruno, Il lavoro e i lavori. Intervento, em *Lavoro e diritto*, 1989, p. 199 ss.

- Nuove tecnologie e contratto di lavoro, em *Giornale di diritto del lavoro e relazioni industriali*, 1987, p. 54 ss.

Verzaro Matteo, Fattispecie della prestazione agile e limite dell'autonomia individuale, em *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2019, p. 269 ss.

Voza Roberto, La modifica dell'art. 409, n. 3, c.p.c., nel disegno di legge sul lavoro autonomo, em WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT - 318/2017

World Economic Forum, Deep Shift. 21 Ways Software Will Transform Global Society, World Economic Forum, 2015

Zanelli Pietro, Impresa, lavoro e innovazione tecnologica, Giuffrè, Milão, 1985

Zappalà Loredana, *La colpa del lavoratore*, Giappichelli, Turim, 2020

Zoppoli Antonello, La collaborazione eterorganizzata: fattispecie e disciplina, em WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT - 296/2016

- Le collaborazioni eterorganizzate tra antiche questioni, vincoli di sistema e potenzialità, em Diritto delle relazioni industriali, 2020, p. 726.

Zoppoli Lorenzo, Monda Pasquale, Innovazioni tecnologiche e lavoro nelle pubbliche amministrazioni, em Diritto delle relazioni industriali, 2020, p. 332 ss.

Jurisprudência

Tribunal Justiça EU, 4 de dezembro de 2014, C-413/13, em Rivista italiana di diritto del lavoro, 2015, II, p. 566, com nota de Pietro Ichino, Sulla questione del lavoro non subordinato ma sostanzialmente dipendente nel diritto europeo e in quello degli Stati membri

Corte cost. 12 de fevereiro de 1996, nº 30, em *Diritto del lavoro*, 1996, II, p. 52 ss.

Corte de Cassação 24 de agosto de 2021, nº 23324

- Corte de Cassação 5 de julho de 2021, nº 18943
- Corte de Cassação 26 de junho de 2020, nº 12871
- Corte de Cassação 25 de junho de 2020, nº 12707
- Corte de Cassação 24 de janeiro de 2020, nº 1663, em *Diritto delle relazioni industriali*, 2020, p. 487 ss., com nota de Maria Teresa Carinci.
- Corte de Cassação 23 de janeiro de 2020, nº 1555
- Corte de Cassação 14 de março de 2019, nº 7305
- Corte de Cassação 11 de julho de 2018, nº 18253
- Corte de Cassação 14 de junho de 2018, nº 15631.
- Corte de Cassação 12 de dezembro de 2017, nº 29753, em *Guida al diritto*, 2018, nº 6, p. 60
- Corte de Apelação Milão, 9 de março de 2020, nº 446.
- Corte de Apelação Turim, 4 de janeiro de 2019, nº 26, em *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2019, II, p. 340 ss., com nota de Maria Teresa Carinci
- Corte de Apelação Florença 5 de julho de 2016, nº 629, em *Foro it.* 2016, I, c. 3591
- Tribunal Milão 10 de setembro de 2018, no. 1853, em *Rivista giuridica del lavoro*, 2019, II, 82 ss., com nota de Carla Spinelli
- Tribunal Turim 7 de maio de 2018, no. 778, em *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2018, II, p. 294 ss, com nota de Pietro Ichino
- Tribunal Turim 23 de julho de 2014.
- Tribunal Catania 27 de junho de 2017



MOÇAMBIQUE





OS VÍCIOS DO PROCESSO DISCIPLINAR EM MOÇAMBIQUE: NOVOS DESENVOLVIMENTOS*

DEFECTS IN DISCIPLINARY PROCEEDINGS IN MOZAMBIQUE:
NEW DEVELOPMENTS

Tomás Timbane¹

Sumário: 1. Evolução legislativa; 2. Invalidade do processo disciplinar; 2.1 Causas de invalidade do processo disciplinar; 2.2 Vícios sanáveis e vícios insanáveis; 2.3 O decurso dos prazos e os seus efeitos no processo disciplinar; 2.4 Conhecimento de vícios; 2.5 Momento de sanção de vícios e reabertura do processo disciplinar; 2.6 A junção do processo disciplinar; 3. Notas finais; 4. Bibliografia; 5. Jurisprudência

Resumo: Pretendemos analisar a evolução do regime jurídico dos vícios do processo disciplinar e da sua sanabilidade. Tendo a possibilidade de sanção dos vícios surgido em 2007, as dificuldades de interpretação do regime jurídico e a divergente jurisprudência que, entretanto, tem surgido, bem assim as consequências das invalidades do processo disciplinar, justificam uma breve reflexão sobre este tema, até porque o legislador, eventualmente, tendo em conta o deficiente

* Artigo aprovado para publicação após submissão a *double blind peer review*.

¹ Tomás Timbane, é Professor da Faculdade de Direito da UEM, Advogado, Sócio da TTA - Sociedade de Advogados, Membro da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional.

É autor de *A Rescisão Unilateral do Contrato de Trabalho com Justa Causa* (2006), *A Revisão do Processo Civil* (2007), *Código de Processo Civil Anotado e Comentado*, em co-autoria (2010), *Ordem no Estado de Direito* (2016), *Lições de Processo Civil*, Vol. I (2010, 1.^a Ed. e 2020, 2.^a Ed), *A Reserva de Jurisdição Cível: Um Contributo para o Estudo da Função Jurisdicional em Moçambique* (2021), *Lições de Processos Civil*, Vol. II, Escolar Editora, Maputo, 2022 e de diversos artigos científicos publicados em revistas de especialidade.

regime da reabertura do processo disciplinar para a sanção dos vícios, extinguiu essa possibilidade.

Abstract: Our aim is to analyze the evolution of the legal regime for defects in disciplinary proceedings and their remediability. Since the possibility of remedying defects arose in 2007, the difficulties in interpreting the legal system and the divergent case law that has emerged in the meantime, as well as the consequences of the invalidity of disciplinary proceedings, justify a brief reflection on this subject, not least because the legislator, possibly taking into account the deficient system for reopening disciplinary proceedings to remedy defects, extinguished this possibility.

1. Evolução legislativa

O presente texto visa analisar e comentar um tema essencial do direito disciplinar²: as invalidades do processo disciplinar, tendo em conta a possibilidade de sanção dos vícios que, eventualmente, podem afectar o processo disciplinar. Tendo em conta a evolução legislativa que tem ocorrido em Moçambique, é um tema de relevante alcance teórico e prático.

A possibilidade expressa de sanção de vícios do processo disciplinar é relativamente nova no nosso direito laboral³, até porque as antigas Leis do Trabalho (LT85 e LT98)⁴ não indicavam,

² V. os Acórdãos do Tribunal Supremo, de 30 de Maio de 2019 (Proc.º n.º 13/2017-L), 2 de Julho de 2019 (Proc.º n.º 18/2017-L) e 2 de Julho de 2019 (Proc.º n.º 25/2017-L), todos relatados pelo Juiz Conselheiro Abudo Hunguana, *in* ADELINO MUCHANGA *et. all.* (Coord.), *Colectânea de Acórdãos do Tribunal Supremo - Jurisdição Cível e Laboral 2015-2021*, Vol. II, Tribunal Supremo, Maputo, 2023, pp. 563-572, 584-588, 602-604.

³ Sobre o caso português de que o nosso terá tido inspiração, dadas as dificuldades que representava, designadamente, a falta de regulamentação e a reabertura de um processo disciplinar cujos efeitos já se tinham produzido com o despedimento, o mesmo foi revogado.

⁴ No texto utiliza-se as seguintes siglas: LT85 (Lei n.º 8/85, de 14 de Dezembro, Lei do Trabalho); LT98 (Lei n.º 8/98, de 20 de Julho, Lei do Trabalho); LT2007 (Lei n.º 23/2007, de 1 de Agosto, antiga Lei do Trabalho); LT (Lei n.º 13/2023, de 25 de Agosto, actual Lei do Trabalho) e CC - Código Civil.

expressamente, os vícios que davam lugar à referida invalidade. No domínio da LT98 as consequências da violação dos procedimentos da cessação do processo disciplinar, em particular, do processo disciplinar, eram fáceis de apontar.

Com efeito, declarados judicialmente improcedentes os fundamentos invocados para a rescisão do contrato de trabalho com aviso prévio ou por infracção disciplinar, ou reconhecida judicialmente a violação dos prazos ou das formalidades fixados nos artigos 67 a 70 da LT98, o trabalhador deveria ser reintegrado no seu posto de trabalho e indemnizado pelo valor correspondente às remunerações vencidas entre a data da cessação do contrato e a da efectiva reintegração ou, quando a reintegração não fosse possível, indemnizado nos termos aí referidos.

A violação das formalidades relativas ao processo disciplinar, nomeadamente, a falta de pedido do parecer do comité sindical, a não realização das diligências solicitadas pelo trabalhador, a falta de realização ou a ausência do relato das diligências de prova produzida e a falta de fundamentação dos factos contidos na nota de culpa que foram dados como provados, davam lugar à nulidade do processo disciplinar. Consequentemente, o trabalhador deveria ser reintegrado, pagos os salários devidos ou, na impossibilidade da reintegração, a indemnização por despedimento sem justa causa. É vasta a jurisprudência dos tribunais, em geral, e do Tribunal Supremo, em particular, que, no domínio da LT98, decidiu nesse sentido, até porque o ponto era incontroverso.

Era uma consequência pesada, pois «a LT98 não distinguia os vícios do procedimento disciplinar ou das formalidades de cessação,

tendo, pois, todos os vícios, de forma ou de fundo, processuais ou substantivos, o mesmo efeito. (...) É uma técnica que deveria ser evitada, pois era demasiadamente penalizador que a mera violação de questões formais conduzisse à ilicitude da cessação do contrato de trabalho»⁵.

A situação anterior à LT2007 era objecto de crítica, pois, «a LT98 não discriminava os casos em que não tivesse havido processo disciplinar, daqueles em que tivesse havido irregularidades do processo (...), pelo que o legislador deveria determinar quais os casos que levariam à invalidade e a ilicitude da cessação do contrato estabelecendo as consequências num e noutro caso»⁶. Com efeito, a indicação dos casos de ilicitude ou invalidade da cessação evitariam a situação anterior à Lei n.º 23/2007, de 1 de Agosto, adiante LT2007), em que todo e qualquer vício, independentemente da sua gravidade, dava lugar à mesma consequência, *in casu* a nulidade do processo disciplinar sem possibilidade de sanação dos vícios.

Foi tendo em conta esta situação que o legislador veio, na LT2007, admitir a possibilidade de sanação de vícios do processo disciplinar, indicando, de forma expressa, as consequências da falta de sanação, justamente para mitigar a ocorrência dos vícios, dando a possibilidade, nos casos de irregularidades formais, da sua sanação, através da reabertura do processo disciplinar. O artigo 68 da LT2007 veio admitir a possibilidade de sanar os vícios do processo disciplinar, ainda que, no domínio da LT98, se pudesse dizer que, enquanto a

⁵ TOMÁS TIMBANE, *A Rescisão Unilateral do Contrato de Trabalho com Justa Causa no Ordenamento Jurídico Moçambicano*, Almedina, Coimbra, 2006, p. 135, nota 299.

⁶ TOMÁS TIMBANE, *A Rescisão Unilateral do Contrato de Trabalho com Justa Causa...*, cit., pp. 137-138, nota 303.

decisão final não fosse tomada, o empregador poderia sanar eventuais vícios do processo disciplinar⁷.

Se antes da decisão tal poderia ser admitido, depois da decisão, nada mais havia a fazer, pois, tratando-se de uma declaração unilateral do empregador, a mesma produzia efeitos depois da comunicação da decisão ao trabalhador.

2. Invalidade do processo disciplinar

A invalidade é um vício que conduz a certos efeitos, sendo que, no âmbito do direito laboral há particularidades que importa destacar. Segundo GALVÃO TELLES⁸, a invalidade supõe que o acto exista material e juridicamente mas padece de um defeito ou vício de formação que o priva de eficácia ou torna precária essa eficácia. Importa, porém, não confundir a invalidade e a irregularidade. «Enquanto a invalidade importa a destruição dos efeitos negociais, a irregularidade, embora provenha de um vício interno negocial, tem consequências menos graves, não afetando a eficácia do negócio, mas dando apenas lugar a sanções especiais»⁹.

⁷ Trata-se de uma situação que não era pacífica, nem temos notícia que, alguma vez, tenha sido levantada. Com efeito, a reabertura do processo disciplinar para a sanção de vícios não estava prevista na LT98, até porque depois da apresentação da defesa e do parecer do comité sindical, o empregador tinha 30 dias para a decisão. Depois da decisão, não havia possibilidade de sanar os vícios, tudo conduzindo à nulidade da decisão.

⁸ INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Manual dos Contratos em Geral*, 4.ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, p. 357. Para mais desenvolvimentos, v. CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª Edição reformulada por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, (2.ª Reimpr.), pp. 615 e ss. e ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Vol. II (Parte Geral. Negócio Jurídico), 4.ª Edição reformulada e atualizada com a colaboração de A. Barreto Menezes Cordeiro, Almedina, Coimbra, 2018, (Reimpr.), pp. 911 e ss.

⁹ Sobre a distinção entre a invalidade e a simples irregularidade, v., por todos,

Não é pacífica a teoria geral das invalidades, abordando-se aí a inexistência jurídica, a nulidade, a anulabilidade e a ineficácia. No que se refere à Lei do Trabalho, ela aborda a invalidade, onde se incluem os vícios que se podem sanar e os vícios insanáveis. Tendo em conta os efeitos que decorrem da procedência de cada um desses vícios, é sempre essencial verificar se aquele regime geral pode se aplicar, sem mais, no direito do trabalho, sobretudo nos casos de nulidade, que, no domínio laboral, implicaria a necessidade de reconstituição da situação anterior, implicando, assim, a manutenção do contrato de trabalho, ou seja, a reintegração¹⁰.

Poderíamos dizer que as invalidades insanáveis são as nulidades, mas a LT2007 indicava algumas invalidades, dizendo que são nulidades insupríveis (artigo 67, n.º 4), o que poderia pressupor que há nulidades supríveis. O termo nulidade insuprível, que já vem da LT98, foi usado impropriamente, talvez por influência do Estatuto Geral dos Funcionários do Estado, de 1987¹¹, por o decurso do prazo

CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 627.

¹⁰ No entanto, conforme refere PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Cessação do Contrato*, cit., p. 459, a subsistência do vínculo laboral ilicitamente resolvido pelo empregador depende do preenchimento, alternativo, de três pressupostos: o cumprimento das prestações contratuais ainda ser possível, o trabalhador manter interesse na execução do contrato e a execução do contrato não ser excessivamente onerosa para o empregador.

¹¹ Este Estatuto foi aprovado pelo Decreto n.º 14/87, de 20 de Maio. O artigo 202 diz que “[a] falta de falta de audição do arguido era a única nulidade insuprível.” A primeira Lei de Trabalho (LT85), nada dizia sobre as invalidades do processo disciplinar. No entanto, esta lei abordava a invalidade do contrato de trabalho, que, mesmo sendo nulo parcialmente não determinava a invalidade de todo o contrato (artigo 14) ou mesmo que declarado nulo ou anulado, produzia todos os efeitos de um contrato válido, se chegar a ser executado e durante todo o tempo em que estiver em execução (artigo 15). Como se refere em TOMÁS TIMBANE, *A Rescisão Unilateral do Contrato de Trabalho sem Justa Causa...*, cit., p. 30, “[n]os casos de um contrato de trabalho nulo ou anulado, não obstante o legislador não reconhecer as consequências da invalidade negocial, ficciona a validade do contrato no período em que ele foi executado, produzindo todos os efeitos de um contrato válido,

de impugnação da cessação sanar o vício da ilicitude do despedimento. Na verdade, «não se pode falar de nulidade, uma vez que esta é invocável a todo o tempo e não se sana com o decurso do tempo»¹².

Na verdade, «[s]endo assim, a cessação existe material e juridicamente, mas enferma de um defeito e importa saber se o mesmo é ineficaz desde o início ou tão-somente a partir da declaração de invalidade. (...) Na nulidade, o acto é desprovido de eficácia desde o início, enquanto que na anulabilidade, o acto produz efeitos até que seja declarado inválido, através de uma sentença que assim o determine. Importante distinção entre nulidade e anulabilidade é a que resulta da legitimidade para arguir o vício, bem assim da possibilidade de o decurso do tempo sanar o vício, como se ele não tivesse existido.»¹³

Com efeito, enquanto a nulidade pode ser arguida por qualquer interessado (artigo 286.º do CC), a anulabilidade só pode ser arguida pela pessoa ou pessoas em cuja consideração foi estabelecida, ou seja, aos titulares dos interesses em atenção aos quais a

se chegar a ser executado e durante todo o tempo em que estiver em execução, como resulta do disposto no n.º 2 do artigo 12 da [então] Lei do Trabalho.

¹² TOMÁS TIMBANE, *A Rescisão Unilateral do Contrato de Trabalho sem Justa Causa...*, cit., p. 116. Sobre as nulidades, v. a reformulação da teoria da invalidade em ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, cit., pp. 943-945, onde se problematiza a nulidade, pois ainda no que se refere à sua arguição ou impugnação, qualquer interessado a pode fazer, a todo o tempo e o próprio tribunal o pode declarar de ofício, mas há casos em que a nulidade já não invocável por todos e não pode ser declarada, de ofício, pelo juiz. Indica a nulidade absoluta e a nulidade relativa, sendo que nesta, ainda que exista a permissão générica de a invocar, existe o direito potestativo de, *ex bona fide*, ou conservar os efeitos do negócio ou saneado o negócio, faz surgir, *ex novo*, as posição jurídicas equivalentes ao negócio nulo.

¹³ TOMÁS TIMBANE, *A Rescisão Unilateral do Contrato de Trabalho sem Justa Causa...*, cit., p. 116.

anulabilidade foi estabelecida (artigo 287.º do CC). Em princípio, a anulabilidade é sanável pelo decurso do tempo (artigo 287.º, n.º 1 do CC), pois há um prazo dentro do qual deverá ser arguido o vício, significando que se não for arguida a anulabilidade durante o referido período, sana-se o vício, tudo passando-se como se ele não tivesse existido.

Quando declarado inválido determinado acto jurídico, essa declaração tem efeito retroactivo, no sentido de que deverá ser reconstituída a situação que existiria sem esse vício (artigo 562.º do CC), o que, aplicado ao direito laboral, implicaria a manutenção do contrato de trabalho, com o pagamento das remunerações que não foram pagas por virtude da cessação. Mas mesmo que se trate de uma cessação ilícita, esta produz efeitos, ou seja, determina a imediata cessação do contrato de trabalho, representando, pois, essa ilicitude de cessação, o incumprimento do contrato.

Assim, «[a]inda que o legislador fale em nulidade, atentas as especificidades e o regime traçado no artigo 71 da LT [artigo 68 da LT2007 e 72 da LT], entende-se, pacificamente, que não é aplicável a teoria geral da nulidade dos actos jurídicos. Para além disso, como o decurso do tempo pode sanar a ilicitude, apenas se poderá invocar o regime da anulabilidade, pois a nulidade não é sanável pelo decurso do tempo.»¹⁴

Existem regimes jurídicos típicos, como a nulidade e a anulabilidade que constam do Código Civil. De acordo com PEDRO PAIS VASCONCELOS E PEDRO LEITÃO PAIS DE VASCONCELOS¹⁵, esses regimes jurídicos valem,

¹⁴ TOMÁS TIMBANE, *A Rescisão Unilateral do Contrato de Trabalho sem Justa Causa...*, cit., p. 117, nota n.º 264.

¹⁵ *Teoria Geral do Direito Civil*, 9.ª Edição (3.ª Reimpressão), Almedina,

em princípio, quando a lei nada estatuir de diferente. Quando a lei prevê regimes jurídicos especiais de invalidade que contêm desvios em relação ao geral, dizem os mesmos autores, temos as invalidades típicas. É, pois, o que consta do direito laboral moçambicano, pois a lei refere-se a nulidades sanáveis.

Sobre a nulidade, não é esse o entendimento de ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO¹⁶, que, ao reformular a invalidade, distingue nulidade absoluta, correspondente ao perfil do artigo 286.º do CC e as nulidades relativas, que ocorrem sempre que surge uma nulidade susceptível de não ser invocável por qualquer interessado ou que seja sanável.

O direito laboral moçambicano é um desvio do regime do Código Civil, podendo configurar a nulidade relativa de que fala ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, uma vez que nos casos de invalidade do processo disciplinar pode não ser possível a reintegração, quer por opção expressa do trabalhador, quer quando circunstâncias objectivas a impossibilitem, tal como resultava do n.º 3 do artigo 135 da LT2007, doutrina mantida no n.º 4 do artigo 146, n.º 3 da LT.

Entendemos, porém, que o legislador usa impropriamente o termo *nulidade*, pois mesmo nos casos de nulidades insanáveis ou sanáveis mas que já não o possam ser, da lei conclui-se pela inaplicabilidade do regime da nulidade que, no caso, seria o restabelecimento retroactivo do contrato de trabalho¹⁷.

Coimbra, 2022, p. 742. Sobre a cessação do contrato e as suas manifestações no direito civil, v., por todos, PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Cessação do Contrato*, 3.ª Edição (Reimpressão), Almedina, 2017, p. 29, que refere que é doutrina pacífica que as relações obrigacionais extinguem-se, para além do cumprimento, por via de resolução, revogação e denúncia, ainda que por vezes se refira à rescisão.

¹⁶ *Tratado de Direito Civil*, II, cit., p. 944.

¹⁷ Sobre os efeitos da ilicitude do despedimento, v. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Cessação do Contrato*, cit., pp. 458-460.

O uso de expressões como nulidade, invalidade ou ilicitude para tratar indistintamente o vício resultante da desconformidade do acto extintivo com a lei ou o incumprimento das regras relativas à cessação do contrato de trabalho, tornam o papel do intérprete e do aplicador da lei difícil, apesar de encontrar-se, nessas expressões, o sentido de uma invalidade que, em regra, se sana com o decurso do tempo.

2.1. Causas de invalidade do processo disciplinar

A LT2007 indicava, de forma taxativa, três grupos de causas de invalidade do processo disciplinar, dividindo-as em vícios sanáveis e vícios não sanáveis. O primeiro grupo de causas de invalidade do processo disciplinar ocorria quando não fosse observada alguma formalidade legal: neste caso, o legislador indicava algumas dessas situações, nomeadamente:

- a falta dos requisitos da nota de culpa;
- a falta da notificação desta ao trabalhador, quer se trate de notificação pessoal ou edital;
- a falta de audição deste, caso a tenha requerido;
- a não publicação de edital na empresa, sendo caso disso;
- a falta de remessa dos autos ao órgão sindical, quer para a comunicação da instauração do processo disciplinar, quer para a emissão do parecer depois do decurso do prazo de defesa, tenha sido esta ou não apresentada; ou
- a não fundamentação da decisão final do processo disciplinar.

Poderia, pois, suceder que houvesse outras situações que se traduziam na inobservância de uma formalidade legal, as quais, mesmo que não se enquadrassem numa das situações acima referidas, ainda assim davam lugar à invalidade de processo disciplinar. Bastava que não tivesse sido observada alguma formalidade legal.

Regime algo diferente ocorre na LT, pois esta indica, de forma expressa, as situações que podem dar lugar à invalidade do processo disciplinar, a saber:

- a falta dos requisitos da nota de culpa;
- a falta da notificação desta ao trabalhador, quer se trate de notificação pessoal ou edital;
- a falta de audição deste, caso a tenha requerido;
- a não publicação de edital na empresa, sendo caso disso;
- a falta de remessa dos autos ao órgão sindical, quer para a comunicação da instauração do processo disciplinar, quer para a emissão do parecer depois do decurso do prazo de defesa, tenha sido esta ou não apresentada;¹⁸ ou
- a não fundamentação da decisão final do processo disciplinar.

No regime da LT2007 há quem entende que a remessa do processo disciplinar depois da apresentação da defesa deveria ser feita

¹⁸ Nem sempre, porém, a falta de remessa dos autos ao órgão sindical ou ausência de um pedido do parecer do mesmo conduz à invalidade, designadamente, naqueles casos em que o órgão sindical não existe, nem há quem o possa substituir. Nesse sentido, v. o Acórdão do Tribunal Supremo, de 2 de Julho de 2019 (Proc.º n.º 18/2017-L), onde conclui-se que «perante a situação de impossibilidade objectiva de remeter a um órgão inexistente as comunicações a que se referem as alíneas a), b) e c) do n.º 2 do artigo 68 da Lei do Trabalho», não há porque considerar que a falta de remessa da nota de culpa e do processo disciplinar para emissão de parecer seja, nesse caso, um vício.

imediatadamente depois da apresentação da defesa, sendo que, se tal não ocorresse, havia uma violação de uma formalidade legal que seria a da alínea b) do n.º 2 do artigo 67 da LT2007 segundo a qual “(...) após a recepção da nota de culpa, o trabalhador pode responder, por escrito, e, querendo, juntar documentos ou requerer a sua audição ou diligências de prova, no prazo de 15 dias, findo o qual o processo é remetido ao órgão sindical para emitir parecer, no prazo de cinco dias.”

Esse entendimento não nos parecia correcto. Pense-se numa situação em que o trabalhador requeria a realização de diligências que não pudessem ser realizadas no dia seguinte à apresentação da defesa, não podendo, assim, se remeter imediatamente o processo ao órgão sindical. É que um processo disciplinar é constituído, também, pelas diligências realizadas e é essencial que o processo só possa ser enviado ao órgão sindical depois da aludida realização, até para permitir que o órgão sindical possa emitir parecer com base na prova produzida.

Ao comparar as alíneas b) e c) do n.º 2 do artigo 62 da LT2007 constata-se que para a contagem do prazo, numa disposição o legislador usa o termo 15 dias findo o qual o processo é remetido, enquanto na outra já indica o prazo, que é de 30 dias, a contar da data limite para a apresentação do parecer do órgão sindical, pelo que a contagem dos prazos não é sucessiva. Aliás, se os dois prazos fossem sucessivos (15 dias para a defesa, seguidos de 5 dias para o parecer do órgão sindical, ao que se seguirá 30 dias para a decisão), poderia suceder que as diligências tivessem de ser realizadas num prazo superior à soma desses dois prazos (45 dias), concluindo-se, assim, que

já não podiam ser realizadas porque a decisão deveria ser tomada dentro desse prazo, o que seria uma posição incoerente.

Entendemos, por isso, que existia aqui uma lacuna, que deveria ser integrada de acordo com casos análogos - que seria o princípio estabelecido na alínea b) - ou, se se entender que não há analogia, segundo a norma que o próprio intérprete criaria, se houvesse de legislar dentro do espírito do sistema (artigo 9.º do CC), o que, facilmente, se entenderia tratar-se do mesmo princípio.

Por isso, uma posição razoável seria a de entender que as diligências deveriam ser realizadas em prazo razoável depois da apresentação da defesa, findo o qual o processo seria remetido ao órgão sindical, por isso não julgamos haver uma irregularidade em o processo ser remetido ao órgão sindical depois da realização das diligências, até porque as mesmas podem ser relevantes para a emissão do aludido parecer.

Para além disso, a falta de remessa do processo disciplinar ao órgão sindical não configura uma invalidade que não pudesse ser sanada. É justamente por ter compreendido a relevância das diligências para a emissão do parecer do órgão sindical - e, até, para dar oportunidade ao trabalhador de sustentar, melhor, a sua defesa - que a LT [artigo 69, n.º 1, alínea b)] estabelece que essas diligências devem ser realizadas em 5 dias consecutivos¹⁹ depois da apresentação

¹⁹ Os dias para a realização de diligências são consecutivos, incluindo-se, aí, os sábados, domingos, feriados e dias de tolerância de ponto. Isso implica que as diligências têm de ser realizadas mesmo nesses dias, o que é incompreensível, pois, sabe-se que esses são dias de descanso semanal e interrupção da actividade laboral. Pode suceder que tal não seja possível, não só porque o local para a sua realização esteja encerrado, como, também, por impossibilidade de realização da diligência por qualquer outra razão. Ainda assim, entendemos que, para que não seja incumprida uma formalidade legal, as diligências devem ser realizadas nesses cinco dias consecutivos.

da defesa, remetendo-se, depois disso, o processo ao órgão sindical para emissão de parecer, ou seja, o processo é remetido já com as diligências realizadas, permitindo ao órgão sindical que emita um parecer com base em toda a prova produzida.

Apesar desta alteração, a questão continua a ter relevante alcance prático, pois, a nova lei não é aplicável aos factos constituídos ou iniciados antes da sua entrada em vigor²⁰, como é o caso dos prazos de caducidade e prescrição de direitos e procedimentos, bem como formalidades para a aplicação de sanções disciplinares e cessação do contrato de trabalho (v. artigo 271, n.º 1 da LT). Para além disso, tendo em conta os processos judiciais pendentes à data da entrada em vigor da LT, as questões relativas ao regime jurídico resultante da LT2007 continuam a ter um relevante interesse prático.

O segundo grupo de casos de invalidade do processo disciplinar ocorre quando se verifique a não realização das diligências de prova requeridas pelo trabalhador, com a nota de culpa ou mesmo antes ou depois da apresentação da nota de culpa: com efeito, pode suceder que o trabalhador entenda que, para elaborar a sua defesa, carece de alguma informação, solicitando, nessa altura, a realização de diligências preliminares até ao termo do prazo para a defesa. Assim, no regime da LT2007, para que assim seja, o trabalhador, aquando do pedido da sua realização, deveria indicar, expressamente, que pretende que as mesmas fossem realizadas antes do termo do referido prazo. No novo regime a situação fica solucionada

²⁰ Sobre a aplicação da Lei do Trabalho no tempo, com interesse, ainda que sobre LT2007, v. TOMÁS TIMBANE, *As disposições transitórias da nova Lei de Trabalho* (disponível aqui <http://www.fd.ul.pt/Portals/0/Docs/Institutos/ICJ/LusCommu ne/TimbaneTomas2.pdf>).

porque foi estabelecido um prazo autónomo de 5 (cinco) dias consecutivos²¹ para a realização de tais diligências, tal como decorre da alínea b) do n.º 1 do artigo 70 da LT.

Pode, porém, suceder que as aludidas diligências não sejam realizadas, pelo facto de o instrutor entender que as mesmas são injustificáveis, devendo, neste caso, fundamentar a sua não realização, correndo, no entanto, o risco de o tribunal vir a julgar improcedentes os fundamentos para a não realização.

Por último, há invalidade de processo disciplinar quando houver violação dos prazos de prescrição da infracção disciplinar, da resposta à nota de culpa ou de tomada da decisão²². Neste caso, havendo um prazo para a instauração do processo disciplinar, para a resposta à nota de culpa ou de comunicação da decisão ao trabalhador, a violação destes prazos dá lugar à invalidade do processo disciplinar.

Trata-se de situações fáceis de apontar, tendo em conta os prazos existentes, dentro dos quais devem ser praticados os actos respectivos. No entanto, na LT, a lei nada diz sobre a comunicação da decisão ao Comité Sindical: no domínio da LT2007, tratando-se de *inobservância de uma formalidade legal*, a situação configurava uma invalidade prevista na alínea a) do n.º 1 do artigo 68.

²¹ É criticável a solução legal, uma vez que foram indicados dias consecutivos de calendário, quando o parecer do Comité Sindical deve ser apresentado em cinco dias úteis. Na verdade, o prazo legal fica limitado a, no máximo, 3 dias úteis, pois nem sempre será possível realizar diligências aos sábados, domingos, feriados ou tolerâncias de ponto.

²² Na alínea c) do n.º 1 do artigo 68 da LT2007 e alínea c) do n.º 1 do artigo 72 da LT, a lei fala de tomada de decisão e no n.º 2 de cada uma das disposições da comunicação da decisão do trabalhador, mas o que se quer dizer é de comunicação da decisão ao trabalhador, pois, esta só pode produzir efeitos quando seja dada a conhecer ao trabalhador, sendo irrelevante quando a decisão foi tomada.

2.2. Vícios sanáveis e vícios insanáveis

A Lei do Trabalho indica a existência de vícios sanáveis e vícios insanáveis; aqueles, uma vez detectados, podem ser sanados, ou seja, podem ser corrigidos; estes, não podem ser sanados, dada a sua gravidade. De todas as causas de invalidade do processo disciplinar, só quatro são insanáveis, ou seja, invalidam, de todo, o processo disciplinar:

- i) a prescrição da infracção do procedimento disciplinar;
- ii) a caducidade por violação do prazo de comunicação da nota de culpa ao trabalhador;
- iii) a violação do prazo de comunicação da decisão; e
- iv) a impossibilidade de defesa do trabalhador, por não lhe ter sido dado conhecimento da nota de culpa, por via de notificação pessoal ou edital.

No regime da LT2007, CARLOS ANTUNES *et al.*²³ indicavam que existiam três invalidades insanáveis, a saber: a prescrição da infracção, a improcedência dos fundamentos da sanção e a violação do prazo de comunicação da decisão. No entanto, excluía a impossibilidade de defesa do trabalhador.

Entendemos que não faz sentido a indicação da improcedência dos fundamentos da sanção, pois se a decisão foi tomada sem que houvesse fundamentos para a aplicação da sanção disciplinar, não se

²³ *Lei do Trabalho de Moçambique Anotada*, Escolar Editora, Maputo, 2015, p. 154, em comentário ao art. 68.

trata da impossibilidade de sanção do vício, mas de declarar a sanção inválida por falta de fundamentos legais, situação que nada tem a ver com a insanabilidade desse vício. Trata-se de uma questão do mérito da causa disciplinar, ou seja, se não tiver havido fundamento para a decisão disciplinar, o pedido de invalidação da decisão disciplinar será julgado procedente²⁴.

Parece, pois, que essa improcedência dos fundamentos da sanção foi colocada pelos autores por lapso, justamente porque, afinal, referem que a única nulidade insuprível é a impossibilidade de defesa do trabalhador arguido, por não lhe ter sido dado conhecimento da nota de culpa.

Há quem, como BALTAZAR EGÍDIO²⁵, entende que as causas de invalidade do processo disciplinar indicadas no artigo 68 da LT2007 são meramente exemplificativas. Tendo em conta a forma como aquela disposição está elaborada, discordamos deste autor e entendemos que aquela enumeração é taxativa, pois o processo disciplinar só era inválido naquelas três situações constantes do artigo 68 da LT2007²⁶.

BALTAZAR EGÍDIO²⁷ indica como causas que não são sanáveis “a prescrição da infracção disciplinar [artigo 68, n.º 2 da LT2007], a caducidade da infracção disciplinar, a violação do prazo de comunicação

²⁴ Sobre a falta de fundamentos para a aplicação de sanções disciplinares, v. os Acórdãos do Tribunal Supremo, de 25 de Agosto de 2009 (Proc.º n.º 144/2005-L) e de 3 de Setembro de 2009 (Proc.º n.º 01/2005-L), ambos relatados pela Juíza Conselheira Maria Noémia Luís Francisco, in ADELINO MUCHANGA *et. al.* (Coord.), *Colectânea de Acórdãos do Tribunal Supremo - Jurisdição Cível e Laboral 2009-2012*, Vol. II - 2012, Tribunal Supremo, Maputo, 2012.

²⁵ *Direito do Trabalho*, Vol. I (Situações Individuais de Trabalho), Dean Print, 2017, p. 518.

²⁶ É nesse sentido que também apontam CARLOS ANTUNES *et. al.*, *Lei do Trabalho de Moçambique Anotada*, cit., p. 153, em comentário ao art. 68.

²⁷ *Direito do Trabalho*, I, cit., p. 522.

da decisão [artigo 68, n.º 2 da LT2007] e a impossibilidade de defesa do trabalhador [artigo 68, n.º 2 da LT2007]”. Este autor não indica o fundamento legal da impossibilidade de sanção nos casos de caducidade do processo disciplinar, pois a mesma não consta da lei.

Do ponto de vista de técnica legislativa, o legislador foi infeliz, uma vez que tendo indicando no n.º 2 do artigo 68 da LT2007 as causas de invalidade do processo disciplinar que considerava insanáveis - a prescrição da infracção do procedimento disciplinar e da violação da comunicação da decisão -, acrescentou, no n.º 4, uma terceira, que é a impossibilidade de defesa do trabalhador, quando deveria colocar, numa mesma disposição, todas as situações de vícios insanáveis. É nesse sentido que a LT estabelece no n.º 4 do artigo 72 que “[c]onstitui nulidade insuprível, em processo disciplinar, a prescrição da infracção, a caducidade, a violação do prazo de comunicação da decisão e a impossibilidade de defesa do trabalhador arguido por não lhe ter sido dado conhecimento da nota de culpa, por via de notificação pessoal ou edital, sempre que for caso disso”.

Para todos os casos de invalidades insupríveis, podemos dizer que se trata de nulidades que não podem ser sanadas.

2.3. O decurso dos prazos e os seus efeitos no processo disciplinar

As invalidades do processo disciplinar decorrem, muitas vezes, do incumprimento de prazos, nomeadamente, da data para o início do processo disciplinar ou do prazo de notificação da nota de culpa - 30 dias depois do conhecimento da infracção -, do prazo de

comunicação da decisão - 30 dias depois do termo do prazo para emissão do parecer do órgão sindical e do prazo de realização das diligências.

Em qualquer um destes casos, se o direito não se exerce, extingue-se pelo decurso do tempo: “Se o titular de um direito o não exercer durante certo tempo fixado na lei, extingue-se esse direito. Diz-se, nestes casos, que o direito prescreveu, ou que o direito caducou”²⁸.

No que se refere à distinção concreta entre a prescrição e a caducidade, salienta a doutrina que se devem observar «duas directrizes básicas»²⁹:

- Sempre que, por força da lei ou da vontade das partes, exista determinado prazo especial para o exercício de um direito, imperam as regras da caducidade, salvo expressa referência ao regime da prescrição, que, nessa hipótese, se aplicará (artigo 298.º, n.º 2, do Código Civil);
- Não havendo um prazo especial, derivado da lei ou da vontade das partes, vigoram as normas da prescrição, designadamente, no que respeita ao período ordinário de vinte anos (artigo 309.º do Código Civil), excepto se o direito em causa for insusceptível de extinção pelo não exercício, mercê da sua indisponibilidade ou imprescritibilidade (artigo 298.º, n.º 1, do Código Civil).

²⁸ CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., p. 373.

²⁹ MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Noções Fundamentais de Direito Civil*, 5.ª Edição, Almedina, 2009, pp. 349-350.

No fundo, “[o] fundamento último da prescrição encontra-se na negligência do titular do direito, ao não o exercer dentro de certo período de tempo, tido como razoável pelo legislador, e durante o qual seria legítimo esperar o seu exercício, se nisso estivesse interessado”³⁰.

A Lei do Trabalho estabelece, sempre de forma expressa, os prazos de prescrição, quer para o exercício générico de qualquer direito, quer para o início de um procedimento disciplinar. A LT refere, aliás, que a prescrição consiste na extinção ou perda de um direito decorrente do não exercício do mesmo, durante um lapso de tempo fixado na lei, indicando-se, depois, os respectivos prazos - seis meses, a contar da data da ocorrência da infracção disciplinar ou prazos prescricionais da lei penal, quando os factos constituam igualmente crime - os quais se suspendem em várias situações, nomeadamente, quando tenha reclamado junto do empregador ou do órgão da administração do trabalho, sido instaurada uma acção judicial, mediação ou arbitragem, durante o período de licença de maternidade, paternidade ou doença que o impossibilite de comparecer ao trabalho (artigos 57 e 66, n.º 6 LT).

Já a caducidade ocorre naqueles casos em que não se trata de prescrição, mas um certo direito deve ser exercido num certo lapso de tempo: é o que ocorre nos casos em que a entidade empregadora, tendo tomado conhecimento de uma infracção, deve iniciar processo disciplinar, notificando o trabalhador da nota de culpa ou iniciando

³⁰ LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. II (Introdução. Pressupostos da relação jurídica), 5.ª Edição, Universidade Católica Editora, 2010, p. 692.

o inquérito, o que ocorre nos casos em que não seja conhecido o autor ou a infracção por ele cometida (artigo 70, n.º 4 da LT).

Do mesmo modo, a violação do prazo de comunicação da decisão dá lugar à invalidade do processo disciplinar.

2.4. Conhecimento dos vícios

Uma questão que pode ser colocada é a de saber se o tribunal pode ou não conhecer oficiosamente de todos vícios do processo disciplinar, sobretudo dos não sanáveis. O Acórdão do Tribunal Supremo, de 2 de Julho de 2019, proferido no Proc.º 25/2017-L³¹, afirmou positivamente, ao referir que “incumbe oficiosamente ao tribunal verificar se esses requisitos de validade do processo disciplinar exigidos pela citada Lei do Trabalho estão preenchidos e no caso de inobservância, agir em conformidade com a lei”.

Mas será mesmo assim, para todos os vícios sanáveis ou não? Serão todos de conhecimento oficioso? A caducidade do processo disciplinar parece apontar em sentido contrário. Diz o artigo 298.º, n.ºs 1 e 2, do Código Civil que “[q]uando, por força da lei ou por vontade das partes, um direito deva ser exercido dentro de certo prazo, são aplicáveis as regras da caducidade, a menos que a lei se refira expressamente à prescrição” (n.º 2).

Tratando-se de um processo disciplinar, podemos dizer que se a entidade empregadora notificar o trabalhador da nota de culpa fora do prazo de 30 dias, sem que tenha havido um inquérito, fê-lo depois

³¹ ADELINO MUCHANGA *et. al.* (Coord.), *Colectânea de Acórdãos do Tribunal Supremo - Jurisdição Cível e Laboral 2015-2021*, cit., II, pp. 602-604.

de caducar o direito de o fazer. Sendo assim, poderá o juiz considerar que houve caducidade do processo disciplinar mesmo que esse vício não tenha sido arguido pelo trabalhador?

Se a caducidade de direitos não é, em regra, de conhecimento oficioso, a questão que se coloca é a de saber se a caducidade da infracção disciplinar, não estando indicada no artigo 68, n.º 2, da LT2007, era ou não uma invalidade sanável. A situação das causas sanáveis pode ajudar a responder a esta questão.

Com efeito, havendo caducidade do processo disciplinar, são possíveis duas situações:

- o trabalhador arguiu o vício da caducidade da infracção disciplinar:

Neste caso, o empregador deveria tomar posição sobre a mesma na decisão; julgada improcedente pelo empregador e se o trabalhador insistir na invocação desse vício na petição inicial, deverá o tribunal apreciar a sua existência, sendo que, se entender que caducou a infracção disciplinar, não há porque não a considerar, devendo julgar inválido o processo disciplinar.

- o trabalhador não invocou a caducidade do processo disciplinar:

Tudo se passará como se não tivesse havido caducidade, justamente porque ela não é de conhecimento oficioso. Discordamos,

assim, do entendimento do Acórdão do Tribunal Supremo de 2 de Julho de 2017.

É por não ser de conhecimento oficioso à luz da LT2007, que o novo regime jurídico (artigo 72, n.ºs 2 e 4 da LT) indica, para além daquelas três situações - prescrição da infracção do procedimento disciplinar, violação do prazo da comunicação da decisão e impossibilidade de defesa do trabalhador, por não lhe ter sido dado conhecimento da nota de culpa, por via de notificação pessoal ou edital -, a caducidade como causa de invalidade que não pode ser sanada, sendo que, a partir daí, tratar-se-á de um vício de conhecimento oficioso.

2.5. Momento de sanção de vícios e reabertura do processo disciplinar

Fora das quatro situações de vícios insanáveis, as quais, se ocorreram, determinam, inequivocamente a invalidade do processo disciplinar, sendo todas de conhecimento oficioso³², as demais são, na LT2007, sanáveis em dois momentos: i) antes ou depois do encerramento do processo disciplinar, mas sempre; ii) até dez dias após o conhecimento dos vícios. Já na LT são sanáveis num único momento: até dez dias após o seu conhecimento e antes do encerramento do processo disciplinar. Ocorre, pois, uma relevante alteração, uma vez que todos os vícios sanáveis só o podem ser antes do encerramento

³² Sobre a falta de cumprimento do prazo de comunicação da decisão, v. o Acórdão do Tribunal Supremo, de 28 de Fevereiro de 2020 (Proc.º 12/2019-L), relatado pelo Juiz Conselheiro Abudo Hunguana, in ADELINO MUCHANGA *et. al.* (Coord.), *Colectânea de Acórdãos do Tribunal Supremo - Jurisdição Cível e Laboral 2015-2021*, II, cit., pp. 704-708.

do processo disciplinar, sendo que, depois disso, tais vícios se tornam insanáveis.

A questão que se coloca no domínio da LT2007 é a de saber se, sendo as invalidades sanáveis, quando poderiam ser sanadas - situação resolvida na LT - e quem poderia suscitá-las. Se os vícios são identificados depois da decisão, trata-se da possibilidade de reabertura do processo disciplinar, a qual se justificava porque, com alguma frequência, o fundamento da impugnação do despedimento era uma irregularidade processual, sem que subsistissem dúvidas sobre a justa causa do despedimento³³, pelo que, havendo justa causa, não devem as falhas formais impedir que o empregador, depois de as expurgar refazendo o processo, venha a despedir o trabalhador³⁴. Na verdade, de acordo com PEDRO FURTADO MARTINS³⁵, «a reabertura do processo disciplinar visa evitar que a ocorrência de falhas meramente procedimentais impeçam a efectivação de despedimentos materialmente justificados».

A reabertura do processo disciplinar, foi introduzida no direito laboral moçambicano em 2007, tendo, sem razão aparente, sido abolida pela revisão da Lei de Trabalho em 2023, pelo que só terá

³³ MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Direito do Trabalho*, Vol. II (Situações Laborais Individuais), 2.º Edição, Revista e actualizada, Almedina, Coimbra, 2008, p. 878.

³⁴ PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, 3.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2006, p. 973. No direito português, a possibilidade de reabertura do procedimento disciplinar foi introduzida pelo Código de Trabalho de 2003, tendo vigorado até ser revogada pela revisão feita ao aludido Código pela Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro, a que entrou em vigor a 1 de Janeiro de 2010. Sobre a reabertura de processo disciplinar, v. por todos DOMINGOS JOSÉ MORAIS, “A possibilidade de reabertura do procedimento disciplinar”, *Questões Laborais*, n.º 22 (2003) e PEDRO FURTADO MARTINS, *Cessação do Contrato de Trabalho*, 4.ª Edição revista e atualizada, Principia, Cascais, 2017, pp. 563-568.

³⁵ *Cessação do Contrato de Trabalho*, cit., p. 563.

relevância para os processos disciplinares regidos pela LT2007, uma vez que, nos termos do disposto no n.º 1 do artigo 271 da LT, o regime instituído pela LT só é aplicável aos factos constituídos ou iniciados depois da sua entrada em vigor, ou seja, a partir de 23 de Março de 2024.

Não podemos deixar de sublinhar a importância que a reabertura do processo disciplinar tem para uma realidade como a moçambicana, onde, havendo preocupações com a protecção e segurança do emprego do trabalhador, ocorre, também, procedimentos complexos, abandonando a flexibilidade que havia até à LT98. Para além disso, como bem diz PEDRO ROMANO MARTINEZ³⁶, a complexidade do procedimento disciplinar não tem paralelo na maior parte dos ordenamentos jurídicos e nem sempre os empregadores, em particular, as pequenas empresas, encontram-se suficientemente assessorados por juristas conhecedores da realidade jurídica ou dispondo da experiência necessária para efectuarem correctamente um procedimento disciplinar.

São vários os entendimentos sobre a razoabilidade e constitucionalidade da possibilidade de reabertura do processo disciplinar. MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO³⁷ refere que se trata de uma solução que é compreensível em nome dos valores de substancialidade da Ordem Jurídica, mas que a mesma é estranha por vários motivos: i) premeia o empregador que praticou um acto de negligência no processo, que só a ele é imputável, ii) eterniza o procedimento disciplinar, o que é contrário ao princípio da celeridade que domina a matéria, iii)

³⁶ *Cessação do Contrato*, cit., p. 437.

³⁷ *Direito do Trabalho*, II, cit., pp. 878-879.

redunda num segundo julgamento do trabalhador pela mesma infração e, por fim, iv) não fica claro o destino do próprio processo de despedimento.

Já PEDRO ROMANO MARTINEZ³⁸ em sentido algo diferente, sustenta a razoabilidade e constitucionalidade dessa solução, até apoiando-se no Acórdão do Tribunal Constitucional Português n.º 306/2003, de 25 de Junho de 2003³⁹, entendendo que a reabertura do processo disciplinar não implica nem a violação do direito de defesa do trabalhador, nem o desrespeito do princípio *in bis in idem*, nem um alargamento desmensurado dos prazos do exercício de direito⁴⁰.

A reabertura do processo disciplinar para a sanção de vícios aí detectados não implica, pois, uma nova acusação com novos factos, devendo limitar-se aos factos que deram lugar àquele processo disciplinar. Se há uma formalidade que não foi cumprida, a lei admite a possibilidade dessa sanção, dando-se oportunidade ao empregador de a corrigir, não podendo se declarar automaticamente inválido o processo disciplinar. Mas essa oportunidade só pode ser dada nos casos de vícios sanáveis e, na LT, no prazo de dez dias depois do seu conhecimento e antes do encerramento do processo disciplinar.

É justamente essas as questões que foram discutidas nos Acórdãos do Tribunal Supremo, datados de 2 de Julho de 2019, proferidos nos Procs.º n.ºs 18/17-L⁴¹ e 25/2017-L⁴²: no primeiro, o Tribunal

³⁸ *Direito do Trabalho*, cit., p. 973.

³⁹ I Série do Diário da República de 18 de Julho de 2003 e *Prontuário de Direito do Trabalho* n.º 65, 2003.

⁴⁰ No sentido da inconstitucionalidade dessa solução, v. JÚLIO GOMES/RAQUEL CARVALHO, “Código do Trabalho - a (in) constitucionalidade das normas relativas à repetição do procedimento disciplinar e à reintegração”, cit., pp. 212 e ss.

⁴¹ ADELINO MUCHANGA *et. al.* (Coord.), *Colectânea de Acórdãos do Tribunal Supremo - Jurisdição Cível e Laboral 2015-2021*, II, cit., pp. 584-588.

⁴² ADELINO MUCHANGA *et. al.* (Coord.), *Colectânea de Acórdãos do Tribunal*

Supremo considerou que se tratando de vícios sanáveis, o tribunal deveria ter notificado o empregador para os sanar; no segundo caso, porque o vício não era sanável, não havia porque notificar o empregador⁴³.

No Acórdão do Tribunal Supremo proferido no Proc.º 25/2017, a questão não merece reparo: tratou-se de violação do prazo da comunicação da decisão, acarretando, por isso, a invalidade absoluta do mesmo. Se o vício não é sanável, não faria sentido notificar o empregador e reabrir o processo disciplinar, pois tal seria um acto inútil. Trata-se de uma consequência que resulta do disposto no n.º 2 do artigo 68 da LT - e agora do n.º 2 do artigo 72 -, pois a violação do prazo da comunicação da decisão é um vício que não pode ser sanado.

Situação diversa ocorreu no Acórdão do Tribunal Supremo proferido no Proc.º n.º 18/2017, justamente porque neste o vício em causa era sanável. A sentença foi anulada porque o tribunal entendeu que a primeira instância não deu oportunidade ao empregador para sanar os vícios que, no caso, era a remessa do processo ao Comité Sindical que, para aquele caso, não existia.

Supremo - Jurisdição Cível e Laboral 2015-2021, II, cit., pp. 602-604.

⁴³ A questão da invalidade dos vícios do processo disciplinar relaciona-se, muitas vezes, com a necessidade de o juiz analisar o processo disciplinar, o que pressupõe que este tenha acesso a todas as peças do processo disciplinar. Sobre a junção do processo disciplinar aos autos, existe jurisprudência consolidada, no sentido de que é ao juiz que cabe ordenar a junção do mesmo. Do nosso lado, temos entendimento diverso, justamente naqueles casos que se levantam questões que pressupõem a análise do mesmo, cabendo, aí, ao interessado a sua junção. A importância da jurisprudência sobre o tema foi bem sublinhada em JOÃO ANTÓNIO DE ASSUNÇÃO BEIRÃO (Coord.), *Acórdãos dos Tribunais Superiores de Recursos*, Tribunal Supremo 2011-2015, Maputo, 2020, p. 11.

As questões que se podem colocar vão para além dessa possibilidade.

Importa transcrever parte do acórdão:

«Sucedee que, de acordo com a lei do trabalho em vigor, as irregularidades supríveis não implicam a imediata invalidade do processo disciplinar. Admite-se que esses vícios sejam sanados, de um lado, quando a entidade empregadora deles se aperceba e pretenda saná-los, antes do encerramento do processo disciplinar, o que ocorre com a comunicação da decisão, de outro lado, quando o empregador conheça dos vícios depois do encerramento do processo disciplinar, situação em que dispõe do prazo de 10 dias, contados desde o seu conhecimento, para os corrigir.»

Continuando, o acórdão refere que:

«Deste comando legal infere-se que (...) o tribunal tem o dever de instar a parte que incorreu no vício a proceder à sua sanção no prazo de 10 dias, sob pena de, então, ser declarada a invalidade do processo com as inerentes consequências jurídicas. O tribunal omitiu o dever de ofício a que se obrigava (...).»

A questão que se colocava no processo era a de:

«(...) saber se a decisão do tribunal *a quo*, que considerou inválido

o processo disciplinar, por falta de remessa ao órgão sindical, inexistente na entidade empregadora da trabalhadora, viola a lei substantiva, nomeadamente o artigo 67 da Lei do Trabalho n.º 23/2007, de 1 de Agosto?»

Levanta-se, aí, a questão de saber se, tendo verificado a ocorrência de vícios sanáveis do processo disciplinar, deve ou não o tribunal notificar imediatamente o réu para a respectiva sanção, o que implicaria a reabertura do processo disciplinar.

Importa sublinhar que essa situação só se levanta quando o tribunal reconheça existir a aludida irregularidade, pois, se assim não for, o problema não se coloca, ainda que, mais tarde, o recurso se funde na falta do pronunciamento do tribunal. Assim, a resposta a esta questão depende de quem suscita o vício: se o vício foi suscitado pelo trabalhador na petição inicial, não vemos por que o réu não tenha de sanar o vício no prazo de 10 dias, por ter sido nessa altura que teve conhecimento do mesmo; pela leitura do acórdão, parece dever entender-se que mesmo quando suscitada pela parte ou quando verificada oficiosamente, o tribunal tem o dever de instar a parte que incorreu no vício a proceder à sua sanção no prazo de 10 dias, ou seja, é essencial que o tribunal reconheça a existência do vício. Será esse o sentido da norma tal como interpretada pelo Acórdão? Do mesmo modo, será que o empregador pode, tendo identificado um vício, saná-lo *sponte sua*?

No actual regime, a lei é peremptória, entendendo-se que o empregador deve sanar no prazo de 10 dias depois do seu conhecimento e durante o processo disciplinar. A existência do vício pode ser suscitada pelo trabalhador, pelo órgão sindical ou identificada pelo

empregador: em qualquer um desses casos, deve ficar claro que o prazo para a sanção do vício é de 10 dias⁴⁴. No regime anterior, a questão tinha especial relevância prática, justamente porque inexistia esse limite temporal - encerramento do processo disciplinar - para a sanção do vício.

Poderia acontecer que a existência do vício não fosse evidente, sendo que o entendimento do trabalhador - que disse, por exemplo, que não foi feita uma diligência - pudesse ser diferente do empregador - que pode entender que essa diligência foi realizada -, pelo que não se poderia considerar que caducou o direito de sanar o vício, pois só quando fosse o tribunal a identificar o vício é que começava o prazo para a sua sanção.

As questões que se colocavam relativamente à sanção de vícios do processo disciplinar estão muito para além da junção de documentos, da realização de diligências omitidas ou da remessa do processo ao órgão sindical.

Assim, se faltarem os requisitos da nota de culpa, se o trabalhador não tiver sido ouvido apesar de ter solicitado, se a nota de culpa ou os autos não tiverem sido remetidos ao órgão sindical, se a decisão final não estiver devidamente fundamentada, a entidade empregadora poderia, nas circunstâncias indicadas na lei, reabrir o processo disciplinar para sanar os vícios em causa.

⁴⁴ Questão relevante é a de saber se nos casos em que o empregador tenha conhecimento do vício na véspera da decisão, pode saná-lo para além do prazo desta, ou seja, se tendo tomado conhecimento do vício menos de 10 dias antes da decisão, ainda assim o prazo para o sanar mantém-se. Entendemos que o prazo para a sanção do vício não pode prejudicar o cumprimento do prazo da decisão, até porque a violação desse é um vício insanável.

Como referido, no domínio da LT2007, mesmo que os prazos do processo disciplinar estejam ultrapassados - por exemplo, quando a invalidade tiver sido detectada no despacho liminar ou até ao julgamento - o tribunal deve, oficiosamente, ou a pedido do trabalhador, permitir a reabertura do processo disciplinar para, por exemplo, o empregador:

- completar a nota de culpa indicando as circunstâncias do tempo, lugar e modo como a infracção disciplinar foi cometida;
- fundamentar melhor a decisão em face das provas produzidas;
- comunicar ao órgão sindical a instauração do processo disciplinar;
- remeter o processo disciplinar ao órgão sindical para emissão de parecer; ou
- realizar as diligências que ficaram por fazer.

Se o processo for reaberto, o processo judicial deverá ser suspenso⁴⁵, pois não se compreenderia que o processo judicial pudesse estar em curso enquanto as invalidades não foram sanadas. Em qualquer uma dessas situações, o processo disciplinar será reaberto,

⁴⁵ Como tão bem nota MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Direito do Trabalho*, II, cit., p. 879, para o caso português, nestas situações, parece ocorrer uma suspensão da instância, a que se seguirá a extinção por inutilidade superveniente da lide, no caso de o novo processo disciplinar ocorrer sem falhas e o despedimento se consumar. É uma situação idêntica à que ocorre quando, no domínio da LT2007, não tendo havido a mediação obrigatória, a instância é suspensa e, findo o prazo, a mediação não é realizada.

devendo, em face das circunstâncias do caso concreto, indicar-se o prazo de suspensão para permitir a sanção dos vícios detectados. Para o efeito, o tribunal deverá suspender o processo para a reabertura e sanção dos vícios detectados. Sanados os vícios e, se for o caso, findo o processo disciplinar, deve comunicar ao tribunal para que o processo continue, demonstrando tê-los ou não sanado, sendo que, caso tal comunicação não seja feita, o processo segue os seus termos.

Importa considerar que a reabertura do processo disciplinar não visa a alegação de factos novos, mas, apenas, suprir as irregularidades que tiverem sido detectadas, quer na nota de culpa, quer no decurso do processo disciplinar.

Se se tratar da nota de culpa que se alega não ter a indicação do tempo, lugar e modo de cometimento da infracção, a reabertura implicará que sejam supridas as irregularidades e permitam ao trabalhador exercer, de forma adequada, o seu direito de defesa em relação a todas as infracções de que é acusado, ficando o tribunal com a responsabilidade de, depois da decisão do empregador⁴⁶, apreciar o mérito da causa, depois de resolvidas as irregularidades detectadas.

⁴⁶ Pode suceder que em face da supressão das irregularidades, a entidade empregadora entenda aplicar uma sanção diferente da que tiver fundamentado a instauração da acção, podendo declarar-se extinta a acção por inutilidade superveniente da lide (por exemplo, se a sanção não for a de despedimento), como, também, pode ser convertida numa outra acção para apreciar a decisão em concreta que tiver sido tomada (aplicação de multa, despromoção ou qualquer outra).

2.6. A junção do processo disciplinar

Outra questão que se pode colocar relativamente ao regime da LT2007 é a de saber se, tendo o juiz ordenado, no despacho de citação, a junção do processo disciplinar, ainda assim se pode considerar que, havendo um vício - por exemplo, a falta de remessa do processo disciplinar ao sindicato -, deve, o tribunal, ao identificar em momento posterior o vício oficiosamente ou a requerimento do trabalhador, mandar reabrir o processo disciplinar.

Importa considerar que a entidade empregadora tem o ónus de juntar, com a contestação ou mesmo que não a apresente, o processo disciplinar aos autos, nos termos do disposto no n.º 2 do artigo 162.º do Código de Processo de Trabalho. Essa é, aliás, jurisprudência assente do Tribunal Supremo, que, em vários arestos, já se posicionou no sentido de ser obrigatória a junção do processo disciplinar por parte do empregador, tomando, assim, posição sobre a vigência da norma em que se funda⁴⁷. Se, entretanto, o empregador não o juntar, não poderá fazer prova da regularidade do processo disciplinar, sendo que se forem levantadas questões sobre o mesmo, não terá como provar que cumpriu com todas as formalidades legais.

O Acórdão do Tribunal Superior de Recurso da Beira, de 26 de Novembro de 2015⁴⁸, proferido no Proc.º 91/2012, relativamente à

⁴⁷ V. Acórdãos do Tribunal Supremo, de 12 de Outubro de 2004 (Proc.º n.º 34/2003-L), 7 de Março de 2006 (Proc.º n.º 79/2003-L) e, 27 de Setembro de 2007 (Proc.º n.º 141/2005-L), todos relatados pela Juíza Conselheira Maria Noémia Luís Francisco, in ADELINO MUCHANGA, *Acórdãos do Tribunal Supremo - Jurisdição Cível, de Menores e Laboral 2004-2008*, Vol. II, 2012, Maputo, pp. 427-429, 461-463 e 655-658.

⁴⁸ JOÃO ANTÓNIO DE ASSUNÇÃO BEIRÃO (Coord.), *Acórdãos dos Tribunais Superiores de Recursos*, cit., pp. 238 e ss.

junção do processo disciplinar, entende só se justificar a sua junção quando for necessário para o esclarecimento da verdade, considerando que:

“é dever do Juiz requisitar documentos para esclarecimento da verdade, conforme se alcança do disposto no artigo 535.º CPC, aplicável por força da alínea a), do n.º 3, do artigo 1.º do Código de Processo do Trabalho, sob pena de incorrer em nulidade prevista no n.º 1 do artigo 201.º do CPC [...], [d]aí que a Mma. Juíza ao aperceber-se que seria fundamental para a decisão a apreciação do processo disciplinar, devia tê-lo requisitado ao abrigo das disposições acima indicadas.”

É uma posição com a qual não se pode concordar, justamente porque a junção do processo disciplinar decorre não do artigo 82.º do Código de Processo do Trabalho - o qual dispõe que, com os articulados, serão oferecidos os documentos e as testemunhas e requeridas quaisquer outras diligências de prova - mas de uma norma injuntiva - o artigo 162.º do Código de Processo do Trabalho, o qual não é referido naquele acórdão.

Ainda assim, se o tribunal entender que se justifica a junção do processo disciplinar em face das questões colocadas, ou seja, ao se aperceber que seria fundamental para a decisão a apreciação do processo disciplinar, nada impede que, nos termos do aludido artigo 82.º do Código de Processo do Trabalho, ordene a sua junção.

Junto ou não o processo disciplinar, há que verificar, no domínio da LT2007, a questão da sanção do vício. Com efeito, se no exame preliminar do processo que o juiz tem de realizar antes de proferir o despacho de citação (saneamento preliminar do processo) ou na audiência de discussão e produção da prova⁴⁹, identificar o vício, deve, de imediato, expressamente, ordenar a sua sanção.

É verdade que se o tribunal ordenou a junção de todo o processo disciplinar, incluindo, naturalmente, a remessa do processo disciplinar para pedido de parecer, pode dizer-se que esse vício já não pode ser sanado, justamente porque o empregador teve oportunidade de o fazer e, não o tendo feito, o prazo de 10 dias já se esgotou. Mas também se dirá que o empregador tem o ónus de juntar o processo disciplinar, o que esvazia, até certo ponto, a questão. Ainda assim, colocada a questão nestes termos, parece simples, sobretudo pela clareza do vício em causa - falta de remessa do processo disciplinar ao órgão sindical -, mas nos outros casos, a existência do vício não é tão líquida. Por exemplo, o instrutor do processo disciplinar pode não ter realizado uma diligência, pode ter juntado um documento pensando tratar-se do pedido de parecer quando era remessa da nota culpa.

Entendemos que não seria razoável, numa situação em que o tribunal, sem identificar o vício em concreto, solicita a junção do processo disciplinar, considerar-se, por isso, que decorreu aquele prazo: no domínio da LT2007, a existência do vício deve ser identificada em concreto, dando-se, assim, oportunidade ao empregador para o

⁴⁹ V. Acórdão do Tribunal Supremo, de 2 de Julho de 2019 (Proc.º n.º 18/2017-L), cit.

sanar, independentemente de o tribunal ter solicitado a junção do processo disciplinar.

Assim, ao ordenar a junção do processo disciplinar sem indicação expressa de que há um vício, não se pode entender que o prazo para a sanção do vício começou a contar, pelo que nada impede que o vício seja sanado mais tarde, quer invocado pelo juiz, quer pelo trabalhador.

Importa sublinhar que não há uma regulamentação da sanção de vícios do processo disciplinar, quanto ao prazo ou consequência no procedimento, não tendo o acórdão se pronunciado sobre essa questão. Entendemos, assim, que, detectando um vício, o tribunal deve conceder o prazo de 10 dias para o empregador saná-lo, suspendendo, por conseguinte, a instância nos termos do disposto na alínea c) do n.º 1 do artigo 276.º do CPC, aplicável subsidiariamente ao processo laboral.

Outra questão que se pode colocar é a de saber se o prazo de 10 dias para a sanção das causas de invalidade, vale mesmo para aqueles casos em que a sanção do vícios demanda mais tempo. Imagine-se que se trata de diligências ou prática de actos que, à partida, levarão mais do que os 10 dias a realizar.

A disposição legal, quer da LT2007 (artigo 68, n.º 2), quer da LT (artigo 72, n.º 2), é inequívoca: as causas de invalidade podem ser sanadas até 10 dias após o seu conhecimento. Parece-nos, porém, ser um contrassenso a lei permitir que um vício seja sanado e, depois, não tendo sido sanado porque o prazo é insuficiente, ter como consequência a invalidade do processo disciplinar.

Creemos que o legislador poderia ter referido que a invalidade deve ser sanada num prazo razoável, mas isso pode resultar em abusos por parte da entidade empregadora. Pode, igualmente, dizer-se que o legislador deveria ter indicado um prazo mais alargado. Ora, entendemos que, em face dos elementos do processo, o tribunal não pode conceder mais tempo para a sanção das causas de invalidade, pois, trata-se de uma situação excepcional. As invalidades devem, pois, ser situações pontuais, incompatíveis com prazos longos, pelo que tal deve ser feito no prazo de 10 dias, ainda que o processo possa levar mais tempo em face da sanção dos vícios.

Do mesmo modo, pode o empregador sanar unilateralmente o vício, sem que tenha sido alegado pelo trabalhador ou suscitado pelo tribunal. Não parece haver impossibilidade de o fazer, pois, quando detecta um vício, o empregador deve saná-lo, desde que o faça 10 dias após o seu conhecimento. Deverá, pois, provar a data em que teve conhecimento do vício.

No domínio da LT2007, concluindo com aquele acórdão, na verificação das invalidades do processo disciplinar, quando ocorram irregularidades sanáveis, o tribunal deve convidar a parte a repará-las - reabrindo-se, por consequência o processo disciplinar - , suspendendo a instância para a sanção de vícios e, eventualmente, para a conclusão do processo disciplinar com a emissão de novas peças processuais em função dos vícios sanados. Deste modo, no domínio daquela lei incorre em nulidade processual, que se traduz na falta de prática de um acto que a lei exige, o tribunal que, tendo verificado a existência de invalidades sanáveis, não tenha ordenado a sanção dos vícios, pelo que a sentença é nula.

Já no domínio da LT, a situação não se coloca, uma vez que, conforme referido, os vícios só podem ser sanados durante o processo disciplinar, podendo, o tribunal, apenas ordenar as partes para juntarem informações para que possa compreender se existem ou não tais vícios, pois já não se admite a reabertura do processo disciplinar.

3. Notas finais

Não é comum a existência de decisões judiciais relativas à sanção dos vícios do processo disciplinar ou da reabertura do processo disciplinar para esse efeito. Ainda que tenha sido abandonado na revisão de 2023, a sua importância mantém-se, tendo em conta o âmbito de aplicação da LT2007. Trata-se de um tema novo, que abre um debate essencial sobre a importância da forma sobre o fundo das questões que têm sido colocadas.

Para além disso, o processo disciplinar é excessivamente formal e nem sempre as entidades empregadoras, sobretudo as pequenas e médias empresas, muitas delas com deficiente assistência jurídica para tramitação dos processos disciplinares, estão em condições de cumprir com os formalismos constantes da lei. Se a reabertura do processo disciplinar mesmo durante o processo judicial poderia contribuir para aligeirar esta situação, o novo regime jurídico, no qual os vícios só podem ser sanados durante o processo disciplinar, agrava a situação.

Como refere MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO⁵⁰ para o direito português para situação idêntica, uma solução que propiciasse o

⁵⁰ *Direito do Trabalho*, II, cit., p. 879.

aligeiramento do formalismo do processo disciplinar para despedimento, sem prejuízo da garantia fundamental de defesa do trabalhador, teria sido, porventura, mais consentânea com os valores em jogo⁵¹.

As decisões judiciais aqui analisadas ajudam a compreender a sensibilidade do tema e são uma luz que ilumina o intérprete e aplicador da lei. É verdade que se trata de acórdãos que valem para os processos em que foram proferidos, mas servem de bússola orientadora para casos dessa natureza, até porque na vasta jurisprudência do Tribunal Supremo não se encontram decisões idênticas.

A fiscalização do processo disciplinar, quer no despacho liminar, quer em momento posterior, é essencial, por isso a obrigatoriedade da sua junção aos autos, ainda que a falta de junção não tenha uma consequência directa, salvo a impossibilidade de analisar se o mesmo foi tramitado de acordo com a lei.

Do ponto de vista do formalismo, o procedimento disciplinar tem conhecido várias particularidades, pois:

- i) só se previa a nota de culpa e a decisão (LT85), sem nenhuma referência aos vícios;
- ii) com as actuais fases, todos os vícios davam lugar à nulidade da decisão (LT98);

⁵¹ O regime jurídico português é relativamente diferente e melhor estruturado (artigo 382.º do Código do Trabalho), justamente porque nem todos os vícios do processo disciplinar têm a consequências de invalidar o despedimento, admitindo-se não só a irregularidade do procedimento disciplinar, que dá lugar à indemnização em metade do valor devido nos casos de indemnização em substituição da reintegração (artigo 389.º, n.º 2), como, também, à invalidade do despedimento, que pode dar lugar à reintegração (artigo 382.º). Para mais considerações, v. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Cessação do Contrato*, cit., pp. 458-460.

- iii) a possibilidade de reabertura do processo disciplinar para sanção dos vícios (LT2007);
- iv) os vícios só podem ser sanados durante o processo disciplinar (LT).

Contrariando a evolução havida, agora os vícios só podem ser sanados durante o processo disciplinar, tendo deixado de existir a possibilidade de reabertura do processo disciplinar. Entendemos que andou mal o legislador, pois, numa realidade como a nossa, com um processo disciplinar complexo e dificuldades de apoio técnico jurídico sobretudo às pequenas e médias empresas, faz sentido que, em nome da verdade material, o processo disciplinar possa ser reaberto quando haja vícios sanáveis.

A ausência de um procedimento para a sanção de vícios do processo disciplinar pode ser mitigada numa eventual reforma do processo laboral, mas, ainda assim, coloca-se, no âmbito da reabertura do processo disciplinar, o problema do prazo durante o qual o mesmo pode estar reaberto, tendo em conta o prazo de 10 dias para a supressão das invalidades que, algumas vezes, se revela insuficiente. Pode, por exemplo, adoptar-se no Código de Processo de Trabalho a possibilidade de, identificados vícios sanáveis, poder suspender-se a instância para a sua sanção, reabrindo-se, naturalmente, o processo disciplinar, podendo, nesses casos, admitir-se a possibilidade de sancionar administrativamente a entidade empregadora pelo incumprimento da legislação laboral.

Verifica-se, pois, que o legislador ainda não assentou as bases do regime da sanção dos vícios: a diferença de regimes entre a LT2007

e LT e a jurisprudência dos tribunais⁵² ilustram a importância do tema. Cabe à doutrina um papel essencial que ajude a traçar um regime coerente de sanção dos vícios do processo disciplinar.

4. Bibliografia

ANTUNES, Carlos / CASIMIRO, Duarte da Conceição / BARROS, Manuel Freire / PERDIGÃO, Carlos / TONIM, Fernando, *Lei do Trabalho de Moçambique Anotada*, Escolar Editora, Maputo, 2015.

BEIRÃO, João António de Assunção, (Coord.), Prefácio, *in Acórdãos dos Tribunais Superiores de Recursos*, Tribunal Supremo 2011-2015, Maputo, 2020.

CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil*, Vol. II (Parte Geral. Negócio Jurídico), 4.^a Edição, Reformulada e atualizada com a colaboração de A. Barreto Menezes Cordeiro, (Reimpr.), Almedina, Coimbra, 2018.

COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Noções Fundamentais de Direito Civil*, 5.^a edição, Almedina, 2009.

⁵² Esperemos que nas colectâneas de jurisprudência que se espera que venham a ser publicadas brevemente, quer dos Tribunais Superiores de Recurso (2016/2021), quer do Tribunal Supremo (2022/2023), haja decisões que abordem o tema, pois, dada a sua relevante importância prática, quanto mais decisões forem tomadas e publicadas, melhor.

EGÍDIO, Baltazar, *Direito do Trabalho*, Vol. I (Situações Individuais de Trabalho), Dean Print, 2017

FERNANDES, Luís A. Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. II (Introdução. Pressupostos da relação jurídica), 5.^a Edição, Universidade Católica Editora, 2010.

GOMES, Júlio / CARVALHO, Raquel, “Código do Trabalho - a (in) constitucionalidade das normas relativas à repetição do procedimento disciplinar e à reintegração”, *Questões Laborais* X, n.º 22, 2003.

MARTINEZ, Pedro Romano, *Direito do Trabalho*, 3.^a Edição, Almedina, Coimbra, 2006.

_____ Cessação do Contrato, 3.^a Edição (Reimpressão), Almedina, Coimbra, 2017.

MARTINS, Pedro Furtado, *Cessação do Contrato de Trabalho*, 4.^a Edição revista e atualizada, Principia, Cascais, 2017.

MORAIS, Dominhos José, “A possibilidade de reabertura do procedimento disciplinar”, *Questões Laborais*, n.º 22 (2003).

PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.^a Edição reformulada por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto (2.^a Reimpressão), Coimbra Editora, Coimbra, 2005.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma, *Direito do Trabalho*, Vol. II (Situações Laborais Individuais), 2.^a Edição, Revista e actualizada, Almedina, Coimbra, 2008.

TELLES, Inocêncio Galvão, *Manual dos Contratos em Geral*, 4.^a Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2002.

TIMBANE, Tomás, *A Rescisão Unilateral do Contrato de Trabalho com Justa Causa no Ordenamento Jurídico Moçambicano*, Almedina, Coimbra, 2006.

_____, *As disposições transitórias da nova Lei de Trabalho*, <http://www.fd.ul.pt/Portals/0/Docs/Institutos/ICJ/LusCommune/TimbaneTomas2.pdf>.

VASCONCELOS, Pedro Pais/ VASCONCELOS, Pedro Leitão Pais de, *Teoria Geral do Direito Civil*, 9.^a Edição (3.^a Reimpressão), Almedina, Coimbra, 2022.

5. Jurisprudência

Acórdão do Tribunal Supremo de 12 de Outubro de 2004 (Proc.º n.º 34/2003-L) *in* ADELINO MUCHANGA *et. al.* (Coord.), *Acórdãos do Tribunal Supremo - Jurisdição Cível, de Menores e Laboral 2004-2008*, Vol. II, Maputo, 2012.

Acórdão do Tribunal Supremo de 7 de Março de 2006 (Proc.º n.º 79/2003-L) *in* ADELINO MUCHANGA *et. al.* (Coord.), *Acórdãos do Tribunal*

Supremo - Jurisdição Cível, de Menores e Laboral 2004-2008, Vol. II, Maputo, 2012.

Acórdão do Tribunal Supremo de 27 de Setembro de 2007 (Proc.º n.º 141/2005-L) *in* ADELINO MUCHANGA *et. al.* (Coord.), *Acórdãos do Tribunal Supremo - Jurisdição Cível, de Menores e Laboral 2004-2008*, Vol. II, Maputo, 2012.

Acórdão do Tribunal Superior de Recurso da Beira, de 26 de Novembro de 2015 (Proc.º 91/2012) *in* JOÃO ANTÓNIO DE ASSUNÇÃO BEIRÃO (Coord.), Prefácio, *Acórdãos dos Tribunais Superiores de Recursos*, Tribunal Supremo 2011-2015, Maputo, 2020.

Acórdão do Tribunal Supremo de 30 de Maio de 2019 (Proc.º n.º 13/2017-L) *in* ADELINO MUCHANGA *et. al.* (Coord.), *Acórdãos do Tribunal Supremo - Jurisdição Cível, de Menores e Laboral 2004-2008*, Vol. II, Maputo, 2012.

Acórdão do Tribunal Supremo de 2 de Julho de 2019 (Proc.º n.º 18/2017-L) *in* ADELINO MUCHANGA *et. al.* (Coord.), *Colectânea de Acórdãos do Tribunal Supremo - Jurisdição Cível e Laboral 2015-2021*, Vol. II, Tribunal Supremo, Maputo, 2023.

Acórdão do Tribunal Supremo de 2 de Julho de 2019 (Proc.º n.º 25/2017-L) *in* ADELINO MUCHANGA (Coord.), *Colectânea de Acórdãos do Tribunal Supremo - Jurisdição Cível e Laboral 2015-2021*, Vol. II, Tribunal Supremo, Maputo, 2023.





PORTUGAL





PLATAFORMAS DIGITAIS, QUALIFICAÇÃO DO CONTRATO E SUBSTITUIÇÃO DE ESTAFETAS: A “BALA DE PRATA”?

*DIGITAL PLATFORMS, CONTRACT QUALIFICATION
AND SUBSTITUTION CLAUSES: THE ‘SILVER BULLET’?*

João Leal Amado*

Teresa Coelho Moreira**

Sumário: 1. Introdução; 2. *Crowdwork offline* - qualificação do contrato dos estafetas e cláusulas de substituição; 3. A situação em Portugal; 4. Conclusão

Resumo: o presente artigo centra-se na qualificação do vínculo contratual estabelecido entre as plataformas digitais e os seus estafetas, analisando diversas decisões judiciais europeias recentes que trataram desta questão, com particular enfoque para o relevo a conceder à faculdade de o estafeta se fazer substituir por outrem na execução de tarefas. Neste texto refletimos, também, sobre a importância das “cláusulas de substituição” no nosso ordenamento, sobretudo tendo em conta o disposto no novo art. 12.º-A do Código do Trabalho.

Abstract: this article focuses on the qualification of the contractual link established between digital platforms and their couriers, analyzing several recent European court decisions that dealt with this issue, with particular focus on the

* Doutor em Direito. Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e membro do Instituto Jurídico da FDUC.

** Doutora em Direito. Professora Associada com Agregação da Escola de Direito da Universidade do Minho. Membro integrado do JusGov - Centro de Investigação em Justiça e Governança e Coordenadora do Grupo de Investigação em Direitos Humanos do mesmo. Coordenadora científica do *Livro Verde sobre o Futuro do Trabalho 2021*. ORCID n.º 0000-0003-1638-2800. tmoreira@direito.uminho.pt

importance to be given to the ability of the courier to be replaced by others in carrying out tasks. In this text we also reflect on the importance of “substitution clauses” in our legal system, especially taking into account the provisions of the new art. 12.º-A of the Labour Code.

1. Introdução

Conforme aponta a OIT¹, a economia das plataformas, surgida já na década de 90 do século passado, é uma das manifestações mais significativas das mudanças introduzidas pela digitalização do mundo do trabalho, criando-se novas oportunidades de emprego e de rendimento, que podem oferecer grande flexibilidade e relativa facilidade de acesso aos trabalhadores. Também os consumidores beneficiaram do facto de poderem aceder a bens e serviços mais baratos e mais adaptados, nomeadamente em zonas carenciadas de bens e serviços suficientes. Esta economia tem crescido rapidamente em dimensão e importância, impulsionada em grande parte pelos avanços tecnológicos, como o acesso a *smartphones*, à Internet de alta velocidade, à computação em nuvem e à crescente capacidade de extrair, explorar e rastrear dados.

Simultaneamente, assiste-se a uma transformação radical da forma como o trabalho é organizado e realizado, colocando novos desafios para garantir que os trabalhadores das plataformas tenham acesso a um trabalho digno. Na verdade, o trabalho nas plataformas digitais e, mais globalmente, o trabalho na era digital apresenta inúmeros desafios às formas tradicionais de proteção dos trabalhadores, que incluem os de proporcionar a aprendizagem e formação ao longo

¹ Hacer realidad el trabajo decente en la economía de plataformas, Ginebra, 2024, p. 9.

da vida, preparar os trabalhadores para participarem na economia digital, assegurar que os trabalhadores têm voz influente na formação das decisões na fase inicial da tecnologia e sistemas de trabalho, e proporcionar transição e rendimentos adequados, assim como equitativas políticas de apoio.

Este tipo de trabalho tem nos algoritmos uma característica essencial, pois estes desempenham um papel crucial no processamento e rastreio de grandes quantidades de dados, o que é fundamental para as plataformas, que dependem de uma correlação eficiente entre a oferta e a procura. Os algoritmos podem identificar picos de procura e orientar os fornecedores quanto ao momento e local ideais para oferecerem os seus serviços, reduzindo os custos de transação ao limitarem ao mínimo os recursos não utilizados. Permitem, ainda, que as plataformas ajustem os preços em tempo real, através da fixação dinâmica de preços. Além disso, os algoritmos facilitam a identificação do comportamento dos consumidores e a definição do perfil dos utilizadores, com o objetivo de oferecer soluções personalizadas aos clientes.

O crescimento das plataformas tem sido muito grande, passando de 193 em 2010 para 1 070 em 2023², existindo hoje uma *app* para tudo ou quase tudo, desde atividades mais simples, como entrega de alimentação, até atividades mais complexas, como prestação de serviços jurídicos, surgindo todos os dias novas plataformas digitais. Na verdade, em teoria, qualquer atividade pode ser *plataformizada*³.

² OIT, última *op. cit.*, p. 16.

³ A maioria das pessoas que trabalham em plataformas que ligam as empresas e os clientes aos trabalhadores está no setor das entregas e de transportes de passageiros. É o caso de 17 países da Europa, onde 3% das pessoas com idades compreendidas entre os 15 e os 64 anos passaram pelo menos uma hora a trabalhar numa plataforma

No trabalho nas plataformas digitais podemos falar de *crowdwork*, que pode ser quer o *crowdwork online*, quer o *crowdwork offline*, na medida em que há atividades que podem ser realizadas completamente *online* e oferecidas globalmente. Assim, há atividades que podem ser *oferecidas* de forma global, e outras há que exigem uma execução local. Nas primeiras, qualquer pessoa, em qualquer local do mundo, pode realizá-las; nas segundas, isso já não é possível. Esta noção é importante porque a “presunção de laboralidade” que iremos abordar aplica-se a qualquer tipo destas plataformas, ainda que alguns indícios estejam mais presentes numas do que noutras.

A maior parte do trabalho nas plataformas digitais centra-se neste último tipo de *crowdwork offline*, ocupando cerca de 92% da totalidade do mesmo⁴.

2. *Crowdwork offline* - qualificação do contrato dos estafetas e cláusulas de substituição

Questão que assume grande importância é a da qualificação das relações existentes entre quem presta a atividade nas plataformas digitais e o respetivo beneficiário, com inúmeros casos já julgados um pouco por todo o mundo. Na Europa, pelo menos relativamente

digital nos últimos doze meses, 33,3 % estão empregadas em plataformas do setor dos serviços de entrega e 13,3% estão em plataformas de serviços de transporte de passageiros. O mesmo acontece nos Estados Unidos, onde 62% das pessoas que auferiram rendimentos provenientes de plataformas de trabalho ou de capital trabalham em transporte, e também na China, na Índia e no Quênia, onde 82% dos trabalhadores de plataformas trabalham em plataformas de transporte de passageiros. Todos estes dados podem ser compulsados em OIT, *Hacer realidad el trabajo decente...*, cit., pp. 21-22.

⁴ <https://www.consilium.europa.eu/en/infographics/digital-platform-workers/>

aos dois tipos de plataformas que foram objeto da maioria dos julgados (e que são as plataformas de transporte e de entrega), as decisões mais recentes e/ou dos tribunais de última instância tendem a classificar como trabalhadores quem realiza atividades para as plataformas.

Ora, no âmbito destas várias ações judiciais consideramos interessante comparar o decidido pelo *Supreme Court* do Reino Unido, numa decisão de 21 de novembro de 2023, caso *Independent Workers Union of Great Britain (Appellant) v Central Arbitration Committee and another (Respondents)*, em que o tribunal considerou que os estafetas da plataforma *Deliveroo* não deveriam ser considerados *workers*⁵, com a decisão do Supremo Tribunal dos Países Baixos, de 24 de março de 2023, que considerou que os estafetas da *Deliveroo* deveriam ser considerados trabalhadores⁶, assim como com a decisão do *Cour de Travail* de Bruxelas, de 21 de dezembro de 2023, que também considerou os estafetas da *Deliveroo* como trabalhadores.

⁵ Conforme escreve ALAN BOGG, *Taken for a Ride, Again: Deliveroo Riders in the Supreme Court*, in <https://ohrh.law.ox.ac.uk/taken-for-a-ride-again-deliveroo-riders-in-the-supreme-court/>, «the Supreme Court unanimously held that Deliveroo Riders are not in an ‘employment relationship’ for the purposes of basic trade union rights under Article 11 of the European Convention on Human Rights (ECHR). Following contractual changes implemented by Deliveroo shortly before an application for statutory union recognition by the IWGB in 2016, the Central Arbitration Committee (CAC) found that Riders were able to designate substitutes to undertake delivery work under an unfettered substitution clause. This finding negated their worker status. The only basis for challenging this on appeal was to argue that Article 11 provided for a broader approach to personal scope, so that ‘employment relationship’ was wider than ‘worker’ under domestic law. After years of appeals, last week the Supreme Court agreed with the lower courts that a wide substitution clause is also fatal to an ‘employment relationship’».

⁶ Mais recentemente, a 24 de novembro de 2023, seguindo esta linha de raciocínio, decidiu que teriam direito à aplicabilidade das convenções coletivas e pensões.

A comparação destes casos parece-nos muito interessante, porque se trata de situações com bastantes semelhanças (todas, curiosamente, envolvendo a *Deliveroo*) e com decisões totalmente diferentes. cremos que nas duas últimas os tribunais andaram bem e, sobretudo, a decisão do *Cour de Travail* de Bruxelas conseguiu *desmontar* grande parte dos argumentos invocados pela plataforma *Deliveroo* para defender que não se trataria de trabalhadores subordinados, mas sim independentes. Vejamos.

*

No caso do Reino Unido, tratou-se de uma decisão tomada na sequência de um recurso interposto pelo sindicato *Independent Workers Union of Great Britain* (IWGB) contra a decisão do *Central Arbitration Committee* (CAC), de 2017, segundo a qual a *Deliveroo* não era obrigada a reconhecer o IWGB como representante dos trabalhadores da mesma, dado que os estafetas da *Deliveroo* não seriam trabalhadores, pois não tinham uma obrigação contratual de efetuar o trabalho pessoalmente, porque, em certos casos, podiam ser substituídos por outras pessoas e tinham a possibilidade de trabalhar para empresas concorrentes.

O *Supreme Court* concordou com esta posição, considerando que não existia uma relação de trabalho, segundo a decisão do CAC segundo a qual o principal argumento para não considerar os estafetas como *workers* consistia no direito de nomear um substituto, estabelecido no

acordo entre os estafetas e a *Deliveroo*⁷. O *Supreme Court* considerou que o poder de substituição era um poder amplo e praticamente ilimitado. Não estava limitado apenas a outros estafetas da *Deliveroo* e a única restrição era que o substituto não podia ser alguém a quem a *Deliveroo* tivesse anteriormente rescindido o seu acordo de fornecimento por incumprimento grave ou material do contrato ou que, enquanto atuasse como substituto, tivesse rescindido qualquer acordo se tivesse sido diretamente nomeado. Também não havia qualquer controlo da utilização de um substituto ou qualquer sanção em caso de utilização de um substituto. O acordo era um acordo privado entre o estafeta e o substituto. O *Supreme Court* também analisou se o poder de substituição era utilizado na prática. Embora a utilização do substituto fosse rara, principalmente porque não havia necessidade de um estafeta contratar um substituto se não quisesse aceitar um trabalho, havia circunstâncias em que era utilizado. Entre elas, o facto de o estafeta utilizar um substituto com fins lucrativos. Neste caso, o *Supreme Court* considerou que um poder de substituição tão amplo era, à primeira vista, totalmente incompatível com a existência de uma obrigação de prestação pessoal de serviços, tendo decidido que não se tratava de *workers*⁸.

⁷ § 69 da decisão: «Such a broad power of substitution is, on its face, totally inconsistent with the existence of an obligation to provide personal service which is essential to the existence of an employment relationship within article 11».

⁸ § 70 da decisão: «In the present case, we are satisfied that the CAC rigorously scrutinised the substance of the relationship between Deliveroo and the Riders. Its anxiety to do so was understandable in light of the introduction of the new contract shortly before the hearing in the CAC. Its detailed examination of how the new contract, and in particular the substitution provisions, operated in practice closely scrutinised whether the contractual provisions genuinely reflected the true relationship. Particularly significant, in this regard, were the following findings of the CAC. It found that there was no policing by Deliveroo of a Rider’s use of a substitute and Riders would not be criticised or sanctioned for using a substitute despite the purported freedom to do so. It found that, despite Deliveroo’s right of termination on one week’s notice for any reason, it did not terminate FPD contracts for a Rider’s failure to accept a certain percentage of orders or failure to make themselves sufficiently available. It found that

O *Supreme Court* considerou que este facto era, por si só, suficiente para determinar que não existia “relação de trabalho” (“Employment relationship”, no original), ainda que não tenha deixado de invocar outros argumentos para reforçar este entendimento⁹. Ainda assim, a bondade da decisão afigura-se discutível¹⁰. E, sobretudo, a perspectiva adotada pelo CAC parece ter sido algo redutora, visto que, tendo considerado que a cláusula de substituição era válida e que conferia um amplo poder contratual para delegar trabalho a substitutos, o CAC dispensou-se de examinar quaisquer outras características do acordo realizado¹¹. E o CAC também parece ter aceite a alegação

Deliveroo did not object to the practice of substitution by a Rider for profit or to Riders working simultaneously for competitors of Deliveroo. In all the circumstances, the CAC was entitled to conclude that the contractual provisions genuinely reflected the true relationship».

⁹ Vejam-se os §§ 71 e 72 da decisão, em que o *Supreme Court* considerou: «(1) Riders do not have to carry out any deliveries at all. (2) Riders do not work within specific working hours. They operate if and when they choose. (3) Their place of work is not specified or agreed. They operate where they choose within the CKT zone. (4) Their activity is not of a particular duration, nor does it have a certain continuity. Riders start and stop when they choose. (5) They are not required to be available. (6) As regards tools, materials and machinery, all equipment is at the Riders’ expense. Riders use their own cycles and mobile phones. (7) There is no periodic payment. Remuneration depends on whether Riders choose to make deliveries and how many they make. (8) Deliveries are not necessarily or typically their sole or principal source of income. Even where they are, a goodly proportion may earn from Deliveroo’s direct competitors, potentially by undertaking the competitor’s work in preference. (9) There is no payment in kind such as food, lodging and transport. (10) There is no entitlement to weekly rest and annual holidays. (11) There is no reimbursement for the cost of travel. (12) There is no protection from financial risk for Riders, whether in the form of insurance, guaranteed earnings or otherwise”. E o tribunal concluiu: “Riders are thus free to reject offers of work, to make themselves unavailable and to undertake work for competitors. Once again, these features are fundamentally inconsistent with any notion of an employment relationship».

¹⁰ Neste sentido, ALAN BOGG, *op. cit.*.

¹¹ Segundo se lê no § 33, «the CAC considered that “the central and insuperable difficulty for the Union” was that it had found the substitution right to be genuine in the sense that Deliveroo had decided that under the new contract Riders should have a right to substitute themselves at will both before and after they had accepted a particular job and that had operated in practice. In light of its central finding on substitution, it could not be said that the Riders undertook to perform personally any work

da *Deliveroo* de que as novas cláusulas eram permitidas, mesmo que tivessem sido introduzidas pela *Deliveroo* para obter ganho de causa no processo judicial e impedir que os estafetas fossem classificados como trabalhadores¹², e mesmo que fossem raramente utilizadas¹³.

Na verdade, o Preâmbulo da Recomendação n.º 198 da OIT, invocada pelo *Supreme Court*, refere que “o Direito do Trabalho procura, entre outras coisas, resolver o que pode ser uma posição negocial desigual entre as partes numa relação de trabalho”. Para tal, as políticas relativas às relações de trabalho devem assegurar uma proteção eficaz dos “trabalhadores mais vulneráveis” — e no setor das

or services for another party for the purposes of section 296(1)(b) TULRCA. That was fatal to the Union’s claim. A Rider would not be penalised by Deliveroo for not personally making the delivery herself or himself, provided the substitute complied with the contractual terms that applied to the Rider. The CAC noted that a high level of trust in the substitute was required in the Rider, because the substitute had to have the Rider’s phone or password to download the Rider’s App and because of the contractual obligations of the Rider in respect of the substitute. This limited the attractiveness of sub-contracting but did not make the substitution provisions a sham». E no § 34 o *Supreme Court* rematou: «In these circumstances, the CAC considered that it was unnecessary to dissect the other features of the contractual relationship between Deliveroo and its Riders; they were insufficient to compensate in the Union’s favour in light of the substitution finding. It concluded that the Riders were not workers within the statutory definition of either section 296 TULRCA or section 230(3)(b) of the Employment Rights Act 1996».

¹² Estas cláusulas só foram introduzidas em 2017. Veja-se o § 23 da decisão do *Supreme Court*: «The CAC appears to have accepted Deliveroo’s submission that the new terms were permissible even if they had been introduced by Deliveroo to defeat this claim and to prevent the Riders from being classified as workers”. Cf., ainda, § 99 da primeira decisão sobre esta matéria, “even if [the company introduced the clause] in order to defeat this claim and in order to prevent the riders from being classified as ‘workers’, then that too was permissible».

¹³ Como defende ANTONIO ALOISI, «Workers can without prior approval hire a courier to complete an order in their place. Nonetheless, the substitution clause seems hardly practicable, partly because of restrictions on the identity of the substitute. Riders must disclose their credentials and are responsible both for ensuring that “substitute(s) have the requisite skills and training” and for paying them directly. This implies not only deep trust between the rider and the substitute but also a secondary labour market for replacement» - «A Worker is a Worker”: Collective Bargaining and Platform Work, the Case of Deliveroo Couriers», in *International Labor Rights Case Law*, vol. 5 (1), pp. 23 e ss., 2019.

plataformas digitais, sobretudo nas de entrega, trabalham maioritariamente trabalhadores que se enquadram nesta categoria¹⁴. Ora, atendendo a isto, não nos parece a melhor decisão tratar um único fator como determinante para a qualificação. Na verdade, e atendendo à Recomendação da OIT, parece-nos que existiam outros indícios que deveriam ter sido atendidos, tais como o nível típico de remuneração dos estafetas, a apresentação de termos padrão numa base de *take-it-or-leave-it*, a incapacidade dos estafetas para negociarem os seus próprios honorários de uma forma significativa, etc. Por outro lado, parece-nos que defender que uma obrigação de prestar um serviço personalizado é “essencial” para o teste jurídico, ao abrigo da Recomendação da OIT, não corresponde ao espírito da mesma, já que esta, com efeito, salienta a potencial relevância do facto de o trabalho dever ser efetuado pessoalmente pelo trabalhador, mas este é apenas um de muitos indícios relevantes¹⁵.

Se formos analisar casos anteriores, numa decisão do *Supreme Court*, de 13 de junho de 2018, *Pimlico Plumbers Ltd & Anor v Smith*, onde existia uma cláusula de substituição semelhante, redigida de

¹⁴ *The second ETUI Internet and Platform Work Survey Country tables, 2022*, mostrou que mais de 70% dos trabalhadores de plataformas que faziam entregas ou transportavam pessoas não tinham um diploma universitário. Os trabalhadores migrantes estavam desproporcionadamente representados entre os trabalhadores deste tipo de plataformas, quando comparados com os que se dedicavam a outros tipos de atividade. Na verdade, os trabalhadores migrantes constituem a maioria dos trabalhadores de plataformas nos países europeus, encontrando-se vários, infelizmente, em situação irregular. E, exatamente por estarem nesta situação, têm receio de falar e reclamar os seus direitos. Conforme escrevem ANDREINA DE LEO e TOMMASO GROSSI, *Regulating Platform work: How will this impact migrant workers*, European Policy Centre, 2023, p. 4, «Migrant platform workers are vulnerable to double exploitation. First, as platform workers, they cannot enjoy the protections that employment law provides. Second, they can be subject to exploitation due to their migration and residence status, especially those who are undocumented», acrescentando que «migrant workers represent a considerable share of the platforms’ workforce».

¹⁵ Segue-se de perto o defendido por ALAN BOGG, *op. cit.*.

forma muito problemática¹⁶, o tribunal considerou que se estava perante um trabalhador, na medida em que existiam indícios claros no contrato celebrado entre as partes que apontavam nessa direção, nomeadamente o facto de se fazer referência a retribuição, infração disciplinar grave e despedimento, e também porque o perfil do substituto era limitado pelo contrato em causa, cerceando assim o direito de substituição.

Numa outra decisão, o *Employment Tribunal* de Londres, a 5 de janeiro de 2017, no caso *Ms. M Dewhurst v. Citysprint UK Ltd*, entendeu que se tratava mais uma vez de uma trabalhadora. O interesse deste caso é que grande parte da argumentação contra a natureza laboral da relação consistia na existência de uma cláusula de substituição da trabalhadora. Mas a existência da mesma foi “desconstruída” juridicamente pelo Tribunal, que deu como assente que não existia verdadeira liberdade para a substituição, salientando ainda que a leitura do documento não era particularmente fácil para um não jurista¹⁷, e que a cláusula de substituição era quase “indecifrável”¹⁸.

*

¹⁶ «Carefully choreographed», segundo o § 16 da decisão.

¹⁷ «O documento, em geral, não é um documento de fácil compreensão para um não jurista e esta cláusula é quase indecifrável. Com todo o respeito, duvidamos muito que a Sra. Dewhurst a conhecesse e compreendesse».

¹⁸ Veja-se, sobre estes casos, entre outros, MARK FREEDLAND e JEREMIAS PRASSL, «Employees, workers and the 'sharing economy' changing practices and changing concepts in the United Kingdom», in *University of Oxford, Legal Research Paper Series*, 19/2017, e JEREMIAS PRASSL, «Pimlico Plumbers, Uber Drivers, Cycle Couriers, and Court Translators: Who is a worker?», in *Law Quarterly Review*, 33, 2017.

Em sentido contrário, considerando que os estafetas da *Deliveroo* devem ser considerados trabalhadores, temos a decisão do Supremo Tribunal dos Países Baixos, de 24 de março de 2023, assim como a decisão do *Cour de Travail* de Bruxelas, de 21 de dezembro de 2023.

No primeiro caso, o Supremo Tribunal sublinhou que todas as circunstâncias deveriam ser ponderadas na avaliação da existência de um contrato de trabalho. Embora os estafetas tivessem uma certa liberdade de trabalhar quando quisessem e de serem substituídos por outra pessoa, elementos típicos de um contrato de prestação de serviços, todas as outras circunstâncias levaram o tribunal a concluir que os estafetas eram, de facto, trabalhadores.

Já em 17 de junho de 2022, a advogada-geral DE BOCK tinha dado a sua opinião¹⁹, onde descrevia o contexto deste tipo de trabalho baseado em plataformas e a questão da sua qualificação. A advogada-geral defendia a definição de uma nova regra para avaliar o elemento de “controlo” por parte do empregador. Na sua opinião, a questão principal deveria ser a de saber se o trabalho estaria “incorporado organizacionalmente” na empresa. Isto resume-se a avaliar se o trabalho efetuado pelos trabalhadores em questão faz parte das atividades principais da empresa. Em caso afirmativo, o trabalho está integrado na organização da empresa e o critério do “controlo” estaria preenchido.

Por outro lado, a advogada-geral considerou que a obrigação de realizar pessoalmente a atividade não é um elemento de “trabalho”, para efeitos do artigo 7:610 do *Dutch Civil Code* - DCC²⁰. Defendeu,

¹⁹ Disponível em <https://uitspraken.rechtspraak.nl/details?id=ECLI:NL:PHR:2022:578>.

²⁰ Para efeitos deste artigo, considera-se que existe uma relação de trabalho se

ainda, que o facto de os estafetas poderem ser substituídos por alguém não impede que a relação com a *Deliveroo* seja considerada um contrato de trabalho. O mesmo se aplica à liberdade dos mesmos de trabalharem sempre que quisessem. Por último, a posição dos trabalhadores na base do mercado de trabalho é importante para determinar se têm direitos e obrigações verdadeiramente negociados ou se estes foram determinados unilateralmente pelo empregador.

O Supremo Tribunal, em março de 2023, decidiu que a liberdade de os estafetas decidirem se querem ou não trabalhar e a possibilidade de serem substituídos por alguém constituíam circunstâncias que apontavam para um contrato de prestação de serviços, embora não fossem incompatíveis com um contrato de trabalho. De acordo com o Supremo Tribunal, um fator importante é o conjunto de regras que se aplica quando alguém decide ir trabalhar, por quanto tempo e com que frequência. Embora o contrato dos estafetas com a *Deliveroo* incluísse a possibilidade de serem substituídos por outro estafeta, o Tribunal de Recurso analisou esta questão e considerou que tal só acontecia ocasionalmente, pelo que esta cláusula tinha pouco significado efetivo. Todas as outras circunstâncias, incluindo o pagamento de salários, a relação de autoridade e o trabalho durante um determinado período de tempo, indicavam a existência de um contrato de trabalho, segundo o Supremo Tribunal²¹. Isto significa que, à luz de todas as circunstâncias deste caso, o Tribunal de Recurso decidiu, cremos que de forma correta, que a relação jurídica dos

estiverem reunidas as condições (i) trabalho, (ii) salário e (iii) autoridade (“trabalhar ao serviço de um empregador”).

²¹ Esta parte é muito importante, porque adota um entendimento totalmente oposto ao do *Supreme Court* do Reino Unido.

estafetas da *Deliveroo* deveria ser considerada como um contrato de trabalho.

Pode ver-se, assim, que nesta decisão esclarece-se que a qualificação de uma relação como de trabalho dependente continua a exigir uma abordagem holística, em que todos os factos e circunstâncias relevantes devem ser tidos em conta.

*

Por último, o *Cour de Travail* de Bruxelas decidiu, a 21 de dezembro de 2023, que os estafetas da *Deliveroo* deveriam ser considerados trabalhadores.

Nesta decisão, após o enquadramento sobre saber se a atividade da *Deliveroo* seria apenas uma atividade de intermediação ou também de transporte²², o Tribunal analisou a qualificação do contrato numa decisão que, quanto a nós, tem aspetos bastante interessantes, até porque neste ordenamento jurídico também existe, como no nosso, uma presunção da existência de contrato de trabalho, e inclusive, desde 1 de janeiro de 2023, uma presunção específica para o trabalho nas plataformas digitais²³.

²² § 54: «En d’autres termes, *Deliveroo* ne se contente pas de fournir, via la plateforme, un service d’intermédiation mais offre un service global, dont le service de transport qui est l’élément principal, central et crucial, indispensable à son modèle. Dans cette analyse, la cour prend appui sur les enseignements tirés de la jurisprudence de la Cour de Justice de l’Union Européenne».

²³ Esta última presunção (que, note-se, não foi aplicada pelo tribunal no caso em apreço, decerto por razões de ordem temporal) foi criada pela lei de 3 de outubro de 2022 - *Deal pour l’emploi* -, que entrou em vigor no dia 1 de janeiro de 2023, estabelecendo uma *Présomption concernant la nature de la relation de travail pour les plateformes numériques donneuses d’ordres*, com o seguinte teor:

«Pour les plateformes numériques donneuses d’ordres, les relations de travail sont présumées jusqu’à preuve du contraire, être exécutées dans les liens d’un contrat de

Assim, o tribunal primeiro analisa se os critérios legais da presunção da existência de contrato de trabalho estão cumpridos e, depois, a tentativa por parte da *Deliveroo* de ilidir a presunção.

Relativamente à primeira parte, o Tribunal considerou que a maioria dos critérios específicos estava preenchida e, por conseguinte, considerou que se presume, até prova em contrário, que a relação de trabalho é efetuada nos termos de um contrato de trabalho. Assim, entendeu provado que o estafeta não assume qualquer risco financeiro ou económico com a *Deliveroo*; o estafeta não tem qualquer

travail, lorsque de l'analyse de la relation de travail, il apparaît qu'au moins trois des huit critères suivants ou deux des cinq derniers critères suivants sont remplis:

1° l'exploitant de la plateforme peut exiger une exclusivité par rapport à son domaine d'activités;

2° l'exploitant de la plateforme peut utiliser la géolocalisation, à des fins autres, que le bon fonctionnement de ses services de base ;

3° l'exploitant de la plateforme peut restreindre la liberté du travailleur de plateformes dans la manière d'exécuter le travail;

4° l'exploitant de la plateforme peut limiter les niveaux de revenu d'un travailleur de plateformes, en particulier, en payant des taux horaires et/ou en limitant le droit d'un individu de refuser des propositions de travail sur la base du tarif proposé et/ou en ne lui permettant pas de fixer le prix de la prestation. Les conventions collectives de travail sont exclues de cette clause;

5° à l'exclusion des dispositions légales, notamment en matière de santé et de sécurité, applicables aux utilisateurs, clients ou travailleurs, l'exploitant de la plateforme peut exiger qu'un travailleur de plateformes respecte des règles contraignantes en ce qui concerne la présentation, le comportement à l'égard du destinataire du service ou l'exécution du travail;

6° l'exploitant de la plateforme peut déterminer l'attribution de la priorité des futures offres de travail et/ou le montant offert pour une tâche et/ou la détermination des classements en utilisant des informations recueillies et en contrôlant l'exécution de la prestation, à l'exclusion du résultat de cette prestation, des travailleurs de plateformes à l'aide notamment de moyens électroniques;

7° l'exploitant de la plateforme peut restreindre, y compris par des sanctions, la liberté d'organiser le travail, notamment la liberté de choisir les horaires de travail ou les périodes d'absence, d'accepter ou de refuser des tâches ou de recourir à des sous-traitants ou à des remplaçants, sauf, dans ce dernier cas, lorsque la loi restreint expressément la possibilité de recourir à des sous-traitants;

8° l'exploitant de la plateforme peut restreindre la possibilité pour le travailleur de plateformes de se constituer une clientèle ou d'effectuer des travaux pour un tiers en dehors de la plateforme».

responsabilidade ou poder de decisão sobre os recursos financeiros da *Deliveroo*; o estafeta não tem qualquer poder de decisão relativamente à política de compras da *Deliveroo*; não tem qualquer poder para fixar ou negociar o preço a pagar pelo consumidor, que é fixado pela *Deliveroo* através da aplicação; o estafeta não tem qualquer obrigação de resultado para com a *Deliveroo* relativamente ao trabalho acordado; o estafeta não tem, por regra, a possibilidade de contratar pessoas para efetuar o trabalho acordado; e o estafeta não aparece como uma empresa perante o público (veja-se o § 66).

Contudo, como bem salienta o tribunal, a presunção pode ser ilidida. A *Deliveroo* tentou fazê-lo, mas o tribunal refutou os vários argumentos apresentados, de uma forma que nos parece muito interessante. Assim, o tribunal considerou que para poder trabalhar para a *Deliveroo* o estafeta deve ter acesso à aplicação e, para ter acesso à mesma, deve aceitar uma das convenções-tipo elaboradas pela *Deliveroo*. Esta convenção é geralmente assinada em linha (através da plataforma Docusign³⁶). O estafeta não tem, assim, qualquer poder de negociação do conteúdo do acordo.

Por outro lado, a *Deliveroo* invocava a liberdade de organização do horário de trabalho do estafeta, que não é obrigado a ligar-se à aplicação a uma determinada hora nem a aceitar uma entrega. Os estafetas poderiam escolher se e quando trabalhavam. Esta liberdade seria incompatível com qualquer forma de trabalho por conta de outrem. Porém, o tribunal refutou este argumento, defendendo que, de acordo com a jurisprudência da *Cour de Cassation*, a liberdade do trabalhador de recusar o serviço proposto não exclui a existência de um contrato de trabalho. Por conseguinte, a liberdade de

ligação não é, por si só, incompatível com uma relação de emprego assalariado.

A *Deliveroo* invocava a liberdade de organização do trabalho do estafeta, que não recebia instruções precisas sobre o modo de efetuar uma entrega, com exceção de instruções pontuais de natureza técnica ligadas a exigências comerciais ou operacionais ligadas ao setor de atividade, sublinhando a liberdade do estafeta de escolher o itinerário a seguir e o equipamento a utilizar, bem como o seu direito a ser substituído para efetuar o trabalho acordado. Mas, mais uma vez, o tribunal refutou, mobilizando vários argumentos e decidindo que, por um lado, a *Deliveroo* fixa o preço da entrega através do algoritmo, sem qualquer validação ou possibilidade de negociação por parte do estafeta. O facto de este continuar a poder recusar a entrega se considerar que o preço fixado pela *Deliveroo* não é satisfatório não altera esta constatação, uma vez que ele é levado a aceitar ou a recusar a entrega proposta sem poder avaliar a rentabilidade desta última.

Por outro lado, e este argumento parece-nos extremamente importante até para comparar com o invocado pelo *Supreme Court* do Reino Unido (pois a cláusula de substituição parece muito semelhante), o tribunal decidiu que, mesmo quando o estafeta tem a possibilidade contratual de ser substituído para a execução do trabalho acordado, tal não significa que o estafeta possa exercer livre e efetivamente o direito de substituição.

Com efeito, e por um lado, a possibilidade de substituição está sujeita a certas restrições impostas pela *Deliveroo* à escolha do substituto e estas restrições estão redigidas de tal forma que permitem

efetivamente à *Deliveroo* aplicar ao substituto todas as causas de exclusão aplicáveis ao transportador (ver artigo 8.1. do contrato I, nos termos do qual o substituto não pode ser uma pessoa cujo contrato de prestação de serviços tenha sido anteriormente rescindido com a *Deliveroo* por incumprimento grave ou substancial, ou que, ao atuar como substituto, tenha adotado comportamentos que poderiam ter conduzido a essa rescisão se fosse parte direta do contrato). Por outro lado, o tribunal entendeu que, devido à forma como a *app* funciona, esta cláusula do acordo parece bastante teórica e/ou de aplicação problemática. Na prática, os estafetas só têm uma conta na aplicação, na qual se ligam através do seu *smartphone* (com os seus códigos de acesso), só podem ligar um estafeta através da sua conta e, uma vez ligados, só podem receber, aceitar e efetuar uma entrega de cada vez através da mesma, concluindo o tribunal que a sua substituição implica a ligação à aplicação através da sua conta, o que significa que o estafeta deve renunciar quer ao seu *smartphone*, o que é pouco provável, quer ao seu acesso (os seus códigos de acesso) à aplicação, o que, na ausência de explicações claras e precisas por parte da *Deliveroo* sobre este ponto, parece implicar um problema de ocultação do verdadeiro trabalhador que permanecerá desconhecido da *Deliveroo*, ou seja, uma situação que poderia ser seriamente questionada à luz de numerosas disposições legais, que, no entanto, ultrapassavam o concreto caso *sub judice* (ver todo o § 77).

Outro dos argumentos invocados pela *Deliveroo* foi o de negar qualquer possibilidade de exercer um controlo hierárquico sobre o estafeta, afirmando que a empresa não dá quaisquer instruções, com

exceção das diretivas técnicas e operacionais para a boa execução do processo de entrega, e que não impõe quaisquer sanções ao estafeta, salientando que a utilização da geolocalização não constitui um meio de vigilância e/ou de controlo dos estafetas, mas que responde a exigências comerciais, financeiras e sanitárias. Mas, mais uma vez, o tribunal não lhe deu razão, considerando que a *Deliveroo* dispõe, via plataforma, do poder de controlar o estafeta, e que a utilização dos dados de geolocalização permite localizar, seguir a posição do estafeta e seguir o itinerário percorrido, o que não foi contestado, bem como recolher dados sobre a velocidade e calcular o número de quilómetros percorridos.

Como o tribunal decidiu, a *Deliveroo* reserva-se expressamente o direito de aplicar sanções ao transportador — a questão não é tanto saber se a *Deliveroo* aplica efetivamente sanções, mas se tem o direito de o fazer (§ 79). Na verdade, consta do acordo que a *Deliveroo* se reserva o direito de rescindir o contrato imediatamente — sem aviso prévio — em caso de “incumprimento grave” ou “violação substancial de qualquer obrigação que lhe incumba [ao estafeta]”. Assim, o tribunal entendeu que este artigo do contrato indica que a *Deliveroo* pode sancionar em caso de “incumprimento grave” ou “incumprimento substancial de qualquer obrigação que lhe caiba”, podendo determinar unilateralmente o que se enquadra ou não nestes conceitos e a forma de os avaliar e, por outro lado, o incumprimento da obrigação de ativar a geolocalização é expressamente incluído como motivo de rescisão imediata do contrato do estafeta.

O tribunal também entendeu que, em termos mais gerais, por força dos acordos estabelecidos e utilizando o algoritmo cujas funcionalidades são determinadas pela *Deliveroo*, verifica-se a integração do estafeta num ambiente de trabalho estreitamente controlado pela mesma: o estafeta adere a um serviço de transporte criado e inteiramente organizado pela *Deliveroo*, que só existe graças à plataforma, através do qual não constitui a sua própria clientela, não fixa livremente as suas tarifas nem as condições em que presta o seu serviço, que são regidas e controladas pela *Deliveroo*.

Tendo tudo isto em atenção, o tribunal conclui decidindo que há uma relação de trabalho entre a *Deliveroo* e os estafetas e que estes devem estar abrangidos pelo regime de segurança social correspondente (§ 86).

3. A situação em Portugal

Em Portugal, se pecamos pela falta de jurisprudência²⁴, redimimo-nos ao nível da legislação. Como é sabido, a Agenda do Trabalho Digno (Lei n.º 13/2023, de 3 de abril) introduziu no CT uma nova disposição, o art. 12.º-A, consagrando uma “presunção de laboralidade” no âmbito das plataformas digitais²⁵. Vale dizer, verificados

²⁴ Como toda a regra tem exceção, veja-se o caso, muito recente, do Juízo do Trabalho de Lisboa, de 1 de fevereiro de 2024, que, aplicando pela primeira vez o art. 12.º-A do CT, considerou existir um contrato de trabalho entre um estafeta e a *UberEats*, Portugal.

²⁵ Sobre esta nova presunção de laboralidade, vd., por todos, JOÃO LEAL AMADO, «As plataformas digitais e o novo artigo 12.º-A do Código do Trabalho: empreendendo ou trabalhando?», *A Revista - Supremo Tribunal de Justiça*, n.º 3, 2023, pp. 83-103, e TERESA COELHO MOREIRA, «Luzes e sombras: algumas questões sobre a presunção de contrato de trabalho no âmbito de plataforma digital», *Questões Laborais*, n.º 63, 2023, pp. 17-35.

que sejam certos factos-base, enunciados nas alíneas do n.º 1 do preceito, a lei presume que se tratará, *in casu*, de um contrato de trabalho. De certos factos conhecidos, a lei tira, assim, a ilação de que aquela será, em princípio, uma relação de trabalho dependente.

Ora, uma das características que concorre para que a presunção seja ativada reside, justamente, na circunstância de a plataforma digital restringir a autonomia do prestador de atividade quando à organização dessa atividade, designadamente no que tange à possibilidade de utilização de subcontratados ou substitutos por banda do prestador (al. d) do n.º 1 do art. 12.º-A). Vale dizer, se essa possibilidade de se fazer substituir por outrem não existir, ou, existindo, se só for admitida em molde muito restritivos, tal constitui um dos factos-base da presunção legal; se, pelo contrário, o prestador de atividade dispuser de ampla possibilidade de se fazer substituir na execução do serviço, tal não ajudará a presumir a existência, *in casu*, de um contrato de trabalho.

Em qualquer caso, o certo é que a nossa lei revela, à evidência, que este elemento, por si só, não é bastante nem decisivo, em ordem a qualificar a relação jurídica *sub judice*. Isto porque:

i) A impossibilidade de o prestador de atividade se fazer substituir não basta para, por si só, fazer presumir a existência de um contrato de trabalho. Com efeito, para que tal existência se presuma é ainda necessário que se verifique, pelo menos, uma outra das características enunciadas nas alíneas do n.º 1 do art. 12.º-A²⁶.

²⁶ A presunção legal só opera se se verificarem “algumas” das características previstas nas alíneas do preceito, o que significa que não basta que se verifique apenas uma delas. Terão de ser, no mínimo, duas delas.

ii) A possibilidade de o prestador de atividade se fazer substituir também não obsta, por sua vez, a que a lei presuma a existência, naquele caso, de um contrato de trabalho, contanto que se verifiquem as características descritas em duas das alíneas do n.º 1 do art. 12.º-A. Se isso acontecer, a lei presume que estaremos perante um contrato de trabalho, cabendo ao beneficiário da atividade o ónus de ilidir a presunção, mediante prova em contrário. Nessa tarefa probatória, o beneficiário da atividade poderá, decerto, invocar a seu favor o facto de o prestador de atividade se poder fazer substituir por outrem, mais ou menos livremente. Ainda assim, a palavra final caberá, sempre, ao julgador, que apreciará e ponderará, globalmente, se essa e outras eventuais circunstâncias do caso demonstram que o prestador de atividade trabalha com efetiva autonomia, sem estar sujeito ao controlo, ao poder de direção e ao poder disciplinar de quem o contrata, como se lê no n.º 4 da norma em apreço.

Este é o ponto que urge sublinhar. Resulta da nossa lei - resulta deste art. 12.º-A -, que a possibilidade de o prestador de atividade se fazer substituir não impede que, ainda assim, a lei presuma que existe, *in casu*, um contrato de trabalho - para tanto bastando que se verifiquem algumas das outras características enunciadas nas alíneas do n.º 1 do art. 12.º-A. Se assim for, com base nesses outros factos conhecidos, a lei tira a correspondente ilação, firmando a natureza subordinada da relação contratual em causa.

Pelo exposto, não existe, nesta complexa matéria da qualificação contratual, qualquer “bala de prata”. *É metodologicamente errado assumir que, perante uma relação contratual em que é dada ao*

prestador de atividade a possibilidade de se fazer substituir, a solução estaria encontrada, como que num passe de mágica, na medida em que o contrato de trabalho seria totalmente incompatível com essa possibilidade de substituição. Este raciocínio não é correto e pode conduzir o intérprete a conclusões precipitadas e, em última análise, erradas. E o disposto no novo art. 12.º-A demonstra, justamente, que aquele raciocínio não é rigoroso, vale dizer, que é necessário mais, quiçá bem mais, para chegarmos a uma correta qualificação da relação contratual em causa.

Ao colocar a impossibilidade de o prestador de atividade se fazer substituir por outrem como um — apenas um — dos vários factos-base da “presunção de laboralidade”, a nossa lei andou bem, visto que a presença desse dado, sendo relevante, não basta para ativar a presunção de existência de contrato de trabalho, assim como a ausência desse dado não constitui óbice a que, ainda assim, a lei possa presumir a existência de contrato de trabalho, naquele caso (se se verificarem outras duas características enunciadas nas alíneas do n.º 1). Tudo depende de uma cuidada análise de todos os elementos relevantes, cuja judiciosa ponderação é necessária para que, no final, o tribunal formule um juízo global, em perspetiva holística, sobre a existência ou não de subordinação jurídica no caso, isto é, se há ou não trabalho dependente, vale dizer, prestação de atividade à plataforma digital, no âmbito de organização e sob a autoridade desta, nos moldes definidos no art. 11.º do CT.

Em suma, a inserção de uma qualquer “cláusula de substituição” no contrato, atribuindo ao prestador a faculdade de se fazer substi-

tuir na realização do serviço, não é, decerto, juridicamente despicienda. Longe disso. Mas também não resolve o problema. Se as plataformas digitais pensarem que, com esta cláusula, encontraram a “bala de prata” que permitirá evitar a qualificação do contrato como sendo um contrato de trabalho²⁷, cremos que cometerão um erro. E cremos que o nosso art. 12.º-A comprova isso mesmo — o que, convenhamos, deve ser levado a crédito desta nova, intrincada e polémica norma.

Isto sem esquecer que, como é óbvio, as “cláusulas de substituição” não são todas iguais. É preciso atentar no seu concreto conteúdo e no seu real alcance prático. Assim, a cláusula confere mesmo um direito ao prestador de atividade, no sentido de se fazer substituir por outrem? Ou confere-lhe, apenas, um direito de sugerir ou propor a substituição, que carece de ser aceite pelo beneficiário da atividade? Tratando-se de uma cláusula que confere um genuíno direito de substituição, pode tal direito ser exercido a qualquer momento e por qualquer razão? Ou apenas o pode ser em casos em que o prestador de atividade esteja impedido de a realizar (em virtude de doença, p. ex.) e não já se e quando o prestador não esteja com vontade de a realizar? Quem pode ser escolhido, pelo prestador, como substituto? A escolha é livre? Há restrições, estabelecidas pelo beneficiário da atividade? Serão estas razoáveis ou, na prática, acabam por fazer com que a substituição seja uma possibilidade remota, quase académica?

²⁷ Uma espécie de bala mágica, que seria a melhor forma, quiçá a única forma, de matar o lobisomem representado, no pesadelo das plataformas, pelo contrato de trabalho...

Tudo isto - e não apenas isto - terá de ser cuidadosamente analisado e sopesado pelo tribunal.

4. Conclusão

Em jeito de conclusão, dir-se-ia que a pessoalidade do contrato de trabalho, isto é, a circunstância de a obrigação do trabalhador ser pessoal, infungível, quiçá *intuitu personae*, não autoriza que, perante um contrato em que se preveja a faculdade de o prestador de serviços se fazer substituir por outrem no cumprimento desta ou daquela prestação, se conclua, quase que inevitavelmente, pela natureza não laboral e não subordinada de tal relação.

Pela nossa parte, afirmamos, sem hesitar, que, num contrato duradouro como é o contrato de trabalho, o facto de o trabalhador se fazer substituir por outrem no cumprimento de certas prestações não descaracteriza o vínculo jurídico-laboral. Atente-se, a este propósito, nas sábias palavras de JÚLIO GOMES, o qual observa que mesmo a doutrina dominante não levanta dificuldades à possibilidade de o credor consentir que o devedor se faça substituir por outrem, acrescentando: «Esta circunstância deve alertar-nos para a possibilidade de se atribuir uma importância excessiva, no sentido de “descaracterizar” o contrato de trabalho, à existência num contrato de uma cláusula pela qual o trabalhador se possa fazer substituir excecionalmente por outrem na execução da prestação. Parece, por vezes, considerar-se que tal cláusula seria incompatível com a existência de um contrato de trabalho. No entanto, a conclusão parece-nos exagerada:

em primeiro lugar, a referida cláusula pode não passar de uma “cláusula de estilo” que não corresponde à realidade da execução do contrato. Mas, e sobretudo, porque se existir um contrato de trabalho, por exemplo de um professor, contrato cuja qualificação jurídica pode nem sequer ser controvertida, e se o referido professor solicitar e obtiver a autorização do empregador para ser substituído por um colega seu, com idênticas qualificações — colega que não mantém qualquer relação contratual com aquele empregador — em certas datas em que terá de faltar, a ninguém ocorrerá a ideia de que, só por isso, o contrato de trabalho deixará de o ser»²⁸.

Palavras sábias, que subscrevemos. E não se pense que esta é uma posição isolada. Pelo contrário, cremos que ela corresponde, hoje, ao entendimento doutrinal maioritário, entre nós e lá fora. Veja-se, por exemplo, o que escreve, a este respeito, MAURÍCIO GODINHO DELGADO, uma das principais referências do Direito do Trabalho brasileiro, em comentário sobre a pessoalidade ou infungibilidade típica da relação de trabalho: «Há situações ensejadoras de substituição do trabalhador sem que se veja suprimida a pessoalidade inerente à relação empregatícia. Em primeiro lugar, citem-se as situações de substituição propiciadas pelo consentimento do tomador de serviços: uma eventual substituição consentida (seja mais longa, seja mais curta no tempo), por exemplo, não afasta, necessariamente, a pessoalidade com relação ao trabalhador original»²⁹.

²⁸ *Direito do Trabalho*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 90-91.

²⁹ *Curso de Direito do Trabalho*, 17.^a ed., LTr, São Paulo, 2018, p. 339. É ponto pacífico na doutrina brasileira — neste sentido, *vd.*, por exemplo, GUSTAVO FILIPE BARBOSA GARCIA, o qual observa que «a substituição, em uma ou outra ocasião, do empregado, com a anuência do empregador, não é apta a descaracterizar um longo vínculo de emprego» (*Curso de Direito do Trabalho*, 10.^a ed., Editora Forense, Rio de Janeiro, 2016, p. 157), e AUGUSTO CÉSAR LEITE DE CARVALHO, que escreve: «Insta lembrar que a

Vale isto por dizer que *não há qualquer incompatibilidade ontológica entre o contrato de trabalho e a possibilidade de o trabalhador se fazer substituir por outrem, quando essa substituição é consentida pela entidade empregadora*. Diferentemente, essa incompatibilidade ontológica já existirá se o suposto trabalhador se puder fazer substituir por outrem, sem a vontade da contraparte, pois, isso sim, já não é compatível com o elemento de pessoalidade, característico de um contrato de trabalho. Como escrevemos alhures, «sem o consentimento do empregador, o trabalhador não se pode fazer substituir por outrem na execução do contrato, pelo que a *infungibilidade* da prestação laboral me parece inegável. Refiro-me, é claro, à infungibilidade em sentido jurídico, não em sentido económico (aliás, a debilidade negocial da maioria dos trabalhadores resulta, em boa medida, da circunstância de, para o empregador, eles serem facilmente substituíveis por outros)»³⁰. Em sentido próximo, conclui VÓLIA BOMFIM CASSAR: «A pessoalidade não quer dizer que o trabalho só poderá ser desenvolvido, com exclusividade, por aquele empregado, e nenhum outro. Na verdade, o empregador poderá trocar de empregado, seja para substituí-lo no posto de trabalho, seja para cobrir suas faltas, férias ou atrasos. *Isto significa que o obreiro pode ser trocado por outro empregado, por escolha do empregador ou com o consentimento deste, mas não pode se fazer substituir livremente*

aquiescência do empregador pode permitir a substituição do empregado, sem desfiguração ou necessário desfazimento do liame de emprego» (*Direito do Trabalho - Curso e Discurso*, 2.^a ed., LTr, São Paulo, 2018, p. 129).

³⁰ JOÃO LEAL AMADO, *Contrato de Trabalho - Noções Básicas*, 4.^a ed., Almedina, Coimbra, 2022, p. 65.

por alguém da sua própria escolha, estranho aos quadros da empresa e sem o consentimento do patrão»³¹.

Com a supramencionada “cláusula de substituição” pode apenas visar-se, a nosso ver, criar mais uma “cortina de fumo” ou uma “barreira de ocultação terminológica” em torno da relação jurídica subjacente. A referida incompatibilidade ontológica traduz-se, pois, numa conceção que, nem por ser partilhada por alguma jurisprudência³², merece acolhimento. Urge que seja repensada e revista, sob pena de deixar o tribunal refém de uma cláusula contratual que, num passe de mágica, descaracterizaria qualquer contrato de trabalho. Com efeito, assim sendo bastaria celebrar o contrato, intitulá-lo “contrato de prestação de serviço” (ou atribuir-lhe qualquer outro *nomen juris* com ressonância não laboral, mas civil ou mercantil) e incluir neste uma “cláusula de substituição” para o imunizar de um eventual escrutínio por banda dos tribunais – uma espécie de *escudo visível* contra qualquer operação de requalificação judicial do vínculo...

Não pode ser assim. No máximo, a possibilidade de o trabalhador se fazer substituir será um - *apenas um, apenas mais um* - indício a

³¹ *Direito do Trabalho*, 14.^a ed., Rio de Janeiro - Forense, São Paulo - Método, 2017, p. 250, itálico nosso. Registe-se, por último, a lição de JORGE SOUTO MAIOR: «Destaque-se que a pessoalidade é muito mais um atributo obrigacional, imposto ao trabalhador por interesse do empregador, do que um elemento caracterizador da relação de emprego. Isto quer dizer que se o empregador assume a possibilidade de que o serviço seja executado por outra pessoa, como ocorre, normalmente, no trabalho em domicílio, não se desnatura a relação de emprego» - *Curso de Direito do Trabalho*, vol. II, LTr, São Paulo, 2008, p. 49, itálico nosso. E o que vale para o trabalho no domicílio valerá também, *mutatis mutandis*, para as plataformas digitais.

³² Relembre-se a supramencionada decisão do *Supreme Court* britânico, segundo a qual, uma ampla faculdade de o prestador se fazer substituir por outrem “is, on its face, totally inconsistent with the existence of an obligation to provide personal service which is essential to the existence of an employment relationship”.

levar em conta pelo tribunal no seu juízo qualificativo³³. Mas sem, por si só, resolver o problema. Longe disso. Para resolver o problema, haverá, sempre, que atender aos outros indícios relevantes no caso - nas palavras do *Supreme Court*, que, estas sim, nos parecem certas, «the correct approach requires the application of a multifactorial test, focusing on the practicalities of the relationship and how it operates in reality» (§ 61, 4) - e depois formular um juízo global, obedecendo, claro, às regras legais em matéria de distribuição do ónus da prova.

No § 51 da sua decisão, o *Supreme Court* afirma, citando Elias J, o presidente do *Employment Appeal Tribunal*, num caso anterior (*Consistent Group Ltd v Kalwak*, de 2007): «The concern to which tribunals must be alive is that armies of lawyers will simply place substitution clauses, or clauses denying any obligation to accept or provide work, in employment contracts, as a matter of form, even where such terms do not begin to reflect the real relationship». E Elias J acrescentava: «In other words, if the reality of the situation is that no one seriously expects that a worker will seek to provide a substitute, or refuse the work offered, the fact that the contract expressly provides for these unrealistic possibilities will not alter the true nature of the relationship. But if these clauses genuinely reflect what might realistically be expected to occur, the fact that the rights

³³ Ainda que, como bem observa JOAQUIM SOUSA RIBEIRO, quanto à possibilidade de substituição enquanto elemento indiciário, se imponha «diferenciar os casos em que o substituto é, também ele, um trabalhador integrado na organização produtiva, escolhido, de igual modo, pela entidade patronal (casos de troca de turno, por exemplo), daqueles outros em que ele é um estranho a essa organização», sendo, «evidentemente, mais forte o valor indiciário desta última situação, no sentido de excluir uma relação de trabalho subordinado» - «As fronteiras juslaborais e a (falsa) presunção de laboralidade do artigo 12.º do Código do Trabalho», *Direito dos Contratos - Estudos*, Coimbra Editora, 2007, p. 365, n. 45.

conferred have not in fact been exercised will not render the right meaningless». À guisa de conclusão, rematava: «Tribunals should take a sensible and robust view of these matters in order to prevent form undermining substance...». Acompanhamos Elias J!

29 de fevereiro de 2024





JOB SECURITY AND DISMISSAL (IN PARTICULAR, DISCIPLINARY DISMISSAL) IN SPAIN - A BRIEF OVERVIEW OF THE CONSTITUTIONAL AND LEGAL FRAMEWORK*

Luís Gonçalves da Silva

Sara Leitão

Summary: 1. Constitutionalisation of Spanish labour law - 2. Spanish Constitution and Job Security - 3. Spanish dismissal regime - 4. Disciplinary dismissal - a. Grounds for disciplinary dismissal - b. Formal requirements of disciplinary dismissal - 5. Conclusion - 6. Bibliography

Abstract: This article briefly examines the right to job stability recognised by Spanish doctrine and jurisprudence on the basis of the right to work established in Article 35 of the Spanish Constitution and, in light of this, briefly analyses the disciplinary dismissal regime, taking into account the grounds for the same and the formal requirements that must be observed.

Starting with a short presentation of the Spanish Constitution of 1978 and what preceded it, this study then proceeds to briefly describe the regime of dismissal and, in particular, disciplinary dismissal established in Spanish law, specifically, in *Estatuto de los Trabajadores*.

With no ambition to provide an exhaustive overview of the subject, this article seeks to offer a first approximation to the matter analysed, with a practical and immediate approach.

* Artigo aprovado para publicação após submissão a *double blind peer review*.

1. Constitutionalisation of Spanish labour law

I. The constitutionalisation of Spanish labour law began with the enactment of the Constitution of 9 December 1931¹, which defined Spain as "a democratic republic of workers of all classes" (Article 1), recognising the right to free choice of work (Article 33). In Article 46, the Spanish Constitution of 1931 provided for the social obligation of labour, the protection that the state should give it and the guarantee of minimum conditions that should be provided to workers for a dignified existence².

1938 saw the promulgation of the fundamental laws that would lay the foundations for the constitution of the "*Nuevo Estado*", one of which - the "*Fuero del Trabajo*", promulgated by Decree on 9 March 1938³ - specifically concerned the guiding principles of the state's labour policy. In its first version, the text obeyed the nationalist and authoritarian spirit that marked other similar texts, such as the Italian Labour Charter of 1926, the German National Labour Ordinance of 1934 and the Portuguese National Labour Statute of 1933⁴.

¹ ALFREDO MONTOYA MELGAR, *Derecho del Trabajo*, 44th edition, Tecnos, Madrid, 2023, p. 92.

² Article 46 stated: "Labour, in its various forms, is a social obligation and shall enjoy the protection of the laws. The Republic shall guarantee all workers the necessary conditions for a dignified existence. Its social legislation shall regulate: cases of sickness, accident, unemployment, old age, invalidity and death insurance; the work of women and young people and especially the protection of maternity; working hours and minimum and family wages; annual holidays with pay; cooperative institutions; the economic and legal relationship of the factors of production; the participation of workers in the management, administration and profits of enterprises, and all matters affecting the defence of workers".

³ "*Fuero del Trabajo*" was raised to fundamental law by the "*Ley de Sucesión a la Jefatura del Estado*" of 26 June 1947, and amended on 20 April 1967, after the promulgation of the Organic Law of the State.

⁴ ALFREDO MONTOYA MELGAR, *Derecho del Trabajo*, cit. p. 93.

Alongside the *Fuero del Trabajo*, other fundamental, programmatic or organisational laws emerged (such as the *Fuero de Los Españoles* or the *Ley de Cortes*, respectively), but this asynchronous profusion and the successive modifications and regroupings they underwent prevented recognition of the existence of a constitutional text proper, with some claiming that, before the 1978 Constitution, Spain did not have a constitution as such, but only political-normative texts known as “fundamental laws”, which tended to establish a reform programme⁵.

The political changes that took place in Spain in the mid-1970s, in particular, the restoration of the monarchy, accompanied by an economic crisis⁶, were naturally reflected in legislative changes and also led to a new constitutional text (1978).

II. With the transition to democracy, the adoption of a constitutional text became necessary, and this process culminated in the adoption of the Spanish Constitution of 1978, which adopts the classic structure of Western social constitutions⁷.

The concept of the social and democratic State and the rule of law on which the Spanish Constitution of 1978 is based is expressed in the Preamble, where the nation's desire “to build a democratic and advanced society” is reaffirmed.

⁵ José Luis Monereo Pérez / Cristóbal Molina Navarrete / María Nieves Moreno Vida / Francisco Vila Tierno, *Manual de Derecho del Trabajo*, 21st edition, Editorial Comares, Granada, 2023, p. 81.

⁶ With useful information, MARTA MARTÍNEZ MATUTE, “La Evolución del Sistema de Negociación Colectiva en España: Una Panorámica General”, *Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, no. 123, 2014, p. 143.

⁷ José Luis Monereo Pérez / Cristóbal Molina Navarrete / María Nieves Moreno Vida / Francisco Vila Tierno, *Manual de Derecho del Trabajo*, cit., p. 81.

Accordingly, the Constitution proclaims “liberty, justice, equality and political pluralism” (Article 1.1) as the supreme values of the legal order, placing itself “above positive law, accepting the concept that law is subordinate to morality”⁸.

The Spanish Constitution of 1978 does not contain a systematisation of the constitutional precepts on labour issues, unlike the Portuguese Constitution, opting instead to organise its provisions on the basis of the legal treatment to be given to different topics⁹.

The Spanish Constitution of 1978 describes trade unions and employers' organisations as “fundamental institutions of the state” (Article 7). Freedom of association and the right to strike are fundamental rights (Article 28); the right to work, to free choice of occupation, to a fair wage, etc., as well as the broader rights of collective autonomy and self-government are ordinary legal rights (Articles 35 and 37), and other labour issues are addressed in provisions that chart a future course for society (such as the promotion of social and economic progress provided for in Article 40)¹⁰. As a result, constitutional labour rights do not have “uniform and homogeneous” legal force¹¹.

⁸ ALFREDO MONTOKA MELGAR, “El Trabajo en la Constitución”, *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, no. 0, 2004, p. 15.

⁹ JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ / CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE / MARÍA NIEVES MORENO VIDA / FRANCISCO VILA TIerno, *Manual de Derecho del Trabajo*, cit., p. 82. The authors point out that the aim is not to assign a unique meaning to the phenomenon of work or to the employment relationship, but rather to ensure that a given economic and social treatment is afforded to workers, considered individually and collectively.

¹⁰ José Luis Monereo Pérez / Cristóbal Molina Navarrete / María Nieves Moreno Vida / Francisco Vila Tierno, *Manual de Derecho del Trabajo*, cit., p. 82.

¹¹ JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ / CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE / MARÍA NIEVES MORENO VIDA / FRANCISCO VILA TIerno, *Manual de Derecho del Trabajo*, cit., p. 82. For an analysis of workers' rights under the Constitution, TERESA FREIXES SANJUÁN, *Los Derechos Sociales de los Trabajadores en la Constitución*, «Tesis Doctorales», Ministerio de

Although it is acknowledged that, when the Constitution of 1978 was approved, Spain already had “well established” labour and social security law¹², it is undeniable that the Fundamental Law was the driving force behind significant changes, and proved to be a fundamental instrument in structuring a cohesive society¹³.

2. Spanish Constitution and job security

I. The Spanish Constitution of 1978 does not expressly recognise the principle of stability of employment or job security, which is, however, accepted by the general consensus of legal theory and constitutional jurisprudence.

It is from Article 35 of the Spanish Constitution that doctrine and jurisprudence draw a constitutional principle of job security.

This provision, included in Section 2 (“Rights and duties of citizens”), of Chapter II (“Rights and freedoms”) of Part I (“Fundamental rights and duties”) of the Constitution, states that “All Spaniards have the duty to work and the right to employment, to free choice of profession or trade, to advancement through their work, and to sufficient remuneration for the satisfaction of their needs and those of their families; moreover, under no circumstances may they be discriminated against on account of their sex”.

Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1986, p. 73 et seq. (pp. 111-112, collective bargaining), especially 215 et seq.. In relation to trade unions, for an analysis, including ordinary legislation, ALFREDO MONTOYA MELGAR, *Derecho del Trabajo*, cit. p. 130 et seq..

¹² ALFREDO MONTOYA MELGAR, “El Trabajo en la Constitución”, cit., p. 29.

¹³ ALFREDO MONTOYA MELGAR, “El Trabajo en la Constitución”, cit., p. 32.

The right to work is one of the foundations on which the Spanish constitutional labour model is based. It is a dynamic right which, in addition to its formal recognition, also requires a duty on the part of the public authorities to promote its effective achievement. It is widely recognised that continuity of employment is an essential substantive condition for the exercise of certain fundamental rights, such as the right to participate in political life (Article 9.2) and the right to strike (Article 28.2) ¹⁴.

II. The Spanish Constitutional Court has developed this principle over time and recognises two dimensions of the right to work: the collective and the individual. In its collective dimension, the right to work obliges the public authorities to pursue a policy of full employment. In its individual dimension, the right to work is further subdivided into (i) the equal right of all to a particular job and (ii) the right to continuous or stable employment, which manifests itself in the right not to be dismissed without reasonable or just cause¹⁵.

This understanding has led the Constitutional Court to see in the essential content of the right to work, especially to a stable job, the

¹⁴ IGNACIA BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, *La estabilidad en el empleo: la prevención frente a la contingencia del paro*, Doctoral Thesis, 2008, <https://www.tdx.cat/>, p. 37.

¹⁵ As explained in Judgment 22/1981, of 2 July, "The right to work means more than the freedom to work; it also supposes the right to an employment position and as such presents a dual aspect: individual and collective, both recognised in Articles 35.1 and 40.1 of the Spanish Constitution, respectively. In its individual aspect, it takes the form of the equal right of all to a given employment position if they meet the necessary qualification requirements, and the right to continued and stable employment, in other words, not to be dismissed without due or fair grounds. In its collective dimension, the right to work also imposes a mandate on the public authorities to pursue a policy of full employment, because otherwise exercise of the right to work by part of the population entails the negation of the same time for another part."

need for protection against dismissal^{16,17}, stating that the lack of an adequate response to dismissal “would “dangerously weaken the coherence of the right to work” and deprive labour law of its “protective” function, within the framework of welfare as an essential feature of the rule of law recognised in Article 1.1 of the Spanish Constitution, which aims to balance the inequality that exists between employers and workers when they determine the content of the employment relationship¹⁸. Compensating for this inequality between employers and workers is also seen as a manifestation of the principle of equality as a higher value of the legal system, guaranteed by Article 9.2 of the Spanish Constitution¹⁹, which must guide the actions of the public authorities and which justifies the protective nature of these rules and the additional protection for workers²⁰.

III. The termination of an employment contract is not, in itself, an abnormal event, since private law prohibits the parties from being bound for life in the first place, the general rule being that the contracting parties may freely withdraw from the contract, possibly

¹⁶ ADORACIÓN GUAMÁN HERNÁNDEZ / JOSÉ MIGUEL SÁNCHEZ OCAÑA, “Cuarenta años de Constitución del Trabajo. Historia de un proceso deconstituyente”, *Ius fugit: Revista interdisciplinar de estudios histórico-jurídicos*, no. 20, 2017, p. 203-204.

¹⁷ Understood as a unilateral and constitutive act, subject to notification of the counterparty, whereby the employer extinguishes the legal employment relationship (ALFREDO MONTOYA MELGAR, *Derecho del Trabajo*, cit. pp. 527 et seq.).

¹⁸ Cfr. Judgement no. 20/1994, of 27 January.

¹⁹ Article 9.2 of the Spanish Constitution states that “It is the responsibility of the public authorities to promote conditions ensuring that freedom and equality of individuals and of the groups to which they belong are real and effective, to remove the obstacles preventing or hindering their full enjoyment, and to facilitate the participation of all citizens in political, economic, cultural and social life”.

²⁰ ADORACIÓN GUAMÁN HERNÁNDEZ / JOSÉ MIGUEL SÁNCHEZ OCAÑA, “Cuarenta años de Constitución del Trabajo. Historia de un proceso deconstituyente”, cit., p. 204.

indemnifying the counterparty from damages that may arise²¹. However, the principle of stability in employment points to the need for limits on the employer's powers of dismissal, looking at this not from a purely contractual perspective, but rather in the light of the social issues also involved²².

In this regard, MONTROYA MELGAR describes the principle of stability in employment as informed by welfare issues, relating to the worker's interest in keeping his or her job, in view of the importance of employment in assuring their livelihood, as well as by economic and industrial concerns, relating to the employer's interest in adjusting the volume and duration of labour to the production and organisations needs of the undertaking²³.

Albeit without ignoring that the employer may also have an interest in continued employment, the legislator takes into account the weaker position of the worker, limiting the powers of the employer in this matter²⁴.

In view of the recognition of job stability, the position of the employer and the worker is therefore not the same. As for the worker, it is understood that the possibility of unilaterally terminating the contract without just cause is a guarantee of his freedom to quit²⁵. In this sense, the worker's voluntary resignation ("dimisión

²¹ JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ / CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE / MARÍA NIEVES MORENO VIDA / FRANCISCO VILA TIerno, *Manual de Derecho del Trabajo*, cit., p. 596.

²² ALFREDO MONTROYA MELGAR, *Derecho del Trabajo*, cit. p. 529.

²³ ALFREDO MONTROYA MELGAR, "La estabilidad en el empleo: recuperación de un principio", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, no. 33, 2001, p. 61.

²⁴ JESÚS CRUZ VILLALÓN, *Compendio de Derecho del Trabajo*, 12th edition, Tecnos, Madrid, 2019, p. 398.

²⁵ José Luis Monereo Pérez / Cristóbal Molina Navarrete / María Nieves Moreno Vida / Francisco Vila Tierno, *Manual de Derecho del Trabajo*, cit., p. 596.

voluntaria") is a guarantee of his freedom to work, which is also recognised by Article 35 of the Spanish Constitution, and allows the worker a genuine "free withdrawal" from the contract, through a unilateral legal act expressed through a declaration addressed to the counterparty, which takes effect with the respective communication. This type of termination of the employment contract results exclusively from the employee's will to terminate the contract, without the need for any causal interference²⁶. To materialise this idea, the system of free or non-causal withdrawal from the employment contract by the employee is set out in article 49.1, d) of the ET, which states that "The employment contract shall be terminated by resignation of the employee, subject to the notice required by collective agreements or local custom"^{27,28}.

²⁶ José Luis Monereo Pérez / Cristóbal Molina Navarrete / María Nieves Moreno Vida / Francisco Vila Tierno, *Manual de Derecho del Trabajo*, cit., p. 645.

²⁷ Failure to give notice does not affect the termination of the contract, but may entail compensation for the damage caused to the employer by such a breach (JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ / CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE / MARÍA NIEVES MORENO VIDA / FRANCISCO VILA TIERNO, *Manual de Derecho del Trabajo*, cit., p. 646), normally corresponding to the salary equivalent to the days of outstanding notice (DANIEL MARTÍNEZ FONS, Comment to Article 49, SALVADOR DEL REY GUANTER et. al, *Estatuto de los Trabajadores Comentado y con jurisprudencia*, 4th edition, Wolters Kluwer, Madrid, 2022, p. 1268). The notice period can be established generically for all workers, or different periods can be established depending on the professional category. If the collective agreement does not establish a notice period, nor is there a custom that applies to the case, the 15-day period referred to in Article 49.1, c) ET is generally applied (ANGEL BASCO PELLICER et. al., *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 801).

²⁸ Similarly, if the employee violates a permanence pact through which he has undertaken to remain in the company's service for a certain period in return for the company having guaranteed him a professional specialisation, the consequence will only be the duty to compensate the employer and the intended termination will not be compromised (artigo 21.4 ET).

IV. In contrast to the worker's right to freely resign, there are significant limitations on the employer's freedom to terminate the employment contract on his own initiative, as his freedom of enterprise (established in Article 38 of the Spanish Constitution) is severely restricted in this regard. In fact, the principle of freedom of enterprise would require the employer to be granted a broad right to terminate employment, based on his status as owner and manager of the company. However, this principle must be combined with the principle of protecting the stability of the worker's job, which, as has been said, imposes a limitation on the power to dismiss, which involves realising the social - and not merely contractual - relevance of the institute²⁹.

Pursuant to this limitation, the employer can only terminate the employment contract by dismissal based on any of the legally provided grounds: dismissal for serious and culpable misconduct on the part of the employee (disciplinary dismissal), dismissal based on objective circumstances, collective dismissal and dismissal based on force majeure³⁰.

3. Spanish dismissal regime

I. The termination of the employment contract is the institution around which much of labour law revolves. The regulation of the limitations on contractual termination and its proceduralisation are therefore structural and shaping elements of labour law. In this area,

²⁹ ALFREDO MONTAÑA MELGAR, *Derecho del Trabajo*, cit., pp. 528-529.

³⁰ ALFREDO MONTAÑA MELGAR, *Derecho del Trabajo*, cit., p. 529.

the dismissal regime is particularly important, given the limitations imposed by job stability and the necessary balance with the employer's entrepreneurial freedom³¹.

Dismissal is described as a unilateral, constitutive and reciprocal act through which the employer promotes the termination of the legal-labour relationship, based on the private negotiating autonomy.

It can be defined by the following characteristics: (i) it is a unilateral act on the part of the employer, resulting in the termination of the contract exclusively on the basis of the employer's will³²; (ii) it is a constitutive act, which as a rule depends solely on the employer's will; (iii) it is a reciprocal act, its efficacy depending on notification to the employee, and finally, (iv) it results in the termination of the employment contract for the future, due to the occurrence of circumstances subsequent to its execution³³.

The law protects workers against dismissal by firstly defining dismissal as subject to causes (and not free), requiring grounds of a disciplinary nature or else relating to economic or industrial factors, and secondly by subjecting dismissal to requirements of form or procedure, in order to guarantee the rights of workers.

II. Spain was one of the first countries to require grounds for dismissal, in 1931, by means of the Law of 22 November approving the *Ley de Contrato de Trabajo* (Employment Contract Law), which definitively recognised the unequal bargaining power of the employer and

³¹ DANIEL MARTÍNEZ FONS, Comment to Article 49, SALVADOR DEL REY GUANTER et al., *Estatuto de los Trabajadores Comentado y con jurisprudencia*, cit., p. 1262.

³² Without prejudice to the duty to consult workers' representatives, as pointed out by ALFREDO MONTOYA MELGAR, *Derecho del Trabajo*, cit., p. 527.

³³ ALFREDO MONTOYA MELGAR, *Derecho del Trabajo*, cit., pp. 527-528.

worker; this was also visible in the rules on termination of employment.

The rules on dismissal ceased to be linked to the duration of the contract, and instead only one type of dismissal was recognised, subject to the existence of fair grounds, applicable to all employment contracts, irrespective of duration.

In this sense, article 89 of the *Ley de Contrato de Trabajo* established the justified dismissal of the worker by the employer as grounds for termination of the employment contract, considering as fair grounds for dismissal repeated and unjustified absences of punctuality or attendance at work, indiscipline or disobedience to work rules, mistreatment or serious lack of respect and consideration for the employer, their family, representatives or colleagues, the worker's unfitness for the work for which he was hired, fraud or abuse of trust, voluntary and continuous reduction of normal working performance, and competition with the employer without their knowledge and authorisation³⁴.

III. At present, the causes of termination of employment contracts are established in Article 49 ET, which identifies, as causes for termination on the initiative of the employer, disciplinary dismissal, dismissal on objective grounds and collective redundancy. In identifying the forms of termination of employment contracts, the provision appears to restrict the concept of “dismissal” to disciplinary

³⁴ In addition to justified dismissal, the grounds for termination of the contract were also those validly provided for in the contract, the mutual agreement of the parties, the death, incapacity or extinction of the employer, when there was no representative to carry on the activity, the death of the worker, force majeure or the will of the worker (Article 89 of the *Ley de Contrato de Trabajo*).

dismissal, by making separate provision, in sub-paragraph k), for “dismissal of worker”, as distinct from “collective dismissal” (al. i)) and termination due to “legally admissible objective grounds” (sub-para. l)). However, it is accepted that disciplinary dismissal is only one mode of dismissal and that the term “dismissal” is sufficiently established as referring to all acts of contractual termination determined by the employer³⁵.

This study focuses on disciplinary dismissal. However, the other forms of dismissal are also relevant and are regulated in their own right, also seeking to reconcile job stability with the objective circumstances that determine termination, hence a brief description of the corresponding regimes is pertinent.

IV. Article 51 establishes the regime of *collective dismissal*, together with *Real Decreto* 1483/2012, of 29 October.

Collective dismissal corresponds to the termination of employment contracts based on economic, technical, organisational or production reasons³⁶ and is based on a quantitative

³⁵ ALFREDO MONTOYA MELGAR, *Derecho del Trabajo*, cit., p. 529, criticising the distinction made by the ET, and stating that this terminological distinction is of no practical use and does not appear to be legally founded.

³⁶ Pursuant to Article 51.1 ET, Economic causes are understood to be present when the company's results show a negative economic situation, in cases such as the existence of current or expected losses, or a persistent decrease in the level of ordinary income or sales.

Technical causes are understood to occur when there are changes, among others, in the production means or instruments; organisational causes when there are changes, among others, in the systems and working methods of the personnel or in the way of organising production and productive causes when there are changes, among others, in the demand for the products or services that the company intends to place on the market. On these grounds, cfr., in particular, ALFREDO MONTOYA MELGAR, *Derecho del Trabajo*, cit., p. 552, JESÚS CRUZ VILLALÓN, *Compendio de Derecho del Trabajo*, cit., p. 444 et seq., and JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ / CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE / MARÍA NIEVES MORENO VIDA / FRANCISCO VILA TIerno, *Manual de Derecho del*

criterion, taking into account the number of workers affected³⁷.

The collective dismissal procedure starts with a notification by the employer, followed by a period of consultation with the workers' pre-existing representation bodies or else others set up for this purpose, which the employer must formally initiate by means of a further notice, containing a description of the causes of the redundancy and other information required by law (Article 51.2 ET).

The consultation and negotiation period, in which the administrative authorities may take part, is intended to reach an agreement, so as to avoid or reduce the number of redundancies and to mitigate their consequences, through social welfare measures, such as finding other jobs or training (Article 7 of *Real Decreto* 1483/2012).

In the lack of an agreement, the employer must decide within 15 days, under the penalty of the procedure being shelved.

V. Articles 52 and 53 ET provide for the dismissal on objective grounds, which can be based on the worker's unsuitability for the job, his failure to adapt to technical changes in his position, or to economic, technical, organisations or production-related causes, when

Trabajo, cit., p. 603-604.

³⁷ In order to qualify as a collective redundancy under Article 51.1 ET, the termination must affect no less than (i) 10 workers, if the undertaking has less than 100 workers; (ii) 10% of the workforce, if the undertaking has between 100 and 300 workers; or 30 workers, if the undertaking has more than 300 workers.

they affect a smaller number of workers than envisaged for collective redundancy (Article 52 ET)^{38,39}.

This is a dismissal based not on cases of non-performance attributable to the employee, but rather on supervening objective circumstances (not imputable to the employee).

Dismissal based on objective grounds implies compliance with a procedure that begins with a written notice to the employee containing the cause for dismissal. At the same time as delivering the written notice, the employer must make available to the employee the amount corresponding to 20 days' pay per year of service, prorated on a monthly basis for periods of less than one year and with a maximum of 12 monthly instalments (Article 53.1 ET).

VI. Finally, Article 51.7 ET provides for the dismissal based on force majeure, establishing that the existence of force majeure, as a cause for the termination of employment contracts, must be established by the labour authority, regardless of the number of workers affected, following a specific procedure⁴⁰.

³⁸ On these grounds, cfr., in particular, ALFREDO MONTOYA MELGAR, *Derecho del Trabajo*, cit., pp. 545 et seq., JESÚS CRUZ VILLALÓN, *Compendio de Derecho del Trabajo*, cit., p. 437 et seq., and JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ / CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE / MARÍA NIEVES MORENO VIDA / FRANCISCO VILA TIerno, *Manual de Derecho del Trabajo*, cit., p. 632 et seq..

³⁹ Dismissal on objective grounds may also occur in permanent employment contracts concluded by non-profit organisations for the execution of specific plans or programs, without stable funding and financed by the public administrative authorities, due to the funds allocated being insufficient to maintain the employee (Article 52 e) ET).

⁴⁰ As pointed out by ALFREDO MONTOYA MELGAR, *Derecho del Trabajo*, cit., p. 559 et seq., doctrine was divided on the classification of the effects of force majeure on the employment contract, with some arguing that it automatically determined the respective termination, others arguing for automatic termination, but with the allegation and notification of the same, and finally those who saw force majeure as merely a justification for dismissal. The legislator, through the *Ley de Relaciones*

Dismissals on the grounds of force majeure are now separate from the collective dismissal procedure and are characterised by procedural peculiarities that lighten the employer's responsibilities, bearing in mind that the facts invoked are not attributable to the employer⁴¹.

4. Disciplinary dismissal

a. Grounds for disciplinary dismissal

1. Under Article 49.1.k) ET, the employment contract shall be terminated by dismissal of the employee, which corresponds to disciplinary dismissal, regulated in its turn by Articles 54 and 55 ET.

From a technical legal point of view, disciplinary dismissal is not a form of denunciation of the contract, but rather termination of the contract due to the worker's qualified breach. This is because termination is a "potestative right" of the party, based exclusively on their will and initiative, and therefore, from the outset, incontestable. This is not the case with dismissal, which must necessarily be causal. In this sense, regarding disciplinary dismissal, Article 54.1 ET establishes that "the employment contract may be terminated by decision of the employer, by dismissal based on a serious and culpable breach by the worker"⁴².

Laborales, of 8 April 1976, and then the ET, confirmed the thesis of those who saw force majeure as a ground for dismissal.

⁴¹ For instance, the phase of consultations between the employer and the employees' representatives required in a collective dismissal procedure is not required in the dismissal due to force majeure. On these specificities, ALFREDO MONTAÑA MELGAR, *Derecho del Trabajo*, cit., p. 640.

⁴² JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ / CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE / MARÍA NIEVES MORENO VIDA

II. In addition to the employee's breach of contract, disciplinary dismissal requires that the breach be serious and culpable. Disciplinary dismissal has therefore the nature of a contractual and private penalty⁴³, as stressed by the reference in the law to the “disciplinary” grounds for the same, based on serious and culpable non-performance by the worker (Article 54.1 ET) and serving as the most severe disciplinary penalty. Disciplinary dismissal therefore expresses the employer's power of self-protection, which allows it, on the grounds of such serious and culpable breach, to promote the termination of the employment contract without the intervention of third parties⁴⁴.

The breach referred to should, in principle, be a breach of the employment contract, even if it may involve facts that go beyond the strictly labour-related sphere⁴⁵.

The breach in question must be serious, involving significant damage to the employer.

Finally, the breach must be attributable to the employee by way of fault, either wilful misconduct or negligence⁴⁶.

/ FRANCISCO VILA TIerno, *Manual de Derecho del Trabajo*, cit., p. 620.

⁴³ ALFREDO MONTOYA MELGAR, *Derecho del Trabajo*, cit., p. 530.

⁴⁴ As stressed out by JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ / CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE / MARÍA NIEVES MORENO VIDA / FRANCISCO VILA TIerno, *Manual de Derecho del Trabajo*, cit., p. 622, dismissal has immediate extinguishing effect, without prejudice to the worker's right to appeal to the courts to challenge the dismissal.

⁴⁵ Pursuant to Judgement no. 887/2022, of 2 November 2022, of the Spanish Supreme Court, it is not true that disciplinary dismissal can only be based on breaches of contract occurring at the time and place of work. At stake in the case was an offence committed outside the time and place of work which led to the worker, a security guard for a security company, having his professional licence withdrawn.

⁴⁶ JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ / CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE / MARÍA NIEVES MORENO VIDA / FRANCISCO VILA TIerno, *Manual de Derecho del Trabajo*, cit., p. 622.

In Article 54.2 ET, the Spanish legislator typified in law the forms of worker behaviour able to form grounds for disciplinary dismissal. According to this provision, the following actions shall be considered breaches of contract: (a) Repeated and unjustified failure to attend work or to be punctual; (b) Indiscipline or disobedience at work; (c) Verbal or physical offences against the employer or persons working in the company or family members living with them; (d) Breach of contractual good faith, as well as breach of trust in the performance of work; (e) Continuous and voluntary reduction in normal or agreed work performance; (f) Habitual drunkenness or drug addiction if they have negative repercussions on the work, and (g) harassment on grounds of racial or ethnic origin, religion or beliefs, disability, age or sexual orientation and sexual harassment or harassment on grounds of sex against the employer or persons working in the company.

This list must be understood in the light of the principles of legality and conformity to type, by way of guarantee of legal certainty, ensuring that the worker can only be dismissed for the causes listed in the law⁴⁷. This conformity to type, in contrast with the open-ended nature of the “fair grounds” which, under Article 50.1 ET, can lead to termination of contract on the worker's initiative, is mitigated by the breadth of some of those causes, such as, in particular, indiscipline or disobedience on the part of the worker (sub-para. b)) or breach of good faith (sub-para. d))⁴⁸.

⁴⁷ ALFREDO MONTOYA MELGAR, *Derecho del Trabajo*, cit., p. 531.

⁴⁸ On the permitted disciplinary grounds for dismissal, cfr., in particular, ALFREDO MONTOYA MELGAR, *Derecho del Trabajo*, cit., p. 530 et seq., JESÚS CRUZ VILLALÓN, *Compendio de Derecho del Trabajo*, cit., p. 422 et seq.. The violation of contractual good faith is thus an open clause, which can include a wide range of

The typical nature of the grounds for disciplinary dismissal prevents collective agreements from broadening the range of grounds for dismissal, allowing them only to detail or concretise those that are legally recognised⁴⁹.

b. Formal requirements of disciplinary dismissal

1. As regards form, disciplinary dismissal takes place by means of written notice addressed to the worker, stating the facts forming the grounds for dismissal and the date on which it takes effect, pursuant to Article 55.1 ET - the so called “dismissal letter” -, which is necessary for the worker to know what breach is attributed to him and requires the communication to contain a description of that breach, it not being sufficient to merely invoke the legal provision on which the employer’s intention is based⁵⁰. The dismissal letter does not

sanctionable infringements, namely situations of unfair competition or abuse of trust. See, in particular, with case law, JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ / CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE / MARÍA NIEVES MORENO VIDA / FRANCISCO VILA TIerno, *Manual de Derecho del Trabajo*, cit., pp. 623 et seq.. See also Judgement of the Supreme Court no. 4922/2021, of 21 December, where it was confirmed that “ET does not include among the causes of disciplinary dismissal the breach of the duty not to compete unfairly. However, Art. 54.2.d) of the ET considers the worker’s breach of contract to be «The transgression of contractual good faith, as well as the abuse of trust in the performance of work». If an employee engages in unfair competition, he breaches the basic duty of good faith”. A breach of contractual good faith should be understood as any action that goes against the essential duties of conduct that should govern the work performance and the relationship between the parties to the employment contract (ANGEL BASCO PELLICER et. al., *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, cit., p. 901).

⁴⁹ ALFREDO MONTOTO MELGAR, *Derecho del Trabajo*, cit., pp. 531-532, with examples.

⁵⁰ To this effect, cfr. Judgment of the Supreme Court, of 13.06.1988 (STS 4494/1988), in which it ruled that “A letter of dismissal achieves its end if it contains sufficient description of the facts imputed for the dismissed worker to be able to marshal his defence and if it offers no doubts that the effective date of dismissal is that of service of notice”. Also, Judgment of the Supreme Court, of 22

have to include the legal classification of the conduct imputed to the employee, as this is a question of law, which is the responsibility of the court judging each specific case⁵¹.

It will therefore not be possible for the employer to allege in court causes other than those identified in the letter of dismissal, nor for the judicial process to reveal facts other than those duly alleged in the aforementioned communication⁵².

The dismissal letter may be notified by any valid means, including telematic means⁵³.

Pursuant to Article 55.1 ET, further formal requirements for dismissal may be laid down by collective agreement.

The requirement for a letter of dismissal places the Spanish legal system at an intermediate point between absolute freedom of form and the extreme formal rigour of dismissal subject to a prior procedure⁵⁴.

If, after the formal notice of dismissal has been issued, the employment relationship continues after the date set for the dismissal, it is understood that the employer has forgiven the breach that led to the dismissal and that, consequently, the employment contract remains normally in force⁵⁵. Similarly, if the employer is aware and

February 1993, stating that the dismissal letter does not require an exhaustive record of the alleged conduct, but only a clear and concrete indication of it so that the worker can identify them in order to articulate their legal defence.

⁵¹ ANGEL BASCO PELLICER et al., *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, cit., p. 912.

⁵² JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ / CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE / MARÍA NIEVES MORENO VIDA / FRANCISCO VILA TIerno, *Manual de Derecho del Trabajo*, cit., p. 626.

⁵³ Judgement of the Spanish Supreme Court, no. 82/2020, of 29 January 2020.

⁵⁴ The requirement for a mere letter of dismissal has applied since 1976, with *Real Decreto Ley 18/1976*, since until then a prior procedure was intermittently required.

⁵⁵ ALFREDO MONTOYA MELGAR, *Derecho del Trabajo*, cit., pp. 538.

does not react to a particular employee's unlawful behaviour, such conduct cannot be invoked as grounds for dismissal either⁵⁶.

With ratification of ILO Convention no. 158, which came into force in Spain in 1987, requiring that the worker be able to defend himself against the allegations made about his behaviour or his work (Article 7 of the Convention), it has been asked whether changes might be needed to ordinary legislation, to which legal doctrine and case law have replied in the negative, considering that the worker is afforded sufficient opportunity for defence by the notice of dismissal⁵⁷.

According to Article 60.2 ET, very serious offences - the only offences that can lead to disciplinary dismissal - expire 60 days after the employer becomes aware of them and, in any case, six months after they occur⁵⁸.

II. Unlike the general regime, which simply requires a notice of dismissal - the dismissal letter -, the disciplinary dismissal of workers' representatives is subject to stricter requirements, requiring the fulfilment of a specific procedure in which the worker in question and the other members of the representation to which he belongs are

⁵⁶ Judgement of the Supreme Court no. 4922/2021, of 21 December, in which the employee was engaged in an activity that competed with that carried out by the employer.

⁵⁷ *Tribunal Central del Trabajo*, in a judgment of 25 March 1987, confirmed that Article 7 of the Convention did not require any changes in the Spanish legal system, since the dismissal letter sufficiently fulfils the function of guaranteeing workers the opportunity to defend themselves (ALFREDO MONTOYA MELGAR, *Derecho del Trabajo*, cit., p. 538).

⁵⁸ Under this provision, light offences expire 10 days and serious ones 20 days after the employer becomes aware of them. The time limits in question are understood to be limitation periods, and therefore not to be known of their own motion (Judgement of *Tribunal Central del Trabajo*, of 3 November 1981).

also heard. Similarly, if the employee is a member of a trade union and the employer is aware of this, the employer must first hear the union delegates of the trade union section corresponding to that union (Articles 55.1 and 68.a) ET and 10.3 *Ley Orgánica* 11/1985, of 2 August, on Trade Union Freedom).

Given the lack of legal regulation of this procedure, case law has held that the procedure requires only the formulation of charges, the carrying out of the proposed acts of enquiry and notification of the outcome of the procedure⁵⁹.

5. Conclusion

1) The Spanish Constitution of 1978 does not expressly recognise the principle of stability of employment or job security, which is, however, accepted by the general consensus of legal theory and constitutional jurisprudence, based on Article 35, which provides for the right to work.

2) The right to work is one of the foundations on which the Spanish constitutional labour model is based, with it being recognized that stability of employment acts as an essential condition for the exercise of certain fundamental rights, such as the right to participate in political life or the right to strike.

⁵⁹ ANGEL BASCO PELLICER et al., *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, cit., p. 913.

3) The Spanish Constitutional Court has developed this principle over time and recognises that the right to work obliges the public authorities to pursue a policy of full employment, while granting the equal right of all to a particular job and the right to continuous or stable employment, which manifests itself in the right not to be dismissed without reasonable or just cause.

4) In contrast to the worker's right to freely resign, the employer faces significant limitations on its freedom to terminate the employment contract his freedom of enterprise (established in Article 38 of the Spanish Constitution) being severely restricted in this regard.

5) The law protects workers against dismissal by firstly defining dismissal as subject to causes (and not free), requiring grounds of a disciplinary nature or else relating to economic or industrial factors, and secondly by subjecting dismissal to requirements of form or procedure, in order to guarantee the rights of workers.

6) Article 49 ET establishes the causes for termination of employment contracts on the initiative of the employer, specifically, disciplinary dismissal, dismissal on objective grounds and collective redundancy.

7) Disciplinary dismissal is provided for in Article 49.1.k) ET, and regulated by Articles 54 and 55 ET, corresponding to a form of termination of the contract based on the worker's qualified serious and culpable breach of the employment contract.

8) In Article 54.2 ET, the Spanish legislator typified in law the forms of worker behaviour able to form grounds for disciplinary dismissal. However, this conformity to type is mitigated by the breadth of some of those causes, such as, in particular, indiscipline or disobedience on the part of the worker (sub-para. b)) or breach of good faith (sub-para. d)).

9) Regarding formal requirements, the Spanish legal system is at an intermediate point between absolute freedom of form and the extreme formal rigour of dismissal subject to a prior procedure form, requiring only that a written notice is addressed to the worker, stating the facts forming the grounds for dismissal and the date on which it takes effect (Article 55.1 ET).

10) Although this is the general rule, the law requires a prior procedure that guarantees the possibility of a defence and the request for evidentiary measures in the event of a disciplinary dismissal of workers' representatives (Article Articles 55.1 and 68.a) ET and 10.3 *Ley Orgánica* 11/1985, of 2 August).

6. Bibliography

Basco Pellicer, Ángel et. al.

- Comentarios al Estatuto de los Trabajadores, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

Cruz Villalón, Jesús

- *Compendio de Derecho del Trabajo*, 12th edition, Tecnos, Madrid, 2019.

Freixes Sanjuán, Teresa

- *Los Derechos Sociales de los Trabajadores en la Constitución*, «Tesis Doctorales», Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1986.

Guamán Hernández, Adoración / Sánchez Ocaña, José Miguel

- “Cuarenta años de Constitución del Trabajo. Historia de un proceso deconstituyente”, *lus fugit: Revista interdisciplinar de estudios histórico-jurídicos*, no. 20, pp. 183-246.

Heredia Ruiz, Ignacia Beltran de

- La estabilidad en el empleo: la prevención frente a la contingencia del paro, Doctoral Thesis, 2008, <https://www.tdx.cat/>.

Martínez Matute, Marta,

- “La Evolución del Sistema de Negociación Colectiva en España: Una Panorámica General”, *Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, no. 123, 2014, pp. 139-161.

Monereo Pérez, José Luis / Molina Navarrete, Cristóbal / Moreno

Vida, María Nieves / Vila Tierno, Francisco

- *Manual de Derecho del Trabajo*, 21st edition, Editorial Comares, Granada, 2023.

Montoya Melgar, Alfredo

- “La estabilidad em el empleo: recuperación de un principio”,
Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, no. 33, 2001,
pp. 61-74;

- “El Trabajo en la Constitución”, *Revista de Ciencias Jurídicas y
Sociales*, no. 0, 2004, pp. 9-32;

Derecho del Trabajo, 44th edition, Tecnos, Madrid, 2023.

Rey Guanter, Salvador del et. al

- *Estatuto de los Trabajadores Comentado y con jurisprudencia*,
4th edition, Wolters Kluwer, Madrid, 2022.





«TEMPO DE TRABALHO» OU «TEMPOS DE TRABALHO»: SOBRE O TEMPO DE TRABALHO COMO CONCEITO OPERATIVO*

«WORKING TIME» OR «WORKING TIMES»: ON WORKING TIME
AS AN OPERATIVE CONCEPT

Pedro Madeira de Brito¹

Maria Leonor Ruivo²

Sumário: 1. Introdução; 2. Direito Europeu; 2.1. A Diretiva 2003/88/CE e a evolução da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia; 2.2. A Carta Social Europeia e as Decisões do Comité Europeu dos Direitos Sociais; 3. Direito nacional; 3.1. O sentido do artigo 197.º do CT; 3.2. O alcance do artigo 197.º do CT: a recusa de uma noção omnicomprensiva de tempo de trabalho; 3.3. O regime jurídico do tempo de disponibilidade; 4. Conclusão; 5. Bibliografia.

Resumo: Desde a entrada em vigor do Código do Trabalho de 2003, que passou a qualificar como tempo de trabalho o “qualquer período durante o qual o trabalhador (...) permanece adstrito à realização da prestação”, têm-se suscitado dúvidas sobre o alcance da noção de tempo de trabalho e, em especial, sobre o tratamento a conferir aos tempos de disponibilidade durante os quais o trabalhador não esteja obrigado a permanecer no local de trabalho. A tendência expansionista da jurisprudência do TJUE para alargar os requisitos para a qualificação como tempo de trabalho veio adensar as dúvidas que se colocam a este propósito.

No presente estudo, procura-se fazer um ponto de situação sobre a noção de tempo de trabalho presente no Direito Europeu e aquela que resulta das normas de direito interno, questionando a adoção de uma noção omnicomprensiva de

* Artigo aprovado para publicação após submissão a *double blind peer review*.

¹ Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

² Assistente Convidada da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

tempo de trabalho e pugnando pelo reconhecimento do tempo de trabalho como um conceito operativo consoante a norma ou o conjunto de normas a aplicar.

Abstract: Since the entry into force of the 2003 Portuguese Labour Code, which began to classify as working time “any the period during which the worker (...) remains bound to the performance of his/her duties”, doubts have been raised about the scope of the concept of working time and, in particular, about the way in which the periods of standby time, during which the worker is not obliged to remain at the workplace, should be treated. The tendency of CJEU case law to broaden the requirements to qualify as working time has aggravated the questions in this regard.

The aim of this study is to take a closer look at the concept of working time in European law and in domestic law, while questioning the use of an all-encompassing concept of working time and defending the recognition of working time as an operative concept as per the rule or set of rules to be applied.

1. Introdução

A noção de tempo de trabalho assume um papel central no Direito do Trabalho, tanto no seu desenvolvimento³, como para a aplicação de múltiplas disposições que dependem da prévia qualificação de um determinado período como sendo *de trabalho*: é relevante para a aplicação das normas que limitam a duração do trabalho e garantem o direito ao repouso, mas também para aplicação das normas que versam sobre retribuição, a qual depende, por regra, das horas de trabalho prestado.

³ JESÚS CRUZ VILLALÓN, *Compendio de Derecho del Trabajo*, 16.ª ed., Madrid, 2023, pp. 260 e ss, referindo que a transcendência da matéria da duração do tempo de trabalho se pode verificar atentando na evolução histórica da legislação laboral, afirma que “não é por acaso que, em termos históricos, a origem do Direito do Trabalho atual se encontre nas normas limitativas da jornada máxima de trabalho”. Sublinhando também este aspeto, BRITO LUIS CORREIA, *Direito do trabalho: relações individuais*, Lisboa, 1981, pp. 179 e ss.

Embora o problema sobre o qual incide o presente estudo não seja novo, tem assumido contornos inovatórios na recente jurisprudência europeia e nacional, verificando-se uma tendência expansionista para, por um lado, enquadrar no *tempo de trabalho* alguns períodos que anteriormente vinham sendo tratados como de simples disponibilidade e, por outro lado, para sujeitar os períodos de mera disponibilidade, ainda que não qualificados como tempo de trabalho, a limites impostos pela salvaguarda do respeito pelo descanso do trabalhador.

Em primeiro lugar, cumpre realçar que muito embora a concreta noção de tempo de trabalho dependa do ordenamento jurídico de cada país, por regra o tratamento conferido ao tempo de trabalho não assenta numa *lógica estritamente produtivista* do tempo de trabalho. Como refere JOHANSSON, apesar de se ter verificado uma progressiva transição do modelo de retribuição em virtude do resultado para um sistema de retribuição em virtude do tempo, libertando os trabalhadores “dos riscos da empresa e reduzindo a insegurança dos seus rendimentos”, ainda assim o tempo de trabalho (e, como tal, a unidade de cálculo da retribuição) teve subjacente, até meados do século XX, uma lógica produtivista, sendo calculado com base no tempo de trabalho *produtivo* (“apenas é considerado efetivo o tempo de trabalho produtivo, sendo excluídos os tempos improdutivos ou inativos durante os quais o trabalhador é obrigado a permanecer à disposição da entidade patronal”)⁴. A tendência moderna foi, no entanto, no sentido da superação da conceção produtivista do tempo

⁴ ANJA JOHANSSON, *La détermination du temps de travail effectif*, Paris, 2006, pp. 18 e ss, em especial, pp. 52-53, com desenvolvimentos nas pp. seguintes sobre o aparecimento da noção produtivista de tempo de trabalho no Direito Francês.

de trabalho, passando a considerar-se que certos tempos de inatividade devem ser assimilados ao tempo de trabalho mesmo que não tenham carácter produtivo⁵.

Atualmente, parece-nos inequívoco que, de modo geral, o tempo de trabalho compreende igualmente períodos de disponibilidade em que o trabalhador não se encontra efetivamente a realizar a prestação laboral, nomeadamente, em que o trabalhador se encontra a realizar funções instrumentais à prestação laboral ou em que está disponível para a realização da prestação de trabalho por instrução do empregador.

Pelo exposto, o objeto do presente estudo não será, propriamente, aferir se a disponibilidade do trabalhador *pode* ser considerada tempo de trabalho (pois a resposta é, certamente e em alguns casos, positiva), mas a delimitação das situações em que essa disponibilidade deve, nos termos da lei, ser considerada como tempo de trabalho e em que circunstâncias e para que efeitos. Neste sentido, iremos abordar o modo como o problema da qualificação do tempo de disponibilidade em sentido lato tem sido objeto de análise no Direito europeu (ponto 2.), especialmente relevante para uma melhor compreensão das Decisões do Comité Europeu dos Direitos Sociais, passando por uma breve análise do regime das «astreintes» do Direito francês (ponto 3.) e, posteriormente, fazendo o ponto de situação do ponto de vista do direito nacional (ponto 4.).

Para maior precisão terminológica das várias modalidades de disponibilidade do trabalhador («tempo de disponibilidade em sentido lato»), importa ainda diferenciar entre «tempo de permanência»

⁵ Ibid., pp. 184 e ss.

(*on-call time*; *tiempo de presencia*) e «tempo de prevenção» (*stand-by time*; *tiempo de localización*) - enquanto o tempo de permanência se caracteriza pelo facto de o trabalhador estar obrigado a permanecer no local de trabalho ou noutro local determinado pela entidade patronal, pronto a desempenhar as suas funções se tal lhe for solicitado, o tempo de prevenção caracteriza-se pela circunstância de o trabalhador dever estar sempre contactável, mas não ser obrigado a permanecer num local determinado pelo empregador⁶. Adicionalmente, recorreremos ainda à expressão «tempo de mera disponibilidade» para descrever o período de inatividade do trabalhador durante o tempo de prevenção (isto é, todo o tempo em que, estando em prevenção, não seja chamado para realizar a sua prestação).

2. Direito da União Europeia

2.1. A Diretiva 2003/88/CE e a evolução da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia

A Diretiva 2003/88/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de novembro de 2003, relativa a determinados aspetos da organização do tempo de trabalho⁷, assenta numa perspetiva aparentemente dicotómica entre tempo de trabalho e tempo de descanso,

⁶ *Report on the implementation by Member States of Directive 2003/88/EC concerning certain aspects of the organisation of working time* from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee, Brussels, 15.3.2023 COM(2023) 72 final, p. 3.

⁷ Esta diretiva vem aplicar o disposto no artigo 31.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, nos termos do qual, após se afirmar que “todos os trabalhadores têm direito a condições de trabalho saudáveis, seguras e dignas” (n.º 1), se estabelece que “todos os trabalhadores têm direito a uma limitação da duração máxima do trabalho e a períodos de descanso diário e semanal, bem como a um período

considerando «tempo de trabalho» “qualquer período durante o qual o trabalhador está a trabalhar ou se encontra à disposição da entidade patronal e no exercício da sua atividade ou das suas funções, de acordo com a legislação e/ou a prática nacional”, sendo «período de descanso» “qualquer período que não seja tempo de trabalho” (n.ºs 1 e 2 do artigo 2.º da Diretiva, que manteve o disposto no instrumento pretérito, a Diretiva 93/104/CE).

Apesar da proposta de alteração da Diretiva, apresentada pela Comissão em 2005, pretender incluir uma definição e fornecer algum enquadramento ao «tempo de permanência»⁸, verificamos que, por

anual de férias pagas” (n.º 2) - sobre esta relação, cfr. Conclusões do Advogado-Geral GIOVANNI PITRUZZELLA, apresentadas em 6 de outubro de 2020, no processo C-344/19 (*D. J. contra Radiotelevicija Slovenija*), § 41; do mesmo Advogado-Geral, Conclusões apresentadas em 6 de outubro de 2020, processo C-580/19 (*RJ contra Stadt Offenbach am Main*), § 41; Acórdão do TJUE, processo C-580/19 (*RJ contra Stadt Offenbach am Main*), § 38.

⁸ Referimo-nos à Proposta alterada de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho que altera a Directiva 2003/88/CE relativa a determinados aspectos da organização do tempo de trabalho, Bruxelas, 31.5.2005, COM (2005) 246 final, disponível em <https://eur-lex.europa.eu>. De acordo com esta proposta, sugeria-se que fossem acrescentadas as seguintes definições à Diretiva: “1A «tempo de permanência»: período durante o qual o trabalhador tem de estar presente no respectivo local de trabalho a fim de intervir, a pedido da entidade patronal, para exercer a sua actividade profissional ou as suas funções. 1AA. «local de trabalho»: o local ou os locais onde o trabalhador normalmente exerce as respectivas actividades ou funções e que é determinado em conformidade com o que prevê a relação ou o contrato de trabalho aplicáveis ao trabalhador. 1B. «período inactivo do tempo de permanência»: período durante o qual o trabalhador está de permanência na acepção do n.º 1A, mas não é chamado pela respectiva entidade patronal a exercer a sua actividade ou as suas funções”.

Por sua vez, propunha-se ainda que fosse acrescentado um artigo 2.º-A à Directiva 2003/88/CE, com a epígrafe «tempo de permanência», com a seguinte redação: “O período inactivo do tempo de permanência não é considerado como tempo de trabalho, salvo disposição expressa em contrário na legislação nacional ou, nos termos da legislação e/ou das práticas nacionais, numa convenção colectiva ou num acordo entre parceiros sociais. O período inactivo do tempo de permanência pode ser calculado “com base numa média do número de horas ou numa proporção do tempo de permanência, tendo em conta a experiência no sector em questão, por convenção colectiva ou acordo entre os parceiros sociais ou após consulta dos parceiros sociais. O período inactivo do tempo de permanência não pode ser considerado para efeitos de cálculo dos períodos de descanso previstos nos artigos 3.º (descanso diário) e 5.º (descanso

um lado, não dispensava qualquer tratamento ao tempo de prevenção (portanto, sem permanência), e, por outro, conferia um tratamento ao período de permanência distinto daquele que viria singrar na jurisprudência do TJUE. Não tendo sido adotada qualquer referência na Diretiva a tempos de trabalho intermédios, como vimos suceder noutros ordenamentos, refere ELEANOR SHARPSTON que a distinção presente na Diretiva 2003/88/CE “é, assim, binária: o tempo ou é tempo de trabalho ou não o é. O legislador não considerou adequado estabelecer qualquer outra categoria ou categorias que permitissem algum grau de aperfeiçoamento ou subtilidade. Esta falta de flexibilidade será de lamentar, mas assim é a letra da lei”⁹.

Antes de nos debruçarmos concretamente sobre a noção de tempo de trabalho que tem vindo a ser adotada pelo TJUE, importa desde logo suscitar algumas reservas quanto à tradução oficial do n.º

semanal). O período durante o qual o trabalhador exerce efectivamente as suas actividades ou as suas funções durante o tempo de permanência será sempre considerado como tempo de trabalho”.

Sobre esta proposta, refere CRISTOBAL MOLINA NAVARRETE, *El nuevo Estatuto de los Trabajadores a la luz de la jurisprudência comunitária*, La Ley, 2017, pp. 241-242, que estava subjacente o reconhecimento de um tipo intermédio de trabalho (períodos de inatividade no local de trabalho), caracterizado por não pressupor um esforço tão intenso do trabalhador como o correspondente ao trabalho efetivo e que se refletiria num tratamento diferenciado para efeitos de computo dos períodos máximos de trabalho e de retribuição (pois seria tempo menos produtivo para a empresa e, como tal, que não teria o mesmo valor do trabalho efetivo); conclui o Autor que estava subjacente a esta proposta a “alma económica” do Direito da União, por oposição à sua “alma social”. E, com efeito, realce-se que esta proposta, de 2005, surge após o TJUE, no processo C-303/98 (*Sindicato de Médicos de Asistencia Pública (Simap) e Conselleria de Sanidad y Consumo de la Generalidad Valenciana*), de 3 de outubro de 2000, se pronunciar no sentido da qualificação como tempo de trabalho (para efeitos do computo dos limites à duração de trabalho) do tempo de disponibilidade do trabalhador no local de trabalho - no sentido de considerar que a inclusão destes conceitos contrariaria a jurisprudência comunitária, MARIA LUÍSA TEIXEIRA ALVES, *As fronteiras do tempo de trabalho*, in *Estudos de Direito do Trabalho*, ed. ANTÓNIO DE LEMOS MONTEIRO FERNANDES, Coimbra, 2011, pp. 229-230 e 247 e ss.

⁹ Conclusões da Advogada-Geral ELEANOR SHARPSTON, apresentadas em 26 de julho de 2017, processo C-518/15 (*Ville de Nivelles contra Rudy Matzak*), § 49.

1 do artigo 2.º da Diretiva 2003/88/CE. Na verdade, das várias traduções da Diretiva parecem ora resultar critérios verdadeiramente distintos, ora critérios que se encontram, entre si, em diferente relação consoante a língua em que se consulte a Diretiva. Tomando por referência, em especial, a tradução portuguesa do n.º 1 do artigo 2.º da Diretiva 2003/88/CE, podem tecer-se as seguintes observações:

- a) Dois ou três critérios para a qualificação do tempo como de trabalho - de acordo com uma interpretação possível, o elemento literal da tradução portuguesa do n.º 1 do artigo 2.º da Diretiva 2003/88/CE sugere que estão apenas em causa dois critérios alternativos, de acordo com os quais será tempo de trabalho (i) qualquer período durante o qual o trabalhador está a trabalhar ou (ii) se encontra à disposição da entidade patronal e no exercício da sua atividade ou das suas funções¹⁰; em leitura alternativa, poder-se-ia considerar que a proposição disjuntiva “ou” estaria a estabelecer uma alternativa apenas entre os dois primeiros segmentos da norma (qualquer período durante o qual o trabalhador está a trabalhar ou se encontra à disposição da entidade patronal), que se deveriam conjugar com o segmento final (no exercício da sua atividade ou das suas funções).
- b) Aparente redundância entre a primeira parte e a última parte da norma - por outro lado, a referência a “qualquer período durante o qual o trabalhador está a trabalhar”, parece redundante com a parte final da mesma norma, que qualifica como

¹⁰ Esta parece ser a leitura proposta no § 31 das Conclusões do Advogado-Geral DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER, apresentadas em 8 de abril de 2003, no âmbito do processo C-151/02 (*Landeshauptstadt Kiel e Norbert Jaeger*).

tempo de trabalho aquele em que o trabalhador esteja “no exercício da sua actividade ou das suas funções”¹¹, pelo menos de acordo com a versão portuguesa da Diretiva.

Atentando na tradução espanhola desta norma, considera-se “tiempo de trabajo: todo período durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales”; com a inglesa, “‘working time’ means any period during which the worker is working, at the employer’s disposal and carrying out his activity or duties, in accordance with national laws and/or practice”; com a versão francesa, considera-se “«temps de travail»: toute période durant laquelle le travailleur est au travail, à la disposition de l’employeur et dans l’exercice de son activité ou de ses fonctions, conformément aux législations et/ou pratiques nationales”; por sua vez, estabelece a versão italiana que se considera «orario di lavoro»: qualsiasi periodo in cui il lavoratore sia al lavoro, a disposizione del datore di lavoro e nell’esercizio della sua attività o delle sue funzioni, conformemente alle legislazioni e/o prassi nazionali”¹².

¹¹ Refere CATARINA DE OLIVEIRA CARVALHO, *Reflexões sobre o conceito de tempo de trabalho no direito europeu e respetiva articulação com o direito nacional*, in *Estudos de Direito do Trabalho, Parte 1*, ed. BERNARDO XAVIER, 2017, p. 285, que na versão portuguesa da Diretiva ambos os critérios “parecem referir-se ao critério do trabalho efetivo, solução que não é defensável”. Assinalando também esta aparente redundância, MILENA SILVA ROUXINOL/ JOANA NUNES VICENTE, *Duração e organização do tempo de trabalho*, in *Direito do Trabalho - Relação Individual*, ed. JOÃO LEAL AMADO, et al., Coimbra, 2023, p. 805.

¹² Sobre as diferenças de redação entre traduções, ver tb. CATARINA DE OLIVEIRA CARVALHO, *Reflexões sobre o conceito de tempo de trabalho no direito europeu e respetiva articulação com o direito nacional*, cit., 2017, pp. 284-286; JÚLIO GOMES, *Direito do Trabalho*, I, 2007, pp. 655 e ss; referindo-se à “redação defeituosa” do

Face a estas disposições, verificamos que em todas elas *aparentam* estar em causa três critérios cumulativos (o trabalhador está no local de trabalho, sob a autoridade do empregador e a realizar a sua prestação) - ponto que retomaremos *infra*. Por outro, julgamos que fica mais claro (sendo a versão espanhola a mais inequívoca) que o “período durante o qual o trabalhador está a trabalhar” a que se refere a tradução portuguesa é o período em que o trabalhador está *no trabalho*¹³, o que não são expressões sinónimas.

Assim, uma tradução mais precisa da norma europeia seria a que consideraria tempo de trabalho: “qualquer período durante o qual o trabalhador está no trabalho, se encontra à disposição da entidade patronal e no exercício da sua actividade ou das suas funções, de acordo com a legislação e/ou a prática nacional” - adotando esta interpretação diríamos que já é possível atribuir à primeira e à última parte da norma um sentido útil autónomo. Com efeito, como se verificará de seguida, face à tradução portuguesa da definição de tempo de trabalho, tornam-se de difícil compreensão algumas das asserções

texto comunitário, ALBINO MENDES BAPTISTA, *Tempo de trabalho efectivo, tempos de pausa e tempo de «terceiro tipo»*, Revista de Direito e de Estudos Sociais, 2002, 1 (ano XLIII), p. 39; JOÃO ZENHA MARTINS, *Tempo de trabalho e tempo de repouso: qualificação e delimitação de conceitos*, in *Tempo de trabalho e tempos de não trabalho: o regime nacional do tempo de trabalho à luz do Direito Europeu e Internacional*, Estudos APODIT 4, Lisboa, 2018, pp. 36-37, e, do mesmo Autor, *O tempo de trabalho na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia e o direito nacional: estado da arte*, PDT, 2022, 1 (1.º semestre 2022), pp. 198-199, n. 30. Ver tb. § 29 das Conclusões do Advogado-Geral DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER, apresentadas em 8 de abril de 2003, no âmbito do processo C-151/02 (*Landeshauptstadt Kiel e Norbert Jaeger*).

¹³ Embora, neste aspeto, a deficiência na versão portuguesa da Diretiva não pareça ser um problema exclusivamente nacional, porquanto a versão inglesa se refere a *any period during which the worker is working*, sendo relevante a distinção este o verbo trabalhar (*to work*) e o local de trabalho (*at work*).

presentes nos Acórdãos do TJUE e nas respetivas Conclusões dos Advogados-Gerais.

Em concretização do alcance do n.º 1 do artigo 2.º da Diretiva sobre a organização do tempo de trabalho, referiu A. SAGGIO, nas Conclusões proferidas no processo C-303/98 (*Sindicato de Médicos de Asistencia Pública (Simap) e Conselleria de Sanidad y Consumo de la Generalidad Valenciana*) que a definição de tempo de trabalho parece ter subjacente três critérios: (i) *critério espacial*: o trabalhador está presente no posto de trabalho, (ii) *critério de autoridade*: o trabalhador está à disposição da entidade patronal e (iii) *critério profissional*: o trabalhador exerce efetivamente as suas atividades e funções¹⁴; todavia, sem prejuízo da falta do uso da conjugação disjuntiva “ou”, estes critérios não seriam de verificação cumulativa, antes devendo “ser considerados como elementos autónomos da prestação laboral”, bastando a verificação de um deles para que se considerasse determinado período de tempo como sendo de trabalho¹⁵. Embora seja controvertido se a decisão do TJUE proferida no

¹⁴ Com esta terminologia, CRISTOBAL MOLINA NAVARRETE, *El nuevo Estatuto de los Trabajadores a la luz de la jurisprudência comunitária*, cit., 2017, p. 246, com desenvolvimentos sobre a jurisprudência europeia sobre cada um destes critérios nas pp. seguintes. Ver tb. JOÃO ZENHA MARTINS, *Tempo de trabalho e tempo de repouso: qualificação e delimitação de conceitos*, cit., 2018, pp. 37 e ss e, do mesmo Autor, *O tempo de trabalho na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia e o direito nacional: estado da arte*, cit., 2022, pp. 199 e ss.

¹⁵ Conclusões do Advogado Geral A. SAGGI, processo C-303/98 (*Sindicato de Médicos de Asistencia Pública (Simap) e Conselleria de Sanidad y Consumo de la Generalidad Valenciana*), § 34, acompanhadas, no Direito interno, por MENDES BAPTISTA, “Tempo de trabalho efectivo, tempos de pausa e tempo de «terceiro tipo»”, cit., 2002, pp. 39-40 (do mesmo Autor, “Tempos de Trabalho e de Não Trabalho”, cit., 2003, p. 182-183). No mesmo sentido, considerando que “o confronto com a versão portuguesa mostra claramente que a falta da disjuntiva noutras versões não deve ser valorizada”, CATARINA DE OLIVEIRA CARVALHO, *Reflexões sobre o conceito de tempo de trabalho no direito europeu e respetiva articulação com o direito nacional*, cit., 2017, p. 285, com desenvolvimentos nas pp. seguintes sobre os critérios.

contexto do processo C-303/98 veio sustentar a aplicação cumulativa ou não dos critérios subjacentes ao n.º 1 do artigo 2.º da Diretiva¹⁶, continuou a sustentar-se que “os três critérios referidos no artigo 2.º, n.º 1, da Directiva 93/104 são autónomos (...) para qualificar um determinado período de tempo de trabalho não é necessário que estejam todos preenchidos”, considerando o Advogado-Geral DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER que “a coincidência de dois dos requisitos é, pois, condição necessária e, na maioria dos casos, suficiente para considerar determinados períodos como tempo de trabalho na acepção do artigo 2.º, n.º 1, da Directiva 93/104”¹⁷. A evolução da jurisprudência do TJUE revela, com efeito, uma tendência para a interpretação ampla e flexível dos critérios e, muito embora a Comunicação interpretativa da Diretiva 2003/88/CE do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a determinados aspetos da organização do tempo de trabalho de 2003 mantenha que estão em causa três critérios cumulativos para a qualificação do tempo de prevenção como tempo de trabalho, na prática a progressiva extensão da interpretação dos critérios subjacentes ao n.º 1 do artigo 2.º da Diretiva acaba por redundar na dispensa da sua verificação cumulativa¹⁸.

¹⁶ Sobre as diversas interpretações suscitadas pelo Acórdão do TJUE, processo C-303/98 (*Sindicato de Médicos de Asistencia Pública (Simap) e Conselleria de Sanidad y Consumo de la Generalidad Valenciana*), cfr. § 28, n. 14, das Conclusões do Advogado-Geral DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER, apresentadas em 8 de abril de 2003, no âmbito do processo C-151/02 (*Landeshauptstadt Kiel e Norbert Jaeger*). Parecendo sustentar a sua aplicação cumulativa, com base no decidido pelo TJUE no processo C-303/98, § 49 do Acórdão do TJUE, processo C-151/02 (*Landeshauptstadt Kiel e Norbert Jaeger*), de 9 de setembro de 2003.

¹⁷ §§ 28 e 29 das Conclusões do Advogado-Geral DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER, apresentadas em 8 de abril de 2003, no âmbito do processo C-151/02 (*Landeshauptstadt Kiel e Norbert Jaeger*).

¹⁸ Comunicação interpretativa da Diretiva 2003/88/CE do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a determinados aspetos da organização do tempo de trabalho (2023/C 143/06) - muito embora refira que, de acordo com a jurisprudência do TJUE,

Muito embora o Direito da União Europeia não forneça enquadramento legal para o tempo de disponibilidade de modo genérico¹⁹, a jurisprudência do TJUE tem assumido um papel central no tratamento do tempo de prevenção e de permanência como tempos de trabalho ou de descanso *para efeitos da Diretiva 2003/88/CE*.

Num primeiro momento da jurisprudência do TJUE, surgiu o Acórdão do TJUE, processo C-303/98 (*Sindicato de Médicos de Asistencia Pública (Simap) e Conselleria de Sanidad y Consumo de la Generali-*

“quando o local de trabalho é também o domicílio do trabalhador, a qualificação como «tempo de trabalho» ou «período de descanso» dependerá da intensidade dos constrangimentos impostos ao trabalhador pela entidade patronal”, verificamos que em certos casos analisados pelo TJUE não há essa obrigatoriedade de o trabalhador se encontrar no seu domicílio: no Acórdão do TJUE, processo C-214/20 (*MG contra Dublin City Council*), de 11 de novembro de 2021, entendeu-se que seria elemento de ponderação dos constrangimentos impostos ao trabalhador em virtude da prevenção (e não como elemento excludente da qualificação do tempo de prevenção como sendo de trabalho, o que seria a consequência lógica da exigência da verificação cumulativa dos critérios subjacentes ao n.º 1 do artigo 2.º da Diretiva), “As circunstâncias de MG não dever, em momento algum, encontrar-se num local preciso durante os seus períodos de prevenção ao abrigo do regime de disponibilidade contínua” (§ 44). Aliás, a própria Comunicação interpretativa (2023/C 143/06) refere que “No contexto da «prevenção», em que os trabalhadores são livres de escolher o local onde se encontram, isso implica a necessidade de os órgãos jurisdicionais nacionais determinarem, em cada caso, se os constrangimentos impostos pela entidade patronal ao trabalhador são suscetíveis de afetar, de forma objetiva e muito significativa, a possibilidade de este último gerir livremente o tempo durante o qual os seus serviços profissionais não são solicitados e de dedicar-se aos seus próprios interesses”.

¹⁹ Sem prejuízo de normativos avulsos que versam concretamente sobre estes tempos - cfr., Directiva 2002/15/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de março de 2002, relativa à organização do tempo de trabalho das pessoas que exercem actividades móveis de transporte rodoviário, que apresenta uma noção de tempo de disponibilidade na alínea b) do artigo 3.º (correspondem a tempo de disponibilidade “os períodos não correspondentes a períodos de pausa ou de repouso, durante os quais o trabalhador móvel não é obrigado a permanecer no seu posto de trabalho, mantendo-se no entanto disponível para responder a eventuais solicitações no sentido de iniciar ou retomar a condução ou de efectuar outros trabalhos”), o qual é excluído do tempo de trabalho “sem prejuízo da legislação dos Estados-Membros ou de acordos entre os parceiros sociais que prevejam a compensação ou limitação desses períodos” (n.º 2 da alínea a) do artigo 3.º da Directiva 2002/15/CE).

dad Valenciana), de 3 de outubro de 2000, proferido ainda na vigência da Diretiva 93/104/CE, em que estava em causa determinar se os períodos de guarda que efetuavam os médicos das equipas de urgência (quer no regime da presença física nos estabelecimentos de saúde quer no sistema dito de «localização») deviam ser considerados como tempo de trabalho ou como horas extraordinárias. Neste acórdão traçou-se muito claramente a distinção entre o tempo de permanência e o tempo de prevenção, sendo que, quanto ao primeiro, entendeu o TJUE estarem preenchidos os critérios da noção de tempo de trabalho (“a exclusão da noção de tempo de trabalho do período de guarda prestado no regime de presença física traduzir-se-ia em pôr seriamente em causa este objectivo” - § 49); diferentemente, quanto aos períodos de disponibilidade sem presença física no local de trabalho (tempo de prevenção), entendeu que “mesmo estando à disposição da sua entidade patronal, na medida em que devem poder sempre ser localizados, nesta situação, os médicos podem gerir o seu tempo com menos constrangimentos e consagrar-se aos seus próprios interesses. Nestas condições, apenas o tempo que se relaciona com a prestação efectiva dos serviços de urgência deve ser considerado como tempo de trabalho na acepção da Directiva 93/104” (§ 50).

O Acórdão do TJUE, processo C-151/02 (*Landeshauptstadt Kiel e Norbert Jaeger*), de 9 de setembro de 2003, veio desenvolver a jurisprudência do processo C-303/98, clarificando que o facto de os trabalhadores em regime de presença física no local de trabalho “poderem descansar, ou mesmo dormir, durante os períodos em que não são pedidos os seus serviços não tem qualquer relevância” para efeitos de qualificar esse tempo como tempo de descanso; continuaria a

ser qualificado como tempo de trabalho pois o aspeto determinante “é o facto de serem obrigados a estar fisicamente presentes no local determinado pela entidade patronal e de aí estarem à sua disposição para poderem prestar de imediato os seus serviços em caso de necessidade”²⁰.

Num segundo momento de evolução da jurisprudência europeia, o Acórdão do TJUE, processo C-518/15 (*Ville de Nivelles v. Rudy Matzak*), de 21 de fevereiro de 2018, veio introduzir uma significativa rutura com aquela que era a jurisprudência constante do TJUE (e com o comumente consagrado legalmente e na *praxis* dos ordenamentos nacionais²¹), admitindo que, para efeitos da Diretiva 2003/88/CE, pudesse ser considerado tempo de trabalho aquele durante o qual o trabalhador estivesse fora do local de trabalho em regime de disponibilidade. Este entendimento era, todavia, extremamente restrito, sendo que no caso analisado pelo TJUE, o trabalhador estava obrigado a responder às chamadas da sua entidade patronal num prazo de 8 minutos e a estar fisicamente presente no local determinado pela entidade patronal (ainda que não fosse o local de trabalho): conforme se viria a afirmar, o que resulta deste

²⁰ Acórdão do TJUE, processo C-151/02 (*Landeshauptstadt Kiel e Norbert Jaeger*), de 9 de setembro de 2003, §§ 60 e 63. Ver tb. § 45 das Conclusões do Advogado-Geral DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER, apresentadas em 8 de abril de 2003, no âmbito do processo C-151/02 (*Landeshauptstadt Kiel e Norbert Jaeger*).

²¹ Face ao Direito espanhol, JOSÉ L. MONEREO PÉREZ et al., *Manual de Derecho del Trabajo*, 18.ª ed., Granada, 2020, p. 483, referindo-se aos problemas suscitados pelo “conceito mais expansivo da jurisprudência comunitária” em matéria de delimitação de tempo de trabalho, ALFREDO MONTOYA MELGAR, *Derecho del Trabajo*, 43.ª ed., Madrid, 2022, p. 368. Sobre a evolução da jurisprudência comunitária sobre “tempo de trabalho” e “tempo de descanso”, ver tb., entre outra doutrina citada, EDOARDO ALES/POPMA JAN, *Occupational Health and Safety and Working Time*, in *European Labour Law*, ed. TEUN JASPERS/FRANS PENNING/SASKIA PETERS, Cambridge, 2019, pp. 482 e ss, e CRISTINA MARTINS CRUZ, *Keeping up with the latest working time case law*, *Revista de Direito da ULP*, 2022, 1-2, pp. 43 e ss.

acórdão é que “para considerar como tempo de trabalho o período passado em situação de disponibilidade contínua, são necessárias três condições: 1) que o trabalhador esteja presente num local determinado pela entidade patronal; 2) que o trabalhador esteja à disposição da entidade patronal para responder à chamada; e 3) que o tempo de reação à chamada seja particularmente limitado”²². Note-se que o próprio Acórdão não tinha pretensão de alargar a sua aplicação a outros casos de trabalhadores em regimes de prevenção, afirmando expressamente que a situação analisada, pelas suas específicas características, “distingue-se da de um trabalhador que deve, durante o seu serviço de prevenção, estar simplesmente à disposição da sua entidade patronal para que esta última o possa contactar”²³.

Adicionalmente, neste Acórdão, em resposta à questão prejudicial “Na medida em que a [Diretiva 2003/88] apenas estabelece normas mínimas, deve ser interpretada no sentido de que não se opõe a que o legislador nacional mantenha ou adote uma definição menos restritiva do tempo de trabalho?”, considerou-se que o artigo 15.º da Diretiva 2003/88/CE “deve ser interpretado no sentido de que não

²² Conclusões do Advogado-Geral GIOVANNI PITRUZZELLA, apresentadas em 6 de outubro de 2020, no processo C-344/19 (*D. J. contra Radiotelevicija Slovenija*), § 69.

²³ Acórdão do TJUE, processo C-518/15 (*Ville de Nivelles v. Rudy Matzak*), de 21 de fevereiro de 2018, § 64. Veja-se, por exemplo, na jurisprudência espanhola, *Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 03 de lo Social*, n.º de recurso 326/2018, destacando o alcance limitado da *doutrina Matzak*, rejeitando a sua aplicação (e a qualificação como tempo de trabalho) ao caso de trabalhadores que exerciam funções de prevenção e extinção de incêndios, uma vez que, neste caso (e por contraposição ao C-518/15), “não são obrigados a estar num determinado local durante o período de disponibilidade e o lapso temporal para integrarem o posto de trabalho não é tão curto [prazo máximo de trinta minutos a contar do momento do contacto]. Obviamente, trata-se de uma restrição e de uma limitação à possibilidade de exercerem qualquer atividade, mas isto acontece em qualquer situação de disponibilidade: é uma circunstância que lhe é inerente”.

permite que os Estados-Membros mantenham ou adotem uma definição menos restritiva do conceito de «tempo de trabalho» que a enunciada no artigo 2.º dessa diretiva” (§ 40 e ss)²⁴. De acordo com a Comunicação interpretativa da Diretiva 2003/88/CE do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a determinados aspetos da organização do tempo de trabalho de 2023, “os Estados-Membros não podem determinar unilateralmente o alcance destes conceitos. Esta constatação é corroborada pelo facto de a diretiva não permitir qualquer derrogação do seu artigo 2.º, que estabelece, entre outros, as definições de «tempo de trabalho» e de «período de descanso»”²⁵.

O terceiro momento da evolução da jurisprudência do TJUE sobre o tratamento do tempo de prevenção é propulsionado pelo Acórdão do TJUE, processo C-344/19 (*D. J. v Radiotelevizija Slovenija*), de 9 de março de 2021 - acompanhado pelo Acórdão do TJUE, processo C-580/19 (*RJ contra Stadt Offenbach am Main*), também de 9 de março de 2021. Este Acórdão parece pôr em causa a lógica binária consistentemente sustentada na jurisprudência comunitária e expressamente prevista na Diretiva 2003/88/CE ao admitir (ainda que

²⁴ De acordo com este Acórdão do TJUE, o artigo 15.º da Diretiva, quando permite a intervenção mais favorável das disposições nacionais, refere-se às “que podem ser comparadas às previstas pela Diretiva 2003/88, destinadas à proteção da segurança e da saúde dos trabalhadores. Ora, estas últimas disposições podem unicamente ser as que, pela sua função e objeto, têm vocação para fixar um nível de proteção mínimo da segurança e da saúde dos trabalhadores. Tal é o caso das disposições dos capítulos 2 e 3 dessa diretiva. Em contrapartida, as disposições do capítulo 1 da referida diretiva, que inclui os seus artigos 1.º e 2.º, são de natureza diferente. Com efeito, estas últimas não fixam períodos mínimos de tempo de descanso nem dizem respeito a outros aspetos da organização do tempo de trabalho, estabelecendo antes as definições necessárias para delimitar o objeto da Diretiva 2003/88 e o seu âmbito de aplicação”.

²⁵ Cfr. Comunicação interpretativa da Diretiva 2003/88/CE do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a determinados aspetos da organização do tempo de trabalho (2023/C 143/06).

implicitamente) que o tempo de prevenção sem prestação de trabalho efetivo poderá não se considerar, *para todos os efeitos*, tempo de descanso.

Muito embora as conclusões do Advogado-Geral GIOVANNI PITRUZZELLA, apresentadas em 6 de outubro de 2020, se limitem a reproduzir, novamente, o entendimento segundo o qual está subjacente à Diretiva uma dicotomia «tempo de trabalho» e «tempo de descanso» (afirmando, inclusive, que “no estado atual, apesar de compreender as exigências que estão na base das propostas de superação da rígida dicotomia existente, tal superação só pode, na minha opinião, ser eventualmente introduzida pelo legislador europeu”²⁶), o Acórdão do TJUE - após reafirmar expressamente que a Diretiva não consagra um tempo intermédio²⁷ - parece depois ir mais longe, considerando que:

“mesmo quando não constituam «tempo de trabalho» na aceção do artigo 2.º, ponto 1, da Diretiva 2003/88, os serviços de prevenção pressupõem necessariamente que sejam impostas obrigações profissionais ao trabalhador e, por conseguinte, nessa

²⁶ Conclusões do Advogado-Geral GIOVANNI PITRUZZELLA, apresentadas em 6 de outubro de 2020, no processo C-344/19 (*D. J. contra Radiotelevicija Slovenija*), §§ 53 e ss, mais referindo que “Quanto a este assunto, observo que, na eventual introdução de uma «zona cinzenta» entre trabalho e descanso, antevejo alguns riscos em termos de aplicação concreta em todos os países e, portanto, para a segurança jurídica. Parece-me, em todo o caso, muito difícil chegar a esta superação por via interpretativa diante de um texto claro e inequívoco: qualquer período que não integre o tempo de trabalho é tempo de descanso”; do mesmo Advogado-Geral, ver tb. as Conclusões apresentadas em 6 de outubro de 2020, processo C-580/19 (*RJ contra Stadt Offenbach am Main*), §§ 49 e ss.

²⁷ Cfr. § 29 do Acórdão TJUE, processo C-344/19, nos termos do qual “o tempo de prevenção de um trabalhador deve, portanto, ser qualificado de «tempo de trabalho» ou de «período de descanso» para efeitos da aplicação da Diretiva 2003/88, uma vez que esta última não prevê uma categoria intermédia”. Ver tb. § 30 do Acórdão do TJUE, processo C-580/19 (*RJ contra Stadt Offenbach am Main*).

estrita medida, fazem parte do seu ambiente de trabalho, em sentido lato” (§ 63), pelo que, quando “se estendem, sem interrupções, durante longos períodos ou se realizam com muita frequência, de modo que fazem pesar, de forma recorrente, uma carga psicológica, mesmo de reduzida intensidade, sobre o trabalhador, pode tornar-se, na prática, muito difícil para este último abstrair-se plenamente do seu ambiente de trabalho durante um número suficiente de horas consecutivas, que lhe permitam neutralizar os efeitos do trabalho sobre a sua segurança e a sua saúde” (§ 64).

Conclui o Acórdão C-344/19 que, estando obrigadas a proteger os trabalhadores contra os riscos psicossociais que possam surgir no seu ambiente de trabalho, “as entidades patronais não podem instituir períodos de prevenção de tal modo longos ou frequentes que constituam um risco para a segurança ou a saúde dos trabalhadores, independentemente do facto de esses períodos serem qualificados de «períodos de descanso» na aceção do artigo 2.º, ponto 2, da Diretiva 2003/88”, cabendo aos “Estados-Membros definir, no seu direito nacional, as modalidades de aplicação desta obrigação” (§ 65)²⁸. Face ao exposto, “a multiplicidade de variáveis já revela que as coisas não são tão simples ao ponto de encontrarem natural enquadramento num esquema puramente binário” de tempo de trabalho e tempo de descanso²⁹.

²⁸ Entendimento acompanhado no Acórdão do TJUE, processo C-580/19 (*RJ contra Stadt Offenbach am Main*), § 60.

²⁹ CAROLINA SAN MARTIN MAZZUCCONI, *La conciliación de la vida laboral y extralaboral en la IV revolución industrial*, in *El impacto de la Industria 4.0 en el trabajo: una visión interdisciplinar*, ed. KAHLE CARRILO, Navarra, 2020, p. 249.

Concretamente quanto à qualificação de certos tempos de prevenção como tempos de trabalho, o Acórdão do TJUE, processo C-344/19, prossegue no sentido de distinguir entre tempo de trabalho e tempo de descanso consoante estejam ou não presentes limitações (criadas pelo empregador³⁰) de tal intensidade que afetem, objetiva e muito significativamente, a capacidade do trabalhador de gerir livremente o seu tempo durante os períodos em que os seus serviços profissionais não são solicitados e dedicar esse tempo aos seus próprios interesses (§ 56)³¹. Nesse sentido, avança critérios que permi-

³⁰ Não sendo tidas em conta as dificuldades organizacionais que um período de prevenção pode gerar para o trabalhador que são, por exemplo, *consequência de elementos naturais ou da livre escolha do trabalhador* (pense-se na distância significativa que separa o domicílio livremente escolhido pelo trabalhador do lugar a que deve poder chegar num determinado período de tempo durante o seu período de prevenção) - cfr. Acórdão do TJUE, processo C-580/19 (*RJ contra Stadt Offenbach am Main*), §§ 41-42; Acórdão do TJUE, processo C-344/19 (*D. J. contra Radiotelevicija Slovenija*), §§ 40-41; conclusões do Advogado-Geral GIOVANNI PITRUZZELLA no âmbito de cada um dos processos citados; Comunicação interpretativa da Diretiva 2003/88/CE do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a determinados aspetos da organização do tempo de trabalho (2023/C 143/06). JOÃO ZENHA MARTINS, *O tempo de trabalho na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia e o direito nacional: estado da arte*, cit., 2022, pp. 221 e ss, assinala que a distância geográfica do domicílio do trabalhador pode ser relevante para apurar o critério da imediatividade na resposta do trabalhador à chamada.

³¹ É discutível se, para este efeito, releva ou não a «qualidade do tempo» do trabalhador durante o período de mera disponibilidade. Por um lado, nas Conclusões da Advogada-Geral ELEANOR SHARPSTON, apresentadas em 26 de julho de 2017, processo C-518/15 (*Ville de Nivelles contra Rudy Matzak*), § 57, refere-se que a “qualidade do tempo que o trabalhador pode gozar nos períodos de disponibilidade (como demonstrado, por exemplo, pela capacidade de se dedicar aos seus próprios interesses e família) reveste igual relevância (...) É a qualidade do tempo despendido e não o grau preciso de proximidade necessária ao local de trabalho que tem importância primordial neste contexto”. Em sentido diverso, as Conclusões do Advogado-Geral GIOVANNI PITRUZZELLA, apresentadas em 6 de outubro de 2020, no processo C-344/19 (*D. J. contra Radiotelevicija Slovenija*), § 110, põem em causa a relevância da «qualidade do tempo», pois “tal critério pode revelar-se excessivamente subjetivo e, por isso, prestar-se a diversas interpretações dos órgãos jurisdicionais nacionais, mesmo em razão das diferentes sensibilidades de cada país, que não favorecem a segurança jurídica”

tem traçar a destrição entre tempo de descanso e tempo de trabalho, apelando (i) ao prazo de que dispõe o trabalhador, durante o seu período de prevenção, para retomar as suas atividades profissionais a partir do momento em que o seu empregador o solicite³², conjugado, se for caso disso, (ii) com a frequência média das intervenções

(do mesmo Advogado-Geral, Conclusões apresentadas em 6 de outubro de 2020, processo C-580/19 (*RJ contra Stadt Offenbach am Main*), § 101). O Acórdão do TJUE, processo C-344/19, parece igualmente desconsiderar o critério da «qualidade do tempo», referindo que “o caráter pouco propício às atividades de lazer da zona em que o trabalhador não pode, na prática, afastar-se durante um período de prevenção em regime de disponibilidade contínua, tal como a natureza dificilmente acessível do seu local de trabalho também não constituem uma circunstância pertinente para qualificar esse período de «tempo de trabalho»” (§42). Veja-se, ainda, a Comunicação interpretativa da Diretiva 2003/88/CE do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a determinados aspetos da organização do tempo de trabalho (2023/C 143/06), na qual se refere que “as limitações suscetíveis de afetar a qualidade do descanso dos trabalhadores durante a «prevenção», mas que não são impostas pela entidade patronal, pela legislação ou por convenções coletivas, não são relevantes para a qualificação de «tempo de trabalho»”.

³² Acórdão do TJUE, processo C-344/19 (*D. J. v Radiotelevizija Slovenija*), § 46, mais se referindo, no § 48, que “um período de prevenção durante o qual um trabalhador pode, tendo em conta o prazo razoável que lhe é concedido para retomar as suas atividades profissionais, planear as suas ocupações pessoais e sociais não constitui, a priori, «tempo de trabalho» na aceção da Diretiva 2003/88. Em contrapartida, um período de prevenção durante o qual o prazo imposto ao trabalhador para se apresentar ao trabalho está limitado a alguns minutos deve, em princípio, ser considerado, na sua totalidade, «tempo de trabalho» na aceção desta diretiva, uma vez que o trabalhador, neste último caso, fica, na prática, fortemente dissuadido de planear qualquer atividade de recreio, mesmo de curta duração”. A este propósito, veja-se também as Conclusões do Advogado-Geral GIOVANNI PITRUZZELLA, apresentadas em 6 de outubro de 2020, no processo C-344/19 (*D. J. contra Radiotelevizija Slovenija*), § 75, no qual se refere que “uma hora afigura-se, com efeito, um tempo de reação adequado para permitir uma programação de um período de descanso enquanto se aguarda a chamada” (ver tb., sobre a relevância do período de reação, os §§. 99 e ss das Conclusões do Advogado-Geral GIOVANNI PITRUZZELLA, concluindo, inclusive, que “não é tanto o local em que o trabalhador se encontra durante o período de disponibilidade que reveste um papel decisivo para a qualificação desse período em termos de descanso ou trabalho, mas o condicionalismo à liberdade de circulação do próprio trabalhador que decorre do tempo imposto de reação à chamada” - § 102); já quanto a um período de reação de 20 minutos, refere o Advogado-Geral GIOVANNI PITRUZZELLA, Conclusões apresentadas em 6 de outubro de 2020, processo C-580/19 (*RJ contra Stadt Offenbach am Main*), §§ 75-76, que “não podendo ser considerado próximo de uma reação «imediata»” também não é “plenamente apto a permitir ao trabalhador uma programação de um período de descanso enquanto aguarda a chamada (...) o tempo de reação,

que esse trabalhador será efetivamente chamado a assegurar durante esse período³³. Estes critérios avançados pela jurisprudência não parecem, todavia, afastar que os tribunais nacionais ponderem ainda outros fatores - por vezes auxiliares na determinação do tempo concreto que o trabalhador demorará a reagir à chamada -, consoante os dados concretos do caso, sendo que a apreciação a levar a cabo pelos tribunais nacionais deve ser finalisticamente orientada para a identificação (ou não) de restrições que, de forma objetiva e muito significativa, limitam a capacidade que o trabalhador tem de gerir livremente o tempo durante o qual os seus serviços profissionais não são solicitados³⁴. Em especial, vejam-se também aqui as Conclusões do Advogado-Geral GIOVANNI PITRUZZELLA, que considera que,

embora nitidamente superior ao do processo Matzak [8 minutos], é, em qualquer caso, bastante curto”.

³³ Acórdão do TJUE, processo C-344/19 (*D. J. v Radiotelevizija Slovenija*), § 46, mais se escrevendo, nos §§ 52 e 53, que “quando um trabalhador é, em média, chamado a intervir várias vezes durante um período de prevenção, dispõe de uma margem menor para gerir livremente o seu tempo durante os seus períodos de inatividade, tendo em conta a sua frequente interrupção. Isto é tanto mais assim quando as intervenções normalmente exigidas ao trabalhador, durante o seu período de prevenção, têm uma duração não negligenciável. Daqui resulta que, se o trabalhador for, em média, frequentemente chamado a realizar prestações durante os seus períodos de prevenção, prestações que, regra geral, não são de curta duração, a totalidade destes períodos constitui, em princípio, «tempo de trabalho» na aceção da Diretiva 2003/88”. Sobre este elemento, ver tb. as Conclusões do Advogado-Geral GIOVANNI PITRUZZELLA, apresentadas em 6 de outubro de 2020, no processo C-344/19 (*D. J. contra Radiotelevizija Slovenija*), §§ 126 e ss; e, ainda, as Conclusões do Advogado-Geral GIOVANNI PITRUZZELLA, apresentadas em 6 de outubro de 2020, processo C-580/19 (*RJ contra Stadt Offenbach am Main*), § 81, no qual se considerou que um trabalhador que tenha que responder, em média, a 6,67 chamadas por ano não esperará “normalmente ser contactado ou intervir durante o serviço de disponibilidade” (nas mesmas conclusões, cfr. §§ 117 e ss). Em sentido crítico da relevância da frequência da chamada do trabalhador, JOÃO ZENHA MARTINS, *O tempo de trabalho na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia e o direito nacional: estado da arte*, cit., 2022, p. 222,

³⁴ Na Comunicação interpretativa da Diretiva 2003/88/CE do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a determinados aspetos da organização do tempo de trabalho (2023/C 143/06), depois de se realçar a relevância dos critérios do tempo de reação e da frequência das chamadas durante a prevenção, afirma-se que “mesmo que um dos

perante a insuficiência de outros elementos, podem supletivamente ser relevantes para a qualificação³⁵:

- a) a “margem de manobra do trabalhador diante da chamada”³⁶;
- b) a “não previsão de sanções para o incumprimento ou para a mora no cumprimento, bem como a extensão de eventuais sanções previstas”³⁷;
- c) a obrigatoriedade “de usar vestuário técnico para o trabalho”³⁸;

dois elementos esteja presente, pode ainda acontecer que a parte não ativa da «prevenção» seja qualificada como «período de descanso», quando as facilidades e/ou a margem de manobra que são concedidas ao trabalhador lhe permitam utilizar o tempo para os seus próprios interesses”.

³⁵ Diversamente, o Advogado-Geral GIOVANNI PITRUZZELLA, nas Conclusões apresentadas em 6 de outubro de 2020, no processo C-344/19 (*D. J. contra Radiotelevicija Slovenija*), exclui a relevância da (i) “distância a percorrer para chegar ao local de prestação do trabalho (salvo se for diferente do habitual e não dependa, portanto, da vontade específica da entidade patronal) ou condicionalismos geográficos” (§ 115); (ii) do nível de responsabilidade e das tarefas específicas exercidas (§§ 116 e 117); ver tb. as Conclusões do Advogado-Geral GIOVANNI PITRUZZELLA, apresentadas em 6 de outubro de 2020, processo C-580/19 (*RJ contra Stadt Offenbach am Main*), §§ 106 e ss.

³⁶ Isto “quer no caso de consistir numa flexibilização do tempo de reação à chamada, quer no caso de consistir na possibilidade de intervir à distância sem se deslocar ao local de trabalho, quer ainda no caso de o trabalhador poder contar com a sua possível substituição por outro trabalhador já presente no local de trabalho ou que esteja em condições de lá chegar mais facilmente” (Conclusões do Advogado-Geral GIOVANNI PITRUZZELLA, apresentadas em 6 de outubro de 2020, no processo C-344/19 (*D. J. contra Radiotelevicija Slovenija*), § 118); ver tb. as Conclusões do Advogado-Geral GIOVANNI PITRUZZELLA, apresentadas em 6 de outubro de 2020, processo C-580/19 (*RJ contra Stadt Offenbach am Main*), §§ 109).

³⁷ Conclusões do Advogado-Geral GIOVANNI PITRUZZELLA, apresentadas em 6 de outubro de 2020, no processo C-344/19 (*D. J. contra Radiotelevicija Slovenija*), §§ 119 e 120; ver tb. as Conclusões do Advogado-Geral GIOVANNI PITRUZZELLA, apresentadas em 6 de outubro de 2020, processo C-580/19 (*RJ contra Stadt Offenbach am Main*), §§ 110-111).

³⁸ Conclusões do Advogado-Geral GIOVANNI PITRUZZELLA, apresentadas em 6 de outubro de 2020, no processo C-344/19 (*D. J. contra Radiotelevicija Slovenija*), §§ 121 e 122, especialmente quando o empregador exija que o trabalhador “vista roupas específicas de especial complexidade que exigem tempos especialmente longos para serem vestidas”, assim implicando uma própria restrição ao tempo de reação do trabalhador em caso de chamada; ver tb. as Conclusões do Advogado-Geral GIOVANNI PITRUZZELLA,

- d) as facilidades conferidas pelo empregador na reação à chamada, especialmente no que respeita à disponibilização de um “transporte de serviço para chegar ao local da intervenção em caso de chamada”³⁹;
- e) “o escalonamento temporal e [a] duração do período de disponibilidade”⁴⁰.

Mais recentemente, o tema foi novamente revisitado no Acórdão do TJUE, processo C-214/20 (*MG contra Dublin City Council*), de 11 de novembro de 2021, onde se reforçou a jurisprudência consagrada no Acórdão C-344/19, incidindo a apreciação do TJUE sobre o relevo do tempo de reação do trabalhador em prevenção, realçando que mesmo em casos em que o tempo de reação é reduzido (10 minutos), ainda assim “é necessário avaliar o impacto desse prazo de reação no termo de uma apreciação concreta que tenha em conta, se for caso disso, outras restrições impostas ao trabalhador, bem como as facilidades que lhe são concedidas durante esse mesmo período” (§ 41)⁴¹.

apresentadas em 6 de outubro de 2020, processo C-580/19 (*RJ contra Stadt Offenbach am Main*), §§ 78-79.

³⁹ Conclusões do Advogado-Geral GIOVANNI PITRUZZELLA, apresentadas em 6 de outubro de 2020, no processo C-344/19 (*D. J. contra Radiotelevicija Slovenija*), §§ 121 e 123; ver tb. as Conclusões do Advogado-Geral GIOVANNI PITRUZZELLA, apresentadas em 6 de outubro de 2020, processo C-580/19 (*RJ contra Stadt Offenbach am Main*), §§ 78-80 e 114; na jurisprudência, considerando este elemento, Acórdão do TJUE, processo C-580/19 (*RJ contra Stadt Offenbach am Main*), § 49.

⁴⁰ Conclusões do Advogado-Geral GIOVANNI PITRUZZELLA, apresentadas em 6 de outubro de 2020, no processo C-344/19 (*D. J. contra Radiotelevicija Slovenija*), § 124, referindo que “se o trabalhador estiver frequentemente escalado para a noite ou feriados, ou se for particularmente longo, o grau de penosidade para o trabalhador é maior em relação a uma escala diurna ou em dias úteis”; ver tb. as Conclusões do Advogado-Geral GIOVANNI PITRUZZELLA, apresentadas em 6 de outubro de 2020, processo C-580/19 (*RJ contra Stadt Offenbach am Main*), § 115.

⁴¹ Mais especificamente, refere o § 44 do Acórdão do TJUE, processo C-214/20 (*MG contra Dublin City Council*), de 11 de novembro de 2021, que “As circunstâncias

Finalmente importa ainda referir que a jurisprudência do TJUE tem reiterado, consistentemente, que a qualificação de determinados períodos como tempo de trabalho apenas releva para efeitos de segurança e saúde dos trabalhadores, mas não para fins retributivos (ou seja, o tempo de prevenção que, excecionalmente, seja considerado tempo de trabalho não tem de ser retribuído como tempo de trabalho)⁴².

de MG não dever, em momento algum, encontrar-se num local preciso durante os seus períodos de prevenção ao abrigo do regime de disponibilidade contínua, de não ser obrigado a participar em todas as intervenções asseguradas a partir do quartel ao qual está afetado, podendo um quarto dessas intervenções no caso em apreço ter lugar na sua ausência, e de lhe ser permitido exercer outra atividade profissional que não exceda 48 horas semanais em média, podem constituir elementos objetivos que permitem considerar que está em condições de desenvolver, segundo os seus próprios interesses, essa outra atividade profissional durante esses períodos, e de lhes dedicar uma parte considerável do seu tempo, a menos que a frequência média das chamadas de emergência e a duração média das intervenções impeçam o exercício efetivo de uma atividade profissional suscetível de ser combinada com o emprego de sapador-bombeiro em regime de prevenção, o que cabe ao órgão jurisdicional de reenvio apreciar”.

⁴² V. Acórdão do TJUE, processo C-14/04 (*Abdelkader Dellas e outros contra Premier ministre, Ministre des Affaires sociales, du Travail et de la Solidarité*), de 1 de dezembro de 2005, §§ 38 e 39; o Acórdão do TJUE, processo C-518/15 (*Ville de Nivelles v. Rudy Matzak*), de 21 de fevereiro de 2018, §§ 48 e ss; Acórdão do TJUE, processo C-580/19 (*RJ contra Stadt Offenbach am Main*), §§ 56 e ss; Acórdão do TJUE, processo C-344/19 (*D. J. contra Radiotelevicija Slovenija*), §§ 57 e ss; Conclusões da Advogada-Geral ELEANOR SHARPSTON, apresentadas em 26 de julho de 2017, processo C-518/15 (*Ville de Nivelles contra Rudy Matzak*), §§ 42-44; sobre este aspeto, ver tb. CATARINA DE OLIVEIRA CARVALHO, *Reflexões sobre o conceito de tempo de trabalho no direito europeu e respetiva articulação com o direito nacional*, cit., 2017, pp. 299-301, e MILENA SILVA ROUXINOL/JOANA NUNES VICENTE, *Duração e organização do tempo de trabalho*, cit., 2023, pp. 806 e ss; CRISTOBAL MOLINA NAVARRETE, *El nuevo Estatuto de los Trabajadores a la luz de la jurisprudência comunitária*, cit., 2017, pp. 248-249, refere que, o TJUE, ao passo “que fecha a porta da qualificação como tempo de descanso, acaba abrindo outra, ou pelo menos uma janela, para atender de alguma forma à razão económica”, concluindo o Autor que, de forma subtil, “o TJUE acaba por converter o que é um «conflito jurídico» (qualificação de um determinado período de atividade do trabalhador) em outro «de interesses» (retribuição de justo equilíbrio entre o interesse do empregador e do trabalhador nesse período, laboral sim, mas que admite um preço diverso, específico, mais baixo)”.

2.2. A Carta Social Europeia e as Decisões do Comité Europeu dos Direitos Sociais

A questão do tratamento do tempo de prevenção (em particular, a consagração dos «périodes d'astreinte» no Direito francês⁴³) tem

⁴³ A noção de “astreinte” foi introduzida no Código Trabalho Francês pela Lei Aubry II (Lei n.º 200-37 de 19 de janeiro), que veio introduzir no anterior *Code du Travail* o artigo L. 212-4 *bis*. O *Code du Travail* traça a distinção, nos artigos L. 3121 e ss, entre «travail effectif», «astreintes» e «équivalences». Estas normas foram objeto de modificação pela *Loi n.º 2016-1088 du 8 août 2016*, sendo com base na noção de «travail effectif» que se determina a “remuneração, o respeito pelo número máximo de horas de trabalho, o direito a férias remuneradas e o ponto de partida para o pagamento de horas suplementares”, PASCAL LOKIEC, *Droit du Travail*, 2.ª ed., Paris, 2022, p. 451).

Sobre a noção de «travail effectif», estabelece o artigo L. 3121-1 que este corresponde ao tempo durante o qual o trabalhador está à disposição da entidade patronal e cumpre as suas instruções, sem ter liberdade para prosseguir os seus interesses pessoais. Desta disposição legal decorre que é de qualificar como tempo de trabalho o “tempo de subordinação, por oposição ao tempo livre” (*ibid.* p. 451). Os critérios avançados pelo artigo L. 3121-1 são igualmente relevantes para apurar se determinadas pausas configuram, ou não, tempo de trabalho, decorrendo do artigo L. 3121-2 que se considera tempo de trabalho o tempo necessário para as refeições e as pausas, quando estejam preenchidos os critérios definidos no artigo L. 3121-1 (a este propósito, refere PASCAL LOKIEC, *ibid.* pp. 451-452, que “o critério decisivo é o de saber se o trabalhador é ou não obrigado a permanecer sob a autoridade da entidade patronal, sabendo-se que não bastará que esteja limitado nas suas ocupações pessoais (não pode ir ter com os amigos para um jogo de futebol)”).

A propósito das «astreintes», cuja regulação foi modificada pela *Loi n.º 2016-1088 du 8 août 2016*, o artigo L. 3121-9 define-as como o período durante o qual o trabalhador, sem estar no seu local de trabalho e sem estar permanente e imediatamente à disposição da entidade patronal, deve poder intervir para efetuar um trabalho para a empresa (§ 1) (com as alterações introduzidas pela *Loi n.º 2016-1088 du 8 août 2016*, foi suprimido - do então artigo L. 3121-5 do *Code du Travail* - o requisito de o trabalhador estar “obrigado a permanecer no seu domicílio ou nas proximidades”, por forma a abranger os trabalhadores que não são obrigados a permanecer perto de casa, mas que devem estar sempre contactáveis por telefone (PASCAL LOKIEC, *ibidem*, p. 457). Nos termos do mesmo artigo, a duração desta intervenção é considerada como «travail effectif» (§ 2), podendo ser compensado financeiramente ou através de tempo de descanso (§ 3).

Na medida em que as «astreintes» durante as quais o trabalhador não é chamado a intervir não são consideradas «travail effectif», determina o artigo L. 3121-10 que o período de disponibilidade (excecтуando o período de intervenção) é tido em conta no cálculo do período mínimo de descanso diário previsto no artigo L. 3131-1 (11 horas consecutivas) e dos períodos de descanso semanal previstos nos artigos L. 3132-2 (24

sido objeto de várias decisões do Comité Europeu dos Direitos Sociais com fundamento no § 1 do artigo 2.º da Carta Social Europeia Revista⁴⁴, nos termos do qual as partes na Carta comprometem-se a “fixar uma duração razoável ao trabalho diário e semanal, devendo a semana de trabalho ser progressivamente reduzida, tanto quanto o aumento da produtividade e os outros factores em jogo o permitam”; em especial, foi por várias vezes questionado se a qualificação do tempo de prevenção como tempo de descanso ofende o direito do trabalhador a uma “duração razoável ao trabalho diário e semanal”. Para o efeito, a orientação geral adotada pelo Comité é no sentido de que as disposições da Carta relativas ao tempo de trabalho têm

horas consecutivas) e L. 3164-2 (regime aplicável aos “jovens trabalhadores”, que confere o direito a dois dias consecutivos de descanso semanal) - ou seja, considera-se que o tempo de mera disponibilidade é tempo de repouso (cfr. GILLES AUZERO et al., *Droit du travail*, 32.ª ed., Paris, 2019, p. 1013, com nota das críticas suscitadas face a esta disposição). De acordo com o artigo L. 3121-11, é conferida à negociação coletiva (em especial, deve ser estabelecido por acordo concluído ao nível da empresa ou do estabelecimento, ou, subsidiariamente, por uma convenção de sector ou por um acordo de sector (artigo L. 3121-11)); sobre estes instrumentos de regulamentação coletiva, LUIS GONÇALVES DA SILVA, *Da eficácia da convenção coletiva I*, Lisboa, 2022, pp. 339 e ss, em especial, pp. 352 e ss) a possibilidade de introduzir as «astreintes», devendo o instrumento negocial definir as respetivas modalidades de organização, a forma como os trabalhadores em causa devem ser informados e o prazo de pré-aviso que deve ser respeitado, bem como a compensação financeira ou o tempo de descanso a que têm direito. Na falta de instrumento de regulamentação coletiva de trabalho, as modalidades de organização das «astreintes» e a respetiva compensação são fixadas pela entidade patronal, após consulta do Comité Social e Económico, e após comunicação à inspeção do trabalho; por sua vez, quanto à forma como os trabalhadores devem ser informados, a mesma é fixada por Decreto, devendo a programação individual das «astreintes» ser levada ao conhecimento dos trabalhadores com quinze dias de antecedência, exceto em circunstâncias excecionais e desde que sejam avisados com pelo menos um dia útil de antecedência (artigo L. 3121-12).

⁴⁴ A sua versão revista foi aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 64-A/2001, de 17 de outubro, e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 54-A/2001, de 17 de outubro. Sobre a relevância da Carta Social Europeia no contexto do tempo de disponibilidade, CATARINA DE OLIVEIRA CARVALHO, *Reflexões sobre o conceito de tempo de trabalho no direito europeu e respetiva articulação com o direito nacional*, cit., 2017, pp. 303-305.

por objetivo proteger eficazmente a segurança e a saúde dos trabalhadores: “todos os trabalhadores devem beneficiar de períodos de repouso adequados à recuperação da fadiga do trabalho e com efeito preventivo na redução dos riscos de perturbações da saúde que poderiam resultar da acumulação de períodos de trabalho sem o necessário repouso”⁴⁵.

De acordo com a Decisão n.º 22/2003 do Comité Europeu dos Direitos Sociais (*Confédération générale du travail (CGT) v. France*), de 8 de dezembro de 2004, “os «périodes d'astreinte» durante os quais o trabalhador não é obrigado a prestar trabalho à entidade patronal, embora não constituam tempo de trabalho efetivo, não podem ser considerados como um período de descanso na aceção do artigo 2.º da Carta, exceto no âmbito de determinadas profissões ou em circunstâncias particulares e de acordo com procedimentos adequados” (§ 35). Este entendimento assenta na consideração de que a obrigação de responder em caso de chamamento, “mesmo quando a possibilidade de ter de prestar trabalho é puramente hipotética, impede incontestavelmente o trabalhador de prosseguir atividades da sua escolha, planeadas dentro dos limites do tempo disponível antes do começo do trabalho” (§ 36). Em especial, destaca-se a contraposição entre a indisponibilidade *a priori* do trabalhador (porquanto, quer seja chamado ou não, está condicionado - durante todo o período de disponibilidade - na forma como se dedica aos seus interesses pessoais) e a qualificação *à posteriori* de certos períodos de disponi-

⁴⁵ Decisão no. 22/2003 do Comité Europeu dos Direitos Sociais (*Confédération générale du travail (CGT) v. France*), de 8 de dezembro de 2004, § 34.

bilidade (i.e., aqueles em que ocorre a prestação de trabalho efetivo) como tempo de trabalho (§ 37). Concluiu-se, portanto, que a equiparação dos «périodes d'astreinte» aos períodos de repouso constitui uma violação do direito a um “tempo de trabalho razoável” (§ 1 do artigo 2.º da Carta) e, na medida em que podem ser realizados ao domingo, existiria igualmente uma violação do § 5 do artigo 2.º da Carta.

Este entendimento foi reforçado na Decisão no. 55/2009 do Comité Europeu dos Direitos Sociais (*Confédération générale du travail (CGT) v. France*), de 23 de junho de 2010 (§§ 65 e 66) e na Decisão no. 149/2017 do Comité Europeu dos Direitos Sociais, de 19 de maio de 2021 (*Confédération générale du travail (CGT) et Confédération française de l'encadrement-CGC (CFE-CGC) v. France*). Nesta última, refere-se que “a equiparação de uma parte inativa de um período de prevenção a um período de descanso, *na sua totalidade*, constitui uma violação do direito a um horário de trabalho razoável” (§ 59, *itálico nosso*), mais acrescentando que “a França não encontrou uma solução para remediar esta violação, que permitiria que o período de permanência, quando não é efectuado qualquer trabalho efetivo, *deixasse de ser considerado como um período de descanso na sua totalidade*, numa tentativa de encontrar um melhor equilíbrio entre o tempo de trabalho e o tempo de lazer” (§ 67, *itálico nosso*).

Caso se sustente que o artigo 197.º do Código do Trabalho português (doravante, CT) consagra uma noção omnicomprensiva de tempo de trabalho, será possível afirmar que uma leitura que (na senda da jurisprudência do TJUE) negue a qualificação do tempo de mera disponibilidade como tempo de trabalho daria origem a uma

desconformidade da Diretiva 2003/88/CE e do direito nacional com o § 1 do artigo 2.º da Carta Social Europeia, uma vez que da Decisão no. 149/2017 decorre que a assimilação entre tempo de prevenção e tempo de descanso não pode ser efetuada na totalidade. Desconformidade esta que, aliás, tendo em conta o Acórdão do TJUE, processo C-518/15 (*Ville de Nivelles v. Rudy Matzak*), de 21 de fevereiro de 2018, pareceria nem ser suscetível de superação através de uma leitura do n.º 1 do artigo 197.º do CT como abrangendo na noção de tempo de trabalho o tempo de prevenção.

Importa, todavia, destacar que o que resulta das Decisões do Comité Europeu dos Direitos Sociais não é a imposição de que os períodos de prevenção sejam tratados como tempo de trabalho para todos os efeitos, mas tão somente que a assimilação total do tempo de prevenção ao tempo de descanso viola o disposto no § 1 do artigo 2.º da Carta Social Europeia, entendimento que não se pretende aqui por em causa. No limite, uma qualificação absolutista do tempo de prevenção como tempo de repouso permitiria que se considerasse em gozo de férias o trabalhador em regime de prevenção ou que se pudessem criar regimes de prevenção permanente. Adicionalmente, o Comité também não exclui essa assimilação em todo e qualquer caso, sendo que exceciona da desconformidade com a Carta o enquadramento do tempo de prevenção como tempo de descanso “no âmbito de determinadas profissões ou em circunstâncias particulares e de acordo com procedimentos adequados”. Julgamos que a leitura destas Decisões do Comité Europeu dos Direitos Sociais deixa aberta a possibilidade de valorizar o tempo de prevenção de diversas formas, consoante a norma aplicável, desde que preservada a segurança

e saúde dos trabalhadores e salvaguardado o seu direito a um «descanso razoável».

3. Direito nacional

3.1. O sentido do artigo 197.º do CT

O artigo 59.º, n.º 1, alínea d), da Constituição da República Portuguesa prevê que “todos os trabalhadores, sem distinção de idade, sexo, raça, cidadania, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, têm direito (...) ao repouso e aos lazeres, a um limite máximo da jornada de trabalho, ao descanso semanal e a férias periódicas pagas”⁴⁶. Desta disposição constitucional não resulta uma noção de tempo de trabalho, sendo que, até ao artigo 2.º, n.º 1, alínea a) da Lei n.º 73/98⁴⁷ que, transpondo para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 93/104/CE⁴⁸ *supra* analisada, veio considerar tempo de trabalho “qualquer período durante o qual o trabalhador está a trabalhar ou se encontra à disposição da entidade empregadora e no exercício da sua actividade ou das suas funções”, não havia

⁴⁶ Sobre este preceito, entre outros, JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, I, Lisboa, 2017, pp. 837 e ss; J.J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, I, 4.ª ed., Coimbra, 2007, pp. 767 e ss..

⁴⁷ Para uma evolução legislativa dos diplomas que regulam a duração do trabalho, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Isenção de horário - Subsídios para a dogmática actual do direito da duração de trabalho*, Coimbra, 2000, pp. 49 e ss e anexos presentes nas pp. 109 e ss; MARIA LUÍSA TEIXEIRA ALVES, *As fronteiras do tempo de trabalho*, cit., 2011, pp. 178 e ss; JOÃO ZENHA MARTINS, *Tempo de trabalho e tempo de repouso: qualificação e delimitação de conceitos*, cit., 2018, pp. 29 e ss.

⁴⁸ Sobre esta Directiva e a sua transposição para o ordenamento interno, MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *O tempo de trabalho no Direito Comunitário - a Directiva 93/104/CE, de 23 de novembro*, in *Dois temas de Direito Comunitário do Trabalho*, Porto, 2000, pp. 109 e ss; JÚLIO GOMES, *Direito do Trabalho*, Vol. I, cit., 2007, pp. 653 e ss.

no direito português uma noção de tempo de trabalho em sentido próprio.

Referia MONTEIRO FERNANDES que, até à entrada em vigor da Lei n.º 73/98, o regime da duração do trabalho se tinha “condensado em torno da noção de *horário de trabalho* - esquema definido por certas horas de «entrada» e de «saída» do local de trabalho, e que, por conseguinte, não é um «cronograma de actividades», mas sim um «plano de permanência no local de trabalho». Tudo o que se passa entre uma «entrada» e a «saída» subsequente era, na perspectiva tradicional do nosso ordenamento (e da cultura laboral que lhe estava associada), «tempo de trabalho»”⁴⁹.

Com a Lei n.º 21/96, de 23 de julho (estabelece a redução dos períodos normais de trabalho superiores a quarenta horas por semana), que previa, no seu n.º 3 do artigo 1.º, que “as reduções do *período normal de trabalho* semanal previstas na presente lei ou em convenção colectiva para o mesmo fim definem *períodos de trabalho efectivo*, com exclusão de todas as interrupções de actividade resultantes de acordos, de normas de instrumentos de regulamentação colectiva ou da lei e que impliquem a paragem do posto de trabalho ou a substituição do trabalhador”, passou a distinguir-se *expressamente* entre período (tempo) de trabalho efectivo e período normal de trabalho⁵⁰, distinção que em todo o

⁴⁹ ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, 13.ª edição, cit., 2006, p. 348.

⁵⁰ AMADEU DIAS, *Redução do Tempo de Trabalho, Adaptabilidade do Horário e Polivalência Funcional*, Coimbra, 1997, pp. 14-15, referindo que esta disposição veio introduzir um conceito (período de trabalho efectivo), “até agora inexistente na legislação nacional”, embora já pontualmente previsto (cfr., *op. cit.*, p. 19); JOSÉ JOÃO ABRANTES, *A redução do período normal de trabalho, a Lei n.º 21/96 em questão*, *Questões Laborais*, 1997, 9-10, p. 83, referia que “o trabalho efectivo e o período normal de trabalho são, na verdade, coisas substancialmente diferentes: o trabalho efectivo tem, em princípio, uma duração menor que o período normal de trabalho,

caso já era suscitada na vigência do Decreto-lei n.º 409/71, relativamente aos trabalhadores em regime de trabalho intermitente ou de simples permanência⁵¹. Ou seja, refere BAPTISTA MENDES, não sendo a noção de trabalho efetivo desconhecida do Direito do Trabalho, o *conceito* de trabalho efetivo não tinha entre nós “tradição legal, doutrinária ou jurisprudencial”⁵².

Entendia AMADEU DIAS que “sempre que no período normal de trabalho ocorram interrupções da actividade do trabalhador, seja qual for a sua designação e a fonte da sua criação, as mesmas interrupções não são consideradas para efeito de determinação do PTE (ainda que entrem no conceito de PNT), sempre que a inatividade implique paragem do posto de trabalho ou substituição do trabalhador”⁵³, considerando que estaríamos próximos do

precisamente porque não leva em conta as mencionadas pausas de curta duração”. JOAQUIM A. DOMINGUES DAMAS, *A redução da duração do trabalho e a adaptação dos horários na Lei n.º 21/96*, Questões Laborais, 1997, 9-10, pp. 92 e ss, considerava que se tratavam de duas noções coincidentes, “a diferença entre a noção de período de trabalho efetivo e a de período normal de trabalho reside, essencialmente, nas concepções de período normal de trabalho estabelecidas em instrumentos de regulamentação da prestação de trabalho, em que são ficcionados como tempo de trabalho períodos de tempo em que o trabalhador não executa a sua prestação, quer em termos de execução material, quer em termos de manutenção de heterodisponibilidade”. Sobre este diploma, ver tb. MARIA LUÍSA TEIXEIRA ALVES, *As fronteiras do tempo de trabalho*, cit., 2011, pp. 192-193.

⁵¹ Assim FERNANDA NUNES AGRIA/MARIA LUIZA CARDOSO PINTO, *Contrato Individual de Trabalho*, Coimbra, 1972, p. 72, n. 3, mencionavam que a referência aos trabalhadores em regime de presença “tem o grave inconveniente de permitir a separação entre conceito de tempo de trabalho e de tempo de presença no local de trabalho e, consequentemente, de se obrigar o empregado a estar 50 horas ou mais à disposição do empregador para fazer as suas 48 horas de trabalho efetivo”.

⁵² ALBINO MENDES BAPTISTA, *Tempos de Trabalho e de Não Trabalho*, in *V Congresso Nacional de Direito do Trabalho - Memórias*, ed. ANTÓNIO MOREIRA, Coimbra, 2003, p. 181.

⁵³ AMADEU DIAS, *Redução do Tempo de Trabalho, Adaptabilidade do Horário e Polivalência Funcional*, cit., 1997, p. 16, sendo que, pelo contrário, as interrupções de atividade, se integradas no período normal de trabalho, são “consideradas para determinação do PTE, se não implicarem a paragem do posto de trabalho nem a substituição do trabalhador”. Daqui *pareceria* decorrer, à partida, refere ALBINO MENDES

conceito de trabalho efetivo adotado nos ordenamentos francês e espanhol. Ora, como se reconhecia, certas situações de *disponibilidade* do trabalhador e que importavam a paragem do posto de trabalho deveriam ser consideradas trabalho efetivo (ainda que não implicassem uma execução de trabalho), como seria o caso das paragens motivadas pela interrupção não imputável ao trabalhador (i.e., pausas técnicas)⁵⁴; adicionalmente, o artigo 3.º, n.º 1, da Lei n.º 21/96, apenas excluía as “interrupções de actividade (...) que impliquem a paragem do posto de trabalho ou a substituição do trabalhador”, pelo deveria ser abrangida pelo «trabalho efetivo» a disponibilidade do trabalhador durante o período de refeição em que não abandonasse o seu posto de trabalho nem fosse substituído por outro⁵⁵.

Ficava na dúvida determinar se resultava da Lei n.º 21/96 que a redução da duração do trabalho implicava (i) que os trabalhadores tivessem um período normal de trabalho (incluindo pausas) de 40 horas semanais, resultando da Lei n.º 21/96 que a redução deveria ser imputada ao tempo de trabalho efetivo (i.e., sem eliminação das pausas a que tinham direito)⁵⁶ ou (ii) se os

BAPTISTA, *Tempo de trabalho efectivo, tempos de pausa e tempo de «terceiro tipo»*, cit., 2002, p. 30, que “as «pausas» são, em princípio, expressamente excluídas do «período de trabalho efectivo»” (no mesmo sentido, do mesmo Autor, *Diálogo Social*, in *X Jornadas Luso-Hispano-Brasileiras de Direito do Trabalho*, Anais, ed. ANTÓNIO MOREIRA, Coimbra, 1999, pp. 203-204).

⁵⁴ AMADEU DIAS, *Redução do Tempo de Trabalho, Adaptabilidade do Horário e Polivalência Funcional*, cit., 1997, pp. 23 e ss. Referia LUIS MIGUEL MONTEIRO, *A redução do período normal de trabalho, a Lei n.º 21/96 em questão*, Revista de Direito e de Estudos Sociais, 2000, 3-4 (ano XLI), p. 280, que o conceito de trabalho efetivo “não pode esquecer os casos em que o trabalhador não presta serviço, mas mantém disponibilidade para esse efeito, não aproveitada pelo empregador”.

⁵⁵ AMADEU DIAS, *Redução do Tempo de Trabalho, Adaptabilidade do Horário e Polivalência Funcional*, cit., 1997, pp. 25-26.

⁵⁶ Neste sentido, JOSÉ JOÃO ABRANTES, *A redução do período normal de trabalho, a Lei n.º 21/96 em questão*, cit., 1997, pp. 84 e ss; FRANCISCO LIBERAL FERNANDES, *A*

trabalhadores podiam ter um período normal de trabalho superior a 40 horas semanais (mas inferior a 44 horas - cfr. artigo 1.º da Lei n.º 2/91), sendo que apenas o período de trabalho efetivo estava sujeito ao limite das 40 horas semanais⁵⁷.

Tendo em conta as dificuldades interpretativas suscitadas pela norma, a Comissão de Acompanhamento do Acordo de Concertação de Curto Prazo, em parecer de 6 de Dezembro de 1996, veio sustentar que as reduções do período normal de trabalho se devem programar em termos de trabalho efetivo “e que as interrupções do trabalho constituem trabalho efectivo quando não há substituição do trabalhador, o que acontece, por exemplo, «sempre que o trabalhador, durante a interrupção, se encontra no espaço habitual de trabalho, ou próximo desse espaço, e mantém a disponibilidade para voltar ao seu posto de trabalho caso ocorra qualquer problema nos equipamentos a seu cargo que não possa ser resolvido pelos restantes trabalhadores da mesma equipa ou turno»”⁵⁸.

organização do tempo de trabalho à luz da Lei n.º 21/96, Questões Laborais, 1997, 9-10, pp. 126 e ss, referindo que o sentido da diferenciação entre período de trabalho efetivo e período normal de trabalho “tem unicamente a ver com o *processo de concretização* da redução dos períodos normais [sic] de trabalho e não propriamente com a criação pelo legislador de uma nova noção legal de período normal de trabalho”.

⁵⁷ AMADEU DIAS, *Redução do Tempo de Trabalho, Adaptabilidade do Horário e Polivalência Funcional*, cit., 1997, p. 30, referindo que o período normal de trabalho pode continuar superior a 40 horas, não sendo desejável “no contexto actual, pretender uma redução do PTE a durações inferiores a 40 horas, sob pena de afectar a margem de competitividade das empresas nacionais”; JOAQUIM A. DOMINGUES DAMAS, *A redução da duração do trabalho e a adaptação dos horários na Lei n.º 21/96*, cit., 1997, pp. 105-106.

⁵⁸ Cfr., Recomendação do Provedor de Justiça JOSÉ MENERES PIMENTEL, número: 4/B/97, processo: 5618/96, de 24 de fevereiro de 1997, no qual se transcreve ainda o seguinte excerto do parecer: contrariamente, “nas interrupções no trabalho há substituição quando o trabalhador pode dispor livremente do seu tempo, saindo ou não das instalações da empresa, não lhe podendo ser exigida a execução de qualquer tarefa nem a responsabilidade pelo funcionamento do equipamento. O normal prosseguimento do trabalho é garantido por outro ou outros trabalhadores (que podem ser da

É, pois, neste contexto que surge a Lei n.º 73/98, que veio introduzir, como conceito operativo, o «tempo de trabalho» “para esclarecer as muitas dúvidas colocadas por outro conceito, introduzido, no contexto da maleabilização dos horários de trabalho, pela L. n.º 21/96, de 23 de Julho - o conceito de «período de trabalho efectivo» (art. 1.º n.º 3 da L. n.º 21/96) - que já não foi utilizado nem no Código de Trabalho de 2003 nem no actual Código do Trabalho”⁵⁹.

Com a revogação da Lei n.º 73/98 pelo Código de Trabalho de 2003⁶⁰, procedeu-se a uma importante modificação da noção de tempo de trabalho, verificando-se a supressão do excerto “e no exercício da sua actividade ou das suas funções”, passando a qualificação como tempo de trabalho a bastar-se, de acordo com o elemento literal, com a constatação de que, durante um determinado período, o trabalhador “permanece adstrito à realização da prestação”. Mais

mesma equipa ou turno)”, mais acrescentando que constituem “trabalho efectivo as interrupções de actividade determinadas pelo empregador, tais como «paragens técnicas» e as resultantes de outros motivos relativos à empresa. Durante as interrupções desta natureza, o trabalhador continua disponível para o trabalho”. Neste sentido, ver tb. 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*, 2006, 28, p. 222.

⁵⁹ MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho*, Parte II, 9ª ed., Coimbra, 2023, p. 466, n. 775; MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *O tempo de trabalho no Direito Comunitário - a Directiva 93/104/CE, de 23 de novembro*, cit., 2000, pp. 126-127. Aliás, esse objetivo era expressamente assumido na Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 156/VII, que transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 93/104/CE, na qual se afirmava: “Considerando que a Directiva n.º 93/104/CE adopta uma definição do tempo de trabalho, é oportuno promover o esclarecimento de algumas dúvidas manifestadas a propósito de certas concretizações daquela noção. Assim, as definições da presente proposta de lei esclarecem que determinadas interrupções do trabalho são consideradas tempo de trabalho, em sintonia com a Lei n.º 21/96” (cfr. *Diário da Assembleia da República, Série II-A - número 24, VII Legislatura, Sessão Legislativa 03, 17 de janeiro de 1998*, p. 450).

⁶⁰ Cfr. Alínea v) do n.º 1 do artigo 21.º da Lei n.º 99/2003, de 27 de agosto, que aprova o Código do Trabalho de 2003.

concretamente, estabelecia o artigo 155.º do CT de 2003 que se considerava “tempo de trabalho qualquer período durante o qual o trabalhador está a desempenhar a actividade ou permanece adstrito à realização da prestação, bem como as interrupções e os intervalos previstos no artigo seguinte”. Tendo em conta a nova redação conferida à noção de tempo de trabalho e o modo como se diferencia da noção adotada na Lei n.º 73/98 e na Diretiva n.º 2003/88/CE, entende LIBERAL FERNANDES, seguido por crescente doutrina, que estão abrangidos pela noção de tempo de trabalho os períodos de prevenção incluindo “aqueles casos em que o trabalhador está obrigado apenas a encontrar-se acessível ou contactável e a manter-se permanentemente disponível para responder a eventuais necessidades de laboração”⁶¹.

⁶¹ FRANCISCO LIBERAL FERNANDES, *Sobre o conceito de tempo de trabalho no Código do Trabalho*, Questões Laborais, 2006, 27, pp. 136-137; TIAGO ROCHA, *Algumas considerações sobre o conceito de tempo de trabalho, em especial sobre o tempo de deslocação*, Questões Laborais, 2018, 52, pp. 47-48, referindo que “a disponibilidade basta-se com a simples obrigação de o trabalhador estar contactável através de qualquer meio para responder à solicitação do empregador”; este também nos parece ser o entendimento sustentado por ANTÓNIO VILLAR, *Tempo de trabalho - quando o trabalhador permanece adstrito à realização da prestação, mas não está a desempenhar a actividade*, in *VII Congresso Nacional de Direito do Trabalho - Memórias*, ed. ANTÓNIO MOREIRA, Coimbra, 2006, pp. 135 e ss, referindo que é tempo de trabalho “o tempo durante o qual o trabalhador se encontra sujeito ao regime de localização, ainda que sem executar qualquer prestação laboral”, muito embora não lhe confira o mesmo tratamento que o tempo de trabalho, ao entender que caberá à negociação coletiva “a fixação do modo de organização desse tipo de tempo de trabalho e o modo da pertinente compensação (financeira ou sob a forma de repouso), que será diferente consoante a sua natureza e duração” (pp. 143-144). Admitindo esta possibilidade, cfr. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *Breves notas críticas sobre a evolução de alguns aspectos do regime da duração e organização do tempo de trabalho*, cit., 2006, p. 220, referindo que o CT de 2003 adotou uma formulação “vaga, e que pode mesmo englobar realidades como os regimes de «localização» ou de «prevenção»”.

Contra, entendendo que “apesar da não coincidência rigorosa das duas formulações (do CT e da Diretiva Europeia), parece clara a sua equivalência”, ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, cit., 2023, pp. 483-484, entendendo que “o vocábulo «adstrito» exprime esse estado de prontidão e de restrição de liberdade que corresponde à ideia de «disponibilidade» constante do enunciado da Directiva”.

Atribuindo relevância ao *elemento histórico* da interpretação, o tempo de trabalho começa por ter na sua base uma conceção produtivista do trabalho, considerando-se tempo de trabalho o tempo em que o trabalhador se encontra a produzir o resultado da sua atividade (i.e., momentos em que o trabalhador se encontra efetivamente a realizar a sua atividade). Esta conceção foi transversalmente ultrapassada nos diversos ordenamentos jurídicos⁶²: mesmo aqueles que assentam a noção de tempo de trabalho numa ideia de trabalho efetivo reconhecem, de modo absolutamente incontrovertido, que certos períodos de inatividade (com disponibilidade) devem ser considerados tempo de trabalho⁶³. Dito de outra forma, em todos os or-

⁶² Em relação à noção de trabalho efetivo, referia a Deputada ODETE SANTOS (PCP), relativamente à proposta de Lei n.º 14/VII/1, *Diário da Assembleia República, Série I - número 72, VII Legislatura, Sessão Legislativa 01, 18 de Maio de 1996*, p. 2335: “Este conceito, de tão velho, já não consegue esconder o rosto enrugado e ressequido (...) foram ao baú da história desencantar este conceito”.

⁶³ Veja-se, por exemplo, o caso do ordenamento jurídico espanhol: atentando nas disposições avulsas do *Estatuto de los Trabajadores* e, em especial, no seu artigo 34, verificamos que o legislador conferiu importância central ao «tiempo de trabajo efectivo»: assim, é com base no trabalho efetivo que se contabilizarão os limites da jornada ordinária de trabalho semanal (artigo 34, n.º 1, § 2) e diário (artigo 34, n.º 3), sendo o salário definido como tendo por referência as prestações que retribuam o trabalho efetivo (artigo 26, n.º 1). Quanto ao que se entende por «tiempo de trabajo efectivo», estabelece o artigo 34, n.º 5, que o “tempo de trabalho é calculado de forma a que, tanto no início como no fim do dia de trabalho, o trabalhador se encontre *no seu posto de trabalho*”, o que à partida parece excluir certos tempos que, de modo geral, são excluídos do tempo de trabalho (como as deslocações de ida e de volta para o trabalho), mas que parece igualmente deixar de fora certos tempos que, face a outros ordenamentos, seriam de qualificar como sendo de trabalho (por exemplo, o tempo necessário para “a mudança de roupa ou equipamento para efetuar o trabalho, nas verificações ou registos de presença a efetuar na empresa antes do início do dia de trabalho nem as deslocações desde a garagem da empresa até ao seu posto de trabalho ou desde a entrada no local de trabalho até ao local da prestação de trabalho”) (destacando a relevância da referência do artigo 34 do *Estatuto* ao “posto de trabalho”, JOSÉ L. MONEREO PÉREZ et al., *Manual de Derecho del Trabajo*, cit., 2020, p. 482; assinalando as suas dificuldades aplicativas com tendo em conta formas de organização de trabalho em relação às quais não é fácil identificar fisicamente qual o posto de trabalho JESÚS CRUZ VILLALÓN, *Compendio de Derecheo del Trabajo*, cit., 2023, p. 256).

denamentos se reconhece, como critério qualificativo de determinado tempo como de trabalho, o critério da *disponibilidade* do trabalhador para realizar o trabalho, não sendo o nosso ordenamento exceção.

A questão não nos parece ser, portanto, que o legislador nacional, quando previu no artigo 155.º do CT de 2003 que seria tempo de trabalho o tempo “durante o qual o trabalhador exerce a actividade ou permanece adstrito à realização da prestação”, veio atribuir relevância à *disponibilidade* do trabalhador para realizar a prestação

Com base no *Estatuto*, refere MOLERO-MANGLANO et al., *Manual de Derecho del Trabajo*, Valencia, 2017, pp. 345-348, que se podem identificar as seguintes linhas de orientação: (i) por regra, apenas se têm em conta as horas de trabalho efetivo; (ii) não se contabilizam, exceto disposição em contrário (legal, convencional ou por acordo individual), os períodos de inatividade; e (iii) “numa primeira aproximação, tampouco se deveriam incluir os *tempos de mera presença física no local*, salvo se a inatividade do trabalhador se deva a causas pertencentes à esfera de risco empresarial” (itálico nosso) (todavia, realça a Autora, o entendimento que singrou na jurisprudência foi no sentido de considerar que o tempo de permanência “constitui tempo investido no exercício das funções contratualmente assumidas”); (iv) diferentemente, *no caso de tempos de disponibilidade fora do local de trabalho*, “o trabalhador apenas estaria, em princípio, a oferecer a sua disponibilidade relativa (para cobrir eventuais imprevistos ou necessidades especiais)”, não sendo de qualificar como tempo de trabalho; (v) não são considerados como tempos de trabalho os períodos durante os quais o trabalhador não está à disponibilidade do empregador, mesmo que não goze de liberdade de utilização do tempo para os fins que lhe aprouver (por exemplo, tempo de viagem de ida e volta para o local de trabalho); (vi) já serão de considerar como tempo de trabalho as deslocações ordenadas pelo empregador do local de trabalho a outros distintos daquele em se realiza a atividade habitual.

Não obstante as diferenças na redação do artigo 34 do *Estatuto* face ao artigo 2.º da Diretiva 2003/88/CE, MARTÍN VALVERDE et al., *Derecho del Trabajo*, 29.ª ed., Madrid, 2020, p. 626, entendem que a noção comunitária de tempo de trabalho “estabelece uma regra similar” à presente no *Estatuto*. Diferente parece ser o entendimento sustentado por CRISTOBAL MOLINA NAVARRETE, *El nuevo Estatuto de los Trabajadores a la luz de la jurisprudência comunitária*, cit., 2017, pp. 242-243, referindo que o *Estatuto* “não contém definição alguma de tempo de trabalho”, apenas determinando no artigo 34, n.º 5, que “a referência central é a de estar à disposição do trabalhador no local de trabalho, sem maiores consideração a dados que possam ser relevantes em períodos imediatamente anteriores ou próximos posteriores”; conclui, portanto, que o artigo não pode ser entendido na sua literalidade, sob pena de desconformidade com a jurisprudência comunitária (*op. cit.*, p. 263).

como critério de qualificação do tempo como de trabalho (alteração perfeitamente articulada no contexto da superação da concepção produtivista do tempo de trabalho que se verificou nos outros ordenamentos jurídicos), mas antes a que *tipo de disponibilidade* se pretendia referir⁶⁴. É neste ponto que não acompanhamos a doutrina que sustenta que, em 2003, o legislador pretendeu adotar uma noção ampla de tempo de trabalho que visasse abranger todas as potenciais situações de disponibilidade do trabalhador, incluindo tempos de prevenção - com um desvio importante àquela que era a tendência nos ordenamentos jurídicos vizinhos e na jurisprudência europeia - antes nos parecendo que, quando se referiu ao período de tempo em que o trabalhador está adstrito à realização da prestação, se pretendeu abstrair - em definitivo - do critério naturalístico do trabalho

⁶⁴ Sobre os diferentes sentidos que pode assumir a disponibilidade do trabalhador, cfr. ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, cit., 2023, pp. 484 e ss JEAN-EMMANUEL RAY, *Les astreintes, un temps du troisième type*, *Droit Social*, 1999, 3, p. 251, questiona mesmo “une astreinte, ou des astreintes”, uma vez que os regimes de disponibilidade iniciais realizavam-se frequentemente nas próprias instalações da empresa e, depois, em casa com o telefone fixo; todavia, com o surgimento dos telemóveis, foi conferida aos trabalhadores “uma liberdade de movimentos impensável há vinte anos”.

efetivo^{65/66}, sem daqui decorrer a inclusão de períodos em que a “prestação” do trabalhador seja, em si mesmo, a disponibilidade para responder à chamada⁶⁷. Nas palavras de NUNES DE CARVALHO,

⁶⁵ Assim, refere PEDRO ROMANO MARTINEZ et al., *Código do Trabalho anotado*, 3.^a ed., Coimbra, 2004, p. 320, que, com a entrada em vigor do então artigo 155.º do CT de 2003, “deixam de fazer sentido as distinções entre tempo de trabalho «propriamente dito», «efectivo» ou «real», por um lado, e tempo «equiparado ao tempo de trabalho propriamente dito». Todas as situações jurídicas subsumíveis às previsões deste preceito e do seguinte constituem tempo de prestação relevante, independentemente de o trabalhador se encontrar, ou não, a realizar a prestação para que foi contratado. Deste modo, são também de trabalho os momentos em que o trabalhador se mostra disponível para oferecer a sua prestação, disponibilidade aproveitada pelo empregador, por qualquer causa”. Veja-se também ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Duração e organização do tempo de trabalho no Código do Trabalho*, in *VI Congresso Nacional de Direito do Trabalho - Memórias*, ed. ANTÓNIO MOREIRA, Coimbra, 2004, pp. 98 e ss, referindo que na noção prevista no artigo 155.º do CT de 2003 “fez-se equivaler a noção de tempo de trabalho a prestação efectiva de trabalho”. Referindo que o conceito de tempo de trabalho subjacente ao n.º 1 do artigo 197.º do CT é um conceito técnico-jurídico que não coincide com o conceito naturalístico de tempo de trabalho, ver tb. JOÃO LEAL AMADO, *Contrato de Trabalho - Noções básicas*, 4.^a ed., Coimbra, 2022, p. 258, n. 234.

⁶⁶ Em sentido distinto, PAULA QUINTAS/HELDER QUINTAS, *Código do Trabalho - Anotada e Comentada*, Coimbra, 2003, pp. 370-371, considerando que, face aos artigos 155.º e 156.º do CT, “parece concluir-se então pela *efectividade* como critério delimitador do período de trabalho”, sendo que “a determinação do trabalho efetivo está dependente do conceito de efectividade da prestação, que incluirá o próprio tempo em que o trabalhador não presta serviço, mas mantém a disponibilidade, nos termos do elenco do art. 156.º” (que, recorde-se, versava sobre as “interrupções e intervalos”).

⁶⁷ JÚLIO GOMES, *Direito do Trabalho*, I, cit., 2007, pp. 660-661, considerando que “na esteira das posições assumidas pelo Tribunal de Justiça parece que o tempo em que o trabalhador permanece acessível ou disponível, mas fora do seu local de trabalho ou do local controlado pelo empregador - por exemplo no próprio domicílio do trabalhador - dificilmente poderá ser considerado tempo de trabalho”. Considerando que “não são havidos como tempo de trabalho os períodos de acessibilidade, de localização ou de prevenção, em que embora contactável a todo o momento, o trabalhador não é obrigado pelo empregador a permanecer num local determinado, LUÍS MIGUEL MONTEIRO em PEDRO ROMANO MARTINEZ et al., *Código do Trabalho anotado*, 13.^a ed., Coimbra, 2020, p. 500. Assim, ver tb. ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, cit., 2023, p. 395, entendendo que a qualificação juridicamente devida aos tempos em que o trabalhador permanece em prevenção deve ser efetuada de harmonia com a definição constante do artigo 197.º do CT: “se o tempo de «prevenção» for qualificável como tempo de trabalho - o que, em regra, dependerá do facto de o trabalhador permanecer no local de trabalho ou em local indicado pelo empregador -, será elemento da retribuição”. Em sentido próximo, PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, 11.^a ed., Coimbra, 2023, p. 535, n. 1113, depois de referir que basta a disponibilidade do tra-

“apenas se introduziu uma pequena alteração no enunciado da noção de tempo de trabalho, substituindo o que se poderia entender como aceno à chamada teoria da disponibilidade por um termo neutro, sem que, em termos substanciais, tenha havido inflexão relevante”⁶⁸.

Como vimos *supra*, a conceção produtivista do tempo de trabalho teve um «ressurgimento» com a Lei n.º 21/96, da qual resultava (e que requereu as correções interpretativas mencionadas) que “tempo de trabalho é apenas aquele que é expressamente dedicado a atividades produtivas: é só o tempo de trabalho efectivo (...) tempo de trabalho já não serão todas as horas, minutos e segundos em que o trabalhador está à disposição do empregador”⁶⁹. Por sua vez, conforme revelam os debates parlamentares em torno da Proposta de

balhador para prestar a atividade, nota que “daí que, em certos períodos de inexistência de trabalho, mas em que o trabalhador aguarda uma chamada para realizar certa tarefa, estando, portanto, disponível para trabalhar, *dependendo das circunstâncias em que essa disponibilidade subsiste*, possam ser considerados tempos de trabalho” (itálico nosso).

⁶⁸ ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Duração e organização do tempo de trabalho no Código do Trabalho*, cit., 2004, p. 99.

⁶⁹ Cfr. Deputada ODETE SANTOS (PCP), relativamente à proposta de Lei n.º 14/VII/1, *Diário da Assembleia República, Série I - número 72, VII Legislatura, Sessão Legislativa 01, 18 de Maio de 1996*, p. 2335. Note-se que o PCP apresentou um requerimento sobre a admissibilidade desta proposta de Lei (*Diário da Assembleia República, Série II-A - número 27, VII Legislatura, Sessão Legislativa 01, 7 de Março de 1996*, pp. 474 e ss), no qual se defende a inconstitucionalidade da adoção de um conceito de trabalho efetivo, com a seguinte fundamentação: “O conceito de trabalho pode ser encarado sob o ponto de vista empresarial, sob o ponto de vista da relação assalariado/empregador e ainda sob o ponto de vista individual do trabalhador. Sob o ponto de vista empresarial, é tempo de trabalho aquele que expressamente é dedicado a actividades produtivas. Assim, não será, nesta óptica, tempo de trabalho aquele em que, embora à disposição do empregador, na empresa ou mesmo em casa, o trabalhador não produza riqueza. Sob o ponto de vista assalariado/empregador, é tempo de trabalho todo aquele em que o trabalhador está à disposição do empregador, no local de trabalho ou mesmo em casa, ainda que esse tempo não seja dedicado à produção. Sob o ponto de vista individual do trabalhador, é tempo de trabalho todo aquele que não pode ser utilizado por ele para a sua vida pessoal, por via da sua actividade profissional. Neste sentido, é utilizado para o conceito de acidentes de trabalho *in itinere*”, considerando que o artigo 59.º da CRP “ao acentuar, relativamente ao tempo de trabalho, o direito à realização pessoal dos trabalhadores, e o direito ao repouso e aos lazeres, assimilou

Lei n.º 156/VII, que transpõe para a ordem jurídica interna a Diretiva n.º 93/104/CE, a Lei n.º 73/98 foi desenhada tendo especialmente prementes os problemas suscitados pela Lei n.º 21/96 em torno do conceito de “trabalho efetivo”⁷⁰, sendo que a Lei n.º 73/98 coexistiu com a Lei n.º 21/96, até serem ambas revogadas com a entrada em vigor do Código do Trabalho de 2003 - nas expressivas palavras de MENDES BAPTISTA, a Lei n.º 73/98 “atirou *achas para a fogueira* do conceito de trabalho efectivo”⁷¹ (recorde-se que, devido à deficiente

o conceito de trabalho encarado do ponto de vista individual do trabalhador, não sendo, por isso, possível ao legislador ordinário introduzir na lei um conceito de trabalho do ponto de vista estritamente empresarial” (itálico no original). Este requerimento não foi acompanhado pela Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias (*Diário da Assembleia República, Série II-A - número 28, VII Legislatura, Sessão Legislativa 01, 16 de Março de 1996*, pp. 488 e ss), considerando que “Para esta distinção não apresentam apoio na lei, nem doutrinário, concluindo, no entanto, que o diploma em causa introduziria um conceito empresarial de trabalho contrário ao da Constituição que, no seu entender, consagra a «perspectiva individual» do trabalho. A conclusão dos recorrentes neste ponto parece-nos inconsistente, pois não só resulta de uma aglutinação e de uma interpretação duvidosas das diversas normas do artigo 59.º, carecendo de apoio doutrinário, como, em qualquer caso, o legislador tem de aderir às soluções materiais impostas pela lei e não a uma conceitualização da mesma. A conclusão dos recorrentes poderia levar, por absurdo, a que a imposição constitucional de um limite ao horário de trabalho pudesse compreender, por exemplo, o tempo de deslocação de um trabalhador entre a sua residência e o trabalho”.

⁷⁰ Cfr. Deputado ANTÓNIO RODRIGUES (PSD), referindo que “o principal objetivo da proposta de lei não é regular matéria de higiene e segurança no trabalho. A pretexto de um acto de transposição, enxertam-se normas para o Governo resolver as suas contradições e sobressaltos derivados das várias interpretações surgidas com a Lei n.º 21/96. (...) A Lei n.º 21/96 integra duas questões chave ainda por resolver, que constituem, e provavelmente vão continuar a constituir, o ponto da discórdia: a introdução do conceito de «trabalho efectivo», inexistente até então no nosso ordenamento *jus laboris* e, derivado daqui, a definição de quais as interrupções de trabalho que integram aquele conceito” (*Diário da Assembleia República, Série I - número 55, VII Legislatura, Sessão Legislativa 03, 2 de abril de 1998*, p. 1860).

⁷¹ ALBINO MENDES BAPTISTA, *Tempo de trabalho efectivo, tempos de pausa e tempo de «terceiro tipo»*, cit., 2002, p. 31 (no mesmo sentido, do mesmo Autor, “Diálogo Social”, cit., 1999, p. 204; e, ainda, *Tempos de Trabalho e de Não Trabalho*, cit., 2003, pp. 178-179).

tradução das Diretivas 93/104/CE e 2003/88/CE, a Lei n.º 73/98 continha - de modo que mantinha a “tradição”, unanimemente censurada⁷², da Lei n.º 21/96 - critérios a que subjazia a efetividade de funções⁷³).

Pelo exposto, tendo em conta o contexto em que surge transposta, para o direito nacional, a noção de tempo de trabalho e a necessidade de se distanciar, definitivamente, das dúvidas suscitadas sobre o conceito de *trabalho efetivo* e a sua relação com outros tempos de trabalho⁷⁴, é nosso entendimento que o Código do Trabalho de 2003 não pretendeu assumir uma noção própria de tempo de trabalho distinta da prevista na Diretiva 2003/88/CE, mas tão só reconhecer - como já era longamente reconhecido no ordenamento nacional - que o tempo de trabalho não corresponde apenas ao momento em que o trabalhador realiza efetivamente a sua prestação, mas abrange também certos períodos em que está adstrito à sua realização; ou seja, que o tempo de trabalho não é um conceito naturalístico⁷⁵, mas antes normativo.

⁷² Referia o Provedor de Justiça JOSÉ MENERES PIMENTEL, número: 50/A/99, processo: 5618/96, de 31 de maio de 1999, que “o único ponto onde existiu unanimidade, quanto ao texto da Lei n.º 21/96, foi no reconhecimento de que o mesmo apresentava uma redacção deficiente, problemática, confusa e obscura, justificando-se, como oportunamente defendi, a sua interpretação autêntica” (entendimento já constante da Recomendação do Provedor, número: 4/B/97, processo: 5618/96, de 24 de fevereiro de 1997).

⁷³ LUIS MIGUEL MONTEIRO, *Algumas questões sobre a Organização do Tempo de Trabalho*, Revista de Direito e de Estudos Sociais, 2000, 3-4 (ano XLI), pp. 280-281, afirmava que a Lei n.º 73/98 tinha desenvolvido substancialmente a noção de tempo de trabalho efetivo - presente na Lei n.º 21/96, “nalguns casos rectificando-a, através da enumeração das situações de interrupção da actividade, de não trabalho, equiparadas, para todos os efeitos, ao tempo de trabalho”.

⁷⁴ Note-se que, embora suprimido do Código do Trabalho, ainda assim se continuou a sustentar a necessidade da sua introdução e operacionalização (cfr. *Posição comum das Confederações Patronais sobre o quadro de revisão do Código do Trabalho e sua Regulamentação*, cit., 2007, p. 68).

⁷⁵ Como parece sugerir a noção de trabalho efetivo (FRANCISCO LIBERAL FERNANDES, O

Os períodos de mera disponibilidade que viriam a assumir destaque na discussão sobre as fronteiras do tempo de trabalho não estavam presentes no desiderato legislativo como resulta ainda dos seguintes aspetos: no Relatório da Comissão do Livro Branco das Relações Laborais, equaciona-se a incorporação na lei do conceito de “período inactivo de tempo de permanência” no local de trabalho “tendencialmente adquirido no âmbito do processo de revisão da Directiva 2003/88/CE, a partir do momento em que se conclua a adopção da nova Directiva”⁷⁶, sendo que os pareceres dos Parceiros Sociais com assento no Conselho Económico e Social não apontaram para a sua inclusão, desde já, no artigo 155.º do CT de 2003⁷⁷. Na medida

Trabalho e o Tempo: Comentário ao Código do Trabalho, RED-Revista Eletrónica de Direito, 2018, p. 85, refere, a propósito da primeira parte do atual artigo 197.º do CT, que “a determinação do tempo de trabalho efectivo não apresenta dificuldades do ponto de vista jurídico, dada a correspondência que se verifica entre o conceito legal e a realidade empírica”), muito embora - como vimos *supra* - a noção presente na legislação anterior não fosse inteiramente naturalística (do mesmo Autor, *Tempo de trabalho e tempo de descanso*, in *Estudos da Apodit 4 - Tempos de trabalho e não trabalho*, ed. MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO/TERESA COELHO MOREIRA, Lisboa, 2018, p. 15). Veja-se também MILENA SILVA ROUXINOL/JOANA NUNES VICENTE, *Duração e organização do tempo de trabalho*, cit., 2023, pp. 805, que consideram que, muito embora o n.º 1 do artigo 197.º do CT adote um critério jurídico, no segmento em que se refere ao “período durante o qual o trabalhador exerce a actividade”, “parece referir-se àquele domínio em que os períodos considerados, no plano jurídico, como de trabalho, o são também fáctica ou naturalisticamente (...) é de trabalho o período durante o qual o trabalhador está a trabalhar” (itálico nosso).

⁷⁶ Relatório da Comissão do Livro Branco das Relações Laborais, cit., 2007, p. 23.

⁷⁷ Parecer da UGT sobre o Relatório do Progresso da Comissão do Livro Branco das Relações Laborais, cit., 2007, p. 92: “A incorporação do «período inactivo de tempo de permanência» no local de trabalho é um problema que se encontra já resolvido pela negociação colectiva, não suscitando qualquer problemática. O que aqui está realmente em causa é resolver a questão do período de inactividade fora do local de trabalho, conforme acontece em várias ocupações (médicos, seguranças, pessoal de apoio a serviços instrumentais como o informático), o qual a Comissão não aborda e face ao qual não se nos afigura adequado e pertinente estar na dependência da adopção ou não de uma nova Directiva”; por sua vez, o Parecer da CGTP-IN sobre o “Relatório de Progresso” da Comissão do Livro Branco das Relações Laborais, cit., 2007, pp. 47-48, apenas se pronunciava a propósito desta proposta da Comissão para assinalar a “ânsia flexibilizadora” revelada pela manifestação de vontade em incluir normas que

em que o legislador do Código de Trabalho de 2009 “não cuidou de resolver o problema da qualificação dos chamados «tempos de disponibilidade»”⁷⁸, referia-se no Livro Verde das Relações Laborais que “A ausência ou, pelo menos, a insuficiência de dispositivos legais adequados a regular estas situações tem estado na origem da criação dos regimes de prevenção ou disponibilidade pelas convenções coletivas”⁷⁹.

Adicionalmente, refira-se ainda que, até muito recentemente, fora, de modo consistente, sustentado na jurisprudência que o tempo de prevenção não deveria ser contabilizado como tempo de trabalho⁸⁰, sem que se tenha verificado uma intervenção legislativa para

ainda não foram aprovadas.

⁷⁸ ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Notas sobre o regime do tempo de trabalho na revisão do Código do Trabalho*, in *Código do trabalho: a revisão de 2009*, ed. PAULO MORGADO DE CARVALHO, Coimbra, 2011, p. 337, com notas sobre as alterações de redação entre o CT2003 e o artigo 197.º do CT2009 nas pp. 334 e ss.

⁷⁹ *Livro Verde sobre as Relações Laborais*, cit., 2016, pp. 343-344.

⁸⁰ Em sentido diverso enveredou a jurisprudência da Relação do Porto, sendo, todavia, de sublinhar que estavam em causa litígios sobre a qualificação do subsídio de prevenção como retribuição - assim, cfr. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, processo n.º 364/14.9TTOAZ.P1 (EDUARDO PETERSEN SILVA), de 12/16/2015 (com dois votos de vencido): “o trabalhador que está de prevenção não está a trabalhar. Porém, o essencial da colocação da sua força de trabalho à ordem de outrem, núcleo da obrigação contratual laboral, o que determina é que o trabalhador perde a livre disponibilidade do seu tempo para a vida pessoal, para todas as opções que pudesse nesta tomar. (...) o tempo de prevenção é tempo de trabalho (...) e como tal o seu pagamento, pela via do abono, é um pagamento do modo específico adstrição ao trabalho”. No mesmo sentido, Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, processo n.º 1116/14.1T8PNF.P1 (PAULA MARIA ROBERTO), de 02/15/2016, com voto de vencido da Relatora no qual afirma que, não obstante durante o tempo prevenção o trabalhador não poder dispor livremente do seu tempo, “encontra-se em tempo de repouso e é este tempo que é remunerado com o respetivo abono de prevenção”; também com voto de vencido do Relator, cfr. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, processo n.º 84/16.0T8PNF.P1 (JERÓNIMO FREITAS), de 02/13/2017. Abandonando a qualificação do tempo de prevenção como tempo de trabalho, da mesma relação, vd. Processo n.º 3126/16.5T8PNF.P1 (RITA ROMEIRA), de 09/10/2018, nos termos do qual o subsídio de prevenção visa “ainda mitigar os incómodos ou transtornos para a vida pessoal do trabalhador que resultam dessa situação, não se reportando à disponibilidade do trabalhador durante o tempo de trabalho”.

“corrigir” tal interpretação. De acordo com o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, processo n.º 08S0930 (SOUSA GRANDÃO), de 11/19/2008, importaria, pois, distinguir entre situações de *disponibilidade* e de *acessibilidade*: “se o trabalhador permanece no seu local de trabalho e se encontra disponível para trabalhar, esse período de tempo deve considerar-se como tempo de trabalho; se o trabalhador permanece disponível ou acessível para trabalhar, mas fora do seu local de trabalho ou do local controlado pelo empregador (por exemplo, no seu domicílio), esse período de tempo deve considerar-se como tempo de repouso”⁸¹.

Quanto ao elemento literal da interpretação, resulta do n.º 1 do artigo 197.º do CT que se considera tempo de trabalho qualquer período durante o qual o trabalhador *exerce a actividade* ou *permanece adstrito à realização da prestação*. É em parte com base na literalidade do preceito que se tem sustentado que a norma admitiria a qualificação como tempo de trabalho dos tempos em que o trabalhador se encontra em regime de disponibilidade em sentido lato, na medida em que, de acordo com o segundo critério presente nesta

⁸¹ No mesmo sentido, cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, processo n.º 2066/15.0T8PNF.P1.S1 (RIBEIRO CARDOSO), de 01/09/2019 (“Não estando o trabalhador, condutor de reboques, obrigado a permanecer nas instalações da empregadora, mas apenas contactável 24 horas por dia e disponível para efetuar os serviços de reboque sempre que fosse necessário, apenas os períodos em que efetivamente realizou estes serviços devem ser considerados tempo de trabalho”); Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, processo n.º JSTJ000 (FERNANDES CADILHA), de 02/23/2005 (“Encontrando-se um trabalhador em regime de disponibilidade permanente para prestar serviços de clínica veterinária, em certos dias de descanso semanal e complementar, só o tempo de serviço efectivamente prestado nessas funções é que é remunerado como trabalho suplementar”). Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, processo n.º 715/13.3TTVFX.L1-4 (ISABEL TAPADINHAS), de 12/17/2014; Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, processo n.º 1794/16.7T8FIG.C1 (JORGE MANUEL LOUREIRO), de 03/29/2019; Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, processo n.º 652/13.1TTFAR.E1 (CHAMBEL MOURISCO), de 09/07/2016.

disposição, “há disponibilidade para o trabalho quando subsiste na íntegra o dever de trabalhar e, portanto, sempre que se mantém a obrigação de o trabalhador se conformar com as ordens emanadas da entidade patronal, como sucede, por exemplo, nos regimes de prevenção ou à chamada (*on call* ou *on standby*)”⁸².

Importa desde logo referir que a literalidade do artigo não é inequívoca no sentido de determinar a inclusão dos tempos de prevenção - em primeiro lugar, porque estar *adstrito* à realização da prestação não é, rigorosamente, o mesmo que estar *disponível* para a realização da prestação⁸³ (recorde-se, a esse propósito, a proposta -

⁸² FRANCISCO LIBERAL FERNANDES, *O Trabalho e o Tempo: Comentário ao Código do Trabalho*, cit., 2018, p. 85 (do mesmo Autor, *Tempo de trabalho e tempo de descanso*, cit., 2018, p. 15, e, ainda, “Um breve olhar sobre a Directiva n.º 2003/88/CE, relativa à organização do tempo de trabalho, PDT, 2012, 93, pp. 118-119). Também neste sentido, RENATA MELO ESTEVES, *Tempo de trabalho, de repouso e de disponibilidade: o particular caso dos trabalhadores móveis rodoviários*, *Questões Laborais*, 2022, 61, p. 83, n. 15, concluindo que “o reconhecimento do tempo de disponibilidade como tempo de trabalho não pressupõe a presença física do trabalhador no seu local de trabalho” (ver tb. pp. 83 e ss); LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito do Trabalho*, 8.ª ed., 2023, p. 307, referindo que “a adstrição à realização da prestação corresponde à simples disponibilidade para trabalhar, bastando assim para ser qualificado como tempo de trabalho que o trabalhador esteja à disposição do empregador, respondendo às suas solicitações, podendo inclusivamente estar ausente do local de trabalho, desde que se mantenha acessível e de prevenção”; JOÃO ZENHA MARTINS, *Tempo de trabalho e tempo de repouso: qualificação e delimitação de conceitos*, cit., 2018, pp. 46 e ss, entendendo que “o pressuposto de adstrição à realização da prestação que o CT utiliza em alternativa ao exercício da actividade abrangerá as situações em que o trabalhador está em local à sua escolha (v.g. domicílio), mas de sobreaviso para acorrer a uma prestação determinada pelo empregador, ficando, para o efeito, obrigado a estar contactável a qualquer momento”, mencionando ainda a relevância da Carta Social Europeia (pp. 48 e ss). CATARINA DE OLIVEIRA CARVALHO, *Reflexões sobre o conceito de tempo de trabalho no direito europeu e respetiva articulação com o direito nacional*, cit., 2017, pp. 308 e ss, aludindo também à Carta Social Europeia; também articulando o elemento literal com a Carta Social Europeia, MILENA SILVA ROUXINOL/JOANA NUNES VICENTE, *Duração e organização do tempo de trabalho*, cit., 2023, pp. 810-811.

⁸³ MARIA LUÍSA TEIXEIRA ALVES, *As fronteiras do tempo de trabalho*, cit., 2011, pp. 216-218, começa por referir, relativamente ao tempo de prevenção, que “em resposta à questão de saber se se trata de tempo de trabalho, parece-nos que o tempo de «espera» pela eventual intervenção não pode ser considerado, para efeitos do artigo 197.º do CT, período durante o qual o trabalhador «permanece adstrito à realização

rejeitada - do Bloco de Esquerda no sentido da modificação do artigo 151.º da proposta de lei n.º 29/IX, a que correspondeu o artigo 155.º do CT de 2003⁸⁴): na verdade, “a ideia de «adstrição» envolve conotações de constrangimento ou limitação da liberdade pessoal que não são essenciais na «disponibilidade»”⁸⁵.

Parece-nos que o preciso alcance da letra desta disposição deve ter em conta as diferentes “categorias” de situações elencadas pelo

da prestação», uma vez que o trabalhador, embora com algumas limitações (tem de estar contactável e acessível), tem liberdade para decidir o que faz nesse período. Trata-se de um tempo que é seu pode geri-lo como bem entender, dedicando-se a descansar ou utilizá-lo de acordo com os seus próprios interesses”. A Autora, depois de considerar que tempo de prevenção também não é um verdadeiro tempo de descanso, pelo que “se deveria preservar a duração mínima de repouso diário de 11 horas consecutivas”, conclui que “o período em que o trabalhador está à disposição do empregador, em cumprimento das suas ordens e orientações, em regime de localização deve ser considerado tempo de trabalho efetivo” (ver tb., p. 249). Também sobre a existência de uma distinção entre estar adstrito e estar disponível, MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *Breves notas críticas sobre a evolução de alguns aspectos do regime da duração e organização do tempo de trabalho*, cit., 2006, p. 223, mais acrescentando que “pode ser difícil concretizar em que consiste estar adstrito à realização de uma prestação”. Por outro lado, ALBERTO DE SÁ E MELLO, *Modelos de Organização do Tempo de Trabalho*, in *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, I, ed. PEDRO ROMANO MARTINEZ, Coimbra, 2001, p. 329, n. 17, assinala que, em certos casos, pode haver “vinculação para prestar a actividade laboral” sem “disponibilidade”, dando como exemplo as pausas impostas por motivos de saúde e segurança, referindo que nestes casos o trabalhador “não deve, e eventualmente nem sequer pode licitamente, trabalhar, pelo que, certamente e em qualquer dos casos, não está «disponível» para realizar a prestação a que se vinculou”. Contra, FRANCISCO LIBERAL FERNANDES, *Sobre o conceito de tempo de trabalho no Código do Trabalho*, cit., 2006, pp. 136-137, considera que o trabalhador *permanece adstrito* à realização da prestação “quando não desfruta de um estatuto (legal ou convencional) de indisponibilidade para trabalhar (...) há disponibilidade para o trabalho sempre que, a todo o tempo, se mantém a obrigação de aquele se conformar com as ordens que sejam emanadas da entidade patronal”.

⁸⁴ Em especial, o artigo 151.º da Proposta de lei foi objecto de uma proposta de substituição, apresentada pelo Grupo Parlamentar do BE, “no sentido de incluir na definição do conceito de tempo de trabalho o período durante o qual o trabalhador se encontra à disposição da entidade empregadora, substituindo-se assim a expressão utilizada na PPL para designar o período em que o trabalhador está adstrito à realização da prestação” (cfr. *Diário da Assembleia República, Série II-A - n.º 85, IX Legislatura, Sessão Legislativa 01, 9 de abril de 2003*, p. 63).

⁸⁵ ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, cit., 2023, p. 131, n. 5.

artigo 197.º do CT⁸⁶, o que sempre pressuporá que primeiramente se clarifique a articulação entre o n.º 1 e o n.º 2 do artigo 197.º do CT. À primeira vista, o nosso Código do Trabalho aparenta tratar as situações previstas no n.º 2 do artigo 197.º como *desvios* ao critério geral previsto no n.º 1 e não como suas *concretizações*: isso mesmo se poderia extrair do facto de as situações indicadas no n.º 2 do artigo 197.º do CT serem apresentadas como «*interrupções e intervalos*», sugerindo que nestes períodos se verifica uma rotura no tempo de trabalho (ou seja, que estaríamos a falar de situações que, pelo n.º 1 do artigo 197.º do CT, não seriam integradas na noção de tempo de trabalho).

Todavia, como a doutrina assinala, algumas destas interrupções parecem já suscetíveis de enquadramento na noção de tempo de trabalho⁸⁷. Aliás, isso mesmo parece corroborado pela análise da discussão na generalidade da Proposta de Lei n.º 156/VII, que transpõe

⁸⁶ Assim, refere LUÍS MIGUEL MONTEIRO em PEDRO ROMANO MARTINEZ et al., *Código do Trabalho anotado*, cit., 2020, p. 500, que “o conceito de tempo de trabalho é construído pela combinação de três critérios: o do tempo em que efetivamente se realiza a prestação, o da disponibilidade para o efeito e o da interrupção da prestação normativamente assimilada às anteriores”.

⁸⁷ LUÍS MIGUEL MONTEIRO (*Código do Trabalho anotado*, cit., 2004, p. 321), considera que o caso da alínea d) do então artigo 156.º do CT de 2003 já era subsumível ao critério de disponibilidade subjacente à noção de tempo de trabalho prevista no artigo 155.º do CT de 2003 (no mesmo sentido, JÚLIO GOMES, *Direito do Trabalho*, I, cit., 2007, p. 664). Também neste sentido, ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, cit., 2023, pp. 524, n. 4, referindo que, para efeitos da alínea d) do n.º 2 do artigo 197.º do CT importa que o trabalhador esteja disponível “no sentido de que está obrigado a corresponder positivamente às solicitações que lhe sejam dirigidas. O art. 197.º CT oferece, para exprimir esta ideia, a expressão «está adstrito a»”, entendimento que o Autor reforça na *op. cit.*, p. 484, referindo que as alíneas c) e d) “implicam, ou podem implicar, um estado de disponibilidade e de «adstricção» tão marcado como o que se visa na definição geral de tempo de trabalho”. Ver tb. ALBINO MENDES BAPTISTA, *Tempos de Trabalho e de Não Trabalho*, cit., 2003, p. 179, referindo que «nalgumas» das alíneas então incluídas na Lei n.º 73/98 “o trabalhador não está a trabalhar e/ou à disposição do empregador”; adicionalmente, vd. FRANCISCO LIBERAL FERNANDES, *O Trabalho e o Tempo: Comentário ao Código do Trabalho*, cit., 2018, p. 92, referindo

para a ordem jurídica interna a Diretiva n.º 93/104/CE, e que previa já o tratamento autónomo da noção de tempo de trabalho (que resultava da obrigação de transposição da Diretiva) e de algumas interrupções consideradas tempo de trabalho (cuja inclusão visava clarificar dúvidas suscitadas pela Lei n.º 21/96)⁸⁸. Atente-se, pois, em cada uma das alíneas:

- (i) interrupção de trabalho como tal considerada em instrumento de regulamentação coletiva de trabalho, em regulamento interno de empresa ou resultante de uso da empresa (alínea a));
- (ii) interrupção ocasional do período de trabalho diário inerente à satisfação de necessidades pessoais inadiáveis do trabalhador ou resultante de consentimento do empregador (alínea b))
 - esta norma abrange dois tipos de situações, sendo que, no primeiro caso, estão em causa, desde logo, necessidades fisiológicas do trabalhador⁸⁹.

que “Na situação prevista na alínea d), o período de inactividade é um tempo de disponibilidade para o trabalho, pelo que é subsumível na noção de tempo de trabalho do art. 197º, n.º 1”.

⁸⁸ Cfr. Intervenção do Secretário de Estado da Segurança Social e das Relações Laborais, RIBEIRO MENDES, *Diário da Assembleia República, Série I - número 55, VII Legislatura, Sessão Legislativa 03, 2 de abril de 1998*, pp. 1857-1858, referindo que “por outro lado, considerando que a Directiva adopta, ela própria, uma definição, considerou-se oportuno promover o esclarecimento de algumas dúvidas manifestadas a propósito da noção de tempo de trabalho, pelo que o n.º 2 do artigo 2.º esclarece que determinadas interrupções são consideradas tempo de trabalho”. A este propósito, refere também ALBERTO DE SÁ E MELLO, *Modelos de Organização do Tempo de Trabalho*, cit., 2001, pp. 322-323, n. 10, que a enumeração de pausas prevista na Lei n.º 78/93 “é sobretudo destinada a desfazer equívocos gerados com normas da Lei 21/96”.

⁸⁹ Abrangendo também os casos em que o trabalhador atende um telefonema para saber da saúde de um filho, PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, cit., 2023, p. 561. Adicionalmente, referindo-se às pausas para fumar um cigarro (MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho*, Parte II, cit., 2023, p. 468).

(iii) A interrupção de trabalho por motivos técnicos, nomeadamente limpeza, manutenção ou afinação de equipamento, mudança de programa de produção, carga ou descarga de mercadorias, falta de matéria-prima ou energia, ou por fator climático que afete a atividade da empresa, ou por motivos económicos, designadamente quebra de encomendas (alínea c)) - tratam-se de situações em que “o trabalhador, ao interromper a sua actividade, continua na disponibilidade do empregador, só não exercendo a sua função profissional (ou outra) porque o empregador não lhe assegura ocupação efectiva”⁹⁰.

(iv) O intervalo para refeição em que o trabalhador tenha de permanecer no espaço habitual de trabalho ou próximo dele, para poder ser chamado a prestar trabalho normal em caso de necessidade ((alínea d)) - na redação que resultava do artigo 156.º do CT de 2003, acrescentava-se ainda que, durante o intervalo para refeição, o trabalhador se mantivesse “adstrito à realização da prestação”⁹¹. Este preceito surge especialmente vocacionado para os casos de atividades de laboração contínua, em que, durante o intervalo de descanso, o trabalhador “abandona o seu posto de trabalho, mas sem que esse

⁹⁰ AMADEU DIAS, *Redução do Tempo de Trabalho, Adaptabilidade do Horário e Polivalência Funcional*, cit., 1997, pp. 23-24, referindo ainda que se tratam de situações em que “quando o trabalhador interrompe a sua actividade, tal não se deve a facto que lhe respeite ou que seja do seu interesse, mas antes a facto que respeita ao empregador, por escolha do equipamento ou do processo, ou por outro motivo”; em sentido próximo, ALBINO MENDES BAPTISTA, *Tempos de Trabalho e de Não Trabalho*, cit., 2003, p. 186.

⁹¹ Considerando que esta alteração não alterou o sentido da alínea d), LUÍS MIGUEL MONTEIRO em PEDRO ROMANO MARTINEZ et al., *Código do Trabalho anotado*, cit., 2020, p. 502.

abandono conduza a paragem do mesmo posto de trabalho ou à substituição do trabalhador”, pelo que o trabalhador estará “obrigado a tomar a refeição nas instalações da empresa e a manter-se disponível para acorrer a alguma anomalia mais complexa que, durante a refeição, não possa ser resolvida pelos companheiros”⁹².

(v) A interrupção ou pausa no período de trabalho imposta por normas de segurança e saúde no trabalho (alínea e)) - na redação que resultava do artigo 156.º do CT de 2003, acrescentava-se ainda as interrupções ou pausas impostas por normas de higiene⁹³.

Atentando nestas alíneas, merece especial destaque o disposto na alínea d) do n.º 2 do artigo 197.º do CT, nos termos do qual se considera tempo de trabalho o “intervalo para refeição em que o trabalhador tenha de permanecer no espaço habitual de trabalho ou próximo dele, para poder ser chamado a prestar trabalho normal em caso de necessidade” - esta disposição corresponde, precisamente, à regulação de uma situação de *disponibilidade* do trabalhador para realizar a sua atividade, muito embora não se esteja perante tempo de trabalho (necessariamente) produtivo⁹⁴.

⁹² AMADEU DIAS, *Redução do Tempo de Trabalho, Adaptabilidade do Horário e Polivalência Funcional*, cit., 1997, pp. 24 e ss.

⁹³ Continuando a inclui-las, MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho*, Parte II, cit., 2023, p. 468-469; ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, cit., 2023, pp. 525, n. 5; PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, cit., 2023, p. 561.

⁹⁴ Com esta justificação, face ao Direito Francês que, recorde-se, determina que se considerem tempo de trabalho os períodos de pausa ou refeição que preencham os requisitos do artigo L. 3121-1 do *Code du Travail* (i.e., que o trabalhador esteja à disposição da entidade patronal e cumpre as suas instruções, sem ter liberdade para prosseguir os seus interesses pessoais), cfr. PASCAL LOKIEC, *Droit du Travail*, cit., 2022,

Por um lado, pode sustentar-se que, caso o n.º 1 do artigo 197.º do CT, ao referir-se ao período em que o trabalhador “permanece adstrito à realização da prestação”, pretendesse incluir todas as formas de disponibilidade, a alínea d) do seu n.º 2 perderia a sua utilidade, pois estaria a qualificar como tempo de trabalho um período que já seria considerado tempo de trabalho nos termos do n.º 1 - dito de outro modo, através do n.º 2 do artigo 197.º do CT o legislador teria dito *menos* do que aquilo que afirmou através do seu n.º 1, pois o critério subjacente à alínea d) do n.º 2 do artigo 197.º do CT seria mais exigente (pois requer que o trabalhador permaneça no espaço habitual de trabalho ou próximo dele) do que o critério resultante da cláusula geral do n.º 1 do mesmo artigo⁹⁵ (que se bastaria com toda e qualquer disponibilidade). Por outro lado, poderia dizer-se que, tratando-se de uma norma que veio explicitar questões suscitadas pela legislação anterior, não se deveria sobrevalorizar a sua relação com o n.º 1 do artigo 197.º do CT, pois a *ratio* da sua inclusão tem uma origem anterior à formulação da noção de tempo de trabalho presente no n.º 1.

Da nossa parte, diríamos que a alínea d) do n.º 2 do artigo 197.º do CT - embora tenha um sentido útil muito limitado (se algum) na interpretação do n.º 1 do mesmo artigo - ao prever, como condição

p. 452, que entende que constitui tempo de trabalho efetivo a pausa para refeição do trabalhador que, “devido à natureza específica da sua função (garantir a segurança num aeroporto), não pode abandonar o seu posto de trabalho enquanto toma a refeição ou deve estar pronto a intervir em caso de emergência”.

⁹⁵ LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito do Trabalho*, cit., 2023, p. 307, n. 416, sustenta interpretação diversa, considerando que a alínea d) do n.º 1 do artigo 197.º confirma o entendimento segundo o qual, de modo geral, o tempo de disponibilidade é tempo de disponibilidade, “na medida em que o simples facto de o trabalhador poder ser chamado a prestar trabalho normal em caso de necessidade durante os intervalos para refeição basta para que estes sejam qualificados como tempo de trabalho”.

para a qualificação como tempo de trabalho, que o trabalhador deva permanecer no espaço habitual de trabalho ou nas suas imediações, vem alinhar-se com o entendimento pugnado pelo TJUE aquando da entrada em vigor do Código do Trabalho, bem como com a jurisprudência nacional então já maioritária, nos termos da qual é tempo de trabalho o tempo de disponibilidade em que o trabalhador deva permanecer no local de trabalho e, clarifica esta norma, nos casos em que deva permanecer nas suas imediações.

Posto isto, atendendo ao surgimento do atual artigo 197.º do CT e à jurisprudência do TJUE sobre os tempos de prevenção e de permanência anterior ao Código do Trabalho de 2003, consideramos que a legislação nacional não adotou uma noção de tempo de trabalho que abranja toda e qualquer disponibilidade para o trabalho, mas apenas algumas formas de disponibilidade: importa reconhecer que nem toda a disponibilidade é igual, alguns trabalhadores estão mais disponíveis que outros⁹⁶. Nas palavras de ALBINO MENDES BAPTISTA, “nem toda a disponibilidade deve ser computada como tempo de trabalho, pois há trabalhadores que no seu domicílio ou noutro local têm de estar prontos para acudir a um chamamento patronal e, não obstante, só os tempos de efectiva interpelação da empresa devem

⁹⁶ Veja-se, entre outros, o Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, processo n.º 652/13.1TTFAR.E1 (CHAMBEL MOURISCO), de 09/07/2016, no qual se reconhece implicitamente diversos graus de «disponibilidade» (“o tempo de disponibilidade apenas se considera tempo de trabalho se o trabalhador tiver de se manter fisicamente presente no local de trabalho. Parece-nos que esta posição é a que mais se adequa ao disposto no art. 197º do CT quando procura definir tempo de trabalho, pois resulta do mesmo a exigência de que o trabalhador mesmo quando não está a exercer a atividade deve permanecer adstrito à realização da prestação, o que inculca uma disponibilidade total, não compatível com a realização de quaisquer outras atividades de carácter pessoal que tenham de ser desenvolvidas fora da órbita da empresa”).

ser computados como tempo de trabalho efectivo”⁹⁷. Não se acompanham, portanto, os entendimentos doutrinários que sustentam que o n.º 1 do artigo 197.º do CT estabeleceu igual tratamento ao tempo de trabalho e ao tempo de “mera disponibilidade” e, caso seja mantida a jurisprudência presente no Acórdão do TJUE, processo C-518/15 (*Ville de Nivelles v. Rudy Matzak*), de 21 de fevereiro de 2018, nos termos do qual o artigo 15.º da Diretiva 2003/88/CE não permite que os Estados-Membros mantenham ou adotem uma definição menos restritiva do conceito de «tempo de trabalho» que a enunciada no artigo 2.º dessa Diretiva, parece nem poder chegar-se a conclusão diversa.

Tendo chegado à conclusão que o tempo de trabalho previsto no n.º 1 do artigo 197.º do CT apenas abrange, de entre as diversas formas de disponibilidade, o tempo de permanência e os períodos em que, durante a prevenção, o trabalhador seja chamado a realizar a sua atividade, poderia, ainda assim, entender-se que o tempo de mera disponibilidade do trabalhador se deveria tratar como um “terceiro tempo”⁹⁸? A consagração desta solução tem sido sustentada, entre nós, por BAPTISTA MENDES⁹⁹, que muito embora reconheça que

⁹⁷ ALBINO MENDES BAPTISTA, *Tempos de Trabalho e de Não Trabalho*, cit., 2003, p. 183.

⁹⁸ Rejeitando a possibilidade considerar tempos de terceiro tipo, face ao regime do artigo 197.º do CT, FRANCISCO LIBERAL FERNANDES, *Tempo de trabalho e tempo de descanso*, cit., 2018, pp. 15-16; também rejeitando a possibilidade, JOÃO ZENHA MARTINS, *Tempo de trabalho e tempo de repouso: qualificação e delimitação de conceitos*, cit., 2018, pp. 34-35, entendendo que as disposições da Directiva 2003/88/CE, na medida em que estabelecem prescrições mínimas de segurança e de saúde em matéria de organização do tempo de trabalho, “sendo vinculativas, não convivem com uma categoria conceptual intermédia” (no mesmo sentido, do mesmo Autor, *O tempo de trabalho na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia e o direito nacional: estado da arte*, cit., 2022, pp. 196-197).

⁹⁹ ALBINO MENDES BAPTISTA, *Tempo de trabalho efectivo, tempos de pausa e tempo de «terceiro tipo»*, cit., 2002, pp. 42 e ss, referindo que “para o trabalhador que, não

o direito interno ignorou o surgimento de um tempo de terceiro tipo, considera que “o direito fundamental ao repouso tem de ser pensado por referência quer ao trabalho efectivo, quer a este tempo de terceiro tipo”¹⁰⁰. A própria jurisprudência nacional que recusa a existência de um tempo de terceiro tipo propõe que, de *iure condendo*, “talvez se impusesse a criação de uma categoria intermédia, susceptível de conferir uma mais adequada protecção à saúde e segurança dos trabalhadores”¹⁰¹. Da nossa perspectiva, conforme melhor analisaremos no ponto *infra*, a noção de tempo de trabalho subjacente ao

estando presente fisicamente na empresa, está em regime de localização (...) a obrigação é eventual e descontínua e o trabalhador pode, ainda que de forma limitada, gerir o seu próprio tempo. Aqui só são computados no tempo de trabalho as horas prestadas durante o período de tempo em que o trabalhador está sujeito ao regime de localização. (...) Mas, o tempo durante o qual o trabalhador está em regime de localização e não exerce qualquer actividade laboral não deve ser considerado tempo de descanso”, integrando-o nos tempos de terceiro tipo e tecendo o paralelo com as «astreintes» francesas, concluindo: “estes «períodos intermédios» não têm tido qualquer receptividade entre nós, embora bem a mereçam”. CATARINA DE OLIVEIRA CARVALHO, *Reflexões sobre o conceito de tempo de trabalho no direito europeu e respetiva articulação com o direito nacional*, cit., 2017, p. 309, após considerar que o artigo 197.º do CT não reconheceu tempos de terceiro tipo, considera tal “opção de bondade bastante discutível” e propondo que de *iure condendo* o legislador venha a criar tempos de terceiro tipo (p. 312) (note-se que a Autora sustenta, atualmente, que o tempo de disponibilidade é de qualificar como tempo de trabalho face ao artigo 197.º do CT e à Carta Social Europeia). Ver tb., cfr. MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho*, Parte II, cit., 2023, p. 462, referindo-se a “situações intermédias, a meio caminho entre o tempo de trabalho e os tempos de não trabalho (como sucede, por exemplo, nos períodos de disponibilidade fora do tempo de trabalho)”. JEAN-EMMANUEL RAY, *Les astreintes, un temps du troisième type*, cit., 1999, p. 253, refere também que a presença de “um vínculo, mesmo fraco, de subordinação à distância parece (...) incompatível com o regresso do trabalhador à vida «extraprofissional»”.

¹⁰⁰ ALBINO MENDES BAPTISTA, *Tempos de Trabalho e de Não Trabalho*, cit., 2003, p. 185. Refere JÚLIO GOMES, *Direito do Trabalho*, I, cit., 2007, pp. 660-661 e 664, que, muito embora “a sua qualificação, que se afigura forçosa como tempo de descanso, não deixa de ser problemática”, “no nosso ordenamento é, pois, claro, que não existe um tempo de terceiro tempo”

¹⁰¹ Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, processo n.º 08S0930 (SOUSA GRANDÃO), de 11/19/2008, mais acrescentando que “para um sistema dicotómico - “tertium non datur” - como é o nosso, e também o Comunitário, não se vislumbra como possa sustentar-se que os tempos de disponibilidade fora do local de trabalho, (acessibilidade) sejam outra coisa que não tempo de repouso”.

n.º 1 do artigo 197.º do CT assenta na dicotomia «tempo de trabalho» e «tempo de descanso», sem que se consagre um tempo de terceiro tipo, o que se mostra em linha com a lógica binária subjacente às decisões do TJUE no contexto da Diretiva 2003/88/CE. O verdadeiro cerne da questão será, antes, qual o escopo do artigo 197.º do CT e para que fins podemos recorrer à noção de tempo de tempo de trabalho aí prevista.

3.2. O alcance do artigo 197.º do CT: a recusa de uma noção omnicompreensiva de tempo de trabalho

Conforme resultou do disposto no ponto anterior, verificamos que o tratamento conferido às diferentes facetas do tempo de trabalho não foi, historicamente, uniforme - enquanto o tratamento do tempo de trabalho pela Lei n.º 21/96 estava operacionalizado para a redução dos períodos normais de trabalho superiores a quarenta horas por semana, já a noção de tempo de trabalho subjacente à Lei n.º 73/98 veio, no seguimento da Diretiva 93/104/CE, “estabelecer prescrições mínimas de segurança e de saúde em matéria de organização do tempo de trabalho”¹⁰². A finalidade limitada em que foi adotada uma noção de tempo de trabalho pelas Diretivas 2003/88/CE e 93/104/CE vem explicar as dificuldades com que os diferentes ordenamentos jurídicos se têm confrontado na harmonização do direito interno com o nacional: embora o Direito da União se possa - *prima facie* - compaginar com uma noção única de tempo de trabalho, os

¹⁰² Referindo-se às diferenças de âmbito entre os diplomas, ALBINO MENDES BAPTISTA, *Tempos de Trabalho e de Não Trabalho*, cit., 2003, p. 179.

direitos internos dos diversos Estados Membros recorrem à noção de tempo de trabalho para prosseguir outras finalidades que não (so-mente) assegurar o direito à segurança e saúde dos trabalhadores¹⁰³ e, nessa medida, uma noção única de tempo de trabalho - que se adeque a todas as normas que pressupõem o preenchimento de uma noção de tempo de trabalho - afigura-se difícil de encontrar.

Perante o artigo 197.º do CT, parece-nos viável considerar que, tendo em conta as finalidades específicas da norma, está subjacente um conceito binário de tempo de trabalho por contraposição com o tempo de não trabalho. Todavia, esta dualidade entre tempo de trabalho e tempo de descanso (e os conceitos subjacentes ao artigo 197.º do CT) apenas releva *para efeitos de segurança e de saúde em matéria de organização do tempo de trabalho* (aplicáveis aos períodos de descanso diário, pausas, descanso semanal, tempo máximo de trabalho diário e semanal, férias anuais, trabalho nocturno, por turnos e do ritmo de trabalho).

Quando esteja em causa a aplicação de outras normas (por exemplo, para efeitos de remuneração da disponibilidade e do seu enquadramento no trabalho suplementar), não se deve recorrer aos conceitos que, no artigo 197.º do CT, são estabelecidos tendo em vista a finalidade específica da tutela da saúde e segurança dos trabalhadores através da imposição de limites à duração do trabalho. Da mesma forma que se tem admitido que o conceito de retribuição deve ser ponderado tendo em conta a norma jurídica que se pretende

¹⁰³ FRANÇOIS GWENNHAELE, *Le temps de déplacement professionnel des salariés sans lieu de travail fixe*, Droit Social, 2023, 4, p. 248, sobre a pressão do Direito europeu e da sua aproximação binária ao conceito de tempo de trabalho no contexto do Direito francês.

aplicar, também o nosso entendimento sobre o que configura «tempo de trabalho» dependerá da norma concreta que pretendemos aplicar - dito de outra forma, nem tudo o que se considere «tempo de trabalho» para efeitos do artigo 197.º do CT está necessariamente sujeito à aplicação do mesmo regime jurídico; o mesmo vale para as situações que se reconduzam a «período de descanso» para efeitos do artigo 199.º do CT.

No sentido sustentado pelo TJUE em relação à delimitação da aplicação da Diretiva 2003/88/CE, o tempo de trabalho para efeitos de retribuição não é necessariamente coincidente com o tempo de trabalho para efeitos de limites à duração do trabalho¹⁰⁴. Com efeito, o tratamento diferenciado das diversas formas de disponibilidade dos trabalhadores revela-se compatível com o princípio da igualdade¹⁰⁵: como refere JEAN-EMMANUEL RAY a propósito da «astreinte», “por razões financeiras, jurídicas e mesmo morais, é difícil imaginar remunerar como sendo de trabalho o simples tempo de disponibilidade

¹⁰⁴ Contra, considerando que a opção legislativa foi no sentido de não traçar qualquer distinção entre a disponibilidade com obrigação de permanência no local de trabalho e modalidades de disponibilidade em que essa obrigação não está presente, quer para efeitos retributivos ou quaisquer outros, FRANCISCO LIBERAL FERNANDES, *Tempo de trabalho e tempo de descanso*, cit., 2018, p. 16.

¹⁰⁵ Como refere JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, I, cit., 2017, pp. 837-838, a propósito dos trabalhadores que realizam trabalhos marcadamente intermitentes, “não se contesta que a especificidade do trabalho intermitente pode justificar, à luz do princípio da igualdade, um regime diferenciado em matéria de limites à duração e ao período de trabalho”. JOÃO ZENHA MARTINS, *O tempo de trabalho na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia e o direito nacional: estado da arte*, cit., 2022, p. 217, admite que tanto a autonomia coletiva como a individual “possam flexibilizar o regime da retribuição horária, estabelecendo um critério que diferencie os valores em função da intensidade da disponibilidade do trabalhador e da efetividade da prestação de trabalho, em harmonia, aliás, com as coordenadas genéricas de que na determinação do valor da retribuição deve ter-se em conta a quantidade, natureza e qualidade do trabalho (artigo 270.º do CT)”.

passado em casa, possivelmente no sono dos justos”¹⁰⁶. Mesmo atendendo ao nosso Código do Trabalho, verificamos que o artigo 197.º do CT se insere na Subsecção I (*Noções e princípios gerais sobre duração e organização do tempo de trabalho*) da Secção II (*Duração e organização do tempo de trabalho*) do Capítulo II (*Prestação do trabalho*), surgindo a matéria da retribuição no Capítulo III (*Retribuição e outras prestações patrimoniais*).

Julgamos que nenhum regime do Direito do Trabalho ilustra melhor a multiplicidade de sentidos conferidos ao «tempo de trabalho» do que o regime da isenção de horário: (i) para efeitos dos artigos relativos à segurança e de saúde em matéria de organização do tempo de trabalho, o período de disponibilidade do trabalhador em regime de isenção é equiparado a tempo de trabalho (cfr. n.º 3 do artigo 219.º do CT, que confere ao trabalhador isento de horário o direito a dia de descanso semanal, obrigatório ou complementar, a feriado ou a descanso diário); (ii) para efeitos de trabalho suplementar, o período de heterodisponibilidade (com ou sem realização de trabalho), não é considerado trabalho suplementar (artigo 226.º, n.ºs 1 e 2, do CT); (iii) para efeitos de retribuição, a disponibilidade é objeto de compensação diversa daquela que seria devida caso o tempo de heterodisponibilidade fosse considerado tempo de trabalho (artigo 265.º do CT).

Antes de traçar o paralelo entre a variabilidade do conceito de tempo de trabalho no contexto da isenção de horário, importa desde já reforçar que este paralelo tem alcance muito limitado: apenas

¹⁰⁶ JEAN-EMMANUEL RAY, *Les astreintes, un temps du troisième type*, cit., 1999, p. 251.

pretende demonstrar que no plano do direito constituído o legislador reconheceu (i) que a disponibilidade para o trabalho não é (sempre e para todos os efeitos) assimilável ao tempo de trabalho e (ii) que a disponibilidade para o trabalho pode ser compensada de forma distinta da retribuição do tempo de trabalho.

Começando pelo primeiro aspeto que pretendemos demonstrar, importa assinalar que a isenção de horário tem como traço comum às suas diversas modalidades o aumento da heterodisponibilidade do trabalhador para a realização da prestação¹⁰⁷; isto é, embora na isenção total e na parcial o trabalhador se encontre vinculado a prestar uma maior quantidade de trabalho, transversal a todas as modalidades de isenção é o modo como interferem na distribuição do período normal de trabalho. Se, não estando sujeito a um horário de trabalho, o trabalhador está disponível para realizar a sua prestação durante um período mais alargado de tempo, à luz de uma leitura que considerasse os períodos de mera disponibilidade como tempo de trabalho à luz de uma noção omnicompreensiva de tempo de trabalho consagrada no artigo 197.º do CT, todo o período em que se encontrasse disponível para a realização da prestação seria, na verdade “de trabalho” - dito de outra forma, toda a isenção, pressupondo a não sujeição a horário de trabalho, representaria um aumento do período normal de trabalho, pois todo o período em que o trabalha-

¹⁰⁷ De acordo com o artigo 219.º do CT, a isenção total caracteriza-se pela não sujeição aos limites máximos dos períodos normais de trabalho; a isenção parcial caracteriza-se pela possibilidade de alargamento do período normal de trabalho a um determinado número de horas, por dia ou por semana; e a isenção modelada caracteriza-se pela manutenção da observância dos períodos normais de trabalho acordados, diferenciando-se o trabalhador nesta situação dos demais pela mera circunstância de não estar vinculado à observância de um horário de trabalho.

dor se encontraria disponível para o trabalho seria... tempo de trabalho! O conceito de período normal de trabalho utilizado no artigo 219.º do CT apenas tem utilidade se se reconhecer que estar disponível para prestar trabalho não é o mesmo que o “tempo de trabalho que o trabalhador se obriga a prestar”¹⁰⁸. Por outro lado, o Código do Trabalho também confere tratamento retributivo diferenciado ao tempo de disponibilidade ao abrigo da isenção de horário, na medida em que o artigo 265.º, n.º 1, alínea a), do CT prevê uma forma de retribuição adicional para compensar o trabalhador em regime de isenção de horário “com observância do período normal de trabalho” - este acréscimo vem compensar o trabalhador pela maior heterodisponibilidade para a realização da prestação, mas de forma diversa do que aquela que seria devida caso a disponibilidade fosse - para efeitos retributivos - tempo de trabalho “normal”.

Poderá contra-argumentar-se que o regime da isenção de horário é distinto da mera disponibilidade e que, em todo o caso, a regra prevista no artigo 219.º, n.º 3, do CT determina que a isenção não prejudica o direito a dia de descanso semanal, obrigatório ou complementar, a feriado ou a descanso diário, pelo que também o paralelo entre o tempo de mera disponibilidade e a isenção de horário conduziria, em qualquer caso, a que o trabalhador não se pudesse encontrar em regime de disponibilidade nos dias de descanso ou feriados e que fosse observado o intervalo de descanso de 11 horas entre “jornadas de disponibilidade”. Ambos os argumentos são pertinentes e ilustram o aspeto que temos procurado realçar ao longo

¹⁰⁸ Cfr. artigo 198.º do CT, que apresenta uma noção de período normal de trabalho.

do presente artigo: mais do que tempo de disponibilidade, dever-se-ia falar em tempos de disponibilidade.

A isenção de horário distingue-se da mera disponibilidade do trabalhador na medida em que o programa contratual do trabalhador em regime de isenção pressupõe que a prestação seja *normalmente* realizada em regime de heterodisponibilidade; no caso do trabalhador em regime de prevenção, o pressuposto é que a realização da prestação durante a disponibilidade assuma carácter excecional e residual. O regime da prevenção não pode corresponder a uma forma de contornar o disposto no n.º 1 do artigo 218.º do CT e de, fora dos casos em que a lei (ou o instrumento de regulamentação coletiva de trabalho) admita a celebração de acordos de isenção, sujeitar os trabalhadores à realização da sua atividade normal em regime de heterodisponibilidade. O que têm em comum é a valoração da disponibilidade e, por isso mesmo, os paralelos entre as figuras (em especial no que respeita ao regime jurídico aplicável) é limitado - a isenção de horário pressuporá, à partida, uma limitação mais intensa da autonomia do trabalhador.

Quanto ao segundo aspeto (a propósito do significado do n.º 3 do artigo 219.º do CT para outros casos de disponibilidade do trabalhador), revela-se muito curioso constatar que, se aplicarmos a lógica subjacente ao Acórdão do TJUE, processo C-344/19 (*D. J. v Radiotelevizija Slovenija*), na parte em que considera que mesmo nos casos em que não seja de qualificar como tempo de trabalho, certas modalidades de disponibilidade implicam um risco para a segurança ou

para a saúde dos trabalhadores¹⁰⁹, quando se prolonguem por períodos longos e continuados, parece-nos que a salvaguarda do artigo 219.º, n.º 3, do CT seria uma forma de garantir que os trabalhadores isentos de horário têm a possibilidade de neutralizar os efeitos do trabalho (em especial, a carga psicológica, mesmo de reduzida intensidade, resultante do facto de realizarem a prestação normal em regime de heterodisponibilidade). Dito de outra forma, o trabalhador em regime de isenção de horário e cuja disponibilidade para realizar uma atividade não está contida num horário de trabalho, embora esteja em período de descanso quando se encontre disponível para realizar a sua prestação fora do seu local de trabalho ou de local determinado pelo empregador (n.º 1 do artigo 197.º do CT, em conformidade com a da jurisprudência do TJUE), ainda assim poderia estar sujeito a um risco para sua segurança ou saúde em virtude de esta heterodisponibilidade se prolongar, regularmente, ao longo de todo o dia de trabalho, cabendo ao legislador definir a forma de garantir a tutela para a segurança ou saúde dos trabalhadores em regime de isenção, mesmo que os períodos de simples heterodisponibilidade não sejam, em si mesmo, tempo de trabalho - a opção seguida pelo legislador é, precisamente, a constante do n.º 3 do artigo 219.º do CT.

Para os trabalhadores em regime de prevenção, esse risco à partida não se verificará, cabendo desde logo ao empregador assegurar

¹⁰⁹ JÚLIO GOMES, *Direito do Trabalho*, I, cit., 2007, pp. 660-661, relativamente ao tempo de disponibilidade do trabalhador sem obrigação de permanência em local do controlo do empregador, e após concluir que o mesmo se qualifica como tempo de descanso, questiona: “será, no limite, conforme aos objectivos da directiva e à noção tão ampla de saúde em que ela assenta, que o tempo de descanso seja integralmente composto por tempo em que o trabalhador se obrigue a estar disponível no seu domicílio, à espera de um eventual pedido de actividade pelo empregador?”.

que organiza o seu serviço de prevenção por forma a que nenhum trabalhador esteja permanentemente em prevenção (aliás, mesmo a jurisprudência nacional já conferiu abertura à nulidade de mecanismos de prevenção permanente, embora o tempo de mera disponibilidade durante a prevenção não seja de qualificar como tempo de trabalho¹¹⁰).

A adoção de vários conceitos de tempo de trabalho também nos parece ser a adequada para o tratamento dos trabalhadores cuja atividade seja acentuadamente intermitente ou de simples presença¹¹¹, relativamente aos quais se admite, por instrumento de regulamentação coletiva de trabalho, a ultrapassagem dos limites das 8 horas de trabalho diárias e das 40 horas semanais (cf. alínea b) do n.º 1 do

¹¹⁰ Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, processo n.º 08S0930 (SOUSA GRANDÃO), de 11/19/2008, no qual se sustenta que não seria de rejeitar uma pretensão que aduz que uma cláusula de disponibilidade permanente (durante 24 horas por dia) seria inválida por contundir “«com os direitos e garantias dos trabalhadores, com a sua dignidade humana, com a segurança e saúde no trabalho», tornando-se materialmente inconstitucional, desde logo por violação do art. 59º da C.R.P.. Estamos efectivamente em crer que uma tal convenção não deixaria de afectar, em termos de insuportável penosidade, a realização pessoal e profissional do trabalhador, atingindo uma densidade constitucionalmente relevante”. Remeteu-se neste Acórdão para a jurisprudência relativa aos trabalhadores acentuadamente intermitentes - sobre estes casos, cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 368/97, “se é certo que nos intervalos entre a prestação efectiva de trabalho o trabalhador pode realizar tarefas relacionadas com a sua vida pessoal, também é verdade que durante esses períodos não pode ausentar-se das imediações do local de trabalho e deverá interromper qualquer actividade que esteja a exercer para acorrer a uma solicitação de que seja alvo (...). pode afirmar-se que os direitos ao repouso e ao estabelecimento de um limite máximo de jornada de trabalho impõem que a actividade laboral, mesmo a acentuadamente intermitente, esteja temporalmente limitada, não sendo suficiente a possibilidade que o trabalhador tem de exercer actividades pessoais durante os intervalos entre as prestações de trabalho efectivo (...). Tal direito exige que o trabalhador disponha de períodos durante os quais sobre si não impenda o dever de acorrer a qualquer solicitação da entidade empregadora, o que só acontecerá se existir um limite máximo da jornada de trabalho”.

¹¹¹ Sobre estes conceitos, entre outros, cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, processo n.º 003159 (SOUSA MACEDO), de 12/11/1991

artigo 210.º do CT)¹¹². Face à Diretiva 2003/88/CE (e ao n.º 1 do artigo 197.º do CT), na medida em que pressuponham que o trabalhador se mantenha no local de trabalho ou em local definido pelo empregador, o tempo de simples presença ou aquele em que não é realizada qualquer atividade é de considerar tempo de trabalho - todavia, o mesmo já poderá não suceder para efeitos de aplicações de outras normas do CT, em relação às quais não seja valorado como «tempo de trabalho» o tempo de inatividade.

Concluindo, diríamos que, atualmente, mais do que uma noção de tempo de trabalho, tempos vários «*tempos de trabalho*», sendo que o legislador, quando criou o n.º 1 do artigo 197.º do CT, estabeleceu uma noção de tempo de trabalho de alcance limitado e cujo âmbito de aplicação é igualmente limitado. Se atentarmos nas demais normas do Código do Trabalho facilmente chegamos à conclusão de que nem todo o tempo de trabalho para efeitos do n.º 1 do artigo 197.º do CT está sujeito ao mesmo tratamento e, por outro lado, que alguns períodos de descanso no âmbito do artigo 199.º do CT não serão considerados como tempo de descanso para efeitos das demais normas laborais.

Na medida em que o legislador omitiu qualquer regulação do tempo de prevenção no Código do Trabalho (muito embora tenha reconhecido que o tempo de disponibilidade e o tempo de trabalho não são - sempre e para todos os efeitos - assimiláveis), diríamos que a contratação coletiva será o domínio de excelência para a criação de

¹¹² Este desvio à regra do n.º 1 do artigo 203.º do CT compreende-se pois “é menor o esforço despendido pelo trabalhador durante a jornada de trabalho, assim se justificando que a concretização diária e semanal da quantidade de trabalho exceda aquele limite máximo” (Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, processo n.º 98S307 (ALMEIDA DEVEZA), de 24/02/1999).

regimes de prevenção, sem prejuízo de ser possível traçar algumas linhas de orientação, conforme passaremos a analisar.

3.3. O regime jurídico do tempo de disponibilidade

Atento o silêncio do legislador nacional sobre o regime do tempo de disponibilidade, são aplicáveis as normas gerais do Código do Trabalho, pelo que a sujeição de um trabalhador à prestação de trabalho em regime de disponibilidade, na ausência de norma legal avulsa que admita a sua fixação unilateralmente pelo empregador¹¹³, carecerá de previsão em instrumento de regulamentação coletiva¹¹⁴ ou de acordo do trabalhador, na medida em que implica, regra geral, um agravamento do programa contratual. Diferentemente, a eliminação da prevenção poderá ser efetuada unilateralmente pelo empregador desde que seja prevista com carácter temporário (ou admitida a sua denúncia pelas partes) ou na eventualidade de se verificar uma alteração das circunstâncias que justificaram a criação de um serviço de prevenção. Para este efeito, importará que se verifique um interesse do empregador na descontinuação do serviço de prevenção e, por outro lado, que a cessação de exercício de funções em regime de

¹¹³ Diferentemente, portanto, do que parecia suceder no *Code du Travail* Francês, que parecia permitir a possibilidade de o empregador estabelecer unilateralmente o regime das «astreintes». Todavia, referem GILLES AUZERO/DIRK BAUGARD/EMMANUEL DOCKÈS, *Droit du travail*, cit., 2019, p. 1012, que não se pode negligenciar o facto de o § 1.º do artigo L. 3121-12 do *Code du Travail* apenas admitir que sejam fixadas por vontade unilateral do empregador as formas de organização e de compensação das «astreintes», enquanto o artigo L. 3121-11 estabelece que o instrumento de regulamentação coletiva “*peut mettre en place les astreintes*”.

¹¹⁴ Aludindo brevemente à prática convencional nesta matéria atenta “a ausência de disposições legais adequadas a regular estas situações em Portugal”, JOÃO LEAL AMADO, *Contrato de Trabalho - Noções básicas*, cit., 2022, p. 273, n. 259.

prevenção não represente uma alteração substancial da posição do trabalhador¹¹⁵.

Relativamente ao tratamento retributivo do tempo de disponibilidade, importa distinguir entre (i) o período de tempo em que o trabalhador é chamado a realizar a sua atividade, (ii) o período de tempo que o trabalhador demora a deslocar-se ao local onde deve oferecer a prestação e (iii) o período de mera disponibilidade, em que o trabalhador se encontra em situação de prestar a sua atividade a pedido do empregador mas pode, sem limitações muito significativas, dedicar-se aos seus interesses pessoais.

Quanto ao período de tempo durante o qual o trabalhador é efetivamente chamado, na medida em que corresponde à realização do objeto contratual fora do horário de trabalho, corresponderá a trabalho suplementar nos termos do artigo 226.º, n.º 1, do CT, e, eventualmente, também a trabalho noturno, de acordo com o artigo 223.º do CT. Em conformidade, o trabalhador que seja chamado durante o período de disponibilidade terá direito a ser remunerado pelo tempo de trabalho prestado com os acréscimos previstos no artigo 268.º do CT e, eventualmente, também com o previsto no artigo 266.º do CT ou previsto em instrumento de regulamentação coletiva de trabalho. Adicionalmente, quando, por ser chamado, o trabalhador fique impedido de gozar do descanso diário ou caso seja chamado em dia de descanso semanal obrigatório, terá ainda direito ao descanso compensatório previsto no artigo 229.º do CT.

¹¹⁵ PASCAL LOKIEC, *Droit du Travail*, cit., 2022, p. 458, admitindo que não seja possível a eliminação unilateral das «astreintes» quando estas tenham natureza “sistemática, quer porque a entidade patronal se comprometeu a fazê-lo, quer porque a convenção coletiva prevê o recurso obrigatório às «astreintes» para o posto de trabalho ocupado pelo trabalhador”.

Muito embora seja possível, por contrato de trabalho ou por instrumento de regulamentação coletiva de trabalho, definir regras específicas para retribuir os trabalhadores que sejam chamados a prestar trabalho durante a prevenção, importa considerar as limitações resultantes do n.º 4 do artigo 3.º do CT (relativamente acordo individual de esquemas retributivos diversos do que resultaria da aplicação do CT) e da alínea j) do n.º 3 do artigo 3.º do CT (articulada com o artigo 268.º do CT) e do n.º 2 do artigo 266.º do CT (quanto à intervenção de instrumento de regulamentação coletiva de trabalho).

Por sua vez, quanto ao *tempo de deslocação*, o nosso Código do Trabalho não se pronuncia, em momento algum, sobre o período de deslocação dos trabalhadores para o local de trabalho habitual ou para o local onde devam oferecer a sua prestação, dentro dos limites do artigo 193.º do CT, sendo que a resposta tem sido no sentido de considerar que - à imagem do que expressamente consagra o *Code du Travail*¹¹⁶ - os tempos de deslocação para o local de trabalho normal¹¹⁷ não são considerados de trabalho, porquanto a sua duração

¹¹⁶ Cfr. § 1 do artigo L. 3121-4, nos termos do qual que não se considera «travail effectif» o tempo de deslocação de e para o local de execução do contrato de trabalho, muito embora possa dar lugar a compensação financeira ou sob forma de descanso compensatório se exceder o tempo normal de deslocação entre o domicílio e o local de trabalho habitual (§ 2 do artigo L. 3121-4 e § 2 do artigo L. 3121).

¹¹⁷ Nos casos de trabalhador que se desloque em missão para outro local, já será de equacionar-se a qualificação do tempo de deslocação como tempo de trabalho (sobre este aspeto, JÚLIO GOMES, *Direito do Trabalho*, Vol. I, cit., 2007, pp. 661-663). De acordo com a solução prevista no Direito Francês, se a deslocação exceder o tempo normal de deslocação entre o domicílio e o local de trabalho habitual, embora não seja de qualificar como tempo de trabalho, dará lugar a compensação financeira ou sob forma de descanso compensatório. Sobre os tempos de deslocação como tempo de trabalho, entre outros Autores, MILENA SILVA ROUXINOL/JOANA NUNES VICENTE, *Duração e organização do tempo de trabalho*, cit., 2023, pp. 812 e ss.; JOÃO ZENHA MARTINS, “Tempo de trabalho e tempo de repouso: qualificação e delimitação de conceitos”, cit., 2018, pp. 39 e 56 e ss.

“depende da escolha do lugar do domicílio e essa escolha é uma faculdade do trabalhador”¹¹⁸. Interessa-nos, em especial, os tempos de deslocação do trabalhador que se encontra em regime de prevenção (e, portanto, fora do local de trabalho). É nosso entendimento que o tempo de deslocação do trabalhador deve ser considerado tempo de trabalho e retribuído como tal¹¹⁹, devendo ainda ser suportadas pelo empregador as despesas de viagem do trabalhador¹²⁰. Este entendimento assenta no facto de as deslocações realizadas durante a prevenção extravasarem o movimento pendular do trabalhador de ida e volta para o trabalho, correspondendo a deslocações adicionais que acrescem às que decorrem da normal execução do contrato de trabalho e que são realizadas em benefício exclusivo do empregador. Em todo o caso, o pagamento destas despesas não tem de corresponder a uma parcela autónoma a cargo do empregador, podendo o seu montante estar incluído numa prestação global convencionada entre as partes. Essencial será atender às declarações negociais das partes por forma a concluir se o montante conferido ao trabalhador em virtude de se encontrar em regime de prevenção pretendia incluir ou

¹¹⁸ GILLES AUZERO/DIRK BAUGARD/EMMANUEL DOCKES, *Droit du travail*, cit., 2019, p. 1008.

¹¹⁹ Neste sentido, face ao Direito Francês, *ibid.*, p. 1014, considerando que a deslocação já se compreende na «intervenção» prevista no artigo L. 3121-9, § 2; no mesmo sentido, JEAN-EMMANUEL RAY, *Les astreintes, un temps du troisième type*, cit., 1999, p. 251; ver tb., na doutrina nacional, JOÃO ZENHA MARTINS, *O tempo de trabalho na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia e o direito nacional: estado da arte*, cit., 2022, p. 201.

¹²⁰ JEAN-EMMANUEL RAY, *Les astreintes, un temps du troisième type*, cit., 1999, p. 251, refere que, para além do tempo de deslocação, devem ser suportadas integralmente todas as despesas de transporte em que o trabalhador incorra durante a chamada. Aludindo à prática de, nos instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho, se prever o pagamento das despesas de viagem. JOÃO LEAL AMADO, *Contrato de Trabalho - Noções básicas*, cit., 2022, pp. 273-274, n. 259.

não as despesas associadas às deslocações realizadas em caso de chamada do trabalhador.

Finalmente, quanto à retribuição do tempo de mera disponibilidade, no seguimento do que sustentámos, não resulta do Código do Trabalho a obrigação do empregador retribuir o período em que o trabalhador somente se encontra disponível para ser chamado a realizar a sua prestação do mesmo modo que retribui o tempo em que seja efetivamente chamado a trabalhar; a *praxis* é no sentido de convencionar-se o pagamento de um valor fixo mensal ou por hora de disponibilidade¹²¹.

4. Conclusão

A crescente complexidade do conjunto de normas que interagem com a duração do trabalho tem acentuado um fenómeno que, salvo melhor opinião, remonta ao princípio da regulamentação do tempo de trabalho: a negação de um conceito omnicompreensivo de tempo de trabalho, sendo que a apreciação dos diferentes regimes jurídicos que o tomam como pressuposto nem sempre o valoram da mesma forma.

O conceito de tempo de trabalho presente no artigo 197.º do CT - a interpretar com o sentido que lhe tem sido conferido pelo TJUE - assenta na contraposição entre «tempo de trabalho» e «tempo de descanso», devendo considerar-se que, por regra, os períodos de

¹²¹ PASCAL LOKIEC, *Droit du Travail*, cit., 2022, pp. 458-459, entende que, mesmo nos tempos de mera disponibilidade, o trabalhador deve ser compensado financeiramente ou com tempo de repouso, sob pena de constituir uma “sujeição gratuita”.

mera disponibilidade (sem obrigação de permanência no local de trabalho e em que não se verifiquem limitações muito significativas na possibilidade de o trabalhador se dedicar à prossecução dos seus interesses pessoais) são «tempo de descanso» para os efeitos das normas que incidem sobre segurança e saúde em matéria de organização do tempo de trabalho (períodos de descanso diário, pausas, descanso semanal, tempo máximo de trabalho semanal, férias anuais, trabalho noturno, do trabalho por turnos e ritmo de trabalho). Todavia, estando em causa a aplicação de outras normas do Código do Trabalho, importará apurar qual o conceito de «tempo de trabalho» relevante para a sua aplicação, porquanto nem sempre esse conceito coincidirá como o previsto no n.º 1 do artigo 197.º do CT, sendo o exemplo mais patente o caso da retribuição que lhe possa estar associada. O facto de certos trabalhadores em regimes de disponibilidade se poderem encontrar a prestar «trabalho» para efeitos do n.º 1 do artigo 197.º do CT (será o caso, desde logo, dos trabalhadores em regime de permanência) não implica que devam ser remunerados pela hora de trabalho «normal» - da mesma forma que há diversas intensidades de disponibilidade (a mais evidente sendo a que distingue entre trabalhador em prevenção e em permanência), pode haver diversas valorações desse tempo para efeitos retributivos.

Compreendemos as preocupações expressas pela doutrina que sustenta o alargamento do alcance do n.º 1 do artigo 197.º do CT ao tempo de prevenção, desde logo porque não se ignora que a realidade do trabalhador em regime de disponibilidade há 20 anos (quando foi aprovada a Diretiva 2003/88/CE ou o próprio artigo 155.º do CT de 2003, com redação mantida pelo CT de 2009) não é a mesma

do trabalhador disponível atualmente. Se, para a generalidade dos trabalhadores, com o desenvolvimento dos meios de comunicação, que permitem a criação de canais de comunicação permanentemente abertos entre trabalhadores e empregador, “a fronteira entre os tempos livres e os tempos de trabalho facilmente se tornaram mais e mais porosas, de modo que a própria existência de um direito ao tempo livre, durante o qual o trabalhador está completamente livre do controlo do empregador e, de um modo mais geral, de qualquer pressão ligada ao seu trabalho, se tornou duvidosa”¹²², também os trabalhadores em regime de prevenção estão sujeitos a uma maior acessibilidade por parte do empregador.

Por outro lado, reconhecemos que o legislador teve, recentemente, a preocupação de mitigar o impacto da revolução tecnológica na disponibilidade digital do trabalhador, levando à criação do artigo

¹²² GILLES AUZERO/DIRK BAUGARD/EMMANUEL DOCKES, *Droit du travail*, cit., 2019, p. 995. Por outro lado, refere CRISTOBAL MOLINA NAVARRETE, *El nuevo Estatuto de los Trabajadores a la luz de la jurisprudência comunitária*, cit., 2017, pp. 239-240, com as inovações tecnológicas, “tende a identificar-se o paradigma do profissional «mais valioso» com o do «mais disponível» numa era digital”; aliás, salienta CARMEN SÁNCHEZ TRIGUEROS, *El impacto de la industria 4.0 en las relaciones de trabajo: el derecho a la desconexión digital*, in *El impacto de la Industria 4.0 en el trabajo: una visión interdisciplinar*, ed. KAHLE CARRILO, Navarra, 2020, p. 222, que a exigência do trabalhador mais disponível já não se situa apenas no plano do interesse empresarial em obter um maior benefício, “mas de uma exigência generalizada de que uma questão deve ser tratada de imediato, o que leva a que os próprios clientes não compreendam a demora na obtenção de uma resposta, condicionando o seu interesse em manter relações com a empresa à disponibilidade incondicional desta e, por extensão, dos seus trabalhadores”. Veja-se tb. JEAN-EMMANUEL RAY, *Les astreintes, un temps du troisième type*, cit., 1999, p. 250, que, em 1999, interrogava “se, volens nolens, desde o espetacular desenvolvimento dos telemóveis pessoais e profissionais e da Internet, toda a sociedade francesa não passará a estar, em breve, em prevenção”. Refere JOÃO ZENHA MARTINS, *Tempo de trabalho e tempo de repouso: qualificação e delimitação de conceitos*, cit., 2018, p. 25, que “as novas tecnologias de informação destroem a definição de quadros espaço-temporais definidos”.

199.º-A¹²³, nos termos do qual o empregador tem o dever de se abster de contactar o trabalhador no período de descanso¹²⁴, ressalvadas as situações de força maior. Este dever tem em vista, à semelhança de outros ordenamentos que tutelam o direito à desconexão do trabalhador, “garantir a separação dos tempos de trabalho e dos próprios da vida profissional”¹²⁵. Embora as questões suscitadas pelo direito à

¹²³ Sobre esta norma, entre outros, PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II - situações laborais individuais*, cit., 2023, pp. 460 e ss; MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, cit., 2023, pp. 520 e ss; LEAL AMADO, *Contrato de Trabalho - Noções Básicas*, cit., 2022, pp. 273 e ss, em especial, pp. 280 e ss. No Direito estrangeiro, cfr. artigo 20 bis do *Estatuto*, que consagra um direito do trabalhador à «desconexão digital». Este direito surge especialmente densificado no artigo 88.º da *Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales*, nos termos do qual os trabalhadores “têm direito à desconexão digital para garantir, fora do horário de trabalho legal ou convencionalmente estabelecido, o respeito pelos seus tempos de descanso, licenças e férias, bem como pela sua privacidade pessoal e familiar” (n.º 1), mais acrescentando o seu n.º 3 que, “em especial, o direito à desconexão digital deve ser preservado em caso de teletrabalho total ou parcial e no domicílio do trabalhador, no âmbito da utilização de ferramentas tecnológicas para fins profissionais” - sobre estas disposições, cfr. MARTÍN VALVERDE, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ e GARCÍA MURCIA, *Derecho del Trabajo*, cit., 2020, p. 628, e, com mais desenvolvimentos, SÁNCHEZ TRIGUEROS, “El impacto de la industria 4.0 en las relaciones de trabajo: el derecho a la desconexión digital”, cit., 2020, pp. 219 e ss, e MARTÍN MAZZUCCONI, “La conciliación de la vida laboral y extralaboral en la IV revolución industrial”, cit., 2020, pp. 253 e ss, RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, “La desconexión digital como límite al control empresarial de la jornada de trabajo”, cit., 2018, pp. 503 e ss. No direito francês, cfr. artigo L. 2242-17 do *Code du Travail*, alterado pela *loi n.º 2021-1018 du 2 août 2021*, nos termos do qual as negociações anuais sobre a igualdade profissional entre mulheres e homens e a qualidade de vida e as condições de trabalho abrangem as modalidades e as condições de exercício pleno do direito à desconexão por parte dos trabalhadores e a introdução pela empresa de medidas de regulação da utilização de ferramentas digitais, com vista a garantir o respeito dos períodos de descanso e de férias, bem como da vida pessoal e familiar (§ 7.º).

¹²⁴ Entendendo que a norma se refere, verdadeiramente, a tempos de não trabalho e não apenas à observância de normas que impõem regras mínimas sobre o direito ao descanso, cfr. PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II - situações laborais individuais*, cit., 2023, p. 464.

¹²⁵ SARAI RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, *La desconexión digital como límite al control empresarial de la jornada de trabajo*, in *La revolución tecnológica y sus efectos en el mercado de trabajo: un reto del siglo XXI*, ed. ALICIA VILLALBA SÁNCHEZ/LOURDES MELLA MÉNDEZ, Madrid, 2018, p. 522, entende que este direito “destina-se a garantir efectividade às normas sobre os tempos de trabalho e de repouso” (itálico no original).

desconexão não se confundam com as suscitadas pelo regime de disponibilidade (desde logo na medida em que, estando em regime de disponibilidade, à partida não haverá um dever do empregador de não contactar o trabalhador¹²⁶), é possível identificar uma proximidade entre ambos¹²⁷, porquanto a preocupação do legislador em garantir que o período de descanso não é perturbado pelo empregador é a mesma preocupação que motiva a doutrina a sustentar que o n.º 1 do artigo 197.º do CT se aplica ao tempo de mera disponibilidade - quando há possibilidade de interpelação do trabalhador pelo empregador, não há verdadeiro e total descanso.

¹²⁶ Assim, MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho*, Parte II, cit., 2023, p. 464, referindo-se concretamente à disponibilidade compreendida no regime da isenção ou “durante o tempo correspondente a atividades preparatórias ou complementares da prestação, que caíam já fora do tempo de trabalho”. No mesmo sentido, ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, cit., 2023, p. 521, referindo que “há que evitar a confusão com certos regimes de prestação de trabalho (...) que implicam obrigações de disponibilidade do trabalhador fora do tempo e do local habituais de actividade”, pois “o «direito à desconexão» diz respeito aos períodos em que o trabalhador não tem qualquer obrigação contratual de disponibilidade”.

JOÃO ZENHA MARTINS, *O tempo de trabalho na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia e o direito nacional: estado da arte*, cit., 2022, pp. 218-219, atribui relevância especial à consagração do direito de desconexão para efeitos de qualificação do tempo de prevenção como de trabalho, referindo que “A existência de um dever de o empregador se abster de contactar o trabalhador no período de descanso em diferentes ordenamentos nacionais não pode ser ignorada na valoração global que o TJ (...) é chamado a fazer (...). A contactabilidade do trabalhador e respetiva disponibilidade, quando configurada como dever, pressupõe que o contrato de trabalho se encontra em execução durante esse período”.

¹²⁷ SARAI RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, *La desconexión digital como límite al control empresarial de la jornada de trabajo*, cit., 2018, pp. 504-505, refere-se mesmo a uma equiparação entre estas situações, porquanto quando se encontre conectado digitalmente, haverá também uma “intromissão num período de tempo em que o trabalhador está a organizar livremente o seu tempo de descanso, com a única particularidade de que encontra «potencialmente vinculado ao trabalho»”, o que nos levaria a convocar os mesmos critérios que o TJUE tem utilizado na qualificação dos períodos de disponibilidade como sendo (ou não) de trabalho, muito embora, refira a Autora, essa equiparação não se possa aplicar de forma automática “pois a complexidade dos períodos de conexão tecnológica exige que tenham em conta outras particularidades como pode ser a forma de computo do tempo de conexão tecnológica efetiva”.

Posto isto, parece-nos que a solução para o enquadramento do tempo de prevenção não é a sua qualificação como tempo de trabalho para todos e quaisquer efeitos - e, muito menos, sem uma alteração legislativa que o viesse expressamente consagrar pois, tendo em conta a jurisprudência consistente - nacional e europeia - no sentido da rejeição da qualificação do tempo de prevenção como tempo de trabalho, uma inversão jurisprudencial implicaria consequências práticas gravíssimas, especialmente caso os tribunais viessem adotar um conceito omnicomprensivo de tempo de trabalho (para efeitos de retribuição, trabalho suplementar, duração do tempo de trabalho, entre outros).

Consideramos que seria pertinente que o legislador criasse um regime supletivo a aplicar à prevenção¹²⁸ e ao tempo de permanência¹²⁹, o que permitiria dar cumprimento ao entendimento expresso

¹²⁸ Refere JOÃO ZENHA MARTINS, *O tempo de trabalho na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia e o direito nacional: estado da arte*, cit., 2022, p. 215, que “*de jure condendo*, o regime instituído pela Diretiva não é absolutamente incompatível com um enquadramento proporcionado, de base percentual, do tempo de prevenção como tempo de trabalho”. Em especial no que respeita à prevenção, recorde-se que o TJUE (Acórdão do TJUE, processo C-344/19 (*D. J. v Radiotelevizija Slovenija*), de 9 de março de 2021) considerou que cabe aos Estados definirem formas de salvaguardar a tutela da segurança e saúde dos trabalhadores sujeitos a períodos longos de prevenção - a este propósito, do mesmo Autor, *op. cit.*, p. 223, “será necessário que, perante a leitura jurisprudencial que opera a qualificação dos períodos de prevenção como tempos de repouso, se introduza no ordenamento português limites que visem mitigar ou neutralizar os efeitos do trabalho sobre a segurança e a saúde dos trabalhadores nos casos em que os serviços de prevenção se estendem, sem interrupções, durante longos períodos ou se realizam com muita frequência”.

¹²⁹ Entende João Zenha Martins, *ibid.*, p. 216, n. 79, em relação ao período de *permanência*, que “com ousadia, será possível avançar que, com base na fundamentação do Acórdão *Dellas*, dificilmente se assegurará a intangibilidade dos requisitos mínimos de segurança e saúde contidos na Diretiva um sistema legal de equivalência em que seja estabelecido um rácio para a contabilização do tempo de *permanência* inferior a 50 % como tempo de trabalho” (primeiro itálico no original e segundo itálico nosso). Mais acrescenta o Autor que “essa contabilização só é estabelecível *ex lege*, encontrando-se, para já (...) fora do âmbito da autonomia contratual, quer individual, quer coletiva”.

pelo Comité Europeu dos Direitos Sociais, que se opõe a uma assimilação total entre tempo de prevenção e tempo de descanso, mas que parece admitir a sua assimilação parcial (por exemplo, estabelecendo uma relação percentual entre o tempo durante o qual o trabalhador está em prevenção e um período de tempo contabilizado para efeitos de tempo de trabalho), sem que tal implicasse uma alteração da noção de tempo de trabalho prevista no artigo 197.º do CT (a que se opõe a jurisprudência presente no Acórdão do TJUE, processo C-518/15 (*Ville de Nivelles v. Rudy Matzak*), de 21 de fevereiro de 2018).

5. Bibliografia

ABRANTES, JOSÉ JOÃO - *A redução do período normal de trabalho, a Lei n.º 21/96 em questão*, Questões Laborais, 1997, 9-10, 81-89.

AGRIA, FERNANDA NUNES/ PINTO, MARIA LUIZA CARDOSO - *Contrato Individual de Trabalho*, Coimbra, 1972.

ALES, EDOARDO/ JAN, POPMA - *Occupational Health and Safety and Working Time*, in *European Labour Law*, TEUN JASPERS/FRANS PENNINGE E SASKIA PETERS (Eds.), Cambridge, 2019, 431-495.

ALVES, MARIA LUÍSA TEIXEIRA - *As fronteiras do tempo de trabalho*, in *Estudos de Direito do Trabalho*, ANTÓNIO DE LEMOS MONTEIRO FERNANDES (Ed.), Coimbra, 2011, 165-257.

AMADO, JOÃO LEAL - *Contrato de Trabalho - Noções básicas*, 4.^a ed, Coimbra, 2022.

AUZERO, GILLES/BAUGARD, DIRK/ DOCKES, EMMANUEL - *Droit du travail*, 32.^a ed, Paris, 2019.

BAPTISTA, ALBINO MENDES - *Diálogo Social*, in *X Jornadas Luso-Hispano-Brasileiras de Direito do Trabalho, Anais*, ANTÓNIO MOREIRA (Ed.), Coimbra, 1999, 203-206.

- *Tempo de trabalho efectivo, tempos de pausa e tempo de «terceiro tipo»*, Revista de Direito e de Estudos Sociais, 2002, 1 (ano XLIII), 29-53.

- *Tempos de Trabalho e de Não Trabalho*, in *V Congresso Nacional de Direito do Trabalho - Memórias*, ANTÓNIO MOREIRA (Ed.), Coimbra, 2003, 178-791.

CANOTILHO, J.J. GOMES/ MOREIRA, VITAL - *Constituição da República Portuguesa Anotada*, I, 4.^a ed, Coimbra, 2007.

CARVALHO, ANTÓNIO NUNES DE - *Duração e organização do tempo de trabalho no Código do Trabalho*, in *VI Congresso Nacional de Direito do Trabalho - Memórias*, ANTÓNIO MOREIRA (Ed.), Coimbra, 2004, 95-121.

- *Notas sobre o regime do tempo de trabalho na revisão do Código do Trabalho*, in *Código do trabalho: a revisão de 2009*, PAULO MORGADO

DE CARVALHO (Ed.), Coimbra, 2011, 327-379.

CARVALHO, CATARINA DE OLIVEIRA - *Reflexões sobre o conceito de tempo de trabalho no direito europeu e respetiva articulação com o direito nacional*, in *Estudos de Direito do Trabalho, Parte 1*, BERNARDO XAVIER (Ed.), 2017, 280-313.

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES - *Isenção de horário - Subsídios para a dogmática actual do direito da duração de trabalho*, Coimbra, 2000.

CORREIA, BRITO LUIS - *Direito do trabalho: relações individuais*, Lisboa, 1981.

CRUZ, CRISTINA MARTINS - *Keeping up with the latest working time case law*, Revista de Direito da ULP, 2022, 1-2, 40-52.

CRUZ VILLALÓN, JESÚS - *Compendio de Derecho del Trabajo*, 16.^a ed, Madrid, 2023.

DAMAS, JOAQUIM A. DOMINGUES - *A redução da duração do trabalho e a adaptação dos horários na Lei n.º 21/96*, Questões Laborais, 1997, 9-10, 90-114.

DIAS, AMADEU - *Redução do Tempo de Trabalho, Adaptabilidade do Horário e Polivalência Funcional*, Coimbra, 1997.

ESTEVES, RENATA MELO - *Tempo de trabalho, de repouso e de disponibilidade: o particular caso dos trabalhadores móveis rodoviários*, Questões Laborais, 2022, 61, 77-112.

FERNANDES, ANTÓNIO MONTEIRO - *Direito do Trabalho*, 22^a ed, Coimbra, 2023.

FERNANDES, FRANCISCO LIBERAL - *A organização do tempo de trabalho à luz da Lei n.º 21/96*, Questões Laborais, 1997, 9-10, 115-180.

- *Sobre o conceito de tempo de trabalho no Código do Trabalho*, Questões Laborais, 2006, 27, 135-137.

- *Um breve olhar sobre a Directiva n.º 2003/88/CE, relativa à organização do tempo de trabalho*, PDT, 2012, 93, 101-121.

- *O Trabalho e o Tempo: Comentário ao Código do Trabalho*, RED-Revista Eletrónica de Direito, 2018.

- *Tempo de trabalho e tempo de descanso*, in *Estudos da Apodit 4 - Tempos de trabalho e não trabalho*, MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO E TERESA COELHO MOREIRA (Eds.), Lisboa, 2018, 11-23.

GOMES, JÚLIO - *Direito do Trabalho*, I, 2007.

GWENNHAEL, FRANÇOIS - *Le temps de déplacement professionnel des salariés sans lieu de travail fixe*, Droit Social, 2023, 4, 348-351.

JOHANSSON, ANJA - *La détermination du temps de travail effectif*, Paris, 2006.

LEITÃO, LUÍS MENEZES - *Direito do Trabalho*, 8.^a ed, 2023.

LOKIEC, PASCAL - *Droit du Travail*, 2.^a ed, Paris, 2022.

MARTINEZ, PEDRO ROMANO - *Direito do Trabalho*, 11.^a ed, Coimbra, 2023.

MARTINEZ, PEDRO ROMANO/MONTEIRO, LUIS MIGUEL/VASCONCELOS, JO-
ANA/BRITO, PEDRO MADEIRA DE/DRAY, GUILHERME MACHADO/ SILVA, LUIS GONÇALVES
DA - *Código do Trabalho anotado*, 3.^a ed, Coimbra, 2004.

- *Código do Trabalho anotado*, 13.^a ed, Coimbra, 2020.

MARTINS, JOÃO ZENHA - *Tempo de trabalho e tempo de repouso: qua-
lificação e delimitação de conceitos*, in *Tempo de trabalho e tempos de
não trabalho: o regime nacional do tempo de trabalho à luz do Direito
Europeu e Internacional*, Estudos APODIT 4, Lisboa, 2018, 25-67.

- *O tempo de trabalho na jurisprudência do Tribunal de Justiça da
União Europeia e o direito nacional: estado da arte*, PDT, 2022, 1 (1.^o
semestre 2022), 191-225.

MELLO, ALBERTO DE SÁ E - *Modelos de Organização do Tempo de Trabalho*, in *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, PEDRO ROMANO MARTINEZ (Ed.), I, Coimbra, 2001, 317-354.

MIRANDA, JORGE/ MEDEIROS, RUI - *Constituição Portuguesa Anotada*, I, Lisboa, 2017.

MOLERO-MANGLANO/ÀLVAREZ, LÓPEZ/DÍAZ-CANEJA, MATORRAS/ CEREVERA, SANCHEZ - *Manual de Derecho del Trabajo*, Valencia, 2017.

MOLINA NAVARRETE, CRISTOBAL - *El nuevo Estatuto de los Trabajadores a la luz de la jurisprudência comunitária*, La Ley, 2017.

MONEREO PÉREZ, JOSÉ L./MOLINA NAVARRETE, CRISTOBAL/VIDA MORENO, MARIA NIEVES/ VILA TIerno, FRANCISCO - *Manual de Derecho del Trabajo*, 18.^a ed, Granada, 2020.

MONTEIRO, LUIS MIGUEL - *Algumas questões sobre a Organização do Tempo de Trabalho*, Revista de Direito e de Estudos Sociais, 2000, 3-4 (ano XLI), 277 e ss.

- *A redução do período normal de trabalho, a Lei n.º 21/96 em questão*, Revista de Direito e de Estudos Sociais, 2000, 3-4 (ano XLI).

MONTOYA MELGAR, ALFREDO - *Derecho del Trabajo*, 43.^a ed, Madrid, 2022.

QUINTAS, PAULA/ QUINTAS, HELDER - *Código do Trabalho - Anotada e Comentado*, Coimbra, 2003.

RAMALHO, MARIA DO ROSÁRIO PALMA - *Tratado de Direito do Trabalho*, Parte II, 9ª ed, Coimbra, 2023.

RAY, JEAN-EMMANUEL - *Les astreintes, un temps du troisième type*, Droit Social, 1999, 3, 205-254.

RIBEIRO, MARIA DE FÁTIMA - *O tempo de trabalho no Direito Comunitário - a Directiva 93/104/CE, de 23 de novembro*, in *Dois temas de Direito Comunitário do Trabalho*, Porto, 2000, 109-185.

- *Breves notas críticas sobre a evolução de alguns aspectos do regime da duração e organização do tempo de trabalho*, Questões Laborais, 2006, 28, 219-240.

ROCHA, TIAGO - *Algumas considerações sobre o conceito de tempo de trabalho, em especial sobre o tempo de deslocação*, Questões Laborais, 2018, 52, 33-74.

RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, SARAI - *La desconexión digital como límite al control empresarial de la jornada de trabajo*, in *La revolución tecnológica y sus efectos en el mercado de trabajo: un reto del siglo XXI*, ALICIA VILLALBA SÁNCHEZ E LOURDES MELLA MÉNDEZ (Eds.), Madrid, 2018.

ROUXINOL, MILENA SILVA/ VICENTE, JOANA NUNES - *Duração e organização do tempo de trabalho*, in *Direito do Trabalho - Relação Individual*, JOÃO LEAL AMADO/MILENA SILVA ROUXINOL/ JOANA NUNES VICENTE/CATARINA GOMES SANTOS E TERESA COELHO MOREIRA (Eds.), Coimbra, 2023.

SAN MARTIN MAZZUCCONI, CAROLINA - *La conciliación de la vida laboral y extralaboral en la IV revolución industrial*, in *El impacto de la Industria 4.0 en el trabajo: una visión interdisciplinar*, KAHLE CARRILO (Ed.), Navarra, 2020, 247-279.

SÁNCHEZ TRIGUEROS, CARMEN - *El impacto de la industria 4.0 en las relaciones de trabajo: el derecho a la desconexión digital*, in *El impacto de la Industria 4.0 en el trabajo: una visión interdisciplinar*, KAHLE CARRILO (Ed.), Navarra, 2020, 219-245.

SILVA, LUIS GONÇALVES DA - *Da eficácia da convenção coletiva I*, Imprensa FDUL, Lisboa, 2022.

VALVERDE, MARTÍN/GUTIÉRREZ, RODRÍGUEZ-SAÑUDO/ MURCIA, GARCÍA - *Derecho del Trabajo*, 29.^a ed, Madrid, 2020.

VILLAR, ANTÓNIO - *Tempo de trabalho - quando o trabalhador permanece adstrito à realização da prestação, mas não está a desempenhar a actividade*, in *VII Congresso Nacional de Direito do Trabalho - Memórias*, ANTÓNIO MOREIRA (Ed.), Coimbra, 2006, 135-144.



REFORMA ANTECIPADA POR DESEMPREGO DE LONGA DURAÇÃO E CESSAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO POR ACORDO EM PORTUGAL - BREVE DESCRIÇÃO DO REGIME

*EARLY RETIREMENT DUE TO LONG-TERM UNEMPLOYMENT
AND THE TERMINATION OF THE EMPLOYMENT CONTRACT BY MEANS
OF AN AGREEMENT, IN PORTUGAL*

Sara Leitão¹

Sumário: 1. A revogação do contrato de trabalho - 2. Desemprego como consequência de um acordo de revogação - 2.1. Regras gerais de acesso ao subsídio de desemprego - 2.2. O acordo de revogação como forma involuntária de cessação do contrato de trabalho - 3. Reforma antecipada - 3.1. Fundamentação e regras gerais da reforma antecipada - 3.2. Limites aplicáveis - 4. Bibliografia citada

Resumo: O presente artigo procura descrever de forma sumária, numa vertente prática, o regime da cessação do contrato por acordo de revogação e as suas repercussões no acesso à reforma antecipada por desemprego de longa duração. Depois de uma breve análise do regime jurídico da revogação do contrato de trabalho em Portugal e da possibilidade de acesso à proteção em situação de desemprego nestes casos, tendo presente a definição legal das situações de desemprego involuntário, é feita uma descrição do regime de acesso à pensão de velhice em

¹ Assistente Convidada da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Advogada na DLA Piper ABBC e Investigadora do Centro de Investigação de Direito Privado (CIDP).

Portugal, com referência ao impacto daquela forma de cessação do contrato de trabalho no acesso à reforma antecipada.

Abstract: This paper seeks to summarise, from a practical point of view, the system for terminating a contract by revocation agreement and its repercussions on access to early retirement due to long-term unemployment. After a brief analysis of the legal regime for revoking an employment contract in Portugal and the possibility of access to unemployment protection in these cases, bearing in mind the legal definition of involuntary unemployment, a description is given of the regime for access to old age pensions in Portugal, with reference to the impact of this form of termination of the employment contract on access to early retirement.

1. A revogação do contrato de trabalho

Nos termos do disposto no artigo 340.º, alínea b), do Código do Trabalho, a revogação do contrato de trabalho por acordo entre as partes corresponde a uma forma de cessação do contrato de trabalho, baseada no princípio da autonomia privada e da liberdade contratual, que garante às partes autonomia para promover a cessação de contratos que tenham celebrado através de acordo, fixando os seus efeitos². Esta modalidade de cessação do contrato de trabalho depende do acordo das partes - empregador e trabalhador - acerca da cessação da relação laboral e dos seus efeitos e é um acordo bilateral, através do qual as partes acordam na revogação de um contrato de trabalho válido. O instituto encontra-se regulado nos artigos 349.º e seguintes do Código do Trabalho, devendo o acordo obedecer a requisitos legais específicos, nomeadamente, quanto à sua forma - deverá ser objeto de acordo escrito, com menção expressa da data

² PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, 11.ª edição, Almedina, Coimbra, 2023, p. 969; LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito do Trabalho*, 8.ª edição, Almedina, Coimbra, 2023, p. 469.

da sua celebração do acordo, da data da respetiva produção de efeitos, correspondente à data de cessação do contrato de trabalho, devendo ainda conter uma referência expressa à possibilidade conferida ao trabalhador de, até ao sétimo dia seguinte ao da celebração do acordo, revogar livremente o acordo de cessação³, sob pena de nulidade⁴.

O acordo de revogação produz efeitos apenas para o futuro e pode ser celebrado em qualquer altura, tornando-se eficaz na data determinada pelas partes. Para além da cessação do contrato de trabalho, podem ser acordados entre as partes outros efeitos em consequência da cessação, incluindo, designadamente, o pagamento de uma compensação ao trabalhador⁵, que é comum mas não obrigatória, a manutenção ou cancelamento de benefícios adicionais concedidos pelo empregador nos termos do contrato de trabalho (p.ex., seguro de saúde), serviços de consultoria de recolocação a expensas do empregador após a cessação, pactos de não concorrência, deveres

³ Corresponde ao “*cooling-off period*” - LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito do Trabalho*, cit., p. 470. O direito do trabalhador a desistir do acordo de revogação está expressamente previsto e regulado no artigo 350.º do Código do Trabalho. O exercício deste direito depende de o trabalhador entregar ou colocar, por qualquer meio, à disposição do empregador o montante total da compensação pecuniária paga em cumprimento do acordo, ou por efeito da cessação do contrato de trabalho, caso exista. O trabalhador não terá direito de retratação se as assinaturas do acordo estiverem reconhecidas notarialmente (n.ºs 3 e 4 do artigo 350.º).

⁴ BERNARDO LOBO XAVIER / PEDRO FURTADO MARTINS / ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO / JOANA VASCONCELOS, *Manual de Direito do Trabalho*, 4.ª edição, Reio dos Livros, Lisboa, 2020, p. 758.

⁵ O pagamento de uma compensação ao trabalhador não é obrigatório, mas é muito comum que as partes acordem nesse pagamento como consequência da cessação do contrato de trabalho, uma vez que, por vezes, serve como fator de motivação para que o trabalhador aceite a cessação do contrato.

de confidencialidade, entrega de ferramentas de trabalho, entre outros.

2. Desemprego como consequência de um acordo de revogação

2.1. Regras gerais de acesso ao subsídio de desemprego

A proteção contra o desemprego é um dos pilares dos sistemas de proteção social⁶, servindo como uma manifestação do Estado Social e atuando como uma das respostas mais relevantes em contextos de crise que conduzem a um agravamento do desemprego, sendo imposta pela Convenção n.º 102 da Organização Internacional do Trabalho⁷. Em Portugal, o enquadramento legal da proteção contra o desemprego de trabalhadores subordinados é regulado pelo Decreto-Lei n.º 220/2006, de 3 de novembro, que estabelece medidas passivas e ativas para proteção contra o desemprego, dando cumprimento às normas constitucionais que preveem o direito dos trabalhadores à “assistência material, quando involuntariamente se encontrem em situação de desemprego” (artigo 59.º, n.º 1, al. e) da Constituição) e o papel do sistema de segurança social na proteção dos cidadãos em casos de “doença, velhice, invalidez, viuvez e orfandade, bem como no desemprego e em todas as outras situações de falta ou diminuição de meios de subsistência ou de capacidade para o trabalho”

⁶ Cfr. o preâmbulo do Decreto-Lei n.º 220/2006, de 3 de novembro.

⁷ Nos termos do artigo 19.º da Convenção, “Todo o Membro para o qual a presente parte da Convenção esteja em vigor deve assegurar às pessoas protegidas a atribuição de prestações de desemprego, em conformidade com os artigos seguintes desta parte”.

(artigo 63.º, n.º 3, da Constituição). A atribuição do subsídio de desemprego é a principal medida passiva para compensar o beneficiário pela situação de desemprego e consiste na atribuição de prestações pecuniárias destinadas a esse fim^{8,9}. Em regra, têm direito ao subsídio de desemprego os beneficiários cujo contrato de trabalho tenha cessado nos termos da lei, que reúnam as respetivas condições de atribuição à data do desemprego e que residam em Portugal¹⁰. O reconhecimento do direito às prestações de desemprego depende da caracterização da relação de trabalho do beneficiário (contrato de trabalho), da situação de desemprego, da inscrição no centro de emprego da área de residência do beneficiário¹¹ e da verificação dos prazos de garantia, nos termos previstos no Decreto-Lei n.º 220/2006¹². Para a concessão do subsídio de desemprego, o período

⁸ Além do subsídio de desemprego, a lei também prevê, como prestações de desemprego, o subsídio social de desemprego e o subsídio de desemprego parcial (artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 220/2006). O subsídio social de desemprego é garantido nas situações em que não seja atribuível subsídio de desemprego e nos casos em que os beneficiários tenham esgotado os períodos de concessão do subsídio de desemprego, desde que se encontrem preenchidos os demais condicionalismos previstos, dependendo, concretamente, dos rendimentos mensais do agregado familiar do beneficiário (condição de recursos). O subsídio de desemprego parcial é assegurado quando o beneficiário, requerente ou titular de prestações de desemprego, exerça uma atividade profissional nos termos do regime.

Nos termos do artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 220/2006, as prestações de desemprego têm como objetivo “a) Compensar os beneficiários da falta de retribuição resultante da situação de desemprego ou de redução determinada pela aceitação de trabalho a tempo parcial; b) Promover a criação de emprego, através, designadamente, do pagamento por uma só vez do montante global das prestações de desemprego com vista à criação do próprio emprego”.

⁹ Medidas ativas incluem medidas de política ativa de emprego que promovam a melhoria dos níveis de empregabilidade e a reinserção no mercado de trabalho, incluindo, designadamente, o pagamento, por uma só vez, do montante global das prestações de desemprego com vista à criação do próprio emprego (artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 220/2006).

¹⁰ Artigo 8.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 220/2006.

¹¹ Artigo 20.º do Decreto-Lei n.º 220/2006.

¹² Artigo 18.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 220/2006.

de garantia é de 360 dias de trabalho num período de 24 meses imediatamente anterior à data do desemprego¹³.

Tendo em conta os interesses prosseguidos pela Segurança Social e a necessidade de uma gestão adequada dos recursos, cumprindo os requisitos de boa administração e o princípio da sustentabilidade¹⁴, só em caso de cessação do contrato de trabalho causada por um facto involuntário ou equiparado a involuntário é que os beneficiários têm direito à proteção no desemprego. Esta limitação destina-se a impedir o acesso às prestações de desemprego àqueles que, não pretendendo trabalhar ou manter uma determinada atividade, promovem, por sua própria iniciativa ou com o seu consentimento, a cessação da relação contratual que tinham¹⁵, por se considerar que não deve ser o sistema público de segurança a suportar os custos inerentes a todas as situações de cessação do contrato de trabalho, ficando a proteção no desemprego limitada aos casos em que o trabalhador não contribuiu para a perda do respetivo posto de trabalho¹⁶. Assim, para efeitos deste regime, apenas se considera desemprego a situação decorrente da perda involuntária de emprego do beneficiário com capacidade e disponibilidade para o trabalho¹⁷, considerando-se como desemprego involuntário, em regra, as situações, tipificadas na lei, em

¹³ Artigo 22.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 220/2006.

¹⁴ JOÃO CARLOS LOUREIRO, “Malhas que o (des)emprego tece: nótula sobre o desemprego involuntário como requisito de proteção social previdencial”, VV.AA., *Para Jorge Leite*, volume I, Coord. João Reis et al, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 483.

¹⁵ JOÃO CARLOS LOUREIRO, “Malhas que o (des)emprego tece: nótula sobre o desemprego involuntário como requisito de proteção social previdencial”, cit., p. 487.

¹⁶ CLÁUDIA ISABEL FERRAZ DIAS MATIAS, “Cessação do Contrato de Trabalho e Prestações de Desemprego: análise e reflexão sobre o conceito de “desemprego involuntário”, *Questões Laborais*, 50, 2017, p. 127.

¹⁷ Artigo 2.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 220/2006, nos termos do qual “Para efeitos

que a cessação do contrato de trabalho decorre da iniciativa do empregador, ou é por ele provocada^{18,19}, sendo excluídas deste conceito as situações em que o trabalhador causou, direta ou indiretamente, promoveu ou consentiu na cessação do contrato. Os casos em que o despedimento promovido pela entidade empregadora se deve a facto imputável ao trabalhador, em que o trabalhador recusa continuar a trabalhar após o termo do contrato, quando tal lhe tenha sido proposto, ou em que as partes celebrem acordo para a cessação do contrato de trabalho estão, em regra, excluídos da definição de desemprego involuntário, não conferindo o direito à proteção no desemprego²⁰.

2.2. O acordo de revogação como forma involuntária de cessação do contrato de trabalho

O conceito de desemprego involuntário deve, no entanto, ser apreciado numa perspetiva substantiva ou material, e não numa perspetiva meramente formal, tendo em conta a possibilidade de existirem situações em que, apesar de o trabalhador dar o seu con-

do presente decreto-lei é considerada desemprego toda a situação decorrente da perda involuntária de emprego do beneficiário com capacidade e disponibilidade para o trabalho, inscrito para emprego no centro de emprego.”.

¹⁸ Em particular, quando o trabalhador promove a cessação do contrato de trabalho por resolução, invocando a existência de justa causa.

¹⁹ Artigo 9.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 220/2006. Adicionalmente, são também consideradas como de desemprego involuntário as situações de caducidade do contrato não determinada por atribuição de pensão.

²⁰ Artigo 9.º, n.ºs 2 e 3, do Decreto-Lei n.º 220/2006. No primeiro caso, a proteção de desemprego deverá ser garantida se o trabalhador provar ter proposto ação judicial contra o empregador impugnando o despedimento.

sentimento formal à cessação da relação de trabalho, tal não significa que o desemprego seja voluntário ou que mereça o seu acordo. Assim, a lei previu expressamente os casos em que, embora a cessação da relação laboral resulte de um acordo de revogação do contrato de trabalho celebrado entre ambas as partes, se entende que a perda do emprego é involuntária, conferindo ao trabalhador o direito à proteção no desemprego. O Decreto-Lei n.º 220/2006, no seu artigo 9.º, n.º 1, alínea d), qualifica também como desemprego involuntário os casos em que seja celebrado acordo de revogação nos termos previstos neste regime. Especificamente, o regime caracteriza como situação de desemprego involuntário as situações de cessação do contrato de trabalho por acordo [i] que façam parte de um processo de redução de pessoal, quer por razões de reestruturação, viabilidade ou recuperação da empresa, quer ainda devido ao facto de a empresa se encontrar numa situação económica difícil, independentemente da sua dimensão²¹, [ii] com base em motivos que permitam o recurso ao despedimento coletivo ou ao despedimento por extinção do posto de trabalho, tendo em conta a dimensão da empresa e o número de trabalhadores abrangidos²² ou [iii] que visem o reforço da qualificação e da capacidade técnica das empresas e não determinem uma diminuição do nível de emprego²³. Se o primeiro conjunto de situações depende de a situação da empresa ser apreciada pelo tribunal ou pelo Governo e não gera, por isso, a necessidade de impor maiores exigências ou limites, o mesmo não acontece com as restantes situações, em que o Governo e os tribunais não

²¹ Artigo 10.º, n.ºs 1 e 2, do Decreto-Lei n.º 220/2006.

²² Artigo 10.º, n.º 4, do Decreto-Lei n.º 220/2006.

²³ Artigo 10.º-A do Decreto-Lei n.º 220/2006.

têm intervenção direta, sendo, por isso, mais permeáveis a abusos e a situações de recurso fraudulento ao instituto da revogação.

Consciente destes riscos, a lei criou requisitos e limites específicos para os casos de cessação por acordo com base em motivos que permitam o recurso ao despedimento coletivo ou à extinção do posto de trabalho, bem como para os casos de cessação por acordo com vista ao reforço da capacidade técnica das empresas. No primeiro caso, apenas são consideradas as cessações que se enquadrem nos limites legalmente estabelecidos - nas empresas com até 250 trabalhadores, são consideradas as cessações de contrato de trabalho até três trabalhadores ou até 25% do quadro de pessoal, em cada triénio; nas empresas com mais de 250 trabalhadores, são consideradas as cessações de contrato de trabalho até 62 trabalhadores, inclusive, ou até 20% do quadro de pessoal, com um limite máximo de 80 trabalhadores em cada triénio²⁴. Estes limites são aferidos por referência aos três anos anteriores, contados a partir da data de cessação do contrato, inclusive, e tendo em conta o número de trabalhadores da empresa no mês anterior à data de início do triénio, segundo o critério mais favorável²⁵. No segundo caso, regulado no artigo 10.º-A do Decreto-Lei n.º 220/2006, são consideradas as situações de cessação do contrato de trabalho por acordo que visem o reforço da

²⁴ Criticando estes limites, defendendo que promovem o aumento dos conflitos e litígios laborais, incentivando as empresas a recorrerem ao despedimento uma vez esgotadas as respetivas quotas, com o correspondente aumento do custo do processo para a entidade empregadora e sem que daí resulte uma poupança para a Segurança Social, que garantirá o subsídio de desemprego aos trabalhadores despedidos, RUI VALENTE, “Direito do Trabalho e prestações de desemprego. A Segurança Social como outorgante fantasma na transacção laboral”, *Prontuário de Direito do Trabalho*, 86, 2020, p. 96.

²⁵ Artigo 10.º, n.ºs 4 e 5, do Decreto-Lei n.º 220/2006.

qualificação e da capacidade técnica das empresas e não conduzam a uma diminuição do nível de emprego, entendendo-se como tal os casos em que a cessação do contrato é seguida da contratação de um novo trabalhador através de um contrato a tempo inteiro e sem termo, para um posto de trabalho correspondente ao exercício de uma atividade tecnicamente complexa, que envolva um elevado grau de responsabilidade ou que implique uma qualificação especial, até ao final do mês seguinte ao da cessação do contrato de trabalho. Neste caso, mantendo-se o nível de emprego, não se aplicam limites quantitativos.

3. Reforma antecipada

3.1. Fundamentação e regras gerais da reforma antecipada

Em Portugal, o regime de proteção nas eventualidades de invalidez e velhice dos beneficiários do regime geral de Segurança Social encontra-se previsto no Decreto-Lei n.º 187/2007, de 10 de maio, que surgiu na sequência da autorização legislativa concedida pela Lei n.º 4/2007, de 16 de janeiro. De acordo com este diploma, a proteção nas eventualidades de invalidez e velhice é assegurada através de prestações pecuniárias mensais denominadas "pensão de invalidez" e "pensão de velhice"²⁶. O presente artigo refere-se ao evento de velhice, que ocorre quando o beneficiário atinge a idade mínima legalmente assumida como adequada para a cessação do exercício

²⁶ Artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 187/2007.

da atividade profissional²⁷, baseada numa presunção de que tal idade corresponde à idade “normal” para terminar a vida ativa²⁸. O reconhecimento do direito à pensão de velhice, cujo montante mensal corresponde ao produto da remuneração de referência pela taxa global de formação da pensão e pelo fator de sustentabilidade, quando aplicável²⁹, é requerido pelo beneficiário e depende do cumprimento do prazo de garantia³⁰, que é de 15 anos civis com registo de remunerações³¹, e de o beneficiário ter idade igual ou superior à idade normal de acesso à pensão de velhice, obtida de acordo com a evolução da esperança média de vida aos 65 anos³². O Decreto-Lei n.º 187/2007, de 10 de maio, reconhece que, em determinados casos, devido a diversos fatores, se justifica a antecipação da idade de acesso à proteção na eventualidade de velhice. Contudo, o Decreto-

²⁷ Artigo 2.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 187/2007.

²⁸ A idade mínima presumida pelo legislador como adequada para a cessação da atividade profissional “constitui o conceito chave basilar e a Estrela polar de todo o regime do acesso à proteção social de velhice em Portugal, porque transversal a todo o regime jurídico de tal contingência, conceito esse que está centrado na evolução da esperança média de vida e variará ao longo do tempo” (MÁRIO SILVEIRO DE BARROS, “O Regime Jurídico das Pensões de Velhice no Direito Português da Segurança Social”, e-*Revista Internacional de la Protección Social*, Vol. III, no. 1, 2018, p. 169)

²⁹ Artigo 26.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 187/2007.

³⁰ Artigo 10.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 187/2007.

³¹ Artigo 19.º do Decreto-Lei n.º 187/2007. Nos termos do disposto no artigo 12.º, n.º 1, para efeitos da totalização de períodos contributivos, são considerados os anos civis em que o total de dias com registo de remunerações seja igual ou superior a 120.

³² Artigo 20.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 187/2007. A idade normal de acesso à pensão de velhice é calculada de acordo com a fórmula

$$m_n = \sum_{i=2015}^n (EMV_{i-2} - EMV_{i-3}) \times 12 \times \frac{2}{3}$$

em que “m” corresponde ao número de meses a acrescer à idade normal de acesso à pensão relativa a 2014, “n” corresponde ao ano de início da pensão e “EMV” corresponde à esperança média de vida aos 65 anos. A idade normal de acesso à pensão de velhice do regime geral de segurança social é 66 anos e 4 meses em 2024 (Portaria n.º 292/2022, de 9 de dezembro) e 66 anos e 7 meses em 2025 (Portaria n.º 414/2023, de 7 de dezembro).

Lei n.º 187/2007, de 10 de maio, fixa medidas especiais para antecipação do acesso à pensão de velhice, nomeadamente, em caso de carreiras contributivas muito longas³³, devido ao carácter particularmente penoso ou desgastante da atividade profissional exercida³⁴, reconhecido por lei, no âmbito de medidas temporárias de proteção específica de atividades ou empresas por razões conjunturais³⁵, ou em caso de desemprego involuntário de longa duração³⁶, remetendo, neste último caso, para outro diploma, e fixando o limite de idade em 57 anos³⁷.

Entende-se por desemprego de longa duração o desemprego que se prolonga para além do período de concessão do respetivo subsídio de desemprego, devendo a concessão desse subsídio ter cessado ou esgotado antes do acesso à pensão antecipada³⁸. O prolongamento

³³ Em regra, para beneficiários com idade igual ou superior a 60 anos e, pelo menos, 48 anos civis com registo de remunerações relevantes para cálculo da pensão (artigo 21.º-A do Decreto-Lei n.º 187/2007).

³⁴ É, nomeadamente, o caso dos trabalhadores das minas, da lavagem de minérios e dos trabalhadores da extração ou transformação primária de pedra, nos termos do Decreto-Lei n.º 195/95, de 28 de julho, ou dos comandantes e copilotos de aeronaves de transporte público comercial de passageiros, carga ou correio, nos termos do Decreto-Lei n.º 156/2009, de 9 de julho. Pode entender-se que este regime não é propriamente um regime de antecipação, mas sim a previsão da existência de regimes especiais de acesso à pensão de velhice em determinados casos, uma vez que nestes regimes, esta idade antecipada é a idade normal de acesso à pensão de velhice para estas atividades ou trabalhadores (MÁRIO SILVEIRO DE BARROS, “O Regime Jurídico das Pensões de Velhice no Direito Português da Segurança Social”, cit., p. 180).

³⁵ Artigo 23.º do Decreto-Lei n.º 187/2007.

³⁶ Artigo 20.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 187/2007.

³⁷ Artigo 24.º do Decreto-Lei n.º 187/2007.

³⁸ MÁRIO SILVEIRO DE BARROS, “O Regime Jurídico das Pensões de Velhice no Direito Português da Segurança Social”, cit., p. 181.

De acordo com o artigo 37.º do Decreto-Lei n.º 220/2006, o período de concessão do subsídio de desemprego e do subsídio social de desemprego inicial é estabelecido em função da idade do beneficiário e do número de meses com registo de remunerações no período imediatamente anterior à data do desemprego. Para beneficiários com idade igual ou superior a 50 anos, este período varia entre 270 dias e 540 dias, e pode

da situação de desemprego é um fator que dificulta a empregabilidade do beneficiário, o que, juntamente com o aumento da idade, aumenta a probabilidade de manutenção da situação de desemprego para além do período em que são garantidas as prestações de desemprego, apesar de o beneficiário ainda se encontrar em idade ativa, o que gera a necessidade de articulação destas regras com as regras de acesso à pensão de velhice. Por este motivo, para os trabalhadores mais velhos, que estão desempregados há mais tempo, a lei define condições especiais e mais favoráveis de acesso à pensão de velhice que lhes permitem reformar-se mais cedo, em desvio da idade geral de acesso a esta prestação. Assim, em situações devidamente comprovadas de desemprego de longa duração e depois de esgotado o período inicial do subsídio de desemprego ou do subsídio social de desemprego, o Decreto-Lei n.º 220/2006 estabelece a possibilidade de os beneficiários acederem à pensão de velhice, antecipando a idade de acesso. Concretamente, a idade de acesso à pensão por velhice é antecipada para 62 anos para os beneficiários que tenham cumprido o período de garantia legalmente exigido e que tenham 57 anos ou mais à data do desemprego³⁹. A idade de acesso à pensão de velhice é também antecipada para os 57 anos para os beneficiários que, à data do desemprego, tenham cumulativamente 52 ou mais anos de idade e uma carreira contributiva de, pelo menos, 22 anos

ser majorado em 60 dias por cada cinco anos com registo de remunerações nos últimos 20 anos.

³⁹ Conforme referido no Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte, de 09/06/2017, Processo n.º 00649/15.7BEPRT (<http://www.dgsi.pt>), “No regime de antecipação da pensão de velhice nas situações de desemprego involuntário de longa duração, os pressupostos que permitem essa antecipação são reportados “à data do desemprego”, não à data da apresentação do pedido ou da atribuição”.

civis com registo de remunerações. Antes dos 62 anos de idade, podem aceder à pensão de velhice os beneficiários que tenham cumprido o período de garantia exigido por lei e tenham idade igual ou superior a 57 anos à data do desemprego, se à data do desemprego tiverem pelo menos 22 anos civis com registo de remunerações⁴⁰.

3.2. Limites aplicáveis

No entanto, estas medidas implicam um aumento significativo de custos para o sistema de segurança social, razão pela qual a antecipação da idade de acesso à pensão de reforma está, na maior parte das vezes, associada a um agravamento do cálculo da pensão, através da definição de fatores de redução. Concretamente, quando o acesso à pensão de velhice ocorre antes dos 62 anos de idade, é aplicado um fator de redução ao montante da pensão estatutária, previsto no diploma que estabelece a flexibilização da idade legal de acesso à pensão de velhice, em função do número de anos de antecipação em relação aos 62 anos de idade, sendo que o número de anos de antecipação a considerar para a determinação da taxa global de redução para o cálculo da pensão é reduzido em um ano por cada período de três anos que ultrapasse os 32 anos de carreira contributiva aos 57 anos de idade. Por outro lado, para evitar situações em que os beneficiários possam acordar a cessação do contrato de trabalho com as respetivas entidades empregadoras na expectativa de, findo o período de concessão do subsídio de desemprego, acederem antecipadamente à pensão de reforma por velhice, invocando fraudulentamente

⁴⁰ Artigo 57.º do Decreto-Lei n.º 220/2006, n.os 2, 3 e 4.

os motivos acima referidos que permitem o acesso à proteção na eventualidade de desemprego, o legislador estabeleceu limites a esta antecipação, fixando fatores de redução da pensão quando a situação de desemprego resulte da cessação do contrato de trabalho por acordo. De acordo com o n.º 4 do artigo 58.º do Decreto-Lei n.º 220/2006, quando a situação de desemprego decorre da cessação do contrato de trabalho por acordo, é aplicado um fator de redução adicional⁴¹ ao montante da pensão, que é anulado quando o beneficiário atinge a idade normal de acesso à pensão. Trata-se de uma forma de desencorajar a utilização de acordos de cessação negociados entre trabalhadores e empregadores como forma de permitir o acesso antecipado a uma pensão de reforma.

4. Bibliografia citada:

BARROS, Mário Silveiro de

“O Regime Jurídico das Pensões de Velhice no Direito Português da Segurança Social”, *e-Revista Internacional de la Protección Social*, Vol. III, n.º 1, 2018, pp. 165-182.

LEITÃO, Luís Menezes

Direito do Trabalho, 8.ª edição, Almedina, Coimbra, 2023.

⁴¹ O fator de redução é calculado usando a fórmula $1 - (n \times 0,25\%)$ em que n corresponde ao número de meses de antecipação entre os 62 anos e a idade normal de acesso à pensão de velhice em vigor (artigo 58.º, n.º 4, do Decreto-Lei n.º 220/2006).

— LOUREIRO, João Carlos

“Malhas que o (des)emprego tece: nótula sobre o desemprego involuntário como requisito de proteção social previdencial”, VV.AA.: *Para Jorge Leite*, volume I, Coord. JOÃO REIS *et al*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pp. 469-489.

MATIAS, Cláudia Isabel Ferraz Dias

“Cessações do Contrato de Trabalho e Prestações de Desemprego: análise e reflexão sobre o conceito de “desemprego involuntário”, *Questões Laborais*, 50, 2017, pp. 121-151.

MARTINEZ, Pedro Romano

Direito do Trabalho, 11.^a edição, Almedina, Coimbra, 2023.

— VALENTE, Rui

“Direito do Trabalho e prestações de desemprego. A Segurança Social como outorgante fantasma na transacção laboral”, *Prontuário de Direito do Trabalho*, 86, 2020, pp. 85-100.

XAVIER, Bernardo Lobo / MARTINS, Pedro Furtado / CARVALHO, António Nunes de / VASCONCELOS, Joana

Manual de Direito do Trabalho, 4.^a edição, Rei dos Livros, Lisboa, 2020.





THE PORTUGUESE LABOR CODE OF PROCEDURE AND “IN CAMERA” PROCEEDINGS: A BRIEF INTRODUCTION*¹

O CÓDIGO DE PROCESSO DO TRABALHO PORTUGUÊS
E OS PROCEDIMENTOS “IN CAMERA”: UMA BREVE INTRODUÇÃO

Tiago Sequeira Mousinho**

Summary: §1.º An introduction to “*in camera*” proceedings; §2.º Why is it necessary (for labor and employment purposes); §3.º The general framework for the protection of sensitive information; §4.º Adapting the Portuguese Labor Code of Procedure?; §5.º Final remarks.

An homage to Prof. PEDRO ROMANO MARTINEZ.

A Professor beloved and remembered by his students.

Abstract: This brief introductory study is the first of two parts concerning “*in camera*” proceedings in the labor and employment context. Hence, this report

* Artigo aprovado para publicação após submissão a *double blind peer review*.

** Advogado, Mestre em Direito e Ciência Jurídica, especialidade em Direito Laboral pela Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa/ Lawyer, Master Degree in Law and Legal Science, in Labor Law, by the University of Lisbon, School of Law.

¹ This is the first text of a two-part report. As an introduction, we aim to provide a simple and brief passage through the general framework of procedural law. However, we are prone to dedicate more effort to the labor procedural law and how “*in camera*” procedures can be established in a labor court and before a labor judge. The second part of this study shall focus on the actual implementation, a more in-depth analysis of concrete examples, and specific limitations. However, this will not be possible without a general introduction, motivation, and structuring of *in camera* proceedings. We hope to be up to the task of this challenge.

aims to (i) determine what is an “*in camera*” proceeding, (ii) why such a proceeding is necessary, as well as (iii) how and to what extent we may set an “*in camera*” proceeding in Portuguese labor and employment courts while taking into account the general framework. Additionally, it should be remarked that the main purpose of this subject is to keep sensitive information safe, whether personal data or commercially sensitive data, specifically trade secrets. This information (data, experience, and knowledge) will require legal protection, in or out of legal proceedings. The Portuguese Code of Labor Procedure does not expressly provide for this possibility, and, in fact, sets a specific legal action dedicated to challenge confidentiality. However, we believe that the current framework already provides sufficient coordinates to establish an “*in camera*” procedure - it is possible under labor procedural law and can be one of the means available to the labor judge.

Resumen: Este breve estudio introductorio es la primera de dos partes relativas a los procedimientos “*in camera*” en el contexto laboral. Por lo tanto, este texto tiene como objetivo (i) determinar lo qué es un procedimiento “*in camera*”, (ii) por qué es necesario un proceso de este tipo, así como (iii) cómo y en qué medida podemos establecer un proceso “*in camera*” en los tribunales de trabajo portugueses, teniendo en cuenta el cuadro general vigente. Además, cabe señalar que el objetivo principal de este tema es mantener a salvo la información sensible, ya sean datos personales o datos comercialmente sensibles, concretamente secretos comerciales. Esta información (datos, experiencia y conocimientos) requerirá protección jurídica, dentro o fuera de los procesos judiciales. El Código del Proceso de Trabajo portugués no prevé expresamente esta posibilidad y, de hecho, establece una acción legal específica dedicada a impugnar la confidencialidad. Sin embargo, creemos que el cuadro actual ya proporciona coordenadas suficientes para establecer un proceso “*in camera*” - es posible en virtud de la legislación procesal laboral y puede ser uno de los medios a disposición del juez de trabajo.

§1.º An introduction to “*in camera*” proceedings

I - To be “*in camera*” or “to be in chambers” (from the Latin translation) resonates with an idea of privacy and secrecy. It is, thus, for legal language, a “cutout” of a determined audience (general

public), either in a judicial process or in an out-of-court procedure². We shall focus primarily on the judicial processes, without prejudice to singling out some extrajudicial procedures throughout this text (when and if necessary).

Specifically, *in camera* proceedings provide that at least a portion of a court case (mostly hearings³) may be held in private before the judge (a “doors closed” session), excluding the general public and even, for some cases, the counterparty⁴ (a situation of “judge alone access”). Thus, such an understanding has been pointed as an exception towards a general principle of open court trials - since, during *in camera* proceedings, the public is not generally allowed to sit in on the hearing. The northern-American experience, for instance, is quite expressive and has provided us with a few examples: e.g., for the protection of victims of sexual violence, or the protection of child witnesses⁵, as well as attorney-client privilege subjects (confidential communications)⁶. With this said and to summarize, the

² According to the United States Courts Glossary of Legal Terms, available at <https://www.uscourts.gov/glossary> (lastly consulted on 11.03.2024): “[l]atin, meaning in a judge's chambers. Often means outside the presence of a jury and the public. In private”.

³ Such provision may also fall under a process of judicial inspection (of a place or an object) and/ or for revising/ reviewing relevant documentation.

⁴ As we will later reveal, our paper is centered and we were inspired by the works on JOÃO DE CASTRO MENDES | MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Manual de processo civil, Volume I*, Centro de Investigação de Direito Privado, AAFDL Editora, Lisboa, 2022, p. 510, aiming at legal intellectual and copyright protection in civil courts, as well as DAVID CARVALHO MARTINS, *as ações para impugnação da confidencialidade, Tutela da personalidade do trabalhador e da igualdade e não discriminação em função do sexo*, Estudos APODIT 2, AAFDL Editora, Lisboa, 2016, p. 133, on providing confidentiality examples in need of legal protection for employment purposes.

⁵ KYU HO YOUM, *Cameras in the Courtroom in the Twenty-First Century: The U.S. Supreme Court Learning From Abroad?*, BYU Law Review, 2012, p. 2018, note 192.

⁶ See *United States v. Zolin*, 491, U.S. 554 (1989).

common law targets *in camera* proceedings, in sum, as a “power to hear a trial (or part of a trial) in private”⁷.

II - Legitimate corporate interests may also take part in this discussion. The German law on trade secrets protection (“*Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen*” - “*GeschGehG*”)⁸, for instance, sets a specific framework for *in camera* proceedings (see §§ 15 to 22), while determining particular restrictions of judicial nature (see § 19), blocking access to the court audience (hearing) or limiting the consultation of documents, in order to protect trade secrets⁹.

In camera proceedings may be associated with both private and public interests, whether of a criminal, economic, or social nature. Most importantly, these proceedings aim at one of the most important values in our society: human privacy. In a sentence, as noted by RICHARD POSNER, we have a legally protected right to conceal

⁷ See *Guardian News and Media LTD vs. AB CD*, Royal Courts of Justice, Strand, London, WC2A 2LL, 12.06.2014, §3.

⁸ Transposing Directive (EU) 2016/943 of the European Parliament and of the Council of 8 June 2016 on the protection of undisclosed know-how and business information (trade secrets) against their unlawful acquisition, use, and disclosure.

⁹ See PHILIP SEBULKE, *Zivilprozessualer Geheimnisschutz im Anschluss an das Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen*, Vol. 125, Nomos, Baden-Baden, 2021, pp. 106-172; additionally, see THOMAS HOEREN | REINER MÜNKER (Ed.), *Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen*, De Gruyter, 2021. Regarding the protection of trade secrets in employment relations, see WILLI GROSS, *Arbeitsrecht I*, 2nd Ed., Gabler Verlag, Wiesbaden, 1992, pp. 92-95. For an overall trade secret perspective in Germany, see ANSGAR OHLY, *The German Trade Secrets Protection Act of 2019*, Jens Schovsbo, Timo Minssen and Thomas Riis (Ed.), “The harmonization and protection of trade secrets in the EU - An Appraisal of the EU Directive”, Edward Elgar, 2020.

personal information “(...) only because some people want to uncover such information about others - to pry, in a word”¹⁰.

The same could be said for the protection of employee privacy as well as for commercially sensitive information of a company, belonging to the employer (e.g., as referred, trade secrets, and other intangible assets and intellectual property). Our brief introductory study will address some of the most relevant topics concerning the latter, focusing however on the Portuguese labor and employment framework - we intend to map and guide the interpreters and enforcers in the ways that seem possible and more adequate in light of the Portuguese Labor Code of Procedure¹¹ (and other possible - and

¹⁰ RICHARD A. POSNER, *The economics of justice*, Harvard Press Cambridge, Massachusetts, 1981, p. 232.

¹¹ General Portuguese legal literature should be highlighted. Just to provide brief examples, RAUL VENTURA, *Curso de Direito processual do trabalho*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1964; PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do trabalho*, 10th Ed., Almedina, 2022, pp. 1289 *et seq.*; JOANA VASCONCELOS, *Direito processual do trabalho*, Universidade Católica Editora, 2017; PAULO SOUSA PINHEIRO, *Curso de Direito processual do trabalho*, Almedina, 2020; JOÃO CORREIA | ALBERTINA PEREIRA, *Código de Processo do Trabalho anotado*, 2nd Ed., Almedina, 2020; José JOAQUIM F. OLIVEIRA MARTINS, *Código de Processo do Trabalho anotado e comentado, Os processos laborais na prática judiciária*, CJ, Almedina, 2020; ALBERTO LEITE FERREIRA, *Código de Processo do Trabalho anotado*, 4th Ed., Coimbra Editora, 1996; ANTÓNIO JOSÉ MOREIRA, *Código de Processo do Trabalho anotado*, Editora Justiça e Paz, 1987. More recently published, SÍLVIA SARAIVA, *O processo comum laboral: Fase liminar e audiência de partes*, Direito do Trabalho e da Empresa, CEJ E-book, 2023, pp. 327 *et seq.*; and, of the same Author, *O processo comum laboral: Fase dos articulados e gestão processual*, Direito do Trabalho e da Empresa, CEJ E-book, 2023, pp. 341 *et seq.*; additionally, again from the same Author, *O processo comum laboral: Audiência de julgamento, sentença e recursos*, Direito do Trabalho e da Empresa, CEJ E-book, 2023, pp. 365 *et seq.*. Specific studies on procedural labor law are also mentioned, PEDRO ROMANO MARTINEZ (Dir.), *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, Vol. V, Almedina, 2007; PEDRO ROMANO MARTINEZ (Dir.), *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, Vol. VI, Almedina, 2012; MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO | TERESA COELHO MOREIRA (Coord.), *Estudos APODIT 2, Novo Código de Processo Civil e o Processo do Trabalho*, AAFDL Editora, 2016; MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO | TERESA COELHO MOREIRA (Coord.), *Estudos APODIT 8, Um Ano de Reforma do Processo do Trabalho: Balanço e Perspetivas*, AAFDL Editora, 2021.

relevant - legal instrument that may be considered available in our general framework).

The discipline of labor procedural law is quite porous, particularly concerning the ordinary civil procedure, as well as the application of analogous cases of civil procedural law¹², and the general principles of procedural law as noted below. When taken into court, the purpose of these processes is to maintain confidentiality, keep reserve data, and thus preserve the status of a particular piece of information or knowledge.

§2.º Why is it necessary (for labor and employment purposes)?

I - “*Semel emissum volat inrevocabile verbum*” (once issued, the word flies uncontrollably) [Horacio, *Epistulae* 1.18.71]¹³. It is extremely burdensome - if not impossible - to block and control the spread of information, data, knowledge, or experiences “in and out” of the workplace. In that sense, sensitive information is an intangible good or asset that may be perceived as crucial to both employers and employees.

¹² If we take a close look at the scope of article 1 of the Portuguese Labor Code of Procedure, and it is easy to note how wide such an application can be. A translation of our own is here provided for demonstration purposes only: “1 - Labor proceedings shall be governed by this Code. 2 - In cases of omission, recourse shall be had successively to: a) common, civil or criminal procedural legislation, which directly prevents them; b) the regulation of analogous cases provided for in this Code; c) the regulation of analogous cases provided for in common, civil or criminal procedural legislation; d) the general principles of labor procedural law; e) the general principles of common procedural law. 3 - Subsidiary rules shall not apply when they are incompatible with the nature of the procedure regulated in this Code”.

¹³ FERNANDO PEREIRA RODRIGUES, *As expressões Latinas no discurso jurídico*, Almeida, 2017, p. 371.

II - In the workplace context, on the employee’s side, privacy (employee’s intimate, private, and family life information) and, in a broader concept of personal data, may be highlighted as potential (suitable) cases for *in camera* proceedings. However, it cannot be undermined that certain types of employees that provide and carry intellectual activities (e.g., inventors and researchers) may also bear other types of sensitive information, namely trade secrets of his/her own, as well as his/her own independent creations and discoveries, complementary know-how, or reverse engineering methods¹⁴.

Employers, on the other hand, are highly interested (and usually invested) - as is expected - in protecting competitive information, beyond trade secrecy. Although trade secrets may pose as the most important intangible asset (or the “most intangible of all assets”), employers are also bound to protect the personal data of third parties (e.g., suppliers, distributors, clients, partners, and potential partners), competitive information and trade secrets or intellectual property of third parties (e.g., know-how contracts and contracts of technology transfer), and to keep safe mercantile bookkeeping¹⁵.

Trade union representatives (and other employee representatives¹⁶), as well as employers’ associations or employer’s represent-

¹⁴ See articles 11, 14, and 228 of the Portuguese Code of Copyright and Related Rights, and articles 313 *et seq.* of the Portuguese Industrial Code. Regarding these type of employees, see JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *Direito do trabalho, Volume I, Relações individuais de trabalho*, Coimbra Editora, 2007, pp. 570 *et. seq.*; and JOSÉ JOÃO ABRANTES, *Contratos da propriedade intelectual e contrato de trabalho*, Estudos de Direito do Trabalho, AAFDL Editora, 2018, pp. 197 *et. seq.*.

¹⁵ See articles 29 and 40 of the Portuguese Commercial Code.

¹⁶ *Ad hoc* representatives (non-official or non-institutional representatives chosen among the collective group of employees for a determined purpose) and lawyers/ attorneys.

atives, may also be invested in keeping safe specific information concerning negotiation procedures (e.g., collective bargaining, mediation, arbitration, and conflict resolution/ settlement) and personal data (of the counterparty and/ or belonging to third parties).

In camera proceedings may also benefit multiple agents acting in the workplace environment, e.g., when conducting previous inquiries (article 352 of the Portuguese Labor Code) or when promoting disciplinary procedures (articles 353 *et. seq.* of the Portuguese Labor Code) of a confidential nature¹⁷ - in fact, such a scenario aims to avoid, at some extent, the disruption of the workplace itself. This type of proceeding - of strict secrecy - could be particularly important to enforce the confidentiality of whistleblowing regimes in the workplace, as set out in articles 9, 18, 25, no. 2, all of Law no. 93/2021, 20th of December¹⁸.

III - The abovementioned seems to summarize different preoccupations of the most important parties or individuals in the workplace. Protecting sensitive information is, in some cases, more than (highly)

¹⁷ Just recently published, and in time for the trials of this report, the essentiality of *in camera* proceedings can be (re)affirmed with the Decision by the Portuguese Supreme Court, of 12.04.2024 (JOSÉ EDUARDO SAPATEIRO), proc. 3109/22.6T8CSC-B.L1.S1, available in www.dgsi.pt. In sum, the Supreme Court ruled that the new whistleblowing framework is not applicable to any type of harassment (sexual or moral), hence, the confidentiality regime provided by such framework is not applicable as well. In the same sense, the Portuguese Labor Code does not directly provide for confidentiality in such cases, the reason why such a proceeding, under our humble understanding, is necessary.

¹⁸ Establishes the general regime for the protection of whistleblowers, transposing Directive (EU) 2019/1937 of the European Parliament and of the Council of 23rd of October, 2019 on the protection of persons who report breaches of Union law.

recommended - it is an actual obligation for the contracting parties¹⁹. And, taking into account the nature of the goods or assets, such protection is or should be conceived primarily under a preventive scope. Otherwise, the contracting parties may fall into a mere indemnity remedy, following specific terms of Portuguese industrial law, or the general terms of Portuguese (civil) tort law.

The protection of sensitive information, e.g., concerning privacy, is particularly important to the Portuguese Labor Code of Procedure since, as stated by ROMANO MARTINEZ, employment litigation is, above all else, human litigation²⁰. Nonetheless, labor and employment law should strike a balance between the contracting parties, rather than just focusing on employee determination²¹. This brings us to an important aspect of employment relations, that reflects on court case litigation scenarios: striking a balance between employees' and employers' interests.

IV - It is well established that procedural law must serve the material realization of substantive law. Indeed, procedural labor law must not be insensitive to the various grounds or motivations that may underlie a request for an “*in camera*” procedure. As mentioned

¹⁹ In the event of trade secret protection, for example, employers (as someone lawfully in control of trade secrets) must, v.g., provide reasonable endeavors, having regard to the circumstances, to keep it secret [article 313, no. 1, paragraph c), of the Portuguese Industrial Code]. On this regard, see JOÃO DE OLIVEIRA GERALDES, *Sobre a proteção jurídica dos segredos comerciais no espaço digital*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisbon Law Review, A. LXIII, No. 1 and 2, 2022, pp. 437 et. seq..

²⁰ PEDRO ROMANO MARTINEZ, *O novo Código de Processo do Trabalho - Uma reforma necessária*, Estudos de Direito do Trabalho, Volume VI, IDT, Almedina, 2012, p. 16, an economist may look at 1000 employees and see 1000 economic units, but for law scholars, however, one should notice 1000 human lives.

²¹ *Ibidem*, 2012, p. 16.

above, there are situations where “*in camera*” procedures can be used outside of legal processes (outside of court, and not before a judge). Some examples have already been provided: (i) for disciplinary purposes²² (ii) for business and restructuring reasons (transfer of undertaking, collective dismissals, and elimination of position scenarios)²³, and (iii) even for collective bargaining negotiation rounds²⁴.

But what happens when the contractual parties are openly in dispute? We shall look further in-depth over the following paragraphs.

§3.º The general framework for the protection of sensitive information

I - We intend to draft a possible “map” that may help with the elaboration of a more detailed proposal of our edification concerning “*in camera*” proceedings in Portuguese courts, specifically for labor

²² Whether to keep a safe workplace and not disrupt the workplace environment, or to comply with whistleblowing legislation and its confidentiality.

²³ In the event of a transfer of undertaking (“TUPE”) scenario, “*in camera*” proceedings could be conducted for restricted information, and consultation phases with employees (article 286 of the Portuguese Labor Code), specifically if the acquirer/ purchaser and/ or the transferor/ transmitter intend to share confidential projective measures and secret contractual content regarding TUPE with employees or employee representatives (e.g., company business portfolios), under article 286, nos. 1 and 2, and articles 412 to 413, all of the Portuguese Labor Code. Similarly, “*in camera*” proceedings could be very useful for collective dismissals and elimination of position formal procedures, specifically if expert personnel attend negotiation, information, and consultation meetings (e.g., to explain a secret formula of an algorithm that selects employees based on evaluation schemes), according to article 361, no. 4, of the Portuguese Labor Code.

²⁴ The parties may negotiate on how to protect sensitive information. Concerning trade secret protection set by collective bargaining, see NATHAN NEWMAN, *Trade secrets and collective bargaining: A solution to resolving tensions in the economics of innovation*, Chicago-Kent College of Law, Vol. 6, No. 1, 2002.

and employment issues - such a map may be justifiable with the current legal instruments unless a better understanding states otherwise. We shall initiate with our primary and most important sources of law, starting with the Portuguese Constitution.

The Portuguese Constitution (“*Constituição da República Portuguesa*”) sets different normative standards or sections, for both national and foreign persons or entities (article 15 imposes, for instance, a principle of equivalence). A first assessment could be argued towards the protection of sensitive information of human persons, such as personality rights, under article 26, nos. 1 and 2 (development of human personality, such as image rights, protection of privacy concerning intimate, private, and family information, against intrusion), article 34 (inviolability of home/ domicile and correspondence), article 35 (concerning the protection of “auto-informational” determination, specifically in the digital era). A second assessment is associated with economic activity, the private economic initiative, as in article 61, no. 1, or even the protection of private property, in the sense of article 62, as it was presented, on more than one occasion. It should be noted that the Portuguese Constitutional Court already established that information concerning trade secrecy can be subject to or included in a broader concept of private property²⁵. The meaning of private property is broader in the Constitution than in the civil or labor sense, since the notion of private

²⁵ See Decision by the Portuguese Constitutional Court, no. 254/99, proc. 456/97 (SOUSA E BRITO), available at www.tribunalconstitucional.pt: “(...) the consideration of reasons related to the protection of rights (of intellectual property and respective commercial and industrial secrets) integrated into the right to private property, also constitutionally assumed as a fundamental right (article 62 of the Constitution)” (our translation).

property corresponds to an idea of economic or commercial value²⁶. This could potentially be a weight argument for a decision-maker to consider.

All this provided that the law shall discipline economic activity and investments by foreign individuals or foreign legal entities, in order to guarantee their contribution to the development of the country and to defend national independence and the interests of the employees, pursuant to articles 15 and 87.

The European Union framework has developed several normative instruments for the protection of intellectual property²⁷. We shall focus, however, on trade secrecy, since it is “the most intangible asset” and the most illustrative example of highly sensitive information - Directive (EU) 2016/943 of the European Parliament and of the Council of 8 June 2016 on the protection of undisclosed know-how and business information (trade secrets) against their unlawful acquisition, use, and disclosure (the “Trade Secrets Directive”)²⁸. The latter provides for, in sum, the following topics concerning legal

²⁶ Most recently, see Decision by the Portuguese Constitutional Court, no. 695/2022, proc. 388/2021 (JOSÉ JOÃO ABRANTES), available at www.tribunalconstitucional.pt: “This position has also been uniformly adopted by the Constitutional Court: “It is therefore clear that the right to property referred to in that article of the Constitution covers not only *proprietas rerum*, minor rights in rem, intellectual property and industrial property, but also other rights that are not normally included under the heading of ‘property’, such as, in particular, credit rights and ‘social rights’ - thus including social shares such as shares or company quotas” (see Judgement no. 491/2002)” (our translation).

²⁷ See, from a copyright perspective JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *Direito de autor, Dogmática básica*, Almedina, 2020, pp. 32 et. seq.; furthermore, from an industrial and intellectual perspective, in DÁRIO MOURA VICENTE, *A tutela internacional da propriedade intelectual*, 2nd Ed., Almedina, 2019.

²⁸ We shall focus, below, on the legal structure. However, Recitals (24), (25), (34), (35) are particularly important to understand the extent of confidentiality and the importance of restrictive access in legal proceedings.

proceedings in courts: (i) reactions against non-proportional and abusive litigation in separate claim actions (article 7, no. 2), (ii) maintenance of confidentiality during legal proceedings and litigation (article 9), and (iii) publishing (or non-publishing) of court decisions (article 14).

Decree-Law no. 110/2018, 10th of December, has transposed the Trade Secrets Directive in Portugal and established a new legal framework for trade secret litigation - which covers breaches against any subjects, such as former employees and current employees. We shall cover and address this topic separately. However, it should be noted that the protection of secrets should be issued regardless of which court in Portugal, whether civil, intellectual, or labor. Therefore, these coordinates are relevant to a labor judge.

For example, labor courts are competent to appreciate “issues arising from subordinate employment relationships and relationships established with a view to concluding employment contracts”²⁹ and “matters between parties to a legal employment relationship or between one of those parties and third parties, when they arise from relationships related to the employment relationship, due to accessory, complementary or dependent nature, and the claim is combined with another for which the court has direct jurisdiction”³⁰. Therefore, labor courts are competent and have jurisdiction to ap-

²⁹ Article 126, no. 1, paragraph b), of the Law no. 62/2013 (Law on the Organization of the Portuguese Judicial System).

³⁰ Article 126, no. 1, paragraph n), of the Law on the Organization of the Portuguese Judicial System.

preciate trade secret breaches during recruitment, during the execution of employment contracts, and even after termination (e.g., non-compete or “NDA” [non-disclosure agreement] breach³¹).

II - The Portuguese Labor Code, on a substantial level, sets different types of norms concerning the confidentiality of employee information that must be considered in judicial litigation:

- a. Regarding employee general personality rights (compared but not limited to the concept of “privacy” and “intrusion”), which includes a prohibition on employer’s intrusion in private, intimate, and family life, without prejudice of legal exceptions (articles 14 to 16).
- b. Specific protection for general personal data, biometric data, as well as the realization of testing and medical exams (articles 17 to 19) and specific exams concerning the provision of nocturnal work (article 225, no. 1).
- c. Restricted access to messages and access to information regime, to both employers and employees (article 22).

³¹ See recommended case law. The Decision by the Portuguese Supreme Court, of 14.12.2016 (RIBEIRO CARDOSO), proc. 1267/15.5T8FNC-A.L1.S1, available in www.dgsi.pt: “[s]ince the parties included a confidentiality clause in the employment contract for up to three years after the termination of the employment contract, this obligation, freely assumed by the employee, is inherent to the employment relationship and arises directly from it (...) Since the former employee is being asked to pay the compensation established in the penalty clause, as a result of the breach of the confidentiality clause, these are issues arising from subordinate employment relationships, even if the breach occurred after the termination of the employment contract, and therefore the jurisdiction for the action lies with the labor section, under the terms of art. 126, no. 1, b), of the LOSJ” [Law on the Organization of the Portuguese Judicial System] (our translation).

- d. Transfer of the workplace regime, in reason of domestic violence³², to protect the employee from the aggressor (article 195, no. 4).

The same framework established by the Portuguese Labor Code further provides for norms concerning the confidentiality of the information, specifically of the employer, or the company’s position:

- a. Regarding the same general personality rights, prohibition on intrusion, and protection of personal data (sensitive data or not), messages, and access to information (articles 14 *et. seq.*)³³.
- b. Benefiting from a legal loyalty duty³⁴ that expressly determines the prohibition on direct or indirect competition of employees with their employers³⁵, and the prohibition on disclosure of information regarding the employer’s organization, production methods, or business [article 128, no. 1, f)], which includes or benefits the protection of personal data of third parties (e.g., clients, sellers or vendors, distributors,

³² From our point of view, “stalking” may also be included in such a scenario, even if the law does not expressly provide so. An “*a simile*” argument could be provided to support such an analogy, for such analogical exercise, see MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Direito*, Reimp., Almedina, 2013, pp. 437-439.

³³ Portuguese scholars have firmly argued that such personality rights are bilateral or ambivalent - thus allowing parallel and simultaneous protection for the contracting parties.

³⁴ Such duty prevails and is in force even during the suspension of the employment contract (articles 295, no. 1, and 326).

³⁵ See ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Concorrência laboral e justa causa de despedimento*, in *Revista da Ordem dos Advogados (ROA)*, Vol. II., A. 1986, 1986, pp. 495-526, available at <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista-da-ordem-dos-advogados-roa/ano-1986/ano-46-vol-ii-set-1986/jurisprudencia-critica/> (lastly consulted on 11.03.2024).

business partners) - Authors have, in fact, argued that such loyalty duty is due after termination of the employment contract (“*post pactum finitum*”)³⁶.

- c. Following the Decent Work Agenda (2023) [Law no. 13/2023] implementation, modifying the Portuguese Labor Code, a new rule was determined on the unilateral imposition of exclusive provision the professional activity with the employer - article 129, no. 1, paragraph k), determines that employers may not prevent the employees from exercising another professional activity (except when based on objective grounds, such as occupational health and safety or professional secrecy) or treat the employee unfavorably because of such exercise³⁷.
- d. Benefiting from a right to classify information, as secret, and block access (as well as usage or transmission/ disclosure) to such data³⁸, under articles 412 to 414³⁹. Hence, the employer

³⁶ RAUL JORGE RODRIGUES VENTURA, *Extinção das relações jurídicas de trabalho*, in Revista da Ordem dos Advogados (ROA), No. 1/ 2, Lisboa, 1950, pp. 358 *et. seq.*.

³⁷ Following the transposition of article 9 of Directive (EU) 2019/1152 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on transparent and predictable working conditions in the European Union.

³⁸ See comment on article 412 of the Portuguese Labor Code, issued by LUIS GONÇALVES DA SILVA, in PEDRO ROMAN MARTINEZ (Dir.), *Código do Trabalho anotado*, Almedina, 2020, pp. 965 *et. seq.*, because such information is highly sensitive and since trust is in factor in the relation among labor individuals (e.g., employee, employers, and employee representatives). It can be categorized as a section of “trust norms”, since they prescribe a specific behavior (to keep secrecy) and establish a strategic end or are objectively implied by a functionally adequate regulation, see MANUEL ANTÓNIO DE CASTRO PORTUGAL CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, Almedina, 2018, p. 353.

³⁹ Please note that this regime should be exceptional in nature, provided that employers and employer’s companies can only block or refuse to provide information if/ when justifiable/ motivated. In favor of such an exceptional regime, see the same comment cited above, from the same Scholar, LUIS GONÇALVES DA SILVA, in PEDRO ROMAN MARTINEZ (Dir.), *Código do Trabalho anotado*, Almedina, 2020, p. 966.

is not obliged to provide information or consultations, the nature of which is likely to harm or seriously affect the operation of the company or establishment⁴⁰. This regime is particularly involved with the next one, set out by the Portuguese Labor Code of Procedure (articles 186-A to 186-C).

II - The Portuguese Labor Code of Procedure⁴¹, although it does not provide for any legal action concerning the protection of information (or “*in camera*”), sets: (i) a special procedure, for challenging the confidentiality of information or the refusal to provide it or to hold consultations, as in articles 5, no. 6, 26, no 1, paragraph f), and 186-A to 186-C⁴² - such provisions allow employees and employee’s representatives to challenge employers confidential classification as

⁴⁰ The “business veto” is a unilateral right of the employer to provide or to give access to information, as in the Spanish system, and motivations may vary, see GUILLERMO BOZA PRO, *El deber de sigilo de los representantes de los trabajadores*, PhD Thesis, Universidad de Sevilla, 1996, pp. 792. One good example to be provided, for our Portuguese regime, is the information subject to trade secret protection, which can be provided as a reason or motive for restriction.

⁴¹ According to PAULO SOUSA PINHEIRO, *Curso de Direito Processual do Trabalho*, Ob. Cit., 2020, p. 12, the labor and employment procedure aims to establish the fair composition or settlement of conflicting interests between employers and employees.

⁴² JOÃO CORREIA | ALBERTINA PEREIRA, *Código de Processo do Trabalho anotado*, Ob. Cit., 2020, p. 245, commenting on article 186-B, since this special procedure, it is urgent by nature and, as such, there is no need to produce evidence. The Decision issued by the Appeal Court of Lisbon, of 20.06.2016 (EDUARDO AZEVEDO), proc. 30165/15.0T8LSB.L1-4, available at www.dgsi.pt stated that the scope is limited to challenge confidentiality and to promote consultations due and not taken - the measures deemed appropriate in such article 186-A (proceedings to challenge the confidentiality of information or the refusal to provide it or to hold consultations) are those related to these objectives, and should therefore only be those aimed at removing the confidentiality of information that is invoked, to promote its provision or to hold consultations. Other relevant case law can be mentioned, see Decision by the Oporto Appeal Court, of 28.11.2022 (RUI PENHA), proc. 209/22.6T8VFR.P1, available at www.dgsi.pt.

determined in articles 412 and 413 of the Portuguese Labor Code⁴³; and (ii) a special procedure for the protection of employee personality rights, which includes the protection of personal data and other sensitive information concerning intimate, private and family life data, under articles 26, no. 1, paragraph g), and 186-D to 186-F⁴⁴.

However, the subsidiary application mechanism (article 1) allows the Portuguese Labor Code of Procedure to absorb other mechanisms provided by civil procedural law⁴⁵. Hence, the subsidiary application can be based on the: (i) comparison and application (of norms already established in civil and criminal procedural law)⁴⁶ and (ii) analogies of provision set out in the Portuguese Labor Code of Procedure⁴⁷, (iii) with civil and criminal common procedural law⁴⁸, (iv) as well as general principles of labor procedure⁴⁹, or even (v) general principles of procedural law⁵⁰, as we will note below. Our challenge is set, nonetheless, on limitation to such subsidiary application, since “subsidiary rules do not apply when they are incompatible with the

⁴³ See the works of DAVID CARVALHO MARTINS, *Ações para impugnação...*, *Ob. Cit.*, 2016, pp. 131 *et. seq.*, on building up a potential “*in camera*” proceeding inside this legal mechanism.

⁴⁴ See DAVID CARVALHO MARTINS | TIAGO SEQUEIRA MOUSINHO, *Impugnação da confidencialidade, tutela da personalidade do trabalhador e da igualdade e não discriminação em função do sexo: Temas revisitados*, Estudos APODIT 8, AAFDL Editora, Lisboa, 2021, pp. 173-232.

⁴⁵ This is, in fact, an argument for some Scholars to argue that labor procedural law is still (a special type of) civil procedural law, see MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tem o Direito processual do trabalho princípios próprios?*, Estudos APODIT 2, O Novo Código de Processo Civil e o Processo do Trabalho, Coord. Maria do Rosário Palma Ramalho | Teresa Coelho Moreira, AAFDL Editora, 2012, pp. 21-22.

⁴⁶ Article 1, no. 2, paragraph a).

⁴⁷ Article 1, no. 2, paragraph b), if the previous paragraph is not met.

⁴⁸ Article 1, no. 2, paragraph c), if the previous paragraphs are not met.

⁴⁹ Article 1, no. 2, paragraph d), if the previous paragraphs are not met.

⁵⁰ Article 1, no. 2, paragraph e), if the previous paragraphs are not met.

nature of the procedure regulated in this Code" [the Portuguese Labor Code of Procedure] (article 1, no. 3)⁵¹. We will get back to this topic (§4.º)

It is also worth noting that general preliminary injunctions are also, by nature, of a restrictive and confidential nature (article 164, no. 2, paragraph b), of the Portuguese Civil Code of Procedure) and such confidential nature of injunctions can be issued since they are subsidiarily applicable to labor litigation procedures as [article 1, no. 2, paragraph c), and 32, no. 1, all of the Portuguese Labor Code of Procedure].

III - The Portuguese Industrial Code, following the transposition of the above-mentioned Trade Secrets Directive, specified (and separated), at least, two different yet specific methods for the protection of information: (i) concerning the prohibition of unfair competition, as provided in articles 311 to 312⁵²; and (ii) on the specific protection designated against unauthorized access, use or disclosure of trade secrets, pursuant to articles 313 to 315⁵³. It is equally important to note the possibility of overall actioning an injunction or

⁵¹ This will require a very delicate case-by-case assessment for each procedural scenario. As it was recalled by important case law, namely the Decision by the Supreme Court of Justice, of 22.02.2017, (CHAMBEL MOURISCO), proc. 5384/15.3T8GMR.G1.S1, available at www.dgsi.pt, article 1, no. 1, remains the structuring rule that must guide all the interpretation inherent in a system that the legislator wanted to detach from the CPC (Portuguese Civil Code of Procedure), given its particularities.

⁵² As a reference, see NUNO SOUSA E SILVA, *A concorrência desleal como limite à mobilidade de trabalhadores*, AAVV, Los Actuales Câmbios Sociales y Laborales: Nuevos Retos para el Mundo del Trabajo, Vol. IV, 2017, pp. 263 et. seq..

⁵³ Generally, around the subject of trade secrecy breach and employees, see the works of NUNO SOUSA E SILVA, *What exactly is a trade secret under the proposed directive?*, Journal of Intellectual Property Law & Practice, Vol. 9, No. 11, 2014, pp.

specific injunction reliefs for the protection of trade secrecy, as in articles 345, 354, and 356⁵⁴.

Other relevant legal provisions can also be argued, with relevance for procedural law, such as articles 28, no. 4, 338, 339, no. 1, 340, 342 *a contrario*, 343, 344, 346, nos. 2 and 3, 347, 348, 349, and 351 to 357, all of the Portuguese Industrial Code. We shall address such provisions, *infra* when conducting our main objective to establish “*in camera*” proceedings.

IV - Steaming to more general provisions, now onto the actual Portuguese Civil Procedure Code⁵⁵ (the core of procedural law), it also sets important rules on the protection of information⁵⁶, for example:

- a. Judges may limit - exclude partially, or in total - the access to the process or its legal documents, as in article 164, no. 2, specifically if provided for the protection of trade secrets,

923 *et. seq.*; specifically, about trade secrets at the workplace, see, of the same Author, *Trabalho e segredos de negócio - Pode um (ex-)trabalhador ser proibido de trabalhar?* Questões Laborais, No. 47, 2015.

⁵⁴ For procedural purposes, this is still civil procedural law, tempered with specific necessities from this law subject, which are the industrial relations and the exception towards general commercial law. Regarding the civil perspective, by JOÃO PAULO F. REMÉDIO MARQUES, *Direito processual civil da propriedade industrial*, Almedina, 2022, pp. 19 *et. seq.*.

⁵⁵ The civil procedure itself grants a pre-effect that is endowed with a substantive guarantee of the right to be protected. See, generally, JOÃO PAULO REMÉDIO MARQUES, *Tutela cautelar e inibitória no quadro da propriedade intelectual*, Gestlegal, 2023, pp. 15-25.

⁵⁶ It is important to remark that, according to JOÃO DE CASTRO MENDES, *Direito processual civil*, Volume I, Reimp., AAFDL Editora, Lisboa, 2014, p. 68, the end or objective of the Portuguese civil process is the fair settlement of the dispute that is presented to the court.

- cf. the articulation with article 352 of the Portuguese Industrial Code⁵⁷.
- b. All citizens may opt to refuse their collaboration to unveil the truth if determined requirements are met - such provisions allow citizens to refuse being heard, inspected, or to provide information/ data - e.g., if such possible collaboration breaches professional secrecy, pursuant to article 417, no. 3, paragraph c), and no. 4. In the same sequence, witnesses are obliged to withdraw from providing testimonial evidence if they are subject to professional secrecy as well, according to article 497, no 3.
- c. Full judicial exhibition of commercial bookkeeping and its related documents is generally forbidden - therefore, a partial exhibition may be allowed, when reasonable and justifiable, under article 435. The articulation with articles 40 to 44 of the Portuguese Commercial Code is mandatory⁵⁸. We will now focus on this aspect below.
- d. Judges may, if they believe so, limit and oppose to (i) a party, (ii) or a party and a technical advisor, designated to provide expertise or forensics (as an inspection act), to a hearing, according to article 480, no. 3.

⁵⁷ See MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *CPC online*, Art. 130.º a 361.º, Centro de Investigação de Direito Privado, 2023, pp. 45-46, commenting on article 164 of the Portuguese Civil Procedure Code. The Author states that the provision set by no. 2 is a mere exemplification - hence, other possibilities may be included, such as the protection of trade secrets.

⁵⁸ And, due to article 3 of the same Diploma, possibly articles 573 to 575 of the Portuguese Civil Code. According to relevant case law, the bookkeeping secrecy is also due by employees, as in the Decision by the Appeal Court of Lisbon, of 28.09.2016 (JOSÉ EDUARDO SAPATEIRO), proc. 1267/15.5T8FNC-B.L1-4, available at www.dgsi.pt.

- e. A special procedure for the protection of (mostly) employers’ personality rights (if they are not a legal person) - since employees have a specific legal claim action in the Portuguese Labor Code of Procedure - which includes the protection of personal data and other sensitive information concerning intimate, private, and family life data as determined in articles 878 to 880⁵⁹.

V - The protection of commercial bookkeeping is very relevant and has, now, more than a century of legal protection. As JOSÉ LISBOA once stated, if “secrets are the soul of business” (“*os segredos são a alma do negócio*”), then, they can only be subject to unveiling before a court⁶⁰. The Portuguese Commercial Code is one of the oldest texts still in force (1888). Still, to this day, provides specific rules concerning the exhibition (article 42) and examination (article 43) of bookkeeping and related documentation with restrictions⁶¹.

The idea conceived for such legal provision is, in the words of ALBERTO DOS REIS, to state that judges may not, in the name of coop-

⁵⁹ According to NUNO ANDRANDE PISSARRA, *Do processo especial de tutela da personalidade*, AAFDL Editora, Lisboa, 2023, p. 55, it does not seem to be possible to provide for a subsidiary application of these legal provisions when the special procedure for the protection of employee personality rights is insufficient. However, the Author considers a possible analogy with article 878.

⁶⁰ “(...) sendo o segredo a alma do Commercio, e não tendo alguém autoridade ou direito para obrigar a outro a dar satisfação, senão em Juízo”, see JOSÉ DA SILVA LISBOA, *Princípios de Direito mercantil e Leis da marinha*, Tratado IV, Imprensa Régia, Lisboa, 1811, p. 57.

⁶¹ Article 43, no. 2, for instance, specifies that: “[t]he examination of the trader’s bookkeeping and documents takes place at the trader’s professional domicile or head office, in their presence, and is limited to ascertaining and extracting the elements that have a bearing on the matter”.

eration duties with the judicial authorities, demand or require merchants or traders to exhibit, in court, their full documentation and bookkeeping⁶². The same Scholar further explains that such a ratio aims to set a guarantee while keeping secrets safe and allowing the success of the trade operations⁶³. Thus far, the protection of commercial bookkeeping has been presented as an exception to procedural collaboration duties⁶⁴.

We believe this to be one of the first actually specified “in camera” proceedings, adopted in our general framework. Article 42 of the Portuguese Commercial Code determines that judicial exhibition of commercial bookkeeping and the documents related to it can only be ordered in favor of the interested parties, in matters of universal succession, communion, or company partnership, and in an insolvency scenario. Apart from these cases, the examination of the bookkeeping and documents of merchants or traders may only be carried out at the request of the party or ex officio, when the person to whom they belong has an interest or responsibility in the matter in which such submission is required (cf. article 43, no. 1, of the Portuguese Commercial Code). The “in camera” nature is directly provided by law - following this subject, article 43, no. 2, of the Portuguese Commercial Code, determines that the examination of

⁶² ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil anotado, Volume III*, 3.^a Ed., Coimbra Editora, 1981, p. 330.

⁶³ *Ibidem*, 1981, p. 330; in ANTÓNIO SANTOS ABRANTES GERALDES | PAULO PIMENTA | LUÍS FILIPE PIRES DE SOUSA, *Código do Processo Civil anotado, Vol. I*, Almedina, 2018, p. 436, commenting on article 435 of the Portuguese Code of Civil Procedure, state that such *ratio* centers on providing safety and promoting confidence in the market's operation.

⁶⁴ JOÃO DE CASTRO MENDES | MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Manual de processo civil, Volume I*, Centro de Investigação de Direito Privado, AAFDL Editora, Lisboa, 2022, pp. 532-533.

the merchant’s or trader’s bookkeeping and documents takes place at the merchant’s or trader’s professional domicile or head office, in his presence, and is limited to ascertaining and extracting the elements that have a bearing on the matter.

With the above-mentioned elements, we can settle that: (i) parties are able to require “in camera” proceedings, and (ii) judges may ex officio determine “in camera” proceedings, and (iii) “in camera” proceedings may be established a impose a limitation on the access, use or disclosure of information, further imposing that such data may only be accessed at the safest place (professional domicile or head office, it’s “natural habitat”) and is proportionally or reasonably limited to the elements that have a bearing on the matter, whether in nature or relevance, time (duration of access) and in quantity (“*quantum*” of information).

We had previously stated that information is, actually, an economic asset - and quite precious one in some cases - the reason why we also believe that: (i) the nature and content; (ii) the time and period of which the information is provided; as well as (ii) the amount (quantum) may be presented as criteria to set or settle an estimated amount under a (common) merchant’s or trader’s perspective. Comparatively, the same could be said for employers who - commonly - act in the business trade through a company.

One could still ask if this could be, somehow, adapted to labor and employment issues, in court and before a judge. The following paragraph concerns this adaptation and shall take into account the legal instruments at hand.

§4.º Adapting the Portuguese Labor Code of Procedure?

I - The Portuguese Labor Code of Procedure is particularly informed by its own principles⁶⁵, however, it provides, most importantly, a general principle of adaptation⁶⁶ - governed through the so-called "subsidiary application mechanism" (article 1) as we have previously indicated.

According to such provision (article 1, no. 2), an omissive case should be addressed: (i) in accordance with the common procedural legislation, whether civil or criminal, that directly provides so [paragraph a)], (ii) in accordance with the Portuguese Labor Code of Procedure, if an analogous case allows such interpretation [paragraph b)], (iii) in accordance with the common legislation, whether civil or

⁶⁵ RAUL JORGE RODRIGUES VENTURA, *Princípios gerais de Direito processual do trabalho, Curso de Direito processual do trabalho*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa - Suplemento, Lisboa, 1964, pp. 35 *et. seq.*, such principles are based on a 3 dimensioned justice: (i) fastened, (ii) pacifying, and (iii) complete. As a such, labor and employment procedural law aims to be fast (e.g., with short legal deadlines and short hearings), pacifying (e.g., with mandatory legal phases of conciliation aiming at an agreement between plaintiff and defendant), and complete justice (translating into the correction and adequacy of the unbalance of the contractual parties in court). See, as well, ISABEL ALEXANDRE, *Princípios gerais de Processo do Trabalho*, Estudos do Instituto de Direito do Trabalho, Vol. III, Almedina, 2002, pp. 389-442. Most recently, JOANA VASCONCELOS, *Direito processual do trabalho*, Universidade Católica Portuguesa Editora, Lisboa, 2017, pp. 13-20.

⁶⁶ HUMBERTO A. PODETTI, *Los principios del Derecho del trabajo*, Instituciones de Derecho del Trabajo, y de la Seguridad Social, 1997, p. 140, available at https://gc.scalahed.com/recursos/files/r161r/w24028w/c_u1_05.pdf (lastly consulted on 11.03.2024): "[t]he functions of the principles are both integrative, as "a technical instrument to calculate a gap in the legal system"; interpretative, as "a way of subsuming the case in a broad statement", which help "the interpreter to find the correct interpreter to orient himself in the correct interpretation", with adequacy to the fundamental values; finalistic, by "making it possible to orient towards broader legislative policy goals"; delimitative, by placing "a limit to the actions of the legislative, judicial and negotiating legislative, judicial and business competence"; and foundational, by "offering a value to internally found the order and give rise to praetorian creations"; and founding, by "offering a value to internally found the order and give rise to praetorian creations".

criminal, if an analogous case allows such interpretation [paragraph c)], (iv) in accordance with the general principles of the labor and employment procedural law [paragraph d)], (v) in accordance with general principles of common procedural law [paragraph e)]. As a legal limitation, such subsidiary norms shall not apply if they are not compatible with the nature of the Portuguese Labor Code of Procedure (article 1, no. 3).

MADEIRA DE BRITO comments on such "hierarchy", stating that it is mostly composed of "referral or return" rules, which refer or transmit the determination of the concrete procedural regime of the Portuguese Labor Code of Procedure to the Portuguese Civil Code of Procedure⁶⁷. According to the same Scholar, the operation of referral or return is of a mobile or formal nature, meaning that these are rules that refer to another source without weighing a decision criterion contained in the norms - this is the case of a referral to other rules of the same legal system (Civil Procedure and Criminal Procedure)⁶⁸. Such an understating is justifiable since labor and employment procedure sets different rules based on labor and employment specificities and simplification⁶⁹.

II - In a practical example, taken from case law, the Portuguese Labor Code of Procedure does not expressly provide for multiple plaintiffs and defendants; however, while it does not expressly set

⁶⁷ PEDRO MADEIRA DE BRITO, *Incidências do novo Código do Processo Civil no Processo do Trabalho em especial e no processo declarativo comum*, Estudos APODIT 2, O Novo Código do Processo Civil e o Processo do Trabalho, AAFDL Editora, Lisboa, 2016, pp. 26-27

⁶⁸ *Ibidem*, 2016, p. 27.

⁶⁹ PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do trabalho, Ob. Cit.*, 2022, p. 1290.

the possibility of an employee directing his/her legal claim towards more than one defendant (e.g., X as the primary defendant - and, if such legal person is not held responsible for any reason -, then Y as the subsidiary defendant should be held responsible, as a replacement), such possibility is granted through the article 1 mechanism⁷⁰. On more than one occasion, the Portuguese Labor Code of Procedure depends (or has depended) on other legal instruments, e.g., the Portuguese Civil Code of Procedure⁷¹ - provided that the latter sets the core for procedural law.

III - The subsidiary application mechanism, allied with the principle of formal adequation⁷², may allow us to sustain “*in camera*” proceedings in our Portuguese Labor Code of Procedure, namely, to adapt and restrict access to confidential information of both sides. Thus, aiming at a very important goal (and general principle of pro-

⁷⁰ See the Decision by Oporto Appeal Court, of 07.02.2011 (FERREIRA DA COSTA), proc. 408/10.3TTPNF-A.P1, available at www.dgsi.pt, such application was granted through the principle of complete and fastened justice, as the general principle of labor procedural law.

⁷¹ See the Decision by the Portuguese Supreme Court of Justice, 10.12.2015 (MELO LIMA), proc. 2367/12.9TTLSB.L1.S1, available at www.dgsi.pt, concerning the evidence regime under civil procedural law, being applicable to labor procedural law (principle of the free appreciation of evidence, article 607, no. 5 of the Portuguese Civil Procedure Code), to analyze specific employment duties and infractions (respect and politeness towards employers).

⁷² This principle is of high importance, as provided in the Decision by the Portuguese Supreme Court, of 26.09.2018 (GONÇALVES ROCHA), proc. 10118/16.2T8VNG-A.P1.S1, available at www.dgsi.pt: “[t]he principle of formal adequacy breaks with the tight regime of the principle of the legality of procedural forms, aiming to remove an obstacle to access to justice in obedience to the instrumental nature of the procedural form (...) Thus, if the procedure laid down by law does not suit the purpose of the case, it is justified to adapt the procedural sequence to the specifics of the case with a view to obtaining a global and fair solution to the dispute”.

cedural labor law): complete justice - as summarized by RAUL VENTURA, a judgment or a voluntary termination of litigation corresponds to the substantive right deduced in court, subtracting this from the availability of the parties, attempted through total or partial availability of the right of (or to) legal action⁷³. Such application may serve, in fact, the greater interest at cause for all contracting parties⁷⁴.

Additionally, principles of immediacy and cooperation (with judges) must, also, be fully complied with - let us not forget that “*in camera*” proceedings are subject to, *ab initio*, one (single and most important) examiner. This argument based on principles is sustained with procedural form adopted in labor courts, left to the criteria of a judge do adequate the legal proceeding, depending on the simplicity or complexity at cause [see articles 56, paragraph b) of the Portuguese Labor Code of Procedure and article 547 of the Portuguese Civil Code of Procedure]⁷⁵.

IV - Moreover, as CASTRO MENDES and TEIXEIRA DE SOUSA, specified, based on articles 352, no. 3, of the Portuguese Industrial Code and 210-A of the Portuguese Code of Copyright and Related Rights, courts are obliged to guarantee and ensure the protection of confidential

⁷³ See RAUL JORGE RODRIGUES VENTURA, *Princípios gerais de Direito processual do trabalho...*, *Ob. Cit.*, 1964, pp. 40-50.

⁷⁴ According to WOLFGANG HROMADKA | FRANK MASCHMANN, *Abeitsrecht Band 1, Individualarbeitsrecht*, 7th Ed., Springer, Resenbourg, 2018, p. 560, the employer has a legitimate interest when based on circumstances, it is expected (and, thus, feared) that employees may infiltrate databases, allow access to clients and suppliers, and unveil trade secrets, for instance.

⁷⁵ Pursuant to this idea that judges hold and are invested in such powers, see PAULO SOUSA PINHEIRO, *Curso de Direito processual do trabalho*, *Ob. Cit.*, 2020, p. 147.

information, provided that “*in camera*” proceedings are one of the different possibilities⁷⁶. In our point of view, such observation could be replicated, as an analogy of thought, in other industrial or intellectual goods as well as trade secrecy in the employment context, especially in light of article 7, no. 2, of the Trade Secrets Directive (2016):

“Member States shall ensure that competent judicial authorities may, upon the request of the respondent, apply appropriate measures as provided for in national law, where an application concerning the unlawful acquisition, use or disclosure of a trade secret is manifestly unfounded, and the applicant is found to have initiated the legal proceedings abusively or in bad faith (...)”.

Further, into our analysis, there is one other remark, following the transposition of such legal obligation, determined by the Trade Secrets Directive (2016) - article 352 of the Portuguese Industrial Code establishes the general rules on the preservation of trade secrets confidentiality during court procedures. No. 3 expressly determines that:

“Upon a duly reasoned request by a party or on the initiative of the court, and always taking into account the need to safeguard the right to an effective remedy and to a fair trial, as well as the interests of the parties or third parties, specific and proportionate measures may be taken to preserve the confidentiality of any trade secret or alleged trade secret used or referred to in the course of legal proceedings, including the following:

⁷⁶ JOÃO DE CASTRO MENDES | MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Manual de processo civil, Volume I, Ob. Cit.*, 2022, p. 510. This is also raised by DAVID CARVALHO MARTINS, *As ações para impugnação...*, *Ob. Cit.*, 2016, p. 134.

- a. Limitation of access to documents containing trade secrets or alleged trade secrets and which have been submitted by the parties or third parties, in whole or in part, to a restricted number of persons.
- b. Limiting, to a restricted number of persons, access to hearings, as well as to the records and transcripts thereof, where there is a possibility of disclosure of trade secrets or alleged trade secrets.
- c. Making available to persons not included in the restricted number referred to in the preceding subparagraphs a non-confidential version of judicial decisions from which passages containing trade secrets have been removed or are concealed”.

This way, even during injunction procedures of claim, the “*in camera*” proceedings may be remarked or perceived as preventive and conservative means of protection. Judges may declare, *ad hoc* and from their own initiative (“*ex officio*”), what may or may not be confidential information in nature and what is or what is not subject to be “*in camera*”⁷⁷, e.g., consultation of client lists, manufacturing formulas, finance results, among others⁷⁸.

Without further legal specifications, it is hard to determine what kind of measures, what intensity, and to what extent they should be applied. A general clause based on “reasonable” or “proportional”⁷⁹ measures is quite broad and requires a conceptualization based on

⁷⁷ JOÃO PAULO F. REMÉDIO MARQUES, *Direito processual civil da propriedade industrial*, Almedina, 2022, p. 319.

⁷⁸ *Ibidem.*, 2022, p. 321.

⁷⁹ See, for example, the case provided in RUI CARLOS GONÇALVES PINTO, *A questão de mérito na tutela cautelar*, PhD Thesis presented in Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2007, p. 231, annotation 1174.

examples and will, at the end of the day, depend on the concrete case and the scenario at hand.

V - How should one balance the interests at cause and take into account the labor and employment context? How do we adequate these types of proceedings? In this sense, there are a few elements⁸⁰ that may be pointed out and should be addressed:

- a. First of all, the level of intrusion and access to the information
 - provided that the least intrusive measure should be adopted while granting a fair trial (a principle of minimal damage, "*alterum non laedere*").
- b. The nature of the subjects that will have access to the information - if they are competitors or not, if there is any risk of the counterparty or any third party will access, use, or disclose information outside the legal action, and if such subjects are or are not bound by any confidential duty, whether legal or contractual (e.g., professional secrecy or by an NDA).
- c. The value, nature, and amount of information (or amount of documentation) - as above-mentioned, such elements are vital to weigh the information.
- d. If there is direct access or not to such information - if it is the original document or a summarized (non-confidential) copy, a censured photograph or audio, etc.
- e. Whether the data may be anonymized or aggregated.
- f. If company premises need to be checked or not - if any third

⁸⁰ Based upon the suggestion, cf. JOÃO PAULO F. REMÉDIO MARQUES, *Direito processual civil da propriedade industrial*, Ob. Cit., 2022, pp. 323-329.

party needs to attend such inspection.

- g. Whether or not the counterparty needs to be present in the diligence (judicial or otherwise).

Concerning methodology⁸¹, some practices could also be considered in this proposal:

- a. Plaintiffs and defendants could agree on a “confidential circuit” (in some way, the “logistics” of access to information), and judges may also, *ex officio*, suggest or invite the parties to draw or draft a strategic and safe method for the production of evidence.
- b. Judges may, *ex officio*, submit parties and other subjects of the “confidential circuit” to confidentiality commitments while signing a legal form for instance.
- c. Plaintiffs and defendants may agree (by the judge’s suggestion or invitation) upon determining the attendance and control of the witnesses’ examination - it is up to the court to determine the specific measures in the absence of an agreement.
- d. Judges may also determine specific measures, limiting access to means of evidence, as well as setting concrete obligations, such as not copying, not downloading, not providing a transcription, etc.

We may put into examples how criteria and methodologies may apply: (i) employees, covered by a transfer of undertaking, that want to access contractual documentation (contract and annexes) in light of article 286, no. 1, of the Portuguese Labor Code; (ii) an employer

⁸¹ Again, based upon the suggestion, cf. *Ibidem.*, 2022, pp. 323-329.

claims that there is a misuse of private copy regime and that employees were using confidential information for their own private and personal investigations or projects; (iii) employees and workers commission intend to access information on algorithms that may imply on evaluation results, for the annual company evaluation plan, in light of articles 29, no. 3, 106, no. 3, paragraph s), and 424, no. 1, paragraph j), of the Portuguese Labor Code.

V - Just two additional comments before ending our brief introduction. The first one is dedicated to the moment of “*in camera*” procedure (when required by the parties) and the second is regarding the opportunity of the other party (counterparty) to provide a defense towards the “*in camera*” (if/ when possible, and how one party may require such proceeding without the possibility of hearing the counterparty).

Allegation and evidence burdens should not bear the weight of losing highly sensitive information, whether personal data or trade secrets. As such, the plaintiff and the defendant should be invested in the power to require in the initial application or its defense the “*in camera*” opportunity. Nonetheless, regardless of the moment and phase of the legal proceeding (article 2, no. 2, of the Portuguese Civil Code of Procedure), an “*in camera*” proceeding could be deemed necessary and could be required by procedural request towards the labor judge.

As to the second note, it should be noted that the counterparty has a right to be heard and to contradict the facts. There are, however, legal exceptions, since such exceptions can only be made if the

law directly establishes so (article 3, no. 2). This is the case of article 341, no. 1, of the Portuguese Industrial Code, since “where any delay in applying the measures would cause irreparable damage to the applicant, or where there is a serious risk of destruction or concealment of evidence, the measures provided for in the previous article may be applied without a prior hearing of the requested party”⁸². Hence, the “*in camera*” procedure could, potentially, be held totally before a judge, without the intervention of the counterparty.

§5.º Final remarks

I - “*In camera*” proceedings can be set out in and out of court. Extrajudicial preventive measures are highly desirable, however, when in conflict and through litigation before a court, it is necessary to reaffirm that “*in camera*” proceedings could be targeted as a crucial measure to ensure confidentiality and to restrict access to specific pieces of information.

II - The workplace is presented as a constant challenge to keep information safe and to ensure confidentiality and restricted access. Both employees and employers, or employer’s companies are very well invested in protecting their secrets, particularly during a legal dispute before a judge.

⁸² This will, of course, depend upon the circumstances of the case and the motives provided.

III - The Portuguese procedural framework provides some examples concerning “*in camera*” procedures, without calling them so. As such, it is important to notice that the Portuguese legislator is not insensible to such legal protection. Nonetheless, the Portuguese Labor Code of Procedure does not provide for any concrete and express measure to ensure the protection of information, nor does it refer to so.

IV - Adaptation to the Portuguese Labor Code of Procedure could be achieved through the subsidiary mechanism application provided in article 1. It must be based or structured on different principles of procedural law, but primarily on a principle of formal adequacy, in order to make the labor judicial process more flexible - and, in the case of trade secret protection, to ensure that full justice is served to both parties. Industrial, commercial, and civil procedural law already provide for possible “*in camera*” scenarios. Since we have not yet found an actual “*in camera*” proceeding in higher labor courts and before labor judges, we believe that the global economy based on digital and intellectual assets may yet require these proceedings in the near future.

Bibliography

- ALEXANDRE, Isabel, *Princípios gerais de Processo do Trabalho*, Estudos do Instituto de Direito do Trabalho, Vol. III, Almedina, 2002;

- BRITO, Pedro Madeira de, *Incidências do novo Código do Processo Civil no Processo do Trabalho em especial e no processo declarativo comum*, Estudos APODIT 2, O Novo Código do Processo Civil e o Processo do Trabalho, AAFDL Editora, Lisboa, 2016;
- CORDEIRO, António Menezes, *Concorrência laboral e justa causa de despedimento*, in Revista da Ordem dos Advogados (ROA), Vol. II., A. 1986, 1986, pp. 495-526, available at <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista-da-ordem-dos-advogados-roa/ano-1986/ano-46-vol-ii-set-1986/jurisprudencia-critica/> (lastly consulted on 11.03.2024);
- CORREIA, João | PEREIRA, Albertina, *Código de Processo do Trabalho anotado*, 2.^a Ed., Almedina, 2020;
- FERREIRA, Alberto Leite, *Código de Processo do Trabalho anotado*, 4th Ed., Coimbra Editora, 1996;
- FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, Almedina, 2018;
- GERALDES, António Santos | Pimenta, Paulo | SOUSA, Luís Filipe Pires de, *Código do Processo Civil anotado, Vol. I*, Almedina, 2018;
- GERALDES, João de Oliveira, *Sobre a proteção jurídica dos segredos comerciais no espaço digital*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisbon Law Review, A. LXIII, No. 1 and 2, 2022;
- GOMES, Júlio Manuel Vieira, *Direito do trabalho, Volume I, Relações individuais de trabalho*, Coimbra Editora, 2007;
- GROSS, Willi, *Arbeitsrecht I*, 2nd Ed., Gabler Verlag, Wiesbaden, 1992;
- HOEREN, Thomas | MÜNKER, Reiner, *Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen*, De Gruyter, 2021;

- HROMADKA, Wolfgang | MASCHMANN, Frank, *Abeitsrecht Band 1, Individualarbeitsrecht*, 7th Ed., Springer, Resenbourg, 2018;
- LISBOA, José da Silva, *Princípios de Direito mercantil e Leis da marinha*, Tratado IV, Impressão Régia, Lisboa, 1811;
- MARQUES, João Paulo Remédio, *Direito processual civil da propriedade industrial*, Almedina, 2022
- Tutela cautelar e inibitória no quadro da propriedade intelectual, Gestlegal, 2023
- MARTINEZ, Pedro Romano (Dir.), *Código do Trabalho anotado*, Almedina, 2020;
- MARTINEZ, Pedro Romano (Dir.), *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, Vol. V, Almedina, 2007;
- *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, Vol. VI, Almedina, 2012;
- MARTINEZ, Pedro Romano, *Direito do trabalho*, 10th Ed., Almedina, 2022;
- *O novo Código de Processo do Trabalho - Uma reforma necessária*, Estudos de Direito do Trabalho, Volume VI, IDT, Almedina, 2012;
- MARTINS, David Carvalho, *as ações para impugnação da confidencialidade, Tutela da personalidade do trabalhador e da igualdade e não discriminação em função do sexo*, Estudos APODIT 2, AAFDL Editora, Lisboa, 2016;
- MARTINS, David Carvalho | MOUSINHO, Tiago Sequeira, *Impugnação da confidencialidade, tutela da personalidade do trabalhador e da igualdade e não discriminação em função do sexo: Temas revisitados*, Estudos APODIT 8, AAFDL Editora, Lisboa;

- MARTINS, José Joaquim F. Oliveira, *Código de Processo do Trabalho anotado e comentado, Os processos laborais na prática judiciária*, CJ, Almedina; 2020;
- MENDES, João de Castro, *Direito processual civil, Volume I*, Reimp., AAFDL Editora, Lisboa, 2014
- MENDES, João de Castro | SOUSA, Miguel Teixeira de, *Manual de processo civil, Volume I*, Centro de Investigação de Direito Privado, AAFDL Editora, Lisboa, 2022;
- MOREIRA, António José, *Código de Processo do Trabalho anotado*, Editora Justiça e Paz, 1987;
- NEWMAN, Nathan, Trade secrets and collective bargaining: A solution to resolving tensions in the economics of innovation, Chicago-Kent College of Law, Vol. 6, No. 1, 2002;
- OHLY, Ansgar, *The German Trade Secrets Protection Act of 2019*, Jens Schovsbo, Timo Minssen and Thomas Riis (Ed.), "The harmonization and protection of trade secrets in the EU - An Appraisal of the EU Directive", Edward Elgar, 2020;
- PINHEIRO Paulo Sousa, *Curso de Direito Processual do Trabalho*, Almedina, 2020;
- PINTO, Rui Carlos Gonçalves, *A questão de mérito na tutela cautelar*, PhD Thesis presented in Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2007, available in <https://repositorio.ul.pt/handle/10451/168> (lastly consulted on 11.03.2024);
- PISSARRA, Nuno Andrade, *Do processo especial de tutela da personalidade*, AAFDL Editora, Lisboa, 2023;
- PODETTI, Humberto A., *Los principios del Derecho del trabajo*, Instituciones de Derecho del Trabajo, y de la Seguridad Social, 1997,

available at <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/9113> (lastly consulted on 11.03.2024);

- POSNER, Richard A., *The economics of justice*, Harvard Press Cambridge, Massachusetts, 1981;
- PRO, Guillermo Boza, *El deber de sigilo de los representantes de los trabajadores*, PhD Thesis, Universidad de Sevilla, 1996;
- RAMALHO, Maria do Rosário Palma | MOREIRA, Teresa Coelho (Coord.), *Estudos APODIT 2, Novo Código de Processo Civil e o Processo do Trabalho*, AAFDL Editora, 2016;
- *Estudos APODIT 8, Um Ano de Reforma do Processo do Trabalho: Balanço e Perspetivas*, AAFDL Editora, 2021;
- RAMALHO, Maria do Rosário Palma, *Tem o Direito processual do trabalho princípios próprios?*, *Estudos APODIT 2, O Novo Código de Processo Civil e o Processo do Trabalho*, Coord. Maria do Rosário Palma Ramalho | Teresa Coelho Moreira, AAFDL Editora, 2012;
- REIS, Alberto dos, *Código de Processo Civil anotado, Volume III*, 3.^a Ed., Coimbra Editora, 1981;
- RODRIGUES, Fernando Pereira, *As expressões Latinas no discurso jurídico*, Almedina, 2017;
- SARAIVA, Sílvia, *Audiência de julgamento, sentença e recursos*, *Direito do Trabalho e da Empresa*, CEJ E-book, 2023;
- *O processo comum laboral: Fase dos articulados e gestão processual*, *Direito do Trabalho e da Empresa*, CEJ E-book, 2023;
- *O processo comum laboral: Fase liminar e audiência de partes*, *Direito do Trabalho e da Empresa*, CEJ E-book, 2023;
- SEBULKE, Philip, *Zivilprozessualer Geheimnisschutz im Anschluss an das Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen*, Vol.

125, Nomos, Baden-Baden, 2021;

- SILVA, Nuno Sousa e, *A concorrência desleal como limite à mobilidade de trabalhadores*, AAVV, Los Actuales Câmbios Sociales y Laborales: Nuevos Retos para el Mundo del Trabajo, Vol. IV, 2017;

- *Trabalho e segredos de negócio - Pode um (ex-)trabalhador ser proibido de trabalhar?*, Questões Laborais, No. 47, 2015;

- *What exactly is a trade secret under the proposed directive?*, Journal of Intellectual Property Law & Practice, Vol. 9, No. 11, 2014;

- SOUSA, Miguel Teixeira, *CPC online*, Art. 130.º a 361.º, Centro de Investigação de Direito Privado, 2023, p. 43, available at <https://blogippc.blogspot.com/2023/06/cpc-online-15.html> (lastly consulted on 11.03.2024);

- *Introdução ao Direito*, Almedina, Reimp., 2013;

- YOUM, Kyu Ho, *Cameras in the Courtroom in the Twenty-First Century: The U.S. Supreme Court Learning From Abroad?*, BYU Law Review, 2012, pp. 1989-2031, available at <https://digitalcommons.law.byu.edu/lawreview/vol2012/iss6/9/> (lastly consulted on 11.03.2024);

- VASCONCELOS, Joana, *Direito processual do trabalho*, Universidade Católica Portuguesa Editora, 2017;

- VENTURA; Raul Jorge Rodrigues, *Curso de Direito processual do trabalho*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1964;

- *Extinção das relações jurídicas de trabalho*, in Revista da Ordem dos Advogados (ROA), No. 1/ 2, Lisboa, 1950;

- *Princípios gerais de Direito processual do trabalho*, *Curso de Direito processual do trabalho*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa - Suplemento, Lisboa, 1964;

- VIEIRA, José Alberto, *Direito de autor, Dogmática básica*, Almeida, 2020.

Listed case law

USA

- United States v. Zolin, 491, U.S. 554 (1989), available at <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/491/554/> (lastly consulted on 11.03.2024);

UK

- Guardian News and Media LTD vs. AB CD, Royal Courts of Justice, Strand, London, WC2A 2LL, 12.06.2014, available at <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Crim/2014/B1.html> (lastly consulted on 11.03.2024);

Portugal

- Decision by the Portuguese Constitutional Court, no. 254/99, proc. 456/97 (SOUSA E BRITO), available at www.dgsi.pt;

- Decision by the Portuguese Constitutional Court, no. 695/2022, proc. 388/2021 (JOSÉ JOÃO ABRANTES), available at www.dgsi.pt;

- Decision by the Portuguese Supreme Court, of 12.04.2024 (JOSÉ EDUARDO SAPATEIRO), proc. 3109/22.6T8CSC-B.L1.S1, available in www.dgsi.pt;

- Decision by the Portuguese Supreme Court, of 26.09.2018 (GONÇALVES ROCHA), proc. 10118/16.2T8VNG-A.P1.S1, available at www.dgsi.pt;

- Decision by the Supreme Court of Justice, of 22.02.2017, (CHAM-BEL MOURISCO), proc. 5384/15.3T8GMR.G1.S1, available at www.dgsi.pt;
- Decision by the Portuguese Supreme Court, of 14.12.2016 (RIBEIRO CARDOSO), proc. 1267/15.5T8FNC-A.L1.S1, available at www.dgsi.pt;
- Decision by the Portuguese Supreme Court of Justice, 10.12.2015 (MELO LIMA), proc. 2367/12.9TTLSB.L1.S1, available at www.dgsi.pt;
- Decision by the Oporto Appeal Court, of 28.11.2022 (RUI PENHA), proc. 209/22.6T8VFR.P1, available at www.dgsi.pt;
- Decision by the Oporto Appeal Court, of 07.02.2011 (FERREIRA DA COSTA), proc. 408/10.3TTPNF-A.P1, available at www.dgsi.pt
- Decision by the Appeal Court of Lisbon, of 28.09.2016 (JOSÉ EDUARDO SAPATEIRO), proc. 1267/15.5T8FNC-B.L1-4, available at www.dgsi.pt;;
- Decision issued by the Appeal Court of Lisbon, of 20.06.2016 (EDUARDO AZEVEDO), proc. 30165/15.0T8LSB.L1-4, available at www.dgsi.pt.





REVISTA INTERNACIONAL DE
DIREITO DO TRABALHO

idt

Instituto de Direito do Trabalho
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa