

revista do  
cej

1.º SEMESTRE 2020 | NÚMERO 1

# A CARTA SOCIAL EUROPEIA NO CONTEXTO DO DIREITO DO TRABALHO DE EXCEPÇÃO

**Cristina Martins da Cruz**

Juíza de Direito

Docente do Centro de Estudos Judiciários

**RESUMO:** *No contexto de crise do ano de 2020, as linhas e limites do Direito terão de procurar-se no âmbito dos Direitos Humanos.*

*Como a história se reescreve, no presente texto pretende-se uma breve análise da desconformidade de algumas normas do direito do trabalho português relativamente à Carta Social Europeia<sup>1</sup>, tal como definido pela jurisprudência e relatórios do Comité Europeu dos Direitos Sociais (CEDS), com especial enfoque nas alterações legislativas ocorridas em anterior contexto de crise subsequente às medidas de austeridade impostas pela designada “Troika” (União Europeia, FMI e BCE).*

**Palavras-chave:** *Comité Europeu dos Direitos Sociais; Carta Social Europeia; Crise; Direito do Trabalho.*

«The Social Charter is a human rights treaty. Its purpose is to apply the Universal Declaration of Human Rights within Europe, as a complement to the European Convention on Human Rights»

(Carole Benelhocine, *The European Social Charter*, Conselho da Europa, 01 de janeiro de 2012)

<sup>1</sup> Abreviaturas: Carta Social Europeia (CSE ou Carta); Carta Social Europeia Revista (CSER); Conselho da Europa (CoE); Comité Europeu dos Direitos Social (CEDS ou Comité); União Europeia (EU ou União); Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE); CEDH (Convenção Europeia para a protecção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais); Pacto Internacional Sobre Direitos Cíveis e Políticos (PIDCP); Pacto Internacional Sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais (PIDESC); Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH); Tribunal da Justiça da União Europeia (TJUE ou TJ); Código do Trabalho, aprovado em anexo à Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro (Código do Trabalho ou CT); Instrumento de Regulamentação Colectiva de Trabalho (IRCT); Lei de Orçamento de Estado (LOE); Artigo (art.); Acórdão (ac.); Constituição da República Portuguesa (CRP).

## I. A RELEVÂNCIA DA CARTA SOCIAL EUROPEIA NO CONTEXTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA UNIÃO

O ano 2020 deixará na História o registo de uma profunda crise Humanitária, social e económica, despoletada pela emergência de saúde pública de âmbito internacional, declarada pela Organização Mundial de Saúde, no dia 30 de janeiro, bem como à classificação do vírus Covid-19 como uma pandemia, a 11 de março de 2020.

Segundo o observatório OIT, em comunicado de 7 de abril de 2020, as medidas de paralisia total ou parcial já afectam quase 2,7 bilhões de trabalhadores, ou seja: cerca de 81% da força de trabalho global<sup>2</sup>.

Em tal contexto surgiu todo um *direito de excepção*, a reclamar um conjunto de princípios insofismáveis e juridicamente vinculativos para os Estados não só enquanto sujeitos de Direito Internacional, mas como seus actores, incumbidos da consagração e promoção da ideia de *universalidade* dos *Direitos Humanos* e do seu fundamento ético expresso na “dignidade inerente a todos os membros da família humana e [os] seus direitos iguais e inalienáveis”<sup>3</sup>.

A nível regional, designadamente da União Europeia, a protecção dos direitos fundamentais não constituiu uma prioridade do legislador europeu no Tratado Constitutivo da Comunidade Económica<sup>4</sup>, sendo a evolução das Comunidades e da própria jurisprudência do Tribunal de Justiça que reclamou a definição de um catálogo de tais direitos<sup>5</sup>, enquanto condição de legi-

<sup>2</sup> <https://www.ilo.org>.

<sup>3</sup> Tal como reconhecido nos primeiros parágrafos preambulares da Declaração Universal dos Direitos Humanos, do PIDCP e do PIDESC.

<sup>4</sup> No enalce de um objectivo puramente económico, no Tratado não havia qualquer disposição atinente à protecção dos Direitos Fundamentais, centrando-se na construção de um mercado comum, a relegar a defesa dos direitos fundamentais para os ordenamentos internos (nacionais), através do catálogos dos seus direitos fundamentais consagrados nas Leis Constitucionais.

<sup>5</sup> “Segundo jurisprudência assente, os direitos fundamentais são parte integrante dos princípios gerais de direito cujo respeito é assegurado pelo Tribunal de Justiça e que, para este efeito, este último se inspira nas tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros, bem como nas indicações fornecidas pelos instrumentos internacionais relativos à protecção dos direitos do homem em que os Estados-Membros colaboraram ou a que aderiram. Neste contexto, a CEDH reveste um significado particular (v., designadamente, acórdãos de 18 de Junho de 1991, ERT, C-260/89, Colect., p. I-2925, n.º 41; de 6 de Março de 2001, Conolly/Comissão, C-274/99 P, Colect., p. I-1611, n.º 37; de 22 de outubro de 2002, Roquette Frères, C-94/00, Colect., p. I-9011, n.º 25, e de 12 de Junho de 2003, Schmidberger, C-112/00, Colect., p. I-5659, n.º 71)” – ac. de 14 de outubro de 2004, **Omega-GMBH**, C-36/02, EU:C:2004:614.

timidade da União e qualidade que ela preconizava, positivamente expresso no ac. *Stauder*<sup>6</sup>.

Consequência de tal evolução pretoriana a protecção dos direitos fundamentais na União envolve desde logo a problemática articulação dos instrumentos jurídicos que os tutelam: a CDFUE; a CEDH e a CSE.

Sendo a CDFUE o verdadeiro pilar da protecção europeia dos direitos fundamentais<sup>7</sup>, a sua relação com aquelas Convenções Internacionais adotadas no âmbito do Conselho da Europa<sup>8</sup> gera algumas dificuldades (ou mesmo perplexidades) de harmonização, pelo paradoxismo de soluções a que pode conduzir.

O Tribunal de Justiça<sup>9</sup>, na interpretação da CDFUE veio reforçar paulatinamente o princípio do respeito dos direitos fundamentais, afirmando que se encontram consagrados nos princípios gerais do Direito da União protegidos pelo Tribunal de Justiça<sup>10</sup>, princípios estes inspirados nas tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros (*Internationale Handelsgesellschaft*) e nos tratados internacionais para a protecção dos direitos humanos de que os Estados-Membros são partes, um dos quais é a CEDH<sup>11</sup>.

A CEDH<sup>12</sup>, monitorizada pelo TEDH<sup>13</sup>, consagrou-se como fonte de inspiração para no desenvolvimento dos direitos fundamentais, civis e políticos, reconhecida amplamente na jurisprudência do TJ, ainda que não seja

<sup>6</sup> Ac. de 12 de novembro de 1969, **Stauder**, C-29/69, 1969:57.

<sup>7</sup> Pais, Sofia Oliveira – **Estudos de direito da União Europeia**- 4ª ed. – [Coimbra]: Almedina, 2017, p. 181 e segs.

<sup>8</sup> O Conselho da Europa (<https://www.coe.int/en/web/portal>) é uma organização internacional fundada a 5 de Maio de 1949, a mais antiga instituição europeia em funcionamento. Os seus propósitos são a defesa dos direitos humanos, o desenvolvimento democrático e a estabilidade político-social na Europa.

<sup>9</sup> A CDFUE é interpretada pelo Tribunal de Justiça (TJ), ao passo que a CEDH o é pelo TEDHU e a CSE pelo Comité Europeu dos Direitos Sociais.

A jurisprudência e decisões do Comité podem ser acedidas em <http://hudoc.esc.coe.int>.

A jurisprudência do TJUE podem ser acedida em <http://curia.europa.eu>.

<sup>10</sup> Ac. *Stauder*, já referenciado.

<sup>11</sup> Ac. de 28 de outubro de 1975, **Rutili**, C- 36-75, EU:C:1975:137.

<sup>12</sup> A sua designação oficial é Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Início de vigência na ordem internacional: 03- 09-1953. Data de assinatura por Portugal: 22- 09- 1976; data de Início de vigência relativamente a Portugal: 09-11-1978.

<sup>13</sup> Na sua versão original, a Convenção instituiu uma Comissão Europeia e um Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, a fim de controlar a observância, pelas Altas Partes Contratantes, das obrigações assumidas em virtude da Convenção. Com a entrada em vigor do Protocolo n.º 11 à Convenção, o sistema de controlo foi reestruturado e todas as queixas são agora apresentadas ao Tribunal Europeu dos Direitos do Humanos, primeiro e único – à data – tribunal permanente dos Direitos Humanos, funcionando a tempo inteiro.

Direito da União enquanto a UE a ela não aderir nos termos do art. 6.º, n.º 2, do TUE.

Idêntico acolhimento não tem merecido a Carta Social Europeia.

Temática e materialmente vocacionada para os direitos económicos e sociais fundamentais<sup>14</sup>, a Carta é amplamente referenciada no preâmbulo dos Tratados (TUE e TFUE<sup>15</sup>), em que os Estados-Membros confirmam o seu apego aos direitos sociais fundamentais, “*tal como definidos na Carta Social Europeia*”.

Não obstante, a CSE não aprecia queixas individuais, funcionando a sua monitorização através de um sistema de relatórios apresentados pelos Estados e de queixas colectivas, cuja legitimidade activa está acometida aos parceiros sociais, organizações nacionais e internacionais representativas de trabalhadores e empregadores, e organizações não governamentais.

Não estando a actividade do Comité enquadrada numa verdadeira função jurisdicional, a sua actividade pode conduzir a um anacronismo e desarticulação com os órgãos com tais funções, em disposições com conteúdo material paralelo nos instrumentos/fontes de Direito.

Como sucedeu no caso Laval.

Neste, o TJ<sup>16</sup> decidiu que os artigos 49.º CE<sup>17</sup> e 3.º da Directiva 96/71, relativa ao destacamento de trabalhadores no âmbito de uma prestação de serviços, devem ser interpretados no sentido de que se opõem a que organizações sindicais de um Estado-Membro desencadeiem acções colectivas (bloqueio de obras), a fim de obrigar empresas estabelecidas noutros Estados-Membros, e que destacam temporariamente trabalhadores para o território do Estado-Membro de acolhimento, a negociação salarial e a assinar uma convenção colectiva, por susceptíveis de constituir uma restrição à livre prestação de serviços na acepção do artigo 49.º CE.

<sup>14</sup> Complementando, consequentemente, no âmbito do CoE, a CEDH, vocacionada para os direitos civis e políticos, mas referenciando-se que na CEDH também há alguns direitos de carácter social.

<sup>15</sup> A União e os Estados-Membros, tendo presentes os direitos sociais fundamentais, tal como os enunciam a Carta Social Europeia, assinada em Turim, em 18 de outubro de 1961 e a Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores, de 1989, terão por objetivos a promoção do emprego, a melhoria das condições de vida e de trabalho, de modo a permitir a sua harmonização, assegurando simultaneamente essa melhoria, uma proteção social adequada, o diálogo entre parceiros sociais, o desenvolvimento dos recursos humanos, tendo em vista um nível de emprego elevado e duradouro, e a luta contra as exclusões – art. 151.º do TFUE.

<sup>16</sup> Ac. de 18 de Dezembro de 2007, **Laval**, C-341/05, EU:C:2007:809.

<sup>17</sup> Com correspondência ao actual art. 5.º do TFUE.

Este obstáculo não pode ser justificado à luz do objectivo de protecção dos trabalhadores em que se enquadra, em princípio, um bloqueio desencadeado por uma organização sindical do Estado-Membro de acolhimento tendo em vista garantir condições de trabalho e de emprego de um determinado nível aos trabalhadores destacados no âmbito de uma prestação de serviços transnacional, uma vez que o empregador destes últimos é obrigado, devido à coordenação realizada pela Directiva 96/71, a respeitar um núcleo de regras imperativas de protecção mínima no Estado-Membro de acolhimento.

Alteradas pelo estado Sueco – as leis da co-determinação e a lei de destacamento de funcionários –, estas foram objecto de queixa junto do CEDS, que as considerou desconformes à Carta, por violação do art. 6.<sup>o</sup><sup>18</sup>.

A Carta afirmou-se, por esta via, e no confronto com os demais instrumentos jurídicos que formam o sistema multinível de protecção de direitos fundamentais.

Em pleno ano de 2020 tal protecção não pode deixar de ser convocada a actuar como limite externo às medidas de austeridade (*direito da crise*) no âmbito do direito do Trabalho<sup>19</sup>.

## II. A CARTA SOCIAL EUROPEIA E O CONTEXTO DE CRISE: O DIREITO DE TRABALHO PORTUGUÊS

### a. Considerações gerais

Adoptada em 1961, no âmbito do Conselho de Europa, com objectivo de tutelar direitos económicos e sociais fundamentais, a Carta ganhou visibili-

<sup>18</sup> Swedish Trade Union Confederation (LO) e Swedish Confederation of Professional Employees (TCO) c. Suécia, queixa n.º 85/2012: “(...)the Committee considers that national legislation which prevents a priori the exercise of the right to collective action, or permits the exercise of this right only in so far as it is necessary to obtain given minimum working standards would not be in conformity with Article 6§4 of the Charter, as it would infringe the fundamental right of workers and trade unions to engage in collective action for the protection of economic and social interests of the workers. In this context, within the system of values, principles and fundamental rights embodied in the Charter, the right to collective bargaining and collective action is essential in ensuring the autonomy of trade unions and protecting the employment conditions of workers: if the substance of this right is to be respected, trade unions must be allowed to strive for the improvement of existing living and working conditions of workers, and its scope should not be limited by legislation to the attainment of minimum conditions”.

<sup>19</sup> Weiss, Manfred, **Re-Inventing Labour Law?**/ The Idea of Labour Law – Guy Davidov and Brian Langille, Oxford University Press, p. 43-56.

dade na década de 1990, com a sua revisão, em 1996, e particularmente com a entrada em vigor do Protocolo Adicional sobre reclamações colectivas, em 1998.

Portugal ratificou a Carta Social Europeia em 30 de Setembro de 1991 aceitando a quase totalidade das suas disposições: formulou reservas relativamente ao *lock-out* (expressamente proibido pelo art. 57.º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa) e aos contratos de trabalho de muito curta duração.

Em 1996, foi adoptada a Carta Social Europeia Revista, que adapta o conteúdo da Carta às mudanças sociais fundamentais ocorridas desde a sua adopção, entrando em vigor em 1999. Portugal, conforme sucedeu com a Carta Social Europeia, procedeu à ratificação da Carta revista em 30 de Maio de 2001 e tem apresentado anualmente relatórios de aplicação.

A partir de 2005 os relatórios nacionais passaram a reportar-se ao novo articulado da Carta, estando o Ministério do Trabalho e da Solidariedade Social responsável através do Gabinete de Estratégia e Planeamento (GEP) por assegurar a elaboração dos relatórios nacionais de aplicação da Carta.

A CSE tem um amplo catálogo de direitos sociais – são trinta e um (31) –, muitos deles relacionados com matéria laboral.

Também há direitos que não sendo laborais em sentido puro mas que acabam por ter repercussão em matéria laboral: é o caso dos trabalhadores portadores de deficiência (art. 15.º CSE).

Os relatórios são apreciados pelo CEDS que emite juízo de (i) conformidade, (ii) não conformidade ou (iii) pedido de informação adicional e as conclusões do CEDS devem ser acolhidas.

O enquadramento da previsão da Carta é assumidamente lato, compreendendo as leis, regulamentos, convenções colectivas; jurisprudência; medidas administrativas tomadas, bem como programas ou planos de acção destinados a implementar o enquadramento legal; residualmente, todos os dados que permitam aferir da efectividade da aplicação da CSE.

No entanto, apenas são admitidas reclamações colectivas (não se admitem reclamações individuais) cuja legitimidade cabe (i) aos parceiros sociais europeus – Confederação Europeia de Comércio (European Trade Union Confederation), Business Europe e Organização Internacional de Empregadores (International Organisation of Employers), (ii) às organizações não-governamentais internacionais ou (iii) aos parceiros sociais nacionais com participação no Conselho da Europa.

## **b. As alterações ao direito do trabalho no contexto de crise em Portugal**

No decurso dos XVIII e XIX Governos Constitucionais Portugal recorreu à concessão de assistência financeira da União Europeia através do mecanismo europeu de estabilização financeira (*European financial stabilisation mechanism, EFSM*) e da zona euro (*European financial stability facility, EFSF*), cujas condições gerais<sup>20</sup> foram descritas num *Memorando de Entendimento*.

O contrato de empréstimo da contribuição do EFSF especificou que os seus desembolsos estão sujeitos ao cumprimento das condições deste Memorando.

No contexto de tal auxílio e em decorrência das obrigações assumidas pelo Estado Português, foram profundamente alterados alguns diplomas com fortes restrições em direitos laborais consagrados, adoptando-se, ao invés de políticas sociais, um conjunto significativo de políticas consideradas indispensáveis para a promoção da competitividade e do emprego e de medidas de consolidação orçamental.

Através das Leis de Orçamento de Estado, procedeu-se a cortes salariais no sector público nos anos de 2011 (este ainda antes do Memorando, mas já em contexto de crise), 2012, 2013 e 2014<sup>21</sup>.

Contestada junto do Tribunal Constitucional, a LOE de 2011 (Lei n.º 55-A/2010, de 31 de Dezembro), o TC não julgou inconstitucionais as normas que previam os cortes salariais (ac. n.º 396/2011<sup>22</sup>) e a sua interpretação ainda objecto de reenvio para o TJ, com referência ao art. 31.º da CDFUE, o qual se considerou incompetente para tal pedido com fundamento de que “*não obstante as dúvidas expressas pelo órgão jurisdicional de reenvio quanto à conformidade da Lei do Orçamento de Estado para 2011 com os princípios e os*

<sup>20</sup> Com referência ao Regulamento do Conselho (UE) n.º 407/2010 de 11 de Maio de 2010, que estabelece o Mecanismo Europeu de Estabilização Financeira (*European Financial Stabilisation Mechanism – EFSM*) e, em particular, o artigo 3(5) do mesmo.

Em 8 de Abril de 2011, os Ministros do Eurogrupo e do ECOFIN emitiram uma declaração esclarecendo que o apoio financeiro da UE seria providenciado na base de um programa político apoiado num condicionalismo rigoroso e negociado com as autoridades portuguesas, envolvendo devidamente os principais partidos políticos, pela Comissão Europeia em conjunto com o BCE e com o FMI. Para além do apoio da União Europeia via EFSM, os empréstimos do EFSF irão também contribuir para a assistência financeira.

Texto disponível em [https://www.bportugal.pt/sites/default/files/anexosmou\\_pt.pdf](https://www.bportugal.pt/sites/default/files/anexosmou_pt.pdf).

<sup>21</sup> Para mais desenvolvimentos, AMADO, João Leal – *La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de los trabajadores en Portugal: tópicos sobre el caso de las reducciones salariales en el sector público*.

*Revista de Derecho Social*, 2015, n.º 69, págs. 171 ss.

<sup>22</sup> Diário da República n.º 199/2011, Série II, de 2011-10-17.

*objetivos consagrados pelos Tratados, a decisão de reenvio não contém nenhum elemento concreto que permita considerar que a referida lei se destina a aplicar o direito da União”.*

As alterações ao Código de Trabalho, em desenvolvimento das condições do Memorando de Entendimento, ocorreram primordialmente com as Leis n.º 23/2012, de 25 de junho, e n.º 11/2013, de 28 de janeiro.

A Lei n.º 11/2013, de 28 de janeiro, introduziu um regime fraccionado de pagamento dos subsídios de Natal e de férias (50% em duodécimos), com direito de oposição do trabalhador a manifestar em 5 dias (arts. 9.º, n.º 1, e 11.º), a necessidade de acordo escrito no caso de contrato a termo e de trabalho temporário (art. 2.º) e a consequente suspensão da eficácia de normas do CT/2009 que definem os momentos em que devem ser pagos aqueles subsídios (art. 6.º), a par de normas fiscais (art. 8.º).

Apesar de temporária, sofreu uma extensão de vigência, prolongada nos anos de 2014 (art. 257.º da LOE/2014, Lei n.º 83-C/2013, de 31 de dezembro); 2015 (art. 257.º da Lei de Orçamento de Estado de 2015, Lei n.º 82-B/2014, de 31 de dezembro, com efeitos até 31-12-2015); 2016 (art. 213.º da Lei de Orçamento de Estado de 2016, Lei n.º 7-A/2016, de 30 de março, que manteve em vigor, até 31-12-2016, os arts. 7.º, 9.º, e 10.º da Lei n.º 11/2013, para os trabalhadores que não tenham exercido o direito de opção previsto no art. 9.º, n.º 1 desse diploma) e 2017 (art. 274.º da LOE para 2017, Lei n.º 42/2016, de 28 de dezembro).

A Lei n.º 23/2012 introduziu modificações em relação a quatro áreas temáticas, (i) tempo de trabalho, (ii) relações das empresas com a administração estadual do trabalho (inspecção), (iii) cessação do contrato de trabalho e (iv) contratação colectiva.

Os objectivos, consignados e expressos no diploma, foram os de reduzir os custos do trabalho, ampliar o poder de decisão dos empregadores e neutralizar produtos da contratação coletiva anterior.

Em matéria de tempos de trabalho procedeu a profundas alterações ao regime vigente no que concerne a bancos de horas (208.º do CT); às paragens de trabalho, consideradas tempo de férias, em dias úteis ladeados por descansos e feriados; na diminuição dos acréscimos de remuneração por trabalho suplementar e supressão do descanso compensatório por trabalho suplementar prestado em dia feriado (268.º do CT), e reflexamente,

no âmbito da contratação colectiva, estipulando a nulidade dos preceitos de IRCT's que consagravam acréscimos por trabalho suplementar ou descansos compensatórios superiores.

Quanto à cessação do contrato de trabalho, alterou-se a forma de cálculo das compensações por caducidade (20 dias de retribuição base e diuturnidades por cada ano de antiguidade, proporcionalmente calculada em caso de fracção de ano) por um regime transitório complexo, no que diz respeito à aplicação das regras de cálculo da compensação por caducidade em contratos pré-existent<sup>23</sup>.

O Tribunal Constitucional foi chamado a pronunciar-se, por um pedido de fiscalização abstracta sucessiva da constitucionalidade de normas introduzidas ao Código do Trabalho pela Lei n.º 23/2012 de 25 de junho, o que fez no acórdão (TC) n.º 602/2013, de 20 de Setembro<sup>24</sup>.

Neste aresto o Tribunal Constitucional declarou a inconstitucionalidade dos n.ºs 2 e 4 do art. 368.º do CT (que, nos requisitos para o despedimento por extinção do posto de trabalho, permitia ser o empregador a definir, por referência aos respectivos titulares, critérios relevantes e não discriminatórios face aos objectivos subjacentes à extinção do posto de trabalho) e o art. 375.º, n.º 1, als. d) e e), e n.º 2, (requisitos para o despedimento por inadaptação), por, no primeiro caso, terem sido supridas as indicações normativas quanto aos critérios que devem presidir à decisão do empregador de selecção do posto de trabalho a extinguir e, em ambos os casos, por não se exigir a demonstração da impossibilidade prática da subsistência da relação de trabalho, determinante da cessação do vínculo (por violação da proibição de despedimentos sem justa causa consagrada no artigo 53.º da CRP)<sup>25</sup>.

Pronunciou-se, no entanto, pela constitucionalidade das disposições contidas no Código de Trabalho sobre: (i) criação dos bancos de horas individual; (ii) criação dos bancos de horas grupal; (iii) eliminação do descanso compensatório; (iv) redução para metade do pagamento do trabalho suplementar e das prestações relativas a dia feriado; (v) eliminação de quatro feriados obrigatórios; (vi) eliminação do aumento do período anual de férias em função da assiduidade.

<sup>23</sup> Ainda neste campo, ulteriormente, a Lei n.º 69/2013, de 30 de agosto, estipulou nova redução do montante da compensação por caducidade dos contractos, a termo certo (18 dias de retribuição base e diuturnidades), e incerto (18 dias de retribuição base e diuturnidades), por ano de antiguidade, calculados proporcionalmente em caso de fracção (arts. 344.º, n.º 2 e 345.º, n.º 4, do CT).

<sup>24</sup> Diário da República n.º 206/2013, Série I de 2013-10-24.

<sup>25</sup> Ainda assim tomou a decisão – controversa – de restringir os efeitos da sua declaração de inconstitucionalidade (eficácia *ex nunc*), ao abrigo do n.º 4 do artigo 282.º da CRP.

Ora, na fundamentação do sentido decisório, o TC, na redução, para metade, dos acréscimos remuneratórios devidos pela prestação de trabalho suplementar (art. 268.º, n.º 1 e 3, do CT) e da eliminação do descanso compensatório como regra geral na sequência da prestação de trabalho suplementar (art. 269.º, n.º 2, CT), reafirmando tratar-se de medidas com vista à redução dos custos do trabalho, concluiu que apesar da forte redução, se mantém um tratamento diferenciado mais favorável do ponto de vista remuneratório do trabalho prestado a título suplementar<sup>26</sup>.

O quadro normativo traçado – já designado de *Direito do Trabalho de excepção*<sup>27</sup>, e em grande parte ainda vigente – foi apreciado pelo CEDS, sendo neste texto analisadas algumas normas cujo conteúdo<sup>28</sup>, tal como traçado pelo CEDS, foi objecto de decisões de desconformidade, observações, ou pedidos de informação adicional, relativos a Portugal<sup>29</sup>.

### c. Casos portugueses

#### i. A retribuição mínima mensal garantida

Sob a epígrafe de remuneração justa, o artigo 4.º, §1, da Carta preceitua que “com vista a assegurar o exercício efectivo do direito a uma remuneração justa, as Partes comprometem-se a reconhecer o direito dos trabalhadores a uma *remuneração suficiente* para lhes assegurar, assim como às suas famílias, um nível de vida decente”.

O contexto histórico do preceito reflecte algumas dificuldades sentidas no preenchimento do conceito, para o que contribuem a grande divergência

<sup>26</sup> Para mais desenvolvimentos quanto à jurisprudência do Tribunal Constitucional, cf. DRAY, Guilherme O direito do trabalho na jurisprudência constitucional da crise. **Revista de Direito e de Estudos Sociais**. Coimbra, A. 56, n.º 1-3 (Jan.-Set. 2015), p.155-188.

<sup>27</sup> Ferreira, António Casimiro. Sociedade da Austeridade e o Direito do Trabalho de Excepção. **Vida Económica**, Lisboa (2012), p. 75 e segs.

<sup>28</sup> Seguiremos, quanto ao teor das provisões da Carta o constante no Digesto e Appendix (2018), com texto acessível na página do Conselho de Europa, referenciado em (NR) 9.

Sobre esta temática, com entendimento que acompanhamos, Rouxinol, Milena – **A jurisprudência do Comité Europeu de Direitos Sociais**, Centro de Estudos Judiciários (29 de junho de 2017), e Carvalho, Catarina de Oliveira – *O impacto da jurisprudência do Comité Europeu de Direitos Sociais em matéria laboral no ordenamento jurídico Português*. **Revista Jurídica de Los Derechos Sociales** (2017), Lex Social [em linha].

<sup>29</sup> Atenta a decisão do Tribunal Constitucional, não se abordam neste texto as alterações quanto ao direito colectivo.

nos mecanismos de composição da retribuição em decorrência das especificidades e assimetrias no mercados de trabalho, condições socioeconómicas e institucionais, bem como a opacidade dos dados para a determinação dos níveis de salário relevantes.

Remuneração, monetária ou em espécie, é aquela que é paga por um empregador a um trabalhador pelo tempo trabalhado ou realizado; abrange, quando aplicáveis, as gratificações especiais. Já, por outro lado, transferências sociais (por exemplo, subsídios sociais ou benefícios de segurança) apenas são levados em consideração quando possuam conexão com o salário<sup>30</sup>.

O conceito de *padrão de vida decente* vai além da simples base material necessidades, como alimentos, roupas e moradia, e inclui os recursos necessários para participar de actividades culturais, educacionais e sociais.

Nas suas conclusões V (1977) o Comité adoptou um método de avaliação baseado em estudos estatísticos realizados pela OCDE e pelo Conselho da Europa a partir do qual foi estabelecido um chamado limiar de decência para o salário mais baixo. Consequentemente, para que um salário fosse decente, tinha de ser pelo menos igual a 68 % do salário médio nacional num determinado país.

Posteriormente, o Comité abandonou o referencial de 68% por um de 60%, mudança justificada (i) pela evolução dos padrões de rendimentos das famílias ter por pressupostos a ocorrência de apenas um salário para toda a família, concepção desatualizada e divergente da promoção da igualdade de oportunidades das mulheres no mercado de trabalho e (ii) por o limiar de 68% refletir estudos estatísticos realizados num estado inicial de supervisão da Carta, quando havia um número limitado de Partes Contratantes, representando uma homogeneidade económica significativa.

O salário de referência considerado pelo Comité é o salário médio líquido nacional de um assalariado em tempo integral, se possível calculado em todos os setores para toda a economia. Para países sem salário mínimo legal, serão consideradas informações sobre o valor líquido dos mínimos acordados em acordos coletivos e/ou efectivamente pagos no mercado de trabalho. Nos casos em que é difícil estabelecer números líquidos – ou seja, após dedução de impostos e previdência social contribuições –, cabe ao Estado-Parte interessado em fornecer estimativas desse valor, o qual não deve ficar aquém de pelo menos metade (50%) do salário médio.

<sup>30</sup> Conclusões I (1969).

Em Portugal, acolhendo os critérios recomendados pela Convenção n.º 131 da Organização Internacional do Trabalho, a retribuição mínima mensal garantida (RMMG), instituída pelo DL n.º 217/74, de 27 de maio, goza de tutela na Constituição da República Portuguesa (art. 59.º) e no Código do Trabalho (artigo 273.º, n.º 1).

Até 2005 os trabalhadores do serviço doméstico tinham um RMMG distinto e inferior aos demais trabalhadores e até às Conclusões de 2014 o Comité considerou que Portugal ficava aquém dos valores referenciados, sendo desconforme o salário que o salário mínimo nacional fixado em € 403, em 2007; € 426, em 2008 (Conclusões 2010), e até de € 485, em 2011<sup>31</sup>, anos em que a RMMG não atingia deve pelo menos metade do salário médio nacional<sup>32</sup>.

A retribuição mínima mensal garantida ascendeu para os valores de € 530 (2016); € 557,00 (2017); € 580,00 € (2018); € 600,00 (2019) e – DL n.º 254-A/2015, de 31 de dezembro; DL n.º 86-B/2016, de 29 de dezembro; DL n.º 156/2017, de 28 de dezembro; DL n.º 117/2018, de 27 de dezembro e actualmente, em € 635 (DL n.º 167/2019, de 21 de novembro)<sup>33</sup>.

## ii. O pagamento do trabalho prestado em dia de feriado

A Carta prevê que, com vista a assegurar o exercício efectivo do direito a condições de trabalho justas, as Partes se comprometem a prever dias feriadados pagos – art. 2.º n.º 2. Daqui resulta, como regra, que o trabalho deve ser *proibido* durante feriados.

A Carta não estipula o número de feriados que devem ser gozados, variando o seu número de acordo com os Estados-Partes<sup>34</sup>, admitindo-se a sua especificação em lei ou em acordos coletivos.

A regra enunciada consente que o trabalho seja realizado em feriados públicos, porque implica uma *restrição por parte do trabalhador*, deve ser compensado. No entanto, considerando as diferentes abordagens adoptadas nos países em relação às formas e níveis de tal *compensação* e a falta de conver-

<sup>31</sup> O INE revela que a remuneração média dos portugueses cresceu 3,1% para 951 brutos mensais: em 2017, salário médio: euros 924,90 em 2016, euros 943 em 2017 e euros 970,40 em 2018: <http://dre.pt/pdf1sdip/2010/12/25300/0612106121.pdf>.

<sup>32</sup> Do Memorando de Entendimento resultou o compromisso de que o aumento do salário mínimo só poderia ocorrer “se justificado pela evolução económica e do mercado de trabalho, e após acordo no quadro da revisão do programa”.

<sup>33</sup> Cf. <https://www.portaldahabitacao.pt/pt/portal/legislacao/rmmg.html> (acedido a 25-02-2020).

<sup>34</sup> Não houve constatação de não conformidade com esta disposição, nos casos em que os Estados Partes concedem poucos feriados.

gência entre os Estados-Partes a esse respeito, os mesmos desfrutam de uma margem de apreciação sobre esta questão, sujeita à exigência de que todos funcionários têm direito a uma remuneração adequada quando trabalham em um feriado.

Ao avaliar se a compensação pelo trabalho realizado nos feriados é adequada, são ponderados os níveis de remuneração previstos na forma de aumento de salários e/ou folga compensatória nos termos da lei ou dos vários acordos colectivos em vigor, além do salário regular pago em um feriado público, seja calculado diariamente, semanal ou mensalmente. Assim, por exemplo, uma compensação correspondente ao salário regular aumentado em 75% não é suficientemente elevada para constituir um nível adequado de remuneração pelo trabalho realizado em um feriado público<sup>35</sup>.

Em face de tais premissas, o Comité ao debruçar-se quanto ao pagamento do trabalho prestado em dia de feriado relativamente a empresas não obrigadas a encerrar nestes dias, nos termos do n.º 2 do art. 269.º do CT<sup>36</sup>, concluiu que a majoração salarial prevista – ainda em alternativa com descanso compensatório, e com escolha pelo empregador – não é compensação suficiente (art. 2.º, n.º 2), para um trabalho que não é normal (Conclusões 2014).

### **iii. A retribuição justa (trabalho suplementar) e a organização do tempo de trabalho**

Entendido em sentido amplo, o conceito de tempo de trabalho compreende dois conteúdos distintos, embora complementares: a duração do tempo de trabalho e a organização do tempo de trabalho.

Ambos com reflexo não só na definição dos seus parâmetros temporais, mas também da sua retribuição, designadamente do direito a uma retribuição justa.

À luz da Carta, preceitua o §2 do artigo 4.º que, “com vista a assegurar o exercício efectivo do direito a uma remuneração justa, as Partes comprometem-se a reconhecer o direito dos trabalhadores a uma taxa de *remuneração acrescida* para as horas de *trabalho suplementar*, com excepção de certos casos particulares”<sup>37</sup>.

<sup>35</sup> Conclusões XX-3 (2014), Grécia.

<sup>36</sup> O artigo 269.º do CT, sob a epígrafe “Prestações relativas a dia feriado”, prevê que o trabalhador que presta trabalho normal em dia feriado em empresa não obrigada a suspender o funcionamento nesse dia tem direito a descanso compensatório com duração de metade do número de horas prestadas ou a acréscimo de 50% da retribuição correspondente, cabendo a escolha ao empregador.

<sup>37</sup> Ressalva nossa.

No ordenamento português o pagamento do trabalho por valor acrescido, quando prestado para além de determinados parâmetros temporais, suscitou a atenção do Comité no âmbito do trabalho suplementar, em regimes especiais e em regimes flexíveis de organização do tempo do trabalho<sup>38</sup> como, *in extremis*, no da isenção de horário de trabalho.

O regime do **contrato de trabalho doméstico** é regulado fora do Código do Trabalho, por diploma especial: o DL n.º 235/92, de 24 de outubro<sup>39</sup>.

Neste, a duração do trabalho e o descanso semanal vêm previstos nos arts. 13.º e 15.º, respectivamente, decorrendo do primeiro que o período normal de trabalho semanal não pode ser superior a quarenta e quatro horas (n.º 1), apenas sendo considerados, no caso dos trabalhadores alojados, os tempos de trabalho efectivo (n.º 2) e quando exista acordo do trabalhador, o período normal de trabalho pode ser observado em termos médios (n.º 3). Quanto ao descanso semanal, como resulta do art. 15.º apenas se prevê que o trabalhador não alojado a tempo inteiro e o trabalhador alojado têm direito, sem prejuízo da retribuição, ao gozo de um dia de descanso semanal (n.º 1) que pode ser convencionado entre as partes o gozo de meio-dia ou de um dia completo de descanso, além do dia de descanso semanal previsto no número anterior (n.º 2) e que o dia de descanso semanal deve coincidir com o domingo, podendo recair em outro dia da semana, quando motivos sérios e não regulares da vida do agregado familiar o justifiquem (n.º 3).

O regime do trabalho doméstico, enquanto regime especial, diverge do geral no conspecto do trabalho suplementar e ainda noutros pontos como, pelo menos até 2005, a retribuição.

Sem embargo, o diploma que regula este regime não sofreu alterações de fundo nos últimos anos, sendo a última alteração pela Lei n.º 114/99, de 03 de agosto, apenas com alteração do regime contra-ordenacional.

O Estado Português não apresentou elementos sobre a obrigação de pagar o trabalho suplementar com acréscimo no domínio do trabalho doméstico.

<sup>38</sup> Em geral, a principal razão por que as empresas recorrem aos mecanismos de flexibilização do tempo de trabalho prende-se tem a ver com a redução de custos que daí tiram, em especial porque lhes permite reduzir o recurso ao trabalho suplementar.

<sup>39</sup> O contrato de serviço doméstico foi regulado pelo Código Civil de 1867, até à entrada em vigor do DL n.º 508/80, de 21 de outubro, este revogado pelo DL n.º 235/92, de 24 de outubro. A codificação das leis do trabalho operada com o Código de 2003 manteve inalterado este regime, que não revogou, estipulando apenas o seu art. 11.º (do CT/2003) que: “aos contratos de trabalho com regime especial aplicam-se as regras gerais deste Código que não sejam incompatíveis com a especificidade desses contratos.”

Consequentemente, o Comité emitiu conclusão de desconformidade com o artigo 4.º, §2 (Conclusões de 2010).

Ainda em matéria de organização de tempo de trabalho o ordenamento jurídico português mereceu a atenção do Comité nos regimes flexíveis de tempo de trabalho, a saber, na isenção de horário de trabalho (IHT), especialmente em cargos de direcção ou administração; e no banco de horas e adaptabilidade.

O Comité observou que a maioria das Partes Contratantes que aceitaram a disposição em referência – artigo 4.º, §2 – adoptou esquemas que prevêem horários flexíveis de trabalho, segundo os quais o horário de trabalho é calculado como uma média nos períodos de referência. Dito de outro modo, os regimes de flexibilidade da organização do tempo de trabalho assentam na organização do tempo de trabalho de tal modo que a duração normal do trabalho e o horário de trabalho deixam de ter como referência o dia ou a semana, por a respectiva observância passar a medir-se em termos médios (por dia e/ou por semana), média que deve necessariamente corresponder ao período normal de trabalho.

O resultado desses esquemas é que, na prática, as horas trabalhadas acima do número médio são compensadas por períodos de descanso durante outras semanas dentro do período de referência.

O princípio da disposição da Carta é que o trabalho realizado fora do horário normal de trabalho, porque exige um maior esforço por parte do trabalhador, deve ser remunerado a um valor superior ao salário normal, aumento que deve ser aplicado em todos os casos (Conclusões XIV-2, 1998).

Sistemas mistos para compensar horas extras, por exemplo, onde a um trabalhador é pago o valor de hora normal pelas horas extras trabalhadas, mas também goza de descanso compensatório em seu lugar, não é considerado pelo Comité como contrário ao artigo 4.º, parágrafo 2<sup>40</sup>. Para tanto, a concessão de dispensa do dever de prestar trabalho para compensar as horas para além do período normal de trabalho (em vez de conceder um aumento remuneração) terá de ser mais longa do que as horas extras trabalhadas. Não basta conceder ao trabalhador licença de duração igual ao número de horas extras trabalhadas.

Já quanto ao período de referência – durante o qual trabalho pode variar entre valores máximos e mínimos, sem que nenhum deles conte como horas

<sup>40</sup> Queixa n.º 60/2010, Decisão (de mérito) a 17 Outubro 2011, § 21, adiante melhor referenciada.

extras e, portanto, se qualifique para uma taxa de remuneração mais alta – o Comité considerou que tais acordos/esquemas não violam o artigo 4.º, §2, mas reserva-se a possibilidade de avaliar, caso a caso, se acordos flexíveis de horário de trabalho garantem o cumprimento efetivo do preceito, para o que terão de estar verificadas determinadas condições, nomeadamente (i) estar fixado *um período de referência razoável* e (ii) *o quadro legal prever garantias adequadas que limitem a autonomia colectiva dos parceiros sociais*.

São válidos acordos que os fixem respeitando as condições estabelecidas no artigo 2.º, n.º 1, tais como:

- i) São respeitadas as horas máximas semanais (mais de 60) e diárias (até 16);
- ii) As medidas de flexibilidade operam dentro de uma estrutura legal, fornecendo garantias adequadas que circunscrevem claramente a discricção deixada aos empregadores e empregados para variar, por meios de acordo coletivo, horário de trabalho.
- iii) Acordos flexíveis de horário de trabalho prevejam um período de referência razoável para a cálculo do tempo médio de trabalho.

O Comité observou, no entanto, e fora dos parâmetros traçados, que algumas Partes Contratantes ou não cumpria o acréscimo de compensação (em descanso ou remuneração) ou pediu informação adicional sobre esquemas de flexibilização do tempo de trabalho que, aparentemente, não coenvolvem o tratamento das horas adicionais como se fossem de trabalho suplementar.

Em Portugal, o trabalho suplementar é remunerado com acréscimo de remuneração (268.º do CT) e descanso compensatório (art. 229.º do CT).

No entanto, na reclamação colectiva n.º 60/2010, apresentada pelo Conselho Europeu dos Sindicatos da Polícia contra o Estado Português, o Comité foi chamado a apreciar um esquema remuneratório onde era efectuado um conjunto de horas (extraordinárias) “de prevenção activa e piquete”. O pagamento das “horas extraordinárias” do pessoal de investigação criminal da Polícia Judiciária eram pagas com um valor que não só não era superior ao ordinário como era mesmo inferior; em causa estavam os serviços prevenção activa e de piquete.

O Comité entendeu haver violação do artigo 4, §2, já que o valor de cálculo da compensação, ficando em muitos casos aquém do valor da hora normal<sup>41</sup>.

<sup>41</sup> Juízo de desconformidade reiterado nas conclusões de 2014.

Importa ainda dizer que aquando de tal juízo de desconformidade o ordenamento português previa que a majoração do valor do trabalho, vertida no n.º 1 do artigo 268.º do CT, podia ser afastada por Instrumento de Regulamentação colectiva de trabalho (IRCT), como decorria do n.º 3 do mesmo preceito. Admitindo-se que o IRCT não majorasse o trabalho suplementar ou o fizesse por valor inferior ao da hora normal, tal preceito violava a Carta, ou melhor, o direito a remuneração justa, como definido no art. 4.º, e com os parâmetros concretizados pelo Comité.

Esta possibilidade só foi abolida, com efeitos a 01 de outubro de 2019, com a revogação do n.º 3 do art. 268.º do CT, pela Lei n.º 93/2019, de 04 de setembro (art. 10.º).

A **isenção de horário de trabalho** traduz-se (i) na não sujeição aos limites máximos dos períodos normais de trabalho (isenção total); (ii) na possibilidade de alargamento da prestação a um determinado número de horas, por dia ou por semana (isenção parcial) ou, (iii) de observância do período normal de trabalho acordado (isenção modelada) – art. 219.º, als. a), b) e c), respectivamente, do CT. Integram-se na última modalidade as situações vulgarmente designadas de *horários flexíveis*, em que o trabalhador se obriga a cumprir o número de horas que corresponde ao seu período normal de trabalho diário, mas escolhe o modo como as distribui ao longo do dia.

Do ponto de vista subjectivo, pode ser isento de horário de trabalho o trabalhador que se encontre no exercício de cargo de administração ou direcção, ou de funções de confiança, fiscalização ou apoio a titular desses cargos (al. a), execute trabalhos preparatórios ou complementares que, pela sua natureza, só possam ser efectuados fora dos limites do horário de trabalho (al. b), esteja em regime de teletrabalho e outros casos de exercício regular de actividade fora do estabelecimento, sem controlo imediato por superior hierárquico (al. c) – art. 218.º, n.º 1 do CT.

Os trabalhadores que gozem de isenção de horário nas modalidades de não sujeição aos limites máximos dos períodos normais de trabalho e possibilidade de alargamento da prestação a um determinado número de horas, têm direito a um suplemento remuneratório, nos termos que venham a ser fixados por lei ou por instrumento de regulamentação coletiva de trabalho, desde que o regime de isenção de horário não constitua o regime normal de prestação do trabalho da carreira em que o trabalhador esteja integrado ou do cargo de que seja titular (nestes casos, a isenção de horário terá sido considerada para a determinação das respetivas remunerações base).

A lei prevê um complemento remuneratório, designado de “retribuição específica”, estabelecida por instrumento de regulamentação colectiva de trabalho ou, na falta deste, não inferior a uma hora de trabalho suplementar por dia ou duas horas de trabalho suplementar por semana, quando se trate de regime de isenção de horário com observância do período normal de trabalho (n.º 2).

O trabalhador que exerça cargo de administração ou de direcção pode renunciar a esta retribuição (n.º 2 do art. 265.º do CT), o que também não fica vedado no IRCT.

Em 2014 o CEDS veio pedir informação adicional sobre os artigos 218.º, n.º 1, al. a), e 265.º, n.º 2, ambos do CT, para apurar se tal limite existe.

A regra no Código do Trabalho é que a duração média do trabalho semanal não pode ser superior a quarenta e oito horas, num período de referência estabelecido em instrumento de regulamentação colectiva de trabalho que não ultrapasse 12 meses ou, na falta deste, num período de referência de quatro meses, ou de seis meses nos casos previstos no n.º 2 do artigo 207.º (art. 211.º, n.º 1). Do regime consentido pelo n.º 4 do art. 211.º e sem limite de duração e sem contrapartidas.

Regime que, pese embora uma extensa alteração legislativa que o Código de Trabalho<sup>42</sup> sofreu com a Lei n.º 93/2019, de 04 de setembro, se manteve inalterado.

O CEDS já havia considerado que os *trabalhadores em cargos de direcção ou administração* poderiam escapar ao regime geral, desde que, no entanto, existisse um limite quantitativo (Reclamação n.º 9/2000, França, com decisão sobre o mérito de 16 de novembro de 2001): no caso francês, considerou que o período de referência a um ano é excessivo<sup>43</sup>.

Pelo que o período de referência até 12 meses – constante do art. 211.º, n.º 1, do CT – viola o art. 4.º, n.º 2, da Carta.

Também assim nos regimes flexíveis de horário de trabalho (adaptabilidade ou banco de horas).

A **adaptabilidade** consiste numa modalidade de organização do tempo de trabalho em que os períodos normais de trabalho diário e semanal são

<sup>42</sup> O CT já sofreu quinze (15) alterações, sendo a última pela Lei n.º 93/2019, de 04 de setembro.

<sup>43</sup> Confédération Française de l'Arcadrement CFE-CGC c. França, Queixa n.º 9/2000: “45. O Comité considera que o número de horas de trabalho realizadas por gerentes que se enquadram no sistema de dias úteis anuais e que, sob o sistema flexível de horário de trabalho, não são pagos a uma taxa mais alta, é anormalmente excessivo. Em tais circunstâncias, um período de referência de um ano é excessivo. A situação é portanto, contrária ao artigo 4, parágrafo 2 da Carta Revista”.

distribuídos de forma variável ao longo dos dias e das semanas compreendidas no período de referência estabelecido, com o regime constante no art. 204.º do CT.

O **banco de horas** é uma inovação do CT/2009, inicialmente apenas na modalidade grupal e posteriormente, com a Lei n.º 23/2012 (art. 2.º), individual<sup>44</sup>.

No primeiro caso o que se estabelece – no n.º 2 do art. 208.º do CT – é a faculdade de, dentro de determinados pressupostos, o empregador poder aumentar a duração diária do trabalho estipulada pelas partes, e não propriamente uma derrogação permanente dos limites temporais fixados no contrato de trabalho, ao passo que no segundo se permitia o aumento do período de trabalho até duas horas diárias, com o limite de cinquenta horas semanais e de cento e cinquenta horas anuais – art. 208.º-A do CT.

À excepção do banco de horas individual, fundado em acordo entre o empregador e o trabalhador, a adaptabilidade e o banco de horas grupal podem ser estabelecidos por instrumento de regulamentação colectiva de trabalho (ou no caso do banco de horas grupal, por acordo pluri-individual), e têm como efeito a redução do recurso (e inerente custo) ao trabalho suplementar.

À luz da Carta a conformidade do regime decorrente destes mecanismos de flexibilização do tempo de trabalho importa que as horas prestadas para além dos limites legais normais de horas – i.e., que não cumpram os regimes de flexibilização da organização do tempo de trabalho – sejam pagas como trabalho suplementar.

O banco de horas individual foi revogado pela Lei n.º 93/2019, de 04 de setembro.

Já quanto ao banco de horas grupal, permite-se que, por instrumento de regulamentação colectiva de trabalho, se regule a compensação do trabalho prestado em acréscimo, mediante, pelo menos, uma das seguintes modalidades: i) redução equivalente do tempo de trabalho; ii) aumento do período de férias; iii) pagamento em dinheiro – art. 208.º, n.º 4, do CT.

Não definindo o CT o que deva entender-se por *pagamento em dinheiro*, a doutrina maioritária reporta a compensação em dinheiro ao seu valor, em singelo<sup>45</sup>.

<sup>44</sup> Através do qual se admitia o aumento do período normal de trabalho em até duas horas diárias, com o limite de cinquenta horas semanais e de cento e cinquenta horas anuais.

<sup>45</sup> Quanto aos entendimentos existentes, por todos, David Falcão e Sérgio Tomás, **Banco de Horas – Mais Trabalho e Menos Euros Bank of Hours – More Work and Less Euros** [em linha]. E ainda, como aí se referencia, CATARINA DE OLIVEIRA CARVALHO, **A desarticulação do regime legal do tempo de**

Ainda que este entendimento não seja pacífico, a doutrina discordante vale-se, não do texto da lei, mas da sua *interpretação conforme* à Carta. O que vale por admitir que, de *iure condito*, a solução legal consagrada não garante um tratamento conforme à Carta pois consente que o trabalho suplementar, no texto da lei, seja compensado, em dinheiro, em singelo<sup>46</sup>.

Este juízo de interpretação conforme poderá ainda balizar o julgador nacional na apreciação – e eventual desaplicação – do regime de adaptabilidade e banco e horas por regulamentação colectiva quando definido a um período de referência de 12 meses – conforme consentido pelos arts. 207.º, n.º 1, e 208.º, n.º 3, respectivamente, do CT.

O Comité aceita que a extensão dos períodos de referência pode ser conforme à Carta (artigos 4.º, §2, conjugado como artigo 2.º, §1), se existirem fundamentos objectivos e técnicos que justifiquem tal extensão<sup>47</sup>.

O legislador nacional definiu os tempos de trabalho e de descanso numa lógica de exclusão, ou binária, tal como decorrente do regime dos arts. 197.º e 199.º do CT, entendendo por período de descanso o que não seja tempo de trabalho.

O tempo de trabalho contempla dois módulos temporais distintos: o *tempo de trabalho efectivo* (o do desempenho ou exercício da prestação) e os *períodos de inactividade*, equiparados por lei ou por instrumento de regulamentação colectiva a tempo de trabalho efectivo, como os de *disponibilidade* para o trabalho<sup>48</sup>: ambos beneficiam do mesmo grau de valorização norma-

**trabalho**, in *Direito do trabalho + crise = crise do direito do trabalho?*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 393; ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, “A Reforma Laboral de 2012 – Observações em torno da Lei 23/2012”; in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano LXXII, vol. II/III, 2012, p. 554.

<sup>46</sup> “ (...) não garante um tratamento a nível retributivo equivalente ao previsto para o trabalho suplementar, muito embora deva ser aplicado ao banco de horas – a distinção meramente semântica introduzida pelo legislador entre banco de horas e trabalho suplementar não é de molde a poder sobrepor-se à realidade jurídica – o princípio consagrado no art. 6.º, alínea b), segundo parágrafo, da Convenção n.º 1 da OIT – segundo o qual a taxa do salário para as horas suplementares deve ser acrescida de 25%, pelo menos, em relação ao salário normal, ou em valor equivalente quando seja compensado segundo as outras formas previstas no art. 208.º, n.º 4, alínea a) – e o art. 4.º, n.º 2, da Carta Social Europeia, nos termos do qual os Estados se comprometem a “reconhecer o direito dos trabalhadores a uma taxa de remuneração acrescida para as horas de trabalho suplementar, com excepção de certos casos particulares” – Fernandes, Francisco Liberal – *O Trabalho e o Tempo: Comentário ao Código do Trabalho*, Biblioteca Red (2018), p. 174, [em linha].

<sup>47</sup> *The extension of the reference period by collective agreement up to 12 months is acceptable, provided there are objective or technical reasons or reasons concerning the organisation of work justifying such an extension* – Conclusões XIX-3 (2010), Spain.

<sup>48</sup> Na esteira do art. 2.º, n.º 1, da Directiva n.º 2003/88 – em que é visível a influência do art. 2.º da Convenção n.º 30 da OIT (“para os fins da presente convenção, é considerada como duração do trabalho o

tiva, concorrendo de forma igual para a qualificação do tempo de trabalho, ambos valendo para efeitos de contagem de antiguidade e retribuição.

Do texto do Código do Trabalho não resulta a exigência, para os períodos de inactividade (designadamente os de disponibilidade para o trabalho), de permanência do trabalhador em local determinado pela entidade patronal e de aí estar à sua disposição para poder fornecer de imediato as prestações adequadas, em caso de necessidade (cf. acórdão Dellas e o., C-14/04, EU:C:2005:728, n.º 48; e despachos Vorel, C-437/05, EU:C:2007:23, n.º 28, e Grigore, C-258/10, EU:C:2011:122, n.º 63)<sup>49</sup>.

O estatuído no art. 197.º do CT diverge, assim, das disposições que lhe serviram de referência – em especial, o art. 2.º, n.º 1, da Directiva n.º 2003/88/CE –, na medida em que a formulação genérica da primeira parte do seu n.º 1 permite incluir na noção de tempo de trabalho os períodos de inactividade nos casos em que o trabalho é intermitente ou em que o trabalhador permanece à disposição do empregador em regime de prevenção ou à chamada sem presença física no local de trabalho.

A solução legal portuguesa permite, conseqüentemente, que em casos de *trabalho à chamada*, o trabalhador possa não estar nas instalações na empresa/empregador.

Solução que não é contrária do Direito da União já que o art. 15.º da Directiva (88/2003/CE) permite ao legislador nacional adoptar disposições mais favoráveis para os trabalhadores do que as previstas por aquele Direito: o Direito da União Europeia é um patamar mínimo (*minimum core*) a qual preceitua que se aplica “sem prejuízo de regimes mais favoráveis”.

Sem embargo do entendimento assim firmado, parte da jurisprudência dos nossos tribunais nacionais posiciona-se no sentido de que tal período (i) ou configura tempo de repouso ou (ii) que não deve a tal ser equiparado para efeitos remuneratórios<sup>50</sup>.

Na primeira hipótese, no ac. Relação de Évora de 30-08-2012, proc. 155/11.9T2SNS.E1, “considera-se tempo de trabalho qualquer período

tempo durante o qual o pessoal está à disposição do empregador; serão excluídos os descansos durante os quais o pessoal não está à disposição do empregador”.

<sup>49</sup> Ac. de 10 de outubro de 2015, *Tyco*, proc. C-266/14, EU:C:2015:578. O TJUE qualificou este tempo como de repouso pois “a noção de tempo de trabalho constante no art. 2.º, parágrafo primeiro, da Directiva n.º 2003/88 deve ser entendida no sentido de que compreende qualquer período durante o qual o trabalhador está (i) presente no local de trabalho, (ii) à disposição do empregador e (iii) no exercício da sua actividade ou função (**requisitos cumulativos**)” (sublinhado nosso).

<sup>50</sup> A jurisprudência nacional encontra-se disponível *in* <http://www.dgsi.pt>.

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 na lei. Para efeitos de qualificação de tempo de trabalho a disponibilidade que releva do trabalhador pressupõe que ele permaneça no seu local de trabalho. Em conformidade com a proposição anterior, não é de qualificar como tempo de trabalho e, por consequência, como trabalho suplementar e/ou nocturno se se prova que a trabalhadora efectuava «noite de prevenção» em que não era obrigada a permanecer nas instalações da empregadora, sendo apenas contactada por telemóvel em caso de necessidade”.

Na segunda hipótese, e no âmbito do DL n.º 237/2007, de 19 de junho<sup>51</sup>, o Supremo Tribunal de Justiça firmou, de forma pacífica, entendimento decisório no sentido de que *para os trabalhadores móveis (condutores) de determinada empresa que executem percursos de linha superiores a 50 quilómetros (e não os tempos de trabalho de todos os trabalhadores móveis dessa empresa, ainda que alguns deles, ou até a maioria, apenas realizem percursos inferiores) e os tempos, fora dos períodos em que, de acordo com as escalas de serviço previamente divulgadas, têm serviço atribuído, os condutores não são obrigados a permanecer no seu posto de trabalho, nem sequer nas instalações da empresa, mas sabem que podem ser chamados para acorrer à realização de qualquer serviço, não revestem a natureza de tempo de trabalho, quer na qualificação do Decreto-Lei n.º 237/2007 de 19-06, quer dos arts. 197.º e 199.º do Código de Trabalho. A compensação paga aos trabalhadores rodoviários pela sujeição às obrigações inerentes ao tempo de disponibilidade referido no número anterior não tem natureza retributiva, nos termos do artigo 258.º do Código do Trabalho, não relevando para o pagamento dos descansos compensatórios e na remuneração das férias, subsídios de férias e de Natal* – acórdãos de 30-04-2019, proc. 6590/15.6T8LSB.L1.S1; de 20-06-2018, proc. 641/15.1T8LSB.L1.S1; de 02-05-2018, proc. 157/14.3TTSTR.E1.S1; de 09-01-2019, proc. 2066/15.0T8PNF.P1.S1.

<sup>51</sup> Decreto-Lei que procede à transposição para a ordem jurídica interna da Directiva n.º 2002/15/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de março, relativa à organização do tempo de trabalho das pessoas que exercem actividades móveis de transporte rodoviário, regulando determinados aspectos da duração e organização do tempo de trabalho de trabalhadores móveis que participem em actividades de transporte rodoviário efectuadas em território nacional e abrangidas pelo Regulamento (CEE) n.º 3820/85, do Conselho, de 20 de dezembro, ou pelo Acordo Europeu Relativo ao Trabalho das Tripulações dos Veículos Que Efectuam Transportes Internacionais Rodoviários (AETR), aprovado, para ratificação, pelo Decreto n.º 324/73, de 30 de junho.

Importa dizer que o CEDS teve oportunidade de se pronunciar sobre esta norma a propósito dos *régimes de l'astreinte (et des forfaits en jours)*<sup>52</sup>, introduzido no Código de Trabalho Francês, pelo qual o trabalhador, podendo dispor do seu tempo, deveria ter o telemóvel ligado e estar acessível para ser chamado, considerado tempo de repouso.

Em decisão proferida nas reclamações colectivas n.ºs 55/2009 e 16/2003 (*Confédération Générale du Travail v. França vs. Direito da EU: Directiva 88/2003/CE*), o CEDS entendeu que tal regime violava a Carta<sup>53</sup>.

Em face do firmado, concluir se impõe que a jurisprudência nacional, tal como supra mencionada, contraria este entendimento do Comité.

Em desconformidade à própria Carta já que os Estados devem demonstrar a conformidade com a CSE não só no que respeita à sua legislação mas também na aplicação da lei<sup>54</sup>, a que não constitui entrave o facto de as normas resultarem da transposição de uma Directiva da UE (que não as exclui do âmbito de aplicação da CSER)<sup>55</sup>.

<sup>52</sup> O artigo L 3121-9 do Código do Trabalho Francês dispunha que «l'astreinte s'entend comme une période pendant laquelle le salarié, sans être sur son lieu de travail et sans être à la disposition permanente et immédiate de l'employeur, doit être en mesure d'intervenir pour accomplir un travail au service de l'entreprise».

<sup>53</sup> “In its decision on the merits of 7 Decembre 2004, in Complaint No. 22/2003 CGT v. France, the Committee stated:

(...)35. The Committee considers that the “périodes d'astreinte” during which the employee has not been required to perform work for the employer, although they do not constitute effective working time, cannot be regarded as a rest period in the meaning of Article 2 of the Charter, except in the framework of certain occupations or particular circumstances and pursuant to appropriate procedures.

36. The “périodes d'astreinte” are in effect periods during which the employee is obliged to be at the disposal of the employer with a view to carrying out work, if the latter so demands. However, this obligation, even where the possibility of having to carry out work is purely hypothetical, unquestionably prevents the employee from the pursuit of activities of his or her own choosing, planned within the limits of the time available before the beginning of work at a fixed time and not subjected to any lack of certainty resulting from the exercise of an occupation or from the situation of dependency inherent in that exercise.

37. The absence of effective work, determined a posteriori for a period of time that the employee a priori did not have at his or her disposal, cannot therefore constitute an adequate criterion for regarding such a period as a rest period.(...)

65. The Committee therefore holds that the assimilation of on-call periods to rest periods constitutes a violation of the right to reasonable working time provided in Article 2§1 of the Revised Charter”.

<sup>54</sup> Como expresso pelo Comité no caso da reclamação n.º 1/1998 (interposta pela Associação Internacional de Juristas contra Portugal, por violação da CSE, em virtude da existência de trabalho infantil).

<sup>55</sup> Reclamação colectiva n.º 56/2009 (CFE-CGC contra França).

**iv. A cessação do contrato de trabalho: prazo razoável de pré-aviso**

Com vista a assegurar o exercício efectivo do direito a uma remuneração justa, as Partes comprometem-se a reconhecer o direito de todos os trabalhadores a um prazo razoável de pré-aviso no caso de cessação do emprego.

Este aviso, razoável – sistematicamente inserido no parágrafo 4 do art. 4.º da Carta, atinente à remuneração – visa garantir que o trabalhador que vê anunciada a ruptura da relação laboral, beneficie de um certo tempo para procurar para outro trabalho, antes de tal ruptura, i.e., enquanto ainda recebe retribuição.

Aplica-se a todas as categorias de trabalhadores, incluindo trabalhadores temporários, a tempo parcial, intermitente, sazonal ou com emprego complementar e aos funcionários públicos e ao pessoal contratual em serviço público e em todos os sectores de actividade.

Abrange todos os casos de cessação de contrato de emprego, designadamente por iniciativa do empregador, como os casos de caducidade por insolvência, invalidez ou morte do empregador, que seja pessoa singular ou mesmo à cessação durante o período experimental<sup>56</sup>.

Para além da cessação do contrato de trabalho por motivos disciplinares, a cessação do contrato de trabalho sem aviso prévio ou compensação, em particular, foram considerados desconforme com a Carta: casos de perda de confiança no trabalhador; morte do empregador pessoa singular ou dissolução do contrato empresa; caducidade do contrato de trabalho por perda de licenças administrativas necessárias para executar o trabalho; solicitação de órgãos ou funcionários autorizados pela lei ou requisição para o serviço militar; incapacidade devidamente certificada para o trabalho; circunstâncias económicas, tecnológicas ou organizacionais que exigem mudanças na força de trabalho; qualificação insuficiente para o cargo; transferência do contrato de trabalho para um empregador sucessor; força maior; ausências ao trabalho por prisão ou detenção<sup>57</sup>.

Quando é decidida a cessação do contrato de trabalho por motivos diferentes dos disciplinares, sujeita a certos procedimentos, o período de aviso prévio começa somente após a decisão foi tomada.

O período de aviso prévio para trabalhadores a tempo parcial é calculado com base no tempo de serviço e não no período normal de trabalho semanal

<sup>56</sup> General Federation of employees of the national electric power corporation (GENOP-DEI) and Confederation of Greek Civil Servants' Trade Unions (ADEDY) c. Grécia, queixa n.º. 65/2011, decisão (de mérito) a 23 Maio 2012, §§26 e 28.

<sup>57</sup> Digesto, Dezembro (2018), p. 90-93.

e para os trabalhadores com contratos a termo consecutivos o pré-aviso é calculado com base no tempo de serviço acumulado em todos os contractos consecutivos.

É permitida qualquer redução do período legal de aviso prévio por acordo colectivo somente na medida em que seja mantido um prazo razoável de pré-aviso.

Quanto ao conceito de *aviso razoável* não foi definido em abstracto nem regulamentado sobre a função do período de aviso prévio ou a compensação em seu lugar; ao invés supõe uma análise casuística em que o principal critério para a avaliação da razoabilidade é o tempo de serviço. O comando da Carta é de que o direito interno deve ser amplo o suficiente para garantir que nenhum trabalhador seja deixado desprotegido.

A exigência da Carta quanto à existência de um período de aviso prévio (procedimental), remunerado, no *iter* de cessação do contrato ganha expressão no ordenamento jurídico português, por acolhimento, também, da garantia constitucional do princípio da segurança no emprego contido no art. 53.º da CRP.

Dela decorre não só a proibição dos «despedimentos sem justa causa ou por motivos políticos ou ideológicos» – impedindo-se que as relações de trabalho subordinado cessem por acção arbitrária, discriminatória ou injustificada do empregador – mas também uma outra «estrutura subjectiva», que pode ser genericamente tida como um direito à possível estabilidade do emprego que se procurou e obteve.

Não se exaurindo esta garantia em tais dimensões, nela cabe, por identidade de razão, a limitação e disciplina do período experimental, definindo legalmente a sua duração máxima e impondo a boa fé e compromisso activo das partes na apresentação do interesse na manutenção do contrato, individualizando os diversos momentos relevantes a contagem do período experimental<sup>58</sup>.

O período de pré-aviso para cessação do contrato de trabalho, da iniciativa do empregador, em face do enquadramento definido pela Carta tem expressão no regime de denúncia no período de pré-aviso e de cessação do contrato de trabalho por razões objectivas, a que aludem os n.º 2 e 3 do art. 114.º do CT e os arts. 363.º, 371.º e 378.º do CT, respectivamente.

<sup>58</sup> Constituição da República Portuguesa / Anotada [por] J. J. Gomes Canotilho, Vital Moreira. - 4ª ed. - [S.l.] : Coimbra Editora, pág. 702.

Relativamente ao período experimental – que a lei define como o que corresponde ao tempo inicial de execução do contrato de trabalho, durante o qual as partes apreciam o interesse na sua manutenção, podendo ser excluído por acordo escrito entre as partes<sup>59</sup> – dispõe o art. 114.º do CT que tendo o período experimental durado mais de 60 dias, a denúncia do contrato por parte do empregador depende de aviso prévio de sete dias (n.º 2) e tendo o durado mais de 120 dias, a denúncia do contrato por parte do empregador depende de aviso prévio de 15 dias (n.º 3).

O não cumprimento, total ou parcial, do período de aviso prévio previsto nos n.ºs 2 e 3 determina o pagamento da retribuição correspondente ao aviso prévio em falta – n.º 4 do preceito.

Já na cessação do contrato de trabalho por razões objectivas (despedimento colectivo, por extinção de posto de trabalho ou por inadaptação), os prazos de aviso prévio – consagrados no capítulo VII – podem ser regulados por instrumento de regulamentação colectiva de trabalho e, não o sendo, o pré-aviso definido pelo legislador é de quinze (15) dias para um trabalhador com antiguidade inferior a um (1) ano, seja em caso de despedimento colectivo, extinção do posto de trabalho ou de decisão de despedimento por inadaptação – arts. 363.º, n.º 1, al. a); 371.º, n.º 3, al. a) e 378.º, n.º 2, al. a), respectivamente.

Na análise casuística de alguns períodos sobre que se debruçou, o Comité considerou desconformes, por exemplo, períodos de aviso prévio e/ou compensação casos de: aviso prévio de cinco dias após menos de três meses de serviço; aviso de uma semana após menos de seis meses de serviço; aviso de duas semanas após mais de seis meses de serviço; menos de um mês de aviso após um ano de serviço; aviso prévio de oito semanas após pelo menos dez anos de serviço; aviso prévio de doze semanas para trabalhadores demitidos por incapacidade de trabalho a longo prazo com cinco ou mais anos de serviço.

Em face do que, quer o período de sete (7) dias para contratos com duração inferior a 4 meses (120 dias), quer o de quinze (15) dias para antiguidade superior a 6 meses – como fixados pelos n.ºs 2 e 3 do art. 114.º do CT<sup>60</sup> –, não constituem *aviso prévio razoável* à luz da Carta<sup>61</sup>.

<sup>59</sup> Art. 111.º, n.º 1 e 3, do CT. Quanto à sua duração, pode ser reduzida por instrumento de regulamentação colectiva de trabalho ou por acordo escrito entre partes – art. 112.º, n.º 5, do CT.

<sup>60</sup> Atente-se que a Lei n.º 90/2019, de 04 de setembro, manteve este preceito intocado quanto aos prazos de pré-aviso, apesar de haver sido alterado relativamente à responsabilidade contra-ordenacional.

<sup>61</sup> Conclusões XIII-3 (1995), Portugal e Conclusões 2014.

**v. O direito à segurança e saúde no trabalho enquanto direito a condições de trabalho justas**

Em matéria de segurança e saúde no trabalho, preceitua a Carta que as Partes se comprometem a eliminar os riscos inerentes às ocupações perigosas ou insalubres e, quando esses riscos ainda não tenham podido ser eliminados ou suficientemente reduzidos, a assegurar aos trabalhadores empregados nessas ocupações quer uma redução da duração do trabalho quer férias pagas suplementares.

Esta obrigação preceituada no art. 2.º, § 4, pretende assegurar o exercício efectivo do direito a condições de trabalho justas.

O Comité salienta que o artigo 2 §4 da Carta exige que os Estados concedam trabalhadores expostos a riscos para a saúde ocupacional medidas compensatórias, deixando à Parte Contratante uma certa latitude na escolha das ocupações a serem classificadas como perigosas ou doentias.

Sem embargo, devem pelo menos ser considerados sectores e ocupações que são manifestamente perigosos ou prejudiciais à saúde, como mineração, pedreiras, siderurgia construção naval e ocupações que expõem funcionários a radiação ionizante, temperaturas extremas e ruído. Essa escolha está ainda sujeita a revisão pelo Comité<sup>62</sup>. Além do mais, as medidas destinadas a compensar os trabalhadores pela exposição a riscos residuais devem regulamentado a nível central e não deve ser deixado aos acordos entre parceiros sociais.

A Carta de 1961 foi redigida numa época em que o horário de trabalho era mais longo e o principal objetivo das políticas de saúde e segurança ocupacional não era impedir e eliminar riscos, mas para compensá-los.

Desde então, diariamente e semanalmente, o horário de trabalho geralmente diminuiu e, acima de tudo, a prevenção tornou-se prioridade, assumindo frequentemente a forma de redução dos tempos de exposição ao cumprimento mínimo considerado como não ameaçando a saúde dos trabalhadores.

A CSR leva em conta esse desenvolvimento, dividindo o artigo 2.º em duas partes: a primeira a exigir que os Estados Partes tomem as medidas necessárias para eliminar riscos e a segunda que eles prevejam compensação no evento de riscos residuais)<sup>63</sup>.

<sup>62</sup> STTK ry e Tehy ry c. Finlândia, queixa no. 10/2000, decisão (de mérito) a 17 Outubro 2001, §20.

<sup>63</sup> Esta alteração garante a coerência com os artigos 3.º (direito à segurança e higiene no trabalho) e 11.º (direito à proteção da saúde – Marangopoulos Foundation for Human Rights (MFHR) c. Grécia, queixa n.º 30/2005, decisão (de mérito) a 6 de dezembro de 2006, § 232-236.

Ao examinar os relatórios sob a Carta Revista, o Comité afirmou que outros meios para reduzir a duração da exposição a riscos podem ser considerados aceitáveis<sup>64</sup>, mas que sob circunstância alguma podem ser consideradas com “resposta apropriada”, a compensação financeira, a reforma antecipada ou o fornecimento de suplementos alimentares.

Já quanto à forma de compensação, o artigo 2.º, § 4, menciona duas formas: a redução do horário de trabalho diário e feriados pagos adicionais.

O objetivo deve ser oferecer aos interessados o suficiente e tempo regular para se recuperar do estresse e fadiga associados e, portanto, manter sua vigilância<sup>65</sup>: medidas de compensação, como um dia de férias adicional e um máximo tempo de trabalho semanal de 40 horas foram considerados inadequados, pois não oferece aos trabalhadores expostos a riscos tempo regular e suficiente para se recuperar.

No ordenamento português a promoção da segurança e saúde no trabalho encontra o seu regime jurídico na Lei n.º 102/2009, de 10 de setembro, que regulamenta os princípios gerais em matéria de segurança e saúde no trabalho vertidos no art. 281.º do Código do Trabalho.

Consagra-se o direito do trabalhador a prestar trabalho em condições de segurança e saúde: o dever do empregador em assegurar aos trabalhadores condições de segurança e saúde em todos os aspectos relacionados com o trabalho, aplicando as medidas necessárias tendo em conta princípios gerais de prevenção (em cuja aplicação das medidas de prevenção, o empregador deve mobilizar os meios necessários, nomeadamente nos domínios da prevenção técnica, da formação, informação e consulta dos trabalhadores e de serviços adequados, internos ou externos à empresa) e assegurando modos de organização e funcionamento dos serviços de segurança e saúde no trabalho – art. 281.º, n.ºs 1 a 5, do CT.

E proíbe-se – ou são condicionados – os trabalhos que sejam considerados, por regulamentação em legislação especial, susceptíveis de implicar riscos para o património genético do trabalhador ou dos seus descendentes art. 281.º, n.º 6.

A Lei n.º 102/2009 prevê, no artigo 79.º, quais as actividades insalubres – aí designadas de “risco elevado” – mas não contempla quaisquer medidas de compensação.

<sup>64</sup> Conclusões 2003, Bulgária, artigo 2 §4 da Carta Revista, pp. 24-27.

<sup>65</sup> Conclusões V (1977), Declaração de Interpretação sobre o artigo 2§4. Também Conclusões III (1973), Irlanda.

Pelo que inexistente base normativa em Portugal<sup>66</sup> que preveja medidas de compensação para os trabalhadores expostos a estes riscos.

A Carta não se queda na especificação de direitos e garantias em matéria de segurança e saúde no trabalho, preocupando-se com a efectiva implementação do direito à segurança e saúde no trabalho; monitorizar o desenvolvimento do número de lesões no trabalho e doenças profissionais, verificar a aplicação dos regulamentos e consultar as organizações de empregadores e trabalhadores sobre este assunto, objectivo assumido no artigo 3.º, §3<sup>67</sup>.

O Comité entende que há desconformidade com a Carta nos casos em que, por anos consecutivos, a ocorrência de doenças ou acidentes é elevada, avaliação que pode ser feita com base em valores absolutos ou em relação à média nos Estados Partes da Carta.

A mesma abordagem se aplica ao número de acidentes de trabalho fatais e ao seu número em relação à força de trabalho. Uma taxa de acidentes fatais superior a duas vezes a média da União Europeia indica que as medidas tomadas para reduzir acidentes fatais são inadequadas e, portanto, a situação não está em conformidade com a Carta<sup>68</sup>.

O ordenamento nacional não está, também nesta matéria, em conformidade com a Carta.

#### **vi. O direito das pessoas com deficiência à autonomia, à integração social e à participação na vida da comunidade**

Com vista a garantir às pessoas com deficiência, independentemente da sua idade, da natureza e da origem da sua deficiência, o exercício efectivo do direito à autonomia, à integração social e à participação na vida da comunidade, as Partes comprometem-se, designadamente, a favorecer o seu acesso ao emprego por meio de toda e qualquer medida susceptível de encorajar os empregadores a contratarem e a manterem em actividade pessoas com deficiência no meio usual de trabalho e a adaptarem as condições de trabalho

<sup>66</sup> Nas conclusões de 2014 o Comité vem dizer que já havia previsão destas medidas no artigo 124.º da Lei n.º 102/2009. Por lapso, já que tratar-se-á, o invés, do artigo 124.º da Lei n.º 59/2008, de 11 de setembro (RCTFP), diploma entretanto revogado pela Lei n.º 35/2014, de 20 de junho, que não contém preceito equivalente.

<sup>67</sup> Com vista a assegurar o exercício efectivo do direito à segurança e à higiene no trabalho, as Partes comprometem-se, em consulta com as organizações de empregadores e de trabalhadores a adoptar medidas de controlo da aplicação desses regulamentos.

<sup>68</sup> O acesso à informação estatística sobre acidentes de trabalho, pode ser feita no site do Gabinete de Estratégia e Planeamento (GEP) e a consulta de informação estatística europeia, através dos dados da EUROSTAT (acessíveis por *link*).

às necessidades dessas pessoas ou, em caso de impossibilidade motivada pela deficiência, mediante a adaptação ou a criação de empregos protegidos em função do grau de incapacidade. Estas medidas podem justificar, se for caso disso, o recurso a serviços especializados de colocação e de acompanhamento – art. 15.º, § 2, da Carta.

O artigo 15.º aplica-se, como exposto, a todas as pessoas com deficiência, independentemente da natureza e origem da sua deficiência ou da idade<sup>69</sup>.

A propósito da abrangência deste dever o Comité firmou o entendimento de que deve haver obrigações do empregador a tomar medidas de acordo com a exigência de *acomodação razoável* para garantir acesso efectivo ao emprego e manter pessoas empregadas com deficiência, em particular às que hajam sido incapacitadas durante a relação de trabalho, como resultado de um acidente ou doença profissional<sup>70</sup>.

Para esse fim, a legislação deve proibir a discriminação com base na deficiência; criar genuína igualdade de oportunidades no mercado de trabalho aberto, proibir os despedimentos com base na deficiência e conferir reparação adequada àqueles para os quais se constate que foram discriminados ilegalmente.

O ordenamento jurídico português acolhe o entendimento – conforme à jurisprudência do TJUE<sup>71</sup> – de que a limitação funcional em razão de doença (profissional) integra a noção de deficiência do art. 1.º da aludida Directiva-Quadro<sup>72</sup>.

Consequentemente, confere-lhe tutela – conforme à Carta – vigente em matéria de igualdade e não discriminação, directa ou indirecta – art. 23.º, n.º 1, als. a) e b), do CT –, definindo princípios gerais quanto ao emprego de trabalhador com deficiência ou doença crónica e impõe medidas de acção positiva em favor do mesmo, como decorre do art. 86.º, dispensando-o do trabalho suplementar (art. 88.º) ou, se este puder prejudicar a sua saúde ou segurança no trabalho, do trabalho em horário organizado de acordo com

<sup>69</sup> Association Internationale Autisme-Europe (AIAE) c. França, queixa n.º 13/2002, decisão (de mérito) a 4 de novembro de 2003, §48.

<sup>70</sup> Conclusões de 2007.

<sup>71</sup> Para mais desenvolvimentos, Moreira, Teresa Coelho, *in* A jurisprudência do TJUE sobre a discriminação dos trabalhadores em razão da deficiência: breve análise dos casos Chacón Navas, Jette Ring e Coleman. **Questões Laborais**, número especial (42), 2013, pág. 655 a 673, e, ainda, em A discriminação dos trabalhadores em razão da deficiência, Igualdade e Não Discriminação. **Estudos de Direito do Trabalho**, Almedina, Coimbra, 2013, pág. 165 a 220 [189 e ss].

<sup>72</sup> Ac. TJ de 11 de abril de 2013, **HK Danmark**, C-335/11 e C-337-11), EU:C:2013:222 (também conhecido como ac. Jette Ring), designadamente §53, que remete para a Convenção das Nações Unidas, e §54.

o regime de adaptabilidade, de banco de horas ou horário concentrado ou entre as 20 horas de um dia e as 7 horas do dia seguinte.

Também na Lei dos acidentes de trabalho se impôs ao empregador os deveres de reabilitação profissional e adaptação do posto de trabalho, o trabalho a tempo parcial e a licença para formação ou novo emprego – arts. 44.º; 154.º e 155.º da Lei n.º 98/2009, de 04 de setembro.

A extensão e aplicação destes deveres nem sempre têm plena aplicação ou pacífica interpretação da jurisprudência (*law in action*), em que se considera preenchido aquele desiderato, quando delas não se alcança que o empregador haja efetivamente dado cumprimento aos deveres de ocupação e reabilitação a que alude o art. 155.º da Lei n.º 98/2009, não só a atribuição de novas funções não integrarem o conceito de *funções e condições de trabalho compatíveis com o estado da trabalhadora*, como também por não resultar do acervo factual que o empregador haja procedido a *adaptações razoáveis*, na acepção definida pelo TJ para o art. 5.º da Directiva-Quadro 2000/78/CE<sup>73</sup>.

Revelando, na aplicação da lei, desconformidade à Carta.

### **III. A CARTA SOCIAL EUROPEIA NO CONTEXTO DE CRISE**

No contexto de crise o Comité sustentou, entre outros, os princípios da não-regressão, da não-discriminação, da razoabilidade e da proporcionalidade no âmbito da tutela dos direitos sociais, demarcando-se da orientação jurisprudencial do Tribunal de Estrasburgo.

Como sucedeu no caso Grego. Neste, o memorando de entendimento alcançado após a assistência económico-financeira solicitada (2010), previa uma série de medidas de congelamentos salariais bem como outras medidas, como a possibilidade de despedir sem indemnização num período experimental de 12 meses.

O Comité entendeu que algumas medidas adoptadas pelo governo Grego – como a de despedimento com período experimental de 12 meses – privariam os trabalhadores dos seus direitos fundamentais, em violação do art. 4.º, n.º 4, da CSE.

Ao afirmar um princípio de não-regressão, o Comité afirmou que este princípio não implica, por si só, uma proibição de os Estados adotarem medidas regressivas – que se podem mostrar justificadas em virtude da escassez dos recursos económicos à disposição – impondo-se, por conseguinte, que

<sup>73</sup> Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 03-05-2019, proc. n.º 3600/17.9T8VFR.P1, com anotação crítica nossa em **Prontuário de Direito do Trabalho**, Lisboa, n. 1 (1.º Semestre 2019), p. 57-65.

em cada caso (i) se prove que as medidas eram necessárias e (ii) a ausência de alternativas menos gravosas para alcançar o mesmo objetivo de sustentabilidade (teste de proporcionalidade).

É o que resulta, *a contrario*, da obrigação de aumentar progressivamente a tutela dos direitos reconhecidos pela Carta (art. 12.º, § 3, e, de modo geral, do preâmbulo da Carta)<sup>74</sup>.

Aqui a Carta assume-se verdadeiramente como um veículo expressivo da doutrina do *minimum core* que em matéria de Direito Internacional dos Direitos Humanos se reflecte em tarefas estatais de prestações positivas, i.e., em obrigações ou deveres dos Estados que constinuem a existir mesmo em situações drásticas de emergência ou desastre natural<sup>75</sup>.

A Carta é um Tratado Internacional, com força vinculativa para os Estados que a ratificaram.

Como decorre do artigo, 1.º da parte V da Carta Social Revista os Estados comprometem-se a incorporar as suas provisões em conformidade com o seu direito interno, que divergem entre os sistemas dualistas e monistas – que em Portugal deflui do art. 8.º da CRP – e que a Carta prevê de forma livre, a saber: por legislação; pela regulamentação, por convenções celebradas entre empregadores ou organizações de empregadores e organizações de trabalhadores; por uma combinação destes dois métodos ou por outros meios apropriados.

No entanto, a Carta não actua por uma verdadeira via jurisdicional, só tendo efeito directo, invocável pelos particulares, a CEDH. Por tal razão, não lhe pode ser assacada uma eficácia vertical e há quem sustente que direitos sociais são direitos de segunda linha<sup>76</sup>.

Tal não significa que seja uma mera declaração programática e que as decisões do CEDS seja meras directrizes sem força vinculativa; no processo de Turim (Convenção realizada em 17 e 18 de outubro de 2014) afirmou-se que a CSE deve ser lida em conjunto com a CEDH (e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia) como compondo um sistema de proteção de alto nível complementar entre si.

<sup>74</sup> Giovani, Giuglia – *A Jurisprudência do Comité Europeu de Direitos Sociais em Tempos de Crise Económica: as decisões relativas à Grécia*. **Revista Jurídica de Los Derechos Sociales** (2017), Lex Social [em linha].

<sup>75</sup> Neste sentido, e na defesa da adopção de uma abordagem baseada na razoabilidade, cf. Brás, Afonso, *O Núcleo Essencial dos Direitos Sociais na Ordem Jurídica Internacional*, in **e-pública: Revista Eletrónica de Direito Público**, Vol.3, N.º 2, julho de 2016.

<sup>76</sup> Para mais desenvolvimentos Carol Benelhocine, ob. cit., p. 26 e segs..

Esta ideia de complementaridade ou de um sistema uno, com apelo a uma ideia de indivisibilidade, assume-se (i) na própria jurisprudência do TEDH, em casos em que a dimensão dos direitos sociais surge indirectamente<sup>77</sup>, ou (ii) por actuação do princípio da interpretação conforme<sup>78</sup> com da desaplicação do direito interno contrário ao direito da União, como o TJUE reconheceu nos acórdãos *Mangold* e *Kücükdeveci*<sup>79</sup>.

#### IV. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito interno português continua desconforme à Carta Social Europeia em muitas matérias, designadamente de tempos de trabalho e períodos de pré-aviso para cessação do contrato de trabalho, bem como de higiene e segurança no trabalho.

Além do mais, a Carta constitui um instrumento ainda relativamente desconhecido dos operadores judiciais reclamando, no entanto, um papel fulcral na defesa e salvaguarda dos direitos sociais dos trabalhadores. Tal importância sai reforçada pelo facto de na sua vigilância o Comité observar a aplicação da Carta não apenas no direito constituído, mas também na sua aplicação efectiva.

Na iminência da publicação de novas Conclusões referentes a Portugal, propõe-se assim uma chamada de atenção para a relevância da Carta e das (anteriores) decisões e relatórios do CEDS, que vêm firmando a tutela do conteúdo essencial dos direitos por aquela reconhecidos, com especial acuidade na consagração dos *princípios da não-regressão*, da *proporcionalidade* e da *razoabilidade*, afirmando-se como um verdadeiro motor obstaculizador da supressão de muitos direitos sociais.

No, excepcional, contexto de crise – despoletada pela emergência de saúde pública de âmbito internacional, declarada pela Organização Mundial de Saúde, no dia 30 de janeiro – em que se desenha o Direito em pleno ano de 2020, tal *princípio da não-regressão* actuará como limite externo à modifi-

<sup>77</sup> Caso *Airey c. Irlanda*, 09 de outubro de 1979, series A, n.º 32.

<sup>78</sup> Ao invés da eficácia vertical (em que o conflito normativo é assumido com o conseqüente afastamento da norma nacional e a aplicação do preceito Direito da União) na interpretação conforme tal conflito é contornado por via interpretativa com o efeito de concordância entre normas de distintos níveis hierárquicos.

<sup>79</sup> Ac. 19-01-2010, **Seda Küçükdeveci**, C-555/07, EU:C:2010:21: “Cabe ao órgão jurisdicional nacional, chamado a pronunciar-se num litígio que põe em causa o princípio da não discriminação em razão da idade, como concretizado pela Directiva 2000/78, assegurar, no quadro das suas competências, a protecção jurídica que para as pessoas decorre do direito da União e garantir o pleno efeito deste, não aplicando, caso seja necessário, as disposições da lei nacional contrárias a esse princípio”.

cação do Direito do Trabalho, e merecerá a atenção do Comité em matérias como de remuneração justa<sup>80</sup> ou de condições de trabalho justas<sup>81</sup>.

Em comunicado de 7 de abril de 2020, o observatório OIT expressou que as medidas de paralisia total ou parcial, já afectam cerca de 81% da força de trabalho global.

A aplicação da Carta Social Europeia pelos órgãos jurisdicionais nacionais, desaplicando as normas puramente internas dela dissonantes, numa *interpretação conforme*, e com os limites já traçados pelo Comité, consagrará à Carta o papel de verdadeiro Tratado de Direitos Humanos.

<sup>80</sup> Ainda que com contabilização do valor da compensação retributiva devida em caso de redução da prestação de trabalho (art. 305.º, n.º 3, do CT) conforme DL n.º 10-G/2020, de 26 de março, que estabeleceu no ordenamento jurídico nacional uma medida, excepcional e temporária, de protecção dos postos de trabalho, no âmbito da pandemia COVID-19.

<sup>81</sup> Como o respeito pelos períodos de descanso e remuneração pelo trabalho prestado para além do período normal de trabalho (nos casos de teletrabalho, tornado, em certos casos, obrigatório, no contexto de crise, cf. DL n.º 10-A/2020, de 13 de março).