

ACÓRDÃO N.º 602/2013

Processo n.º 531/12

Plenário

Relator: Conselheiro Pedro Machete

Acordam, em Plenário, no Tribunal Constitucional:

I. Relatório

1. Um grupo de vinte e quatro Deputados à Assembleia da República veio requerer, ao abrigo do disposto no artigo 281.º, n.º 2, alínea f), da Constituição da República Portuguesa, a declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, “das normas contidas no Código do Trabalho, na redação dada pela Lei n.º 23/2012, de 25 de junho, publicada no *Diário da República*, 1.ª série, n.º 121, que “procede à alteração ao Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro, e alterado pelas Leis n.ºs 105/2009, de 14 de setembro, e 53/2011, de 14 de outubro”, que indicaram mediante transcrição das mesmas, a saber:

- i) Artigo 208.º-A, com a epígrafe “Banco de horas individual”;
- ii) Artigo 208.º-B, com a epígrafe “Banco de horas grupal”;
- iii) Artigo 229.º, n.ºs 1, 2 e 6 (revogados) e 7 – este artigo disciplina matéria atinente ao descanso compensatório (os n.ºs 1, 2 e 6 foram revogados pelo artigo 9.º, n.º 2, da Lei n.º 23/2012, de 25 de junho; o n.º 7 foi alterado);
- iv) Artigo 234.º, n.º 1 – o número em causa disciplina matéria atinente aos feriados obrigatórios;
- v) Artigo 238.º, n.ºs 3, 4 (revogado) e 6 – este artigo disciplina matéria atinente aos dias de descanso e ao cálculo dos dias de férias (o n.º 4 foi revogado pelo artigo 9.º, n.º 2, da Lei n.º 23/2012, de 25 de junho);
- vi) Artigo 268.º, n.ºs 1 e 3 – os números em causa disciplinam matéria atinente ao pagamento de trabalho suplementar;
- vii) Artigo 269.º, n.º 2 – o número em causa disciplina matéria atinente às prestações relativas a dia feriado;
- viii) Artigo 368.º, n.ºs 2 e 4 – os números em causa disciplinam matéria atinente aos requisitos de despedimento por extinção do posto de trabalho;
- ix) Artigo 375.º, n.ºs 1, alíneas b), d) (revogada) e e) (revogada), 2, 3, 4, 5, 6, 7 e 8 (anterior n.º 5) – este artigo disciplina matéria atinente ao despedimento por inadaptação (as alíneas d) e e) do n.º 1 foram revogadas pelo artigo 9.º, n.º 2, da Lei n.º 23/2012, de 25 de junho);

Artigo 7.º, com a epígrafe “Relações entre fontes de regulação” – trata-se de preceito não do Código do Trabalho, mas da Lei n.º 23/2012, de 25 de junho.

Os requerentes consideram que a Constituição da República Portuguesa “atribui aos trabalhadores um conjunto de direitos fundamentais, individuais e coletivos, garantes da sua dignidade como seres humanos, quer como cidadãos, quer como trabalhadores. Estes direitos fundamentais, nos termos do artigo 18.º da Constituição, impõem-se às entidades públicas e privadas, não podendo a extensão e o alcance do seu conteúdo ser diminuídos pela lei ordinária”. Entendem igualmente que os princípios fundamentais do direito do trabalho consignados na Constituição “acolhem um conceito de direito do trabalho como direito de compensação e proteção do trabalhador enquanto contraente mais fraco na relação de trabalho, reconhecendo o manifesto desequilíbrio entre os poderes da entidade patronal e do trabalhador, o que está na base da relevância constitucional dada a estes direitos”.

Ainda segundo os requerentes:

« Acontece que sucessivas alterações à legislação têm fragilizado a proteção do trabalhador, atacando os seus direitos e desequilibrando, ainda mais, as relações do trabalho. Na verdade, este pedido de fiscalização sucessiva da constitucionalidade não pode ser analisado, na opinião dos aqui subscritores, sem ter em consideração as sucessivas alterações que têm vindo a desvirtuar a matriz constitucional do direito do trabalho.

Aliás, essas alterações legislativas ‘não cumprem os desígnios constitucionais, infringindo vários dos seus princípios e normas, designadamente, entre outros, o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio do direito ao trabalho e à estabilidade no trabalho, o princípio da conciliação da vida profissional com a vida familiar, o princípio da liberdade sindical, o princípio da autonomia coletiva’ [nota 1: Manifesto “Por um trabalho digno para todos”].

Importa referir que a Constituição, sobre este assunto, não é acrítica ou inócua. A Constituição da República Portuguesa assumiu, desde a constituinte, a obrigação de proteger a parte mais vulnerável das relações laborais. Na altura, e com especial relevância no atual momento, a parte mais vulnerável das relações laborais são os trabalhadores. O Tribunal Constitucional não pode nem deve ficar alheio a esta realidade.

Nestes termos, entendem os subscritores, que a Lei n.º 23/2012, de 25 de junho, contém um conjunto de disposições a seguir indicadas, que colidem com a Constituição da República Portuguesa, violando diretamente princípios e normas nelas consagradas.»

O pedido de fiscalização fundamenta-se, em síntese, no seguinte:

«Da organização do tempo do trabalho

O reforço generalizado dos poderes da entidade patronal na configuração da prestação de trabalho, na medida em que permite a esta restringir ou eliminar direitos dos trabalhadores – como sejam o direito à

articulação da vida profissional com a vida familiar, o direito ao repouso e aos lazeres e o direito à realização pessoal e profissional, no exclusivo interesse daquela e sem qualquer ponderação proporcional dos interesses destes -, lesa, de modo intolerável, a dignidade humana dos trabalhadores, em violação da ordem axiológica constitucional que a coloca como o primeiro dos valores do nosso ordenamento jusconstitucional.»

A) Artigo 208.º-A (Banco de horas individual) e artigo 208.º-B (Banco de horas grupal)

- O acordo entre entidade patronal e trabalhador para a estipulação do banco de horas passa a poder ser feito sem a aceitação expressa do trabalhador, bastando que este não se oponha por escrito a uma proposta da entidade patronal, valendo o seu silêncio como aceitação. Nesta situação, fica patente o constrangimento do trabalhador na recusa de propostas, resultante da situação de vulnerabilidade deste face à entidade patronal.
- É de duvidosa constitucionalidade a equiparação do silêncio a acordo, já que em princípio, o silêncio não vale como declaração negocial. Em matérias como o horário de trabalho, o consentimento presumido do trabalhador (prescindindo-se de um consentimento expresso e esclarecido), não é compatível com a natureza protecionista que a intervenção do legislador tem que assumir no domínio das relações de trabalho (cfr. José João Abrantes, *Questões Laborais*, 22, Coimbra, 2003, 129).
- Se, por hipótese, o prazo para a oposição (n.º 4 do artigo 205.º do Código do Trabalho) coincidir com período de férias e o trabalhador nada disser, nenhum mecanismo de salvaguarda dos interesses e direitos dos trabalhadores está previsto para que se ilida aquela presunção de aceitação, ficando o trabalhador obrigado a cumprir um horário de trabalho sobre o qual não se pronunciou e a que não deu o seu acordo.
- Independentemente das considerações acerca do consentimento do trabalhador, sempre a criação de um banco de horas individual violará o artigo 59.º da Constituição uma vez que impede a «conciliação da atividade profissional com a vida familiar».
- Por seu turno, no banco de horas grupal poderá estar sujeita a totalidade dos trabalhadores de uma equipa, secção ou unidade económica, desde que, pelo menos 60% ou 75% dos trabalhadores das mesmas estejam abrangidos por banco de horas, instituído, respetivamente, por instrumento de regulamentação coletiva de trabalho ou por acordos individuais. Trata-se, assim, de um banco de horas forçado, que não resulta de acordo, coletivo ou individual, e que é imposto por lei e contra a vontade manifestada pelos trabalhadores que o não aceitaram.
- O aumento até duas horas diárias, cinquenta semanais e cento e cinquenta por ano, no caso do banco de horas grupal, pode mesmo ser imposto a trabalhadores que nele não consentiram por via da decisão maioritária ou da previsão em convenção coletiva (mesmo que subscrita por um sindicato em que o trabalhador não está filiado).
- Ora, a extensão do banco de horas previsto em convenção coletiva de trabalho por decisão unilateral da entidade patronal a trabalhadores não sindicalizados, filiados em sindicato que não tenha outorgado a convenção ou que tenha outorgado convenção que não disponha sobre a matéria, configura uma violação do princípio da liberdade sindical, porquanto este tem duas dimensões (conforme previsto no n.º 1 do artigo 444.º do Código do Trabalho e na alínea b) do n.º 2 do artigo 55.º): uma dimensão positiva de filiação e uma dimensão negativa de não filiação.
- Ao admitir-se que, por decisão unilateral, uma parte, aliás a parte contratualmente mais forte, imponha a aplicação de um regime a um trabalhador que não está sindicalizado, está a ferir-se o referido preceito constitucional. Por outro lado, ao admitir-se que, por decisão unilateral, um regime é aplicável a um trabalhador sindicalizado, cujo sindicato não outorgou convenção que preveja esse regime, está a ferir-se, novamente o mesmo preceito.
- Em matéria de flexibilidade do tempo de trabalho e de alteração de horas de trabalho, o princípio da aceitação (individual) de cada trabalhador deverá ser mantido, não sendo admissível que a lei a imponha, escudando-se em decisões maioritárias.

- Os artigos em causa não têm em conta que este tipo de decisões se relaciona diretamente com a articulação entre a vida profissional e a vida familiar do trabalhador, o que significa que os interesses e razões pessoais e familiares dos trabalhadores, individualmente considerados, não são tidos em consideração (cfr. o voto de vencido do Conselheiro João Cura Mariano ao Acórdão n.º 338/2010, onde se refere que a «determinação do tempo de trabalho é essencial para limitar a subordinação do trabalhador perante a entidade patronal, assegurando a sua liberdade pessoal ao delimitar temporalmente a sua disponibilidade»).
- Entendem os subscritores, na esteira da Conselheira Maria Lúcia Amaral, que a Lei ora em apreciação não respeita o princípio da proporcionalidade na sua dimensão de necessidade, a que deve obedecer a restrição de quaisquer direitos análogos a direitos, liberdades e garantias (artigo 18.º da Constituição), ficando por demonstrar que seja esta a via para a realização dos fins que a maioria parlamentar e o Governo pretendem alcançar, bem como a inexistência de outros meios aptos para a realização dos mesmos fins, e que se mostrem, no entanto, menos agressivos dos bens jurídicos que o direito ao repouso e o direito à articulação da vida profissional com a vida privada e familiar visam tutelar.
- Concluem, por isso, que os regimes de banco de horas constantes da Lei n.º 23/2012, de 25 de junho, implicam uma restrição ilegítima do direito ao repouso e ao lazer, à organização do tempo de trabalho em condições socialmente dignificantes de forma a facultar a realização pessoal e a permitir a conciliação da atividade profissional com a vida familiar (artigo 59.º da CRP), bem como os direitos ao livre desenvolvimento da personalidade (artigo 26.º, n.º 1 da CRP), da proteção da família (artigo 67.º da CRP) e da saúde (artigo 64.º da CRP) e ainda à liberdade sindical (artigo 55.º da CRP).

Do direito à retribuição do trabalho, ao repouso e aos lazeres

B) *Artigos 229.º, n.ºs 1, 2 e 6 (revogado); 234.º, n.º 1, 238.º, n.ºs 3 e 4, 268.º, n.ºs 1 e 3, e 269.º, n.º 2*

Eliminação do descanso compensatório e redução, para metade, do pagamento do trabalho suplementar

- Resulta dos fundamentos que justificam a limitação da prestação do trabalho suplementar e do preceito constitucional relativo ao limite máximo da jornada de trabalho (artigo 59.º, n.º 1, alínea d) da CRP), que o recurso ao regime do trabalho suplementar só será possível mediante a existência de circunstâncias excecionais não devendo pois a aplicação do regime «contrariar o princípio da limitação da indisponibilidade do trabalhador» e daí a «admissão e reconhecimento de escusa» em determinadas situações.
- Ora, o recurso cada vez menor a este regime, por via do recurso aos mecanismos de adaptabilidade que podem ser impostos aos trabalhadores, leva à desvalorização do trabalho e dos trabalhadores.
- A redução para metade dos acréscimos retributivos pela prestação de trabalho suplementar tem como único objetivo retirar direitos aos trabalhadores, na senda do embaratecimento e da não dignificação do trabalho, por forma a beneficiar as entidades patronais.
- Ora, a eliminação, com caráter imperativo, prevista no artigo 229º, relativamente a instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho ou contratos de trabalho, do descanso compensatório, e a redução para metade dos montantes pagos a título de acréscimo pela retribuição de trabalho suplementar (25% na primeira hora ou fração desta e 37,5% por hora ou fração subsequente, em caso de trabalho suplementar prestado em dia útil; 50% por cada hora ou fração, em caso de trabalho suplementar prestado em dia de descanso semanal, obrigatório ou complementar, ou em feriado, previstas nos artigos 2682 e 2692), reduzem, efetivamente, o salário e o valor do trabalho.

- Na prática, no período de um ano, a redução do pagamento do trabalho suplementar significa que os trabalhadores deixam de receber o equivalente a 93,75 horas - 2 semanas, 1 dia, 5 horas e 45 minutos de trabalho. Mas, como as horas extraordinárias são também compensadas (a 25%) em tempo de descanso retirado do horário normal, os trabalhadores que sejam obrigados pela empresa a esgotarem o banco de horas vão, para além disso, ter que trabalhar mais 4 dias, 5 horas e 30 minutos sem serem pagos por isso.
- O direito ao repouso e ao lazer, à organização do trabalho em condições socialmente dignificantes de forma a facultar a realização pessoal e a permitir a conciliação da atividade profissional com a vida familiar (artigo 59.º da CRP), bem como os direitos ao livre desenvolvimento da personalidade (artigo 26.º, n.º 1, da CRP), da proteção da família (artigo 67.º da CRP) e da saúde (artigo 64.º da CRP), com aqueles conexos, são desproporcionadamente afetados pelos normativos citados.
- Tais normas vão ainda - atendendo à situação social e laboral das mulheres portuguesas, aos elevados níveis de precariedade, à discriminação salarial a que estão ainda sujeitas, às responsabilidades e encargos familiares que ainda obrigam a que despendam, em média, mais três horas por dia em trabalho doméstico além do horário de trabalho -, prejudicar em especial as mulheres trabalhadoras, ao prejudicar fortemente (a todos, mas estas em particular) o direito à articulação da vida profissional e da vida pessoal e familiar.
- Afirmam Gomes Canotilho e Vital Moreira que o direito ao repouso (n.º 1/d) e os direitos com ele conexos devem ser contados, por um lado, entre os direitos análogos aos direitos, liberdades e garantias (cfr. art.º 17º) e, por outro lado, entre os direitos fundamentais derivados (cfr. supra, nota I), de tal modo que, uma vez obtido um determinado grau de concretização, esta não possa ser reduzida (a não ser nas condições do art.º 18.º), impondo-se diretamente a entidades públicas e privadas.
- Trata-se também de garantias do direito dos trabalhadores ao desenvolvimento da personalidade (art.º 26.º-1) e à saúde (art.º 64.º), pelo que se pode colocar o problema de saber se não serão irrenunciáveis, pelo menos quando a um mínimo essencial indispensável à proteção destes direitos.).
- No presente caso, está em causa não só a eliminação da contraprestação em período de descanso por trabalho suplementar prestado (e sublinhe-se, novamente, a natureza extraordinária deste trabalho, que obriga a que o trabalhador num dia trabalhe mais horas para além do limite legal), como a redução absolutamente injustificada do pagamento do trabalho suplementar.
- O descanso compensatório tem na sua ratio a contrapartida pelo desgaste físico e psicológico provocado pelas horas a mais. Aliás, o próprio Tribunal Constitucional reconhece o caráter de excecionalidade deste regime e das suas garantias especiais, nomeadamente quanto à possibilidade de invocação de sério prejuízo por parte do trabalhador.
- As normas agora publicadas representam uma restrição do direito ao repouso e aos lazeres e à retribuição do trabalho face ao interesse empresarial que visa proteger. Uma restrição desproporcionada, até porque não se trata de proteger qualquer direito, mas obrigar a trabalhar mais por menos dinheiro.
- Nem se trata aqui, como aliás avançado pelo Tribunal Constitucional no seu Acórdão n.º 338/2010, de uma definição em termos médios do trabalho, com a garantia da compensação do trabalho a mais através de dias de descanso. Pelo contrário: em causa está a supressão do dia de descanso e a diminuição da remuneração. O trabalhador trabalha mais horas e perde no seu salário e no seu tempo de descanso, violando o direito à retribuição do trabalho, segundo a quantidade, natureza e qualidade, bem como o direito ao repouso e aos lazeres.

Eliminação de feriados e do mecanismo de majoração das férias

- A eliminação de quatro feriados e do mecanismo de majoração das férias são também medidas que, além de violarem o direito ao repouso e aos lazeres, a férias pagas e à articulação da vida profissional e extraprofissional, colocam ainda seriamente em causa o princípio de proteção de confiança, subprincípio concretizador do Estado de

Direito que tem acolhimento constitucional no artigo 2.º da Constituição. O princípio da proteção da confiança justifica a inconstitucionalidade de quaisquer leis restritivas e lesivas dos direitos e expectativas dos cidadãos.

- Acresce que estas normas implicam sete dias de trabalho, por ano, sem qualquer acréscimo na retribuição. A entidade patronal passa, assim, a beneficiar de dias de trabalho não pagos por força da acumulação das reduções do pagamento do trabalho suplementar, da eliminação de feriados, da eliminação da majoração dos dias de férias, da eliminação do descanso compensatório e da sua conjugação com mecanismos de adaptabilidade do horário de trabalho, nomeadamente do banco de horas.
- Na medida em que não respeita os direitos dos trabalhadores à retribuição e ao repouso, nos termos definidos constitucionalmente, a Lei viola o disposto nas alíneas a), c) e d) do n.º 1 do artigo 59º da Constituição da República Portuguesa.

Da proibição do despedimento sem justa causa

C) Artigo 368º, n.ºs 2 e 4, do Código do Trabalho (despedimento por extinção de posto de trabalho)

- Para que possa verificar-se a extinção do posto de trabalho é necessário, cumulativamente, que seja praticamente impossível a subsistência da relação de trabalho, e que os motivos invocados não fiquem a dever-se a um comportamento culposo da entidade patronal ou do trabalhador (artigo 368.º, n.º 1, alíneas a) e b).
- O conceito de «subsistência praticamente impossível da relação de trabalho» era definido antes da Lei n.º 23/2012, no n.º 4 deste mesmo artigo, como sendo aquela que se verifica «quando o empregador não disponha de outro [posto de trabalho] compatível com a categoria profissional do trabalhador». Por outro lado, o n.º 2 do artigo 368.º estabelecia um conjunto de critérios de seleção objetivos e devidamente hierarquizados, que deviam ser obrigatoriamente utilizados, sempre que existissem, na secção ou empresa, uma pluralidade de postos de trabalho de conteúdo funcional idêntico e se pretenda proceder à extinção de apenas um ou de alguns deles.
- A Lei em apreço vem proceder à eliminação destes critérios de seleção objetivos e hierarquizados, substituindo-os pela atribuição à entidade patronal da faculdade de definir, ela própria, critérios relevantes e não discriminatórios face aos objetivos subjacentes à extinção do posto de trabalho (n.º 2 do artigo 368.º).
- Por sua vez, a Lei altera o atual entendimento da obrigatoriedade da subsistência da relação de trabalho em caso de extinção de posto de trabalho a que já nos referimos, passando a prever que «a subsistência da relação de trabalho é praticamente impossível quando o empregador demonstre ter observado critérios relevantes e não discriminatórios face aos objetivos subjacentes à extinção do posto de trabalho» (n.º 4 do artigo 368.º).
- Ao eliminar-se a obrigatoriedade de transferência para posto de trabalho compatível (e o ónus de verificar se há posto de trabalho alternativo), cria-se uma margem de discricionariedade que possibilita o «contorno», pela entidade patronal, da verificação dos elementos e procedimentos disciplinares baseados na existência de justa causa para despedimento, pondo assim em causa o princípio constitucional da segurança no emprego e a proibição dos despedimentos sem justa causa (artigo 53º da Constituição).
- Acresce que, a possibilidade de elaboração casuística, *ad hoc*, de critérios de seleção, diferentes em cada situação, não garante a objetividade na seleção do trabalhador a despedir antes permitirá a elaboração de critérios de seleção à medida do(s) trabalhador(es), que se pretenda despedir.
- Mesmo de acordo com a jurisprudência constitucional constante, a Constituição não veda em absoluto ao legislador ordinário a possibilidade de, ao lado da justa causa de base disciplinar, consagrar certas causas de rescisão unilateral do contrato de trabalho

pela entidade patronal com base em motivos objetivos, desde que as mesmas não derivem de culpa do trabalhador ou da entidade patronal e tornem praticamente impossível a subsistência do vínculo laboral. No entanto, nestas situações, não é bastante a conveniência da empresa, por razões objetivas, para ser constitucionalmente legítimo fazer cessar o contrato de trabalho. É necessário que se verifique uma impossibilidade objetiva de que tais despedimentos sejam realizados mediante um processo próprio e devidamente regulado de acordo com as exigências do princípio da proporcionalidade, de forma a acautelar que esta possibilidade redunde, de forma mais ou menos encapotada, em despedimentos injustificados, arbitrários ou com base em mera conveniência da empresa.

- Sempre se diga que não existe qualquer fundamento social, laboral, doutrinário, jurisprudencial ou político da necessidade de alteração deste mecanismo de cessação do contrato de trabalho o que sublinha a manifesta desproporcionalidade do preceito legal ora analisado face ao direito constitucional que visa restringir.
- Assim, o enfraquecimento do sistema legal de garantias que rodeiam a admissibilidade do despedimento por extinção do posto de trabalho, nos termos constantes da Lei n.º 23/2012, de 25 de junho (artigo 368.º, n.ºs 2 e 4), põe claramente em causa a admissibilidade constitucional desta forma de despedimento, na medida em que permitirá a realização de despedimentos arbitrários ou baseados na mera conveniência da empresa, absolutamente vedados pela Constituição nos termos do artigo 53.º.

D) Artigo 375º, n.º 1, alíneas d) e e) – revogadas - e n.º 2 do Código do Trabalho (despedimento por inadaptação)

- Com a norma em apreço é criado um novo tipo de despedimento por inadaptação do trabalhador, indiciado pela redução continuada da produtividade ou da qualidade, em avarias repetidas nos meios afetos ao posto de trabalho e na existência de riscos para a segurança e saúde do trabalhador, de outros trabalhadores ou de terceiros, sem que se tenha introduzido qualquer modificação no posto de trabalho, nos seis meses anteriores.
- Contrariamente ao conceito de despedimento por inadaptação previsto anteriormente no Código do Trabalho – que se traduzia numa inadaptação superveniente do trabalhador a modificações introduzidas no posto de trabalho (não supável mediante a facultação ao trabalhador de formação profissional adequada e de um período suficiente de adaptação) –, a atual legislação não determina a necessidade prévia de quaisquer modificações. Dispensa-se também a necessidade de verificação da impossibilidade de subsistência do vínculo laboral pela inexistência na empresa de um outro posto de trabalho disponível e compatível com a qualificação profissional do trabalhador, bem como a exigência da situação de inadaptação não decorrer da falta de condições de segurança e saúde no trabalho imputável à entidade patronal.
- De acordo com Dicionário da Língua Portuguesa Contemporânea da Academia de Ciências de Lisboa inadaptação significa «incapacidade para se modificar de acordo com uma situação ou ambiente novo, diferente», ao passo que inaptidão significa «falta de capacidade, de predisposição para determinada forma de atividade; falta de aptidão para alguma coisa».
- Será imperioso, pois, concluir que, para que exista inadaptação, terá forçosamente que existir uma modificação objetiva no posto de trabalho à qual o trabalhador, após a verificação de uma série de requisitos tendentes à criação das condições para a sua adaptação a essas novas circunstâncias, não consiga adaptar-se. Situação bem diferente será a inaptidão – a falta de capacidade ou predisposição (características meramente subjetivas), para a realização de determinada tarefa, na qual se inclui a «modificação substancial da prestação realizada pelo trabalhador, de que resultem, nomeadamente, a redução continuada de produtividade ou de qualidade, avarias repetidas nos meios afetos ao posto de trabalho ou riscos para a segurança e saúde do

- trabalhador, de outros trabalhadores ou de terceiros, determinados pelo modo do exercício das funções».
- Assim, estamos efetivamente perante um despedimento por inaptidão – e não inadaptação – do trabalhador. Essa inaptidão é avaliada exclusivamente com base em critérios subjetivos e unicamente dependentes do juízo da entidade patronal. Ao prever o despedimento com base numa «quebra da produtividade» ou da «qualidade do trabalho prestado» a lei está a estabelecer que a entidade patronal é quem determina os conceitos de produtividade e qualidade, é a entidade patronal que os avalia e é a entidade patronal que decide do seu cumprimento ou não, sem ter em conta que é também a entidade patronal, porque detentora dos meios de produção, a principal responsável pela criação das condições objetivas e subjetivas de cumprimento ou não dos objetivos e conceitos que ela própria determinou (cfr. a este respeito os Acórdãos n.ºs 107/88 e 64/91 do Tribunal Constitucional).
 - Fica clara a desproporcionalidade nesta relação entre entidade patronal e trabalhador que, com base somente nesta nova forma de despedimento, pode fazer cessar tout court uma relação laboral, com base em critérios não sindicáveis pelos trabalhadores, pelas suas organizações representativas, pela Autoridade para as Condições no Trabalho ou por um Tribunal, dado que se baseiam, exclusivamente, em critérios discricionários, subjetivos e unilaterais.
 - Existe, pois, uma verdadeira transfiguração do conceito de justa causa de despedimento.
 - Como já foi referido acima, a Constituição só admite a consagração de certas causas de rescisão unilateral do contrato de trabalho pela entidade empregadora com base em motivos objetivos, desde que as mesmas não derivem de culpa do trabalhador ou da entidade patronal e que tornem praticamente impossível a subsistência do vínculo laboral. No caso do despedimento por inadaptação antes previsto nos artigos 373.º e seguintes do Código do Trabalho, a sua admissibilidade constitucional resulta do facto de se fundar na causa objetiva de o trabalhador não conseguir adaptar-se a uma alteração tecnológica do seu posto de trabalho, mesmo depois de realizadas todas as diligências necessárias e adequadas a essa adaptação.
 - Assim, quando se dispensa a ocorrência da inovação ou alteração tecnológica do posto de trabalho deixamos de estar perante uma causa objetiva independente da culpa do trabalhador ou da entidade patronal e passamos a estar perante uma causa subjetiva, um facto do próprio trabalhador que, sem que tivesse ocorrido qualquer causa externa relacionada com o posto de trabalho, passa a produzir menos ou com menos qualidade. Por outro lado, ao dispensar-se a necessidade de verificação da impossibilidade de subsistência do vínculo laboral pela inexistência de outro posto de trabalho compatível, afasta-se a possibilidade de aferir a existência de causa prática objetiva para a cessação do contrato de trabalho que não derive de facto de mera decisão da entidade patronal (cfr. Acórdão n. 581/95).
 - Relembre-se que, aquando da discussão do Regime de Contrato de Trabalho em Funções Públicas, também o despedimento por inaptidão, nos termos agora previstos sob a epígrafe de inadaptação, estava previsto e muitas foram as vezes que se levantaram contra tal preceito, com base na sua inconstitucionalidade, o que levou ao recuo e à não inclusão desse normativo na então Proposta de Lei.
 - Assim, o despedimento por inadaptação (ou melhor, por inaptidão) com dispensa da verificação de alterações tecnológicas no posto de trabalho situa-se fora dos parâmetros de admissibilidade da Constituição no que toca aos despedimentos por causas objetivas, na medida em que nesta situação não é possível determinar com suficiente concretização as causas do despedimento nem tão pouco controlar a impossibilidade objetiva da subsistência da relação laboral, o que equivale à possibilidade de despedimentos injustificados e arbitrários, em clara violação dos princípios estabelecidos no artigo 53.º da Constituição.

E) *Artigo 7.º da Lei n.º 23/2012, de 25 de junho (relações entre fontes de regulação)*

- O direito de contratação coletiva é um direito fundamental dos trabalhadores, consagrado no artigo 56.º da Constituição, cuja titularidade é atribuída aos trabalhadores, mas cujo exercício é cometido às associações sindicais.
- Sendo um direito fundamental que integra os direitos liberdades e garantias dos trabalhadores, aplica-se ao direito de contratação coletiva o regime do artigo 18.º da Constituição, por força do artigo 17.º n.º 2 do artigo 18.º faz depender a limitação ou restrição de direitos, liberdades e garantias de expressa previsão constitucional e da observância dos requisitos da necessidade, adequação e proporcionalidade – as restrições e limitações devem confinar-se ao mínimo requerido para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.
- Embora a Constituição devolva ao legislador a tarefa de delimitação do direito de contratação coletiva, a margem de regulação de que este dispõe é limitada pela preservação e respeito pelo núcleo intangível do direito fundamental, o qual tem que ser determinado, por via interpretativa, a partir dos próprios preceitos constitucionais (entendimento, aliás, assente na jurisprudência do Tribunal Constitucional, como patente no Acórdão n.º 338/10).
- No caso do direito de contratação coletiva, a determinação do núcleo essencial do direito só pode resultar dos artigos 58.º e 59.º da Constituição, devendo reconhecer-se a estes preceitos a função de delimitar o núcleo duro, lógico, de matérias que se reportam às relações laborais e que constituirão por isso o objeto próprio das convenções coletivas.
- Ora, as matérias em causa integram a «reserva constitucional de contratação coletiva» a que se refere o Acórdão n.º 338/2010 do Tribunal Constitucional, afetando o núcleo de matérias objeto de contratação coletiva, sendo portanto as normas convencionais que as regulam inteiramente válidas e intangíveis encontrando-se protegidas nos termos da Constituição.
- Assim, ao declarar nulas ou ao reduzir as condições previstas nas convenções coletivas, é violado também o princípio da autonomia coletiva. Ignorando ou pretendendo ignorar que as condições de trabalho previstas nas convenções coletivas consubstanciam um equilíbrio, nomeadamente com as retribuições acordadas, opta claramente pelos interesses de uma das partes – o patronato, com significativo prejuízo para os trabalhadores.
- No que respeita à remuneração do trabalho suplementar é manifesto que o Governo só promove, por um lado, o lucro da entidade patronal, que passa a pagar menos pelo mesmo trabalho, e, por outro lado, empobrece o trabalhador que passa a receber menos pelo mesmo trabalho, apesar de que a estipulação da retribuição mensal já havia tido em consideração todas as restantes condições previstas na convenção coletiva. Citando Jorge Leite (In *Questões Laborais*, n.º 22, Ano X – 2003, pp. 251 e 252), «...A revogação de regras validamente estabelecidas ao abrigo da autonomia normativa (que a Constituição atribui às associações sindicais) com a permissão da própria lei revogatória de as mesmas regras virem a ser objeto de convenção posterior traduz-se, com efeito, numa injustificada desconsideração pelo princípio da autonomia coletiva e uma intromissão da lei, contrária ao artigo 56.º, n.º 3 da Constituição e ao seu exercício legítimo pelas entidades constitucionalmente competentes».
- Respondendo à preocupação levantada pelo Tribunal Constitucional no Acórdão n.º 338/2010 de que «pode questionar-se até que ponto será constitucionalmente legítimo atingir a posição dos trabalhadores individuais pela falta de convenção aplicável, com a necessária perda de direitos e regalias convencionalmente acordados», com mais veemência se coloca esta questão quando existe uma convenção aplicável, que não foi denunciada, e que por lei deixa de ser aplicada, mesmo que contra a vontade das partes.
- Acresce ainda que a revogação de cláusulas de contratação coletiva por lei imperativa, constituindo uma limitação da liberdade negocial, e logo uma restrição do direito fundamental de contratação coletiva, teria de obedecer aos princípios da

- proporcionalidade, adequação e necessidade conforme o artigo 18.º, n.º 2, da Constituição.
- Ora não está demonstrado que esta restrição seja necessária para a realização dos objetivos de contenção orçamental ou para o aumento da competitividade das empresas, como não está provado que não existam meios, menos lesivos do bem jurídico tutelado, para atingir os fins pretendidos; do mesmo modo, há claramente um excesso, não proporcional ao fim a alcançar, quando se preconiza a revogação definitiva destas cláusulas convencionais.
 - Finalmente, a Lei em apreço, ao declarar nulas ou a reduzir as condições de trabalho validamente acordadas nas convenções coletivas em vigor, viola o artigo 2.º da CRP, na medida em que atenta contra o princípio da proteção da confiança resultante da tutela da segurança jurídica, ambas inseparáveis na realização do princípio do Estado de direito democrático.
 - A este propósito, valerá a pena citar a jurisprudência invocada pelo próprio Tribunal Constitucional para fundamentar a sua decisão quanto à constitucionalidade da caducidade das convenções coletivas de trabalho (cfr. o citado Acórdão n.º 306/2003, citado no Acórdão n.º 338/10).
 - Significa este pressuposto que a eficácia normativa das convenções manter-se-á incorporada nos contratos de trabalho celebrados na sua vigência. Tal não é, manifestamente o caso: todos os contratos de trabalho que incorporem cláusulas de convenções coletivas que se enquadrem no artigo 7.º da Lei n.º 23/2012, de 25 de julho, serão considerados nulos quanto às matérias previstas na Lei, bem como as próprias convenções coletivas que resultaram da autonomia das partes, «fundamento da contratação coletiva». Negar essa autonomia, estabelecendo por lei a nulidade das cláusulas livremente negociadas, é, no fim, negar o direito à contratação coletiva.
 - Com efeito, o artigo 7.º da Lei, citando o Conselheiro Mário Torres (declaração de voto produzida no Acórdão n.º 306/2003 do Tribunal Constitucional), constitui «Uma ingerência estadual na autonomia coletiva em domínios em que o legislador ordinário, de acordo com o alcance constitucional do direito à contratação coletiva, reconhecera a legitimidade desta contratação...».
 - Ou seja, de acordo com este normativo, é absolutamente indiferente a segurança do negócio jurídico, a confiança que os sujeitos do negócio depositaram no sistema jurídico, de acordo com o qual negociaram, transacionaram condições de trabalho em vista da obtenção de um determinado resultado, ou seja, um contrato, que mais não é do que o encontro, um equilíbrio entre direitos e deveres dos contraentes.
 - Nestes termos, ao declarar nulas ou reduzir cláusulas de convenções coletivas válida e livremente acordadas entre as partes, no exercício da autonomia e liberdade negociais implícitas no direito fundamental de contratação coletiva, a Lei viola o artigo 56.º, n.ºs 3 e 4 da Constituição.»

Os requerentes concluem o seu pedido do modo seguinte:

« Termos em que, pelas razões acabadas de enunciar, é de justiça que o Tribunal Constitucional venha a apreciar, em sede de fiscalização abstrata sucessiva, o pedido, com a formulação que se entenda preferível, para obter a declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, das seguintes normas: artigos 208.º-A; 208.º-B; n.ºs 1, 2 e 6 do artigo 229.º; n.ºs 1 e 3 do artigo 268.º; n.º 2 do artigo 269.º; n.ºs 2 e 4 do artigo 368.º; alíneas d) e e) do n.º 1 e n.º 2 do artigo 375.º do Código do Trabalho, na redação dada pela Lei n.º 23/2012, de 25 de junho, e do artigo 7.º da Lei n.º 23/2012, de 25 de junho.»

2. Notificada para, querendo, se pronunciar sobre o pedido, a Presidente da Assembleia da República veio oferecer o merecimento dos autos.

3. Foi discutido em Plenário o memorando apresentado pelo Presidente do Tribunal Constitucional, nos termos do artigo 63.º, n.º 1, da Lei da Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional (Lei n.º 28/82, de 15 de novembro), e fixada a orientação do Tribunal sobre as questões a resolver, de acordo com o disposto no n.º 2 do mesmo artigo, cumprindo agora decidir em conformidade com o que então se estabeleceu.

II - Fundamentação

Delimitação do objeto do pedido de fiscalização

4. Os requerentes na conclusão do seu requerimento não pediram a declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, de todas as normas previamente identificadas como objeto do pedido e transcritas na parte inicial do mesmo requerimento, embora se lhes tenham referido, a propósito da fundamentação do pedido. Acresce que a transcrição em causa é feita a partir da nova redação dada pelo artigo 2.º da Lei n.º 23/2012, de 25 de junho, a diversos artigos do Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro, incluindo a menção, relativamente a alguns preceitos deste último, de que os mesmos foram revogados. Mais: na citada conclusão, os requerentes incluíram normas objeto de revogação expressa pelo artigo 9.º, n.º 2, da referida Lei n.º 23/2012. Impõe-se, por conseguinte, começar por delimitar com precisão o objeto do presente pedido de fiscalização abstrata sucessiva da constitucionalidade.

5. Na conclusão do requerimento são mencionadas apenas as normas dos artigos 208.º-A e 208.º-B (relativos aos bancos de horas individual e grupal); 229.º n.ºs 1, 2 e 6 (eliminação do descanso compensatório); 268.º, n.ºs 1 e 3 (pagamento de trabalho suplementar); 269.º, n.º 2 (prestações relativas a dia feriado); 368.º, n.ºs 2 e 4 (requisitos de despedimento por extinção de posto de trabalho); 375.º, n.ºs 1, alíneas d) e e), e 2 (requisitos de despedimento por inadaptação), todos do Código do Trabalho, na redação dada pela Lei n.º 23/2012, de 25 de junho; e, bem assim, as normas constantes do artigo 7.º desta mesma Lei (relações entre fontes de regulação).

Não obstante, na respetiva secção B), sob a epígrafe “Do direito à retribuição do trabalho, ao repouso e aos lazeres”, os requerentes suscitam expressamente a inconstitucionalidade das normas dos artigos 234.º, n.º 1, e 238.º, n.ºs 3 e 4, ambos do Código do Trabalho. Tais normas foram também transcritas, na parte inicial do requerimento, e incluídas no acervo daquelas sobre as quais expressamente se formula um “pedido de fiscalização sucessiva abstrata da constitucionalidade”, indicando, ainda, as normas da Constituição que se consideram violadas. Justifica-se, por isso, considerar que os citados artigos 234.º, n.º 1, e 238.º, n.ºs 3 e 4, também integram o objeto do presente processo.

Cumpra, de todo o modo, salientar que o que os requerentes questionam não são aqueles preceitos do Código do Trabalho, na sua redação atual, mas direta e imediatamente (e exclusivamente) a *eliminação* de certos feriados e do mecanismo de majoração de dias de férias operada pela Lei n.º 23/2012, de 25 de junho. Na verdade, é isso que resulta inequivocamente da fundamentação do pedido constante da citada secção B) (cfr. *supra* o n.º 1).

Ou seja, o que tem de ser considerado no presente processo é a eliminação de certo número de feriados obrigatórios e do mecanismo de majoração de dias do período anual de férias operada em consequência da nova redação conferida pelo artigo 2.º da Lei n.º 23/2012, de 25 de junho, ao Código do Trabalho, e não o resultado dessa eliminação refletido na redação atual dos artigos 234.º, n.º 1, e 238.º, n.ºs 3 e 4, do mesmo Código. O referido resultado, em si mesmo considerado, não chega a ser questionado pelos requerentes.

Do ponto de vista substancial, e no que respeita quer aos feriados eliminados, quer ao mecanismo de majoração de dias de férias que foi suprimido, a eliminação em apreço corresponde à «regulamentação negativa» própria da revogação em sentido estrito, ou seja, à abrogação da disciplina normativa objeto de um ato prévio sem criação de uma outra que, positivamente, a substitua: há certos dias que eram feriados obrigatórios e deixaram de o ser; a assiduidade em certas condições determinava o aumento do número de dias do período anual de férias e deixou de o fazer. Com efeito, diferentemente do que sucede com a (revogação por) modificação ou com a (revogação por) substituição - em que o respetivo autor revoga, mas não prescinde de continuar a regular a matéria disciplinada pelo ato modificado ou substituído (e, por isso, fala-se a este propósito de «atos de efeitos mistos») - o que caracteriza a aludida revogação em sentido estrito é a produção de um *efeito essencialmente abrogatório*: a mera eliminação *ex nunc* de uma dada regulação preexistente.

E é isso que ocorre *in casu* relativamente aos preceitos em análise:

- A modificação do artigo 234.º, n.º 1, do Código do Trabalho operada pela nova redação conferida ao mesmo preceito pelo artigo 2.º da Lei n.º 23/2012, de 25 de junho, traduziu-se apenas em os dias correspondentes ao Corpo de Deus, 5 de

outubro, 1 de novembro e 1 de dezembro, deixarem de ser feriados obrigatórios; nessa medida, há uma revogação (parcial) daquele preceito;

- A modificação do n.º 3 do artigo 238.º do Código do Trabalho operada pelo mesmo preceito da citada Lei – o n.º 4 foi por esta revogado expressamente (cfr. o respetivo artigo 9.º, n.º 2) - cifra-se em passar a ser aí explicitado que os dias de descanso do trabalhador que coincidam com dias úteis se consideram substituídos, para efeitos do cálculo dos dias de férias, pelos sábados e domingos que não sejam feriados – solução complementar do n.º 2 do mesmo artigo - em que é explicitada a base de cálculo dos dias de férias definidos no respetivo n.º 1 -, e completamente autónoma do mecanismo de majoração do período anual de férias em função da assiduidade consagrado antes da Lei n.º 23/2012, de 25 de junho, nos n.ºs 3 e 4 do artigo 238.º do Código do Trabalho.

Em suma, e no que se refere às normas dos artigos 234.º, n.º 1, e 238.º, n.ºs 3 e 4, do Código do Trabalho, o que se impõe considerar para efeitos de delimitação do objeto do presente processo são estes efeitos abrogatórios decorrentes da eliminação de quatro feriados obrigatórios e do mecanismo de majoração do período anual de férias em função da assiduidade anteriormente consagrado. Com efeito, o artigo 2.º da Lei n.º 23/2012, de 25 de junho, ao dar nova redação ao artigo 234.º, n.º 1, do Código do Trabalho, *revoga parcialmente* e de *forma tácita* este preceito, passando o mesmo a consagrar menos quatro feriados obrigatórios. Do mesmo modo, aquele artigo 2.º, ao conferir a nova redação ao artigo 238.º, n.º 3, do Código do Trabalho, *revoga implicitamente* a disciplina normativa da majoração do período de férias em função da assiduidade anteriormente prevista naquele preceito. Note-se, por outro lado, que o n.º 4 do artigo 238.º – o qual, como referido, foi objeto de revogação expressa - era simplesmente instrumental em relação ao citado mecanismo de majoração de dias de férias. Esta é, pelo exposto, a correta identificação do objeto do pedido relativamente àqueles preceitos.

Questão diferente é a de saber se este Tribunal pode conhecer do objeto assim delimitado e que será analisada adiante, juntamente com a da admissibilidade da apreciação no presente processo de normas objeto de revogação expressa pelo artigo 9.º, n.º 2, da Lei n.º 23/2012, de 25 de junho (cfr. *infra* o n.º 8).

6. Na citada parte inicial do requerimento de fiscalização sucessiva abstrata da constitucionalidade foram igualmente indicadas como objeto do pedido e nele transcritas as normas constantes dos artigos 229.º, n.º 7, 238.º, n.º 6, e 375.º, n.ºs 1, alínea b), e 3 a 8, todos do Código do Trabalho, com a redação dada pela Lei n.º 23/2012, de 25 de junho. Todavia, verifica-se que as mesmas normas são omitidas quer nas secções do requerimento dedicadas à fundamentação do pedido, nomeadamente nas secções B) e D), quer na conclusão do mesmo pedido. Acresce que as normas em causa, na parte em que inovam relativamente ao direito anterior, são, no essencial, um corolário ou instrumento de concretização de medidas já consideradas no pedido.

Assim, no que se refere aos artigos 229.º, n.º 7, e 238, n.º 6, o legislador de 2012 limitou-se a retirar a consequência da eliminação de deveres anteriormente previstos. Com efeito, atenta a revogação do n.º 1 do artigo 229.º e a eliminação do acréscimo de dias de férias em função da assiduidade prevista no anterior n.º 3 do artigo 238.º, desapareceram os pressupostos objetivos das contraordenações muito graves previstas com referência a tais preceitos.

Quanto ao artigo 375.º, n.º 1, alínea b), a alteração introduzida pela Lei n.º 23/2012, de 25 de junho, traduziu-se na exigência de que a formação profissional adequada às modificações do posto de trabalho seja prestada não apenas sob o respetivo controlo pedagógico, mas por autoridade competente ou entidade formadora certificada. Esta modificação agrava um dos requisitos positivos do despedimento por inadaptação, pelo que a impugnação da sua constitucionalidade, pugnando pela solução anteriormente vigente, iria contra o sentido global da iniciativa dos requerentes neste domínio da segurança no emprego. A omissão da referência à norma em análise tanto na fundamentação do pedido de fiscalização, como na sua conclusão deve, por isso, considerar-se intencional ou, pelo menos, objetivamente fundada, não se justificando o seu suprimento pelo Tribunal.

Relativamente aos n.ºs 3 e 4 do mesmo artigo 375.º, trata-se de disciplina complementar da prevista no n.º 2 do mesmo preceito, que, em rigor, não vem questionada pelos requerentes. Na verdade, estes limitam-se a questionar a própria possibilidade – a admissibilidade de princípio - de despedimentos por inadaptação, nos casos em que não tenha havido modificações no posto de trabalho, conforme resulta evidente do que referem na secção D) do seu requerimento, a propósito do “artigo 375.º, n.º 1, alíneas d) e e) e n.º 2 do Código do Trabalho (despedimento por inadaptação)” acima transcrita (cfr. *supra* o n.º 1). Assim, e considerando os termos da conclusão do pedido de declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral formulado no final do requerimento, também não se justifica a sua análise autónoma. Objeto de apreciação será, por isso, apenas a aludida admissibilidade de tal tipo de despedimento por inadaptação, tal como prevista no artigo 375.º, n.º 2, do referido Código.

Por último, quanto ao disposto nos n.ºs 5 a 8 do mesmo artigo 375.º - que se reportam tanto ao despedimento por inadaptação previsto nos casos do n.º 1 (situações em que tenham sido introduzidas modificações no posto de trabalho), como nos casos do n.º 2 (situações em que não existem tais modificações) – é aplicável consideração idêntica à que foi feita a propósito do agravamento dos requisitos positivos do despedimento: pugnar pela manutenção das soluções paralelas anteriormente vigentes – que eram menos garantísticas do que as introduzidas pela Lei n.º 23/2012, de 25 de junho - iria contra o sentido global da iniciativa dos requerentes, pelo que a omissão da referência às normas em questão tanto na fundamentação do pedido de fiscalização, como na sua conclusão deve também neste caso considerar-se intencional ou, pelo menos, objetivamente fundada, não se justificando, por isso, o respetivo suprimento pelo Tribunal.

7. Os requerentes incluíram ainda no presente pedido de declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, as normas dos artigos 229.º, n.ºs 1, 2 e 6, e 375.º, n.º 1, alíneas d) e e), do Código do Trabalho, as quais, todavia, foram revogadas pelo artigo 9.º, n.º 2, da Lei n.º 23/2012, de 25 de junho.

É, de todo o modo, perfeitamente perceptível do teor do pedido – à semelhança do que acontece com as referências aos artigos 234.º, n.º 1, e 238.º, n.ºs 3 e 4, do mesmo Código (cfr. *supra* o n.º 5) - que o que está em causa não é a inconstitucionalidade das prescrições normativas que aqueles preceitos alojavam e que agora foram revogadas, mas sim a inconstitucionalidade da própria revogação, ou seja, a eliminação pura e simples do ordenamento jurídico das normas que, antes da Lei n.º 23/2012, constavam de tais preceitos legais. Assim sendo, forçoso é concluir que os artigos da lei que suportam a(s) *norma(s)* que o grupo de requerentes pretende que o Tribunal aprecie são, não os referidos preceitos revogados, mas o preceito da Lei n.º 23/2012 que procedeu à sua revogação, ou seja, o artigo 9.º, n.º 2, da Lei n.º 23/2012, na parte em que procede à revogação em causa.

Sendo certo, como é, que esta é a correta identificação do objeto do pedido, nesta parte, o problema que se coloca é o de saber se o Tribunal Constitucional pode oficiosamente proceder a tal correção. A solução encontrada valerá, por identidade de razão, para o artigo 2.º da citada Lei n.º 23/2012, na parte em que, ao modificar os artigos 234.º, n.º 1, e 238.º, n.ºs 3 e 4, ambos do Código do Trabalho, eliminou quatro feriados obrigatórios e o aumento do período de férias em função da assiduidade, conforme a previsão constante dos citados preceitos, na redação anterior à citada Lei (cfr. *supra* o n.º 5).

8. Este Tribunal tem jurisprudência reiterada no sentido da impossibilidade de “convolação” do pedido mediante a substituição do seu objeto, por tal atentar contra o princípio do pedido, consagrado no n.º 5 do artigo 51.º da Lei do Tribunal Constitucional (Lei n.º 28/82, de 15 de novembro, na sua atual redação). Concretamente, tem-se entendido não ser possível convolar o objeto do processo nos casos em que, vindo pedida a inconstitucionalidade de norma entretanto revogada, se pretenda substituí-la pela norma do diploma revogatório, com conteúdo normativo correspondente ou semelhante (cfr. neste sentido, entre outros, os Acórdãos n.ºs 140/2000, 232/2004, 497/2007 e 31/2009).

Os casos em apreço, contudo, não configuram situações de revogação por sucessão temporal de normas que versem sobre uma mesma matéria, com idêntico conteúdo regulador. Está-se, antes, face à eliminação pura e simples de certas normas que integravam um determinado regime jurídico, através de normas que se limitam a revogá-las, sem pôr de pé uma nova conformação substitutiva (concretamente, o artigo 2.º da Lei n.º 23/2012, na parte em que, ao modificar os artigos 234.º, n.º 1, e 238.º, n.ºs 3 e 4, ambos do Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro, elimina quatro feriados obrigatórios e o aumento do período anual de férias em função da assiduidade; e o artigo 9.º, n.º 2, da mesma Lei, na parte em que procede à revogação dos artigos 229.º n.ºs 1, 2 e 6

e 375.º, n.º 1, alíneas d) e e), do citado Código). O que vem questionado é tão somente a revogação e o seu específico e próprio efeito abrogatório.

Assim sendo, não se trata, nestes casos, de convolar ou substituir o objeto do processo (nomeadamente, permutando normas entretanto revogadas por outras, inexistentes à data do pedido, como era o caso subjacente à generalidade dos anteriores acórdãos do Tribunal Constitucional sobre esta questão), mas tão só e apenas de corrigir o preceito legal que serve de suporte à norma que os requerentes pretendem ver apreciada, a qual, não obstante aquela correção, se mantém intocada na sua dimensão normativa e na problemática constitucional que convoca. Dito de outra forma, há, nesta parte do pedido, um erro na declaração (pedido), que resulta evidente dos termos da mesma, atenta a falta de correspondência entre a “norma” indicada como objeto do recurso e os preceitos legais identificados como alojando tal norma. O que significa que, ao corrigir tal erro, o Tribunal não estará a introduzir modificações no pedido, mas apenas a interpretá-lo de acordo com a iniludível vontade real dos requerentes.

Acresce que, estando perfeitamente identificadas no pedido as normas em causa, a correção do erro não implica uma (re)construção do pedido nesta parte (que estaria vedada ao Tribunal), resultando antes de uma inferência segura, simples e direta, obtida, sem mais, a partir dos elementos constantes do pedido.

Deste modo, deverá considerar-se que, em substituição daqueles preceitos legais, o presente pedido inclui a apreciação da constitucionalidade da norma do artigo 2.º da Lei n.º 23/2012, de 25 de junho, na parte em que, ao modificar os artigos 234.º, n.º 1, e 238.º, n.ºs 3 e 4, ambos do Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro, eliminou quatro feriados obrigatórios e o aumento do período das férias em função da assiduidade, e da norma do artigo 9.º, n.º 2, da mesma Lei, na parte em que esta procedeu à revogação dos artigos 229.º n.ºs 1, 2 e 6 e 375.º, n.º 1, alíneas d) e e), daquele Código.

9. Ainda em sede de delimitação do objeto do pedido, cumpre notar que o artigo 7.º da Lei n.º 23/2012, de 25 de junho, aqui questionado, contém um conjunto de normas que, segundo a própria epígrafe, regem as “relações entre fontes de regulação”, a saber, entre, por um lado, o Código do Trabalho, na redação que lhe foi conferida pela citada Lei e, por outro, os instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho (adiante também referidos como “IRCT”) e os contratos de trabalho celebrados antes da entrada em vigor daquela Lei. Em síntese, vem este artigo preceituar a *nulidade*, a *redução* ou a *suspensão* das disposições daqueles instrumentos e das cláusulas dos referidos contratos, nos seguintes termos:

- A *nulidade* das disposições de IRCT que prevejam montantes superiores aos resultantes do Código do Trabalho relativas a compensação por despedimento coletivo e compensação por cessação de contrato de trabalho (artigo 7.º, n.º 1);
- A *nulidade* das disposições de IRCT e das cláusulas de contratos de trabalho que disponham sobre descanso compensatório por trabalho suplementar (artigo 7.º, n.º 2);
- A *redução* das disposições de IRCT e das cláusulas de contratos de trabalho posteriores a 1 de dezembro de 2003, que prevejam majorações ao período anual de férias, reduzindo-as em montante equivalente até três dias (artigo 7.º, n.º 3);
- A *suspensão*, durante dois anos, das disposições de IRCT e das cláusulas de contratos de trabalho que disponham sobre acréscimos de pagamento de trabalho suplementar superiores aos estabelecidos no Código do Trabalho; ou sobre a retribuição do trabalho normal prestado em dia feriado, ou descanso compensatório por essa mesma prestação, em empresa não obrigada a suspender o funcionamento nesse dia (artigo 7.º, n.º 4);
- A *redução*, após o decurso do referido prazo de dois anos, das disposições de IRCT e das cláusulas de contratos de trabalho que, dispondo sobre as matérias acima referidas, não tendo entretanto sido alteradas, reduzindo-se os montantes nelas previstos para metade, desde que não sejam inferiores aos estabelecidos pelo Código do Trabalho (artigo 7.º, n.º 5).

Apesar de os requerentes terem suscitado a inconstitucionalidade de todo o artigo 7.º, em bloco, resulta inequívoco dos fundamentos do seu pedido que, em rigor, apenas pretendem questionar as normas do artigo 7.º que se referem à nulidade, redução ou suspensão de *disposições de instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho*.

Na verdade, o pedido vem quase exclusivamente assente, nesta parte, na violação do direito de contratação coletiva, consagrado no artigo 56.º da Constituição, e só quanto àquelas disposições se pode convocar esse parâmetro de validade. E, mesmo quando se faz uma breve alusão ao princípio da proteção da confiança, todo o discurso argumentativo continua a ser reportado apenas às “condições de trabalho validamente acordadas nas convenções coletivas em vigor”.

Não tendo sido problematizada, ainda que em termos mínimos, a relação aqui estabelecida entre a lei (o Código do Trabalho, na versão subsequente à Lei n.º 23/2012, de 25 de junho) e as cláusulas dos contratos de trabalho, não pode o Tribunal, por imposição do princípio do pedido, pronunciar-se sobre a conformidade constitucional das normas do artigo 7.º que estabelecem a nulidade, redução e suspensão de cláusulas de contratos de trabalho. Nesta parte, o pedido de inconstitucionalidade está, assim, limitado à apreciação do artigo 7.º da Lei n.º 23/2012, na parte em que estabelece a nulidade, redução ou suspensão de disposições de instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho.

10. Em suma, as normas colocadas à apreciação deste Tribunal Constitucional são as constantes dos seguintes preceitos legais:

- i) Artigos 208.º-A e 208.º-B, ambos do Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro, com a redação dada pela Lei n.º 23/2012, de 25 de junho (bancos de horas individual e grupal);
- ii) Artigo 9.º, n.º 2, da Lei n.º 23/2012, de 25 de junho, na parte em que procedeu à revogação do artigo 229.º n.ºs 1, 2 e 6 (eliminação do descanso compensatório), do Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro; e artigos 268.º, n.ºs 1 e 3 (redução para metade do pagamento do trabalho suplementar), e 269.º, n.º 2 (prestações relativas a dia feriado), do mesmo Código, com a redação dada pela citada Lei n.º 23/2012;
- iii) Artigo 2.º da Lei n.º 23/2012, de 25 de junho, na parte em que, ao modificar os artigos 234.º, n.º 1, e 238.º, n.º 3, ambos do Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro, eliminou quatro feriados obrigatórios e o aumento do período anual de férias em função da assiduidade, revogando desse modo os segmentos daqueles preceitos que, na sua redação anterior, os previam; e artigo 9.º, n.º 2, da citada Lei, na parte em que o mesmo procedeu à revogação expressa do n.º 4 do referido artigo 238.º;
- iv) Artigo 368.º, n.ºs 2 e 4, do Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro, com a redação dada pela Lei n.º 23/2012, de 25 de junho (requisitos de despedimento por extinção de posto de trabalho);
- v) Artigo 375.º, n.º 2, do Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro, com a redação dada pela Lei n.º 23/2012, de 25 de junho, e artigo 9.º, n.º 2, da citada Lei, na parte em que o mesmo procedeu à revogação das alíneas d) e e) do n.º 1 do artigo 375.º daquele Código (requisitos de despedimento por inadaptação);
- vi) Artigo 7.º da Lei n.º 23/2012, de 25 de junho, na parte em que estabelece a nulidade, redução ou suspensão de disposições de instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho (relações entre fontes de regulação).

B) *Razão de ser e condicionantes da Lei n.º 23/2012, de 25 de junho*

11. Resulta dos trabalhos preparatórios da Lei n.º 23/2012, de 25 de junho, que a mesma se destina a dar resposta às exigências em matéria de legislação laboral decorrentes dos compromissos assumidos no quadro do *Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica*, de 17 de maio de 2011, tendo em

vista o fomento da economia, via aumento da produtividade e da competitividade das empresas, a criação de emprego e o combate à segmentação do mercado de trabalho. Com efeito, na perspetiva do cumprimento daqueles compromissos num quadro de concretização do «modelo de flexisegurança» e, outrossim, da definição de políticas direcionadas ao crescimento, à competitividade e ao emprego, foi iniciado um processo de concertação social que culminou com a assinatura, em 18 de janeiro de 2012, do *Compromisso para o Crescimento, Competitividade e Emprego* entre o Governo e a maioria dos parceiros sociais com assento na Comissão Permanente de Concertação Social.

A Proposta de Lei n.º 46/XII – que desencadeou o procedimento legislativo no âmbito do qual foi aprovada a Lei n.º 23/2012, de 25 de junho – veio formalizar, em termos de política legislativa e no que se refere ao Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro (adiante designado abreviadamente “Código do Trabalho”) - o citado Compromisso. Na perspetiva do seu proponente, a reforma daquele Código revelava-se “primordial para proporcionar aos trabalhadores, principais destinatários da legislação laboral, um mercado de trabalho com mais e diversificadas oportunidades. Concomitantemente, pretende-se possibilitar um maior dinamismo às empresas, permitindo-lhes enfrentar de forma eficaz os novos desafios económicos com que as mesmas se deparam” (cfr. o n.º 2 da Exposição de Motivos). A modificação do mesmo Código apresentava-se como medida necessária e adequada ao prosseguimento dos seguintes objetivos (cfr. *ibidem* o n.º 3):

- a) Melhorar a legislação laboral quer através da sua atualização e sistematização, quer mediante a agilização de procedimentos;
- b) Promover a flexibilidade interna das empresas;
- c) Promover a contratação coletiva.

As medidas concretamente aprovadas foram, sobretudo, de flexibilização em vista da contenção salarial, de redução de custos associados à prestação de trabalho fora do período normal (diminuição das contrapartidas e flexibilização dos tempos de trabalho, para além da redução do número de feriados obrigatórios e da eliminação da possibilidade de majorar o período anual de férias em razão da assiduidade), de adequação dos regimes de suspensão ou redução da laboração às vicissitudes do ciclo económico e do próprio ciclo produtivo da empresa, de modificação dos pressupostos do despedimento por motivos objetivos (despedimento por extinção do posto de trabalho e despedimento por inadaptação) em linha com as exigências do *Memorando de Entendimento* e de diminuição das compensações devidas aos trabalhadores despedidos.

Como é natural em relação a reformas desta natureza, as apreciações são muito diversas, ainda que, em geral, salientem a coerência material com as exigências do citado *Memorando de Entendimento* (cfr., por exemplo, Pedro Romano Martinez, “O Código do Trabalho e a reforma de 2012. Apreciação geral” in *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, 2012, n.º 1-2, p. 11 e ss.; António Monteiro Fernandes, “A ‘Reforma Laboral’ de 2012. Observações em torno da Lei n.º 23/2012” in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 72, abr./set. 2012, p. 546 e

ss.; ou *ibidem*, p. 575 e ss., Júlio Vieira Gomes, “Algumas reflexões sobre as alterações introduzidas no Código do Trabalho pela Lei n.º 23/2012, de 25 de junho”; e António Nunes de Carvalho, “Tempo de trabalho” in *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, 2012, n.º 1-2, p. 21 e ss., pp. 24 e 25). Segundo o legislador, a Lei n.º 23/2012, de 25 de junho, visou acentuar o reconhecimento normativo da necessidade de uma conciliação prática e otimizada entre os direitos dos trabalhadores emergentes do contrato de trabalho e a liberdade de empresa: as alterações ao Código do Trabalho introduzidas pela Lei em análise são enformadas pela ideia de que num quadro de atuação concorrencial e tendencialmente global, a maximização da satisfação dos primeiros não pode ser prosseguida de forma sustentada sem garantir ao empregador a possibilidade de uma gestão empresarial eficaz.

C.1) *As questões de constitucionalidade referentes aos bancos de horas individual e grupal*

12. Os bancos de horas inscrevem-se no conjunto de medidas que têm vindo a ser adotadas no sentido de aumentar a flexibilidade na organização do tempo de trabalho, nomeadamente computando este último em termos médios com referência a períodos mais longos do que o dia ou a semana. As razões para tal prendem-se, no essencial, com o custo associado ao trabalho suplementar, as limitações inerentes à sua prática e com a própria inconstância dos ciclos produtivos. Em especial, a figura do banco de horas foi introduzida no Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro, sendo que, na sua versão inicial, apenas podia ser instituído por instrumento de regulamentação coletiva de trabalho (cfr. o artigo 208.º, na sua redação originária).

Como o Tribunal Constitucional referiu no seu Acórdão n.º 328/2010, embora o Código do Trabalho preveja no artigo 203.º, n.º 1, como regra, que "o período normal de trabalho não pode exceder oito horas por dia e quarenta horas por semana", o mesmo diploma consagra igualmente mecanismos de organização do tempo de trabalho diversos do esquema semanal de 8 horas por dia e 40 horas semanais que permitem adequar os horários de trabalho às necessidades das empresas tendo em conta as variações mensais e anuais dos fluxos de trabalho (cfr. o n.º 8 da respetiva fundamentação). Todos esses mecanismos preveem um aumento do número de horas que constituem o período normal de trabalho diário e/ou semanal (v. *ibidem*):

«Na *adaptabilidade individual*, o empregador e trabalhador podem celebrar um acordo que preveja o aumento do período normal de trabalho diário até 2 horas e que o trabalho semanal possa atingir 50 horas (artigo 205.º, n.º 2); no *banco de horas* [à data permitido apenas com base em IRCT] permite-se um aumento até 4 horas do período normal de trabalho diário e até 60 horas da duração de trabalho semanal (artigo 204.º, n.º 1 e 208.º, n.º 2). E no caso do *horário concentrado* o período normal de trabalho diário pode ser aumentado até quatro horas diárias (artigo 209.º, n.º 1).

Este aumento de horas diárias e semanais não vale como "trabalho suplementar" (nem corresponde a um regime de "isenção de horário"), o que significa que não é remunerado [embora possa ser compensado mediante pagamento em dinheiro; cfr., na redação subsequente à Lei n.º 23/2012, de 25 de junho, o artigo 208.º, n.º 4, alínea a), subalínea iii), do Código do Trabalho]. Ele é, na generalidade dos casos, compensado através de uma correlativa redução de horas diárias ou semanais num outro momento, inserido dentro de um determinado período de referência. Nenhum

destes esquemas altera, em termos médios, o período normal de trabalho. Trata-se de uma redistribuição dos tempos de trabalho, em vista de um horizonte temporal mais longo que o dia ou a semana. O aumento das horas de trabalho é feito para um período determinado e é, depois, compensado com a correlativa redução do tempo de trabalho num momento posterior.» (itálicos adotados).

Assim, verifica-se que, por via destes institutos de organização do tempo de trabalho, nomeadamente a adaptabilidade, o banco de horas e o horário concentrado, o período normal de trabalho passa a ser calculado em termos médios, num período pré-determinado - o “período de referência” referido no artigo 207.º do Código do Trabalho, o qual não pode ser superior a doze meses. O período normal de trabalho pode, deste modo, deixar de ser igual em todos os dias e em todas as semanas do ano, sendo antes adaptado às necessidades de produção empresarial, de modo a dosear o esforço e a disponibilidade exigidos aos trabalhadores em função do interesse produtivo. Consequentemente, e em regra, o trabalhador poderá prestar mais horas de trabalho num determinado dia ou semana, desde que noutra dia ou semana trabalhe menos horas, de modo a que a média do tempo de trabalho num período pré-definido seja de oito horas diárias e quarenta horas semanais. Por se tratar ainda do cumprimento do período de trabalho, não há alteração do montante da retribuição, nem possibilidade do trabalhador invocar motivo atendível para se escusar à prestação, como poderia acontecer tratando-se de trabalho suplementar.

Considerando estas particularidades, a lei dispensa de prestar trabalho com sujeição aos regimes de adaptabilidade, de banco de horas ou de horário concentrado as trabalhadoras grávidas, puérperas e lactantes, os trabalhadores menores e, em certos casos, os trabalhadores portadores de deficiência ou doença crónica e os trabalhadores-estudantes (cfr., respetivamente, os artigos 58.º, 74.º, 87.º e 90.º, todos do Código do Trabalho).

Sem prejuízo da proximidade entre os institutos da adaptabilidade e do banco de horas, este último evidencia, contudo, especificidades estruturais que o distinguem do primeiro.

Desde logo, porque, contrariamente ao que sucede no caso da adaptabilidade, os acréscimos de trabalho não têm de ser compensados por uma redução equivalente do tempo de trabalho, de modo a que, no período de referência, o tempo médio de trabalho prestado permaneça inalterado. Tal pode suceder, mas não é necessário que aconteça. Daí a previsão de outros modos de compensação do trabalho prestado em acréscimo para além da redução equivalente do tempo de trabalho, nomeadamente o aumento do período de férias e o pagamento em dinheiro (cfr. o artigo 208.º, n.º 4, alínea a), do Código do Trabalho, para o qual remetem os n.os 1 dos artigos 208.º-A e 208.º-B do mesmo diploma).

Por outro lado, a lógica de funcionamento própria do banco de horas é diferente da simples adaptação do período normal de trabalho e do horário de trabalho. As observações de Luís Miguel Monteiro a este respeito são particularmente elucidativas:

«Ao invés da previsibilidade dos momentos de prestação de trabalho em regime de adaptabilidade – o empregador encontra-se obrigado a fixar os horários de trabalho, os de maior e os de menor duração, tendo relativamente a eles obrigações de informação, de consulta e de publicidade (n.º 2 do artigo 217.º) – o banco de horas opera numa lógica de movimentação de horas a crédito e a débito, [...], que se faz à margem da realidade do horário de trabalho e não determina a alteração deste. O mesmo é dizer que a bolsa de horas a crédito ou a débito do empregador, pode ser usada nos termos regulados por instrumento coletivo (n.º 4) ou individual (n.º 1 do artigo seguinte), para trabalhar além ou aquém dos períodos previstos no horário, sem alteração deste e, conseqüentemente, sem observância das obrigações legais acima mencionadas.» (cfr. Autor cit. in Pedro Romano Martinez (coord.), *Código do Trabalho Anotado*, 9ª ed., Almedina, Coimbra, 2013, nota III ao artigo 208.º, p. 499).

O banco de horas é, assim, ainda mais maleável do que o regime da adaptabilidade: o mesmo introduz uma maior incerteza quanto aos períodos de prestação de mais trabalho e aos períodos de redução, cuja determinação fica a cargo do empregador, já que a lei apenas exige que tais períodos sejam comunicados ao trabalhador com a antecedência determinada pela convenção coletiva ou pelo acordo do banco de horas (cfr. Maria do Rosário Palma Ramalho, *Tratado de Direito do Trabalho. Parte II - Situações Laborais Individuais*, 4ª ed., Almedina, Coimbra, 2012, p. 478).

13. A Lei n.º 23/2012, de 25 de junho, – para além de alterar a epígrafe do artigo 208.º e a respetiva alínea a) do n.º 4 (aditando a modalidade de compensação consistente no aumento do período de férias) – veio adicionar duas novas formas de constituição do banco de horas: o *banco de horas individual* (208.º-A) e o *banco de horas grupal* (208.º-B). Assim, passou a prever-se um regime de constituição do banco de horas semelhante ao que já se previa para o regime da adaptabilidade: o banco de horas fixado por instrumento de regulamentação coletiva de trabalho (208.º); o banco de horas individual, mediante acordo *ad hoc* (ou estabelecido no próprio contrato de trabalho) entre empregador e trabalhador (208.º-A); e o banco de horas grupal, que é uma extensão de um daqueles dois regimes a aplicar a um grupo de trabalhadores da empresa (208.º-B).

Recorde-se que o *Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica*, no seu ponto 4.6. (Regimes dos Tempos de Trabalho) já previa reformas nos regimes dos tempos de trabalho, tendo em vista conter as flutuações do emprego ao longo do ciclo económico, incorporar melhor as diferenças nos padrões de trabalho nos vários setores e empresas e aumentar a competitividade das empresas. Embora sem prefigurar um qualquer regime concreto, previa-se que o Governo procedesse a uma avaliação relativa à utilização dada ao aumento dos elementos de flexibilidade pelos parceiros sociais, associados à versão do Código do Trabalho de 2009 e preparasse “um plano de ação para promover a flexibilidade dos tempos de trabalho, incluindo as modalidades que permitam a adoção do regime laboral do «banco de horas», por acordo mútuo entre empregadores e trabalhadores negociado ao nível da empresa”.

O *Compromisso para o Crescimento, Competitividade e Emprego*, de 18 de janeiro de 2012, foi neste particular mais detalhado:

« O atual contexto do mercado de trabalho exige às empresas uma capacidade cada vez mais elevada de adaptação às necessidades de uma economia globalizada. Neste âmbito, mostra-se necessário moldar o regime do tempo de trabalho a estas necessidades, possibilitando uma melhor utilização dos recursos. Contudo, a adaptabilidade do tempo de trabalho deve igualmente salvaguardar a existência de períodos de repouso e conciliar-se com o desenvolvimento e a proteção do trabalhador, valorizando para esse efeito o papel da negociação coletiva. Deve assim estabelecer-se uma organização do trabalho que atenda ao princípio geral da adaptação do trabalho ao homem.

Sublinha-se que a adaptação do tempo de trabalho às exigências do mercado pressupõe a integral preservação dos limites à duração do trabalho, nomeadamente no que se refere ao descanso diário e semanal obrigatório, bem como ao período anual de férias remuneradas.

Neste sentido, as Partes Subscritoras acordam em adotar as seguintes medidas:

- Estabelecer a possibilidade de o regime de banco de horas ser implementado mediante acordo entre o empregador e o trabalhador, admitindo o aumento de até duas horas diárias ao período normal de trabalho, com o limite de cinquenta horas semanais e de cento e cinquenta horas anuais;
- Estabelecer o banco de horas grupal, em termos similares ao regime estabelecido para a adaptabilidade grupal, caso uma maioria de 60% ou de 75% dos trabalhadores esteja abrangida por regime de banco de horas estabelecido por instrumento de regulamentação coletiva ou por acordo das partes, respetivamente.»

14. No presente pedido de fiscalização abstrata da constitucionalidade são questionados, na sua globalidade, os artigos 208.º-A e 208.º-B do Código do Trabalho, que consagram, respetivamente, o banco de horas individual e o banco de horas grupal. É o seguinte o seu teor:

«Artigo 208.º -A
Banco de horas individual

- 1 — O regime de banco de horas pode ser instituído por acordo entre o empregador e o trabalhador, podendo, neste caso, o período normal de trabalho ser aumentado até duas horas diárias e atingir 50 horas semanais, tendo o acréscimo por limite 150 horas por ano, e devendo o mesmo acordo regular os aspetos referidos no n.º 4 do artigo anterior.
- 2 — O acordo que institua o regime de banco de horas pode ser celebrado mediante proposta, por escrito, do empregador, presumindo-se a aceitação por parte de trabalhador nos termos previstos no n.º 4 do artigo 205.º
- 3 — Constitui contraordenação grave a prática de horário de trabalho em violação do disposto neste artigo.

«Artigo 208.º -B

Banco de horas grupal

1 — O instrumento de regulamentação coletiva de trabalho que institua o regime de banco de horas previsto no artigo 208.º pode prever que o empregador o possa aplicar ao conjunto dos trabalhadores de uma equipa, secção ou unidade económica quando se verificarem as condições referidas no n.º 1 do artigo 206.º

2 — Caso a proposta a que se refere o n.º 2 do artigo anterior seja aceite por, pelo menos, 75 % dos trabalhadores da equipa, secção ou unidade económica a quem for dirigida, o empregador pode aplicar o mesmo regime de banco de horas ao conjunto dos trabalhadores dessa estrutura, sendo aplicável o disposto no n.º 3 do artigo 206.º

3 — O regime de banco de horas instituído nos termos dos números anteriores não se aplica a trabalhador abrangido por convenção coletiva que disponha de modo contrário a esse regime ou, relativamente ao regime referido no n.º 1, a trabalhador representado por associação sindical que tenha deduzido oposição a portaria de extensão da convenção coletiva em causa.

4 — Constitui contraordenação grave a prática de horário de trabalho em violação do disposto neste artigo.»

Apesar de os requerentes tecerem algumas considerações de ordem geral a respeito do instituto do banco de horas, a verdade é que circunscreveram o pedido àqueles dois preceitos, não incluindo outros que contêm aspetos gerais deste regime, nomeadamente, a compensação que é devida pelo trabalho prestado em acréscimo, as condições e limites a que está sujeita a instituição do banco de horas, assim como não questionaram a admissibilidade da cumulação desta figura com outros regimes de flexibilização do tempo de trabalho.

Os preceitos em causa regulam, no essencial, a forma de instituição do banco de horas individual e do banco de horas grupal e é também fundamentalmente contra esse aspeto do regime que a argumentação dos requerentes se dirige.

Quanto ao banco de horas individual, está em causa, em primeira linha, a *possibilidade de o banco de horas ser instituído por acordo entre o empregador e o trabalhador, presumindo-se a aceitação por parte do trabalhador que não se oponha, por escrito, à proposta do empregador, nos 14 dias seguintes ao conhecimento da mesma*. Este regime reporta-se, em rigor, ao disposto nos n.ºs 1, 1.ª parte, e 2 do artigo 208.º-A. Para além disso, pode entender-se que os termos da expressa invocação do parâmetro constitucional impositivo de uma organização do trabalho que permita a conciliação da atividade profissional com a vida familiar obrigam à apreciação do regime do banco de horas individual, para além da parte atinente à forma de instituição. Em particular, os limites temporais expressos na 2.ª parte do n.º 1 do citado artigo 208.º-A devem ser tidos em conta, para esse efeito.

Quanto ao banco de horas grupal, a questão colocada pode definir-se como a da inconstitucionalidade do regime constante do artigo 208.º-B, *na medida em que permite que o banco de horas possa ser imposto, por decisão unilateral do empregador, a trabalhadores que nele não consentiram, por via da extensão do banco de horas previsto em IRCT abrangendo 60% dos trabalhadores de uma equipa, secção ou unidade económica, mesmo quando o trabalhador não seja sindicalizado, ou,*

sendo sindicalizado, quando o respetivo sindicato não subscreveu aquele IRCT (n.º 1); ou por via da extensão dos acordos individuais celebrados com 75% dos outros trabalhadores da mesma equipa, secção ou unidade económica, ainda que o trabalhador em causa o tenha expressamente recusado.

É no confronto com estas normas que, devem ser analisados os parâmetros constitucionais invocados pelos requerentes, nomeadamente, a necessidade de conciliação da atividade profissional com a vida familiar, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e a liberdade sindical.

Em síntese, os requerentes invocam o seguinte:

- Quanto ao banco individual de horas, que a equiparação do silêncio do trabalhador ao seu acordo para a instituição do banco de horas (n.º 2 do artigo 208.º-A) o coloca numa posição de fragilidade perante o empregador e de constrangimento na recusa de tal proposta, não podendo, atenta a feição protecionista da legislação laboral, o silêncio valer como declaração negocial;
- No tocante ao banco de horas grupal, este é um banco “forçado” (baseado numa decisão apenas maioritária), que não resulta de acordo, coletivo ou individual, e pode ser imposto contra a vontade manifestada pelos trabalhadores que não o aceitaram, sendo inadmissível que em matéria de flexibilidade do tempo de trabalho e alteração de horas de trabalho não seja mantido o princípio da aceitação individual; e que a extensão do banco de horas, previsto em convenção coletiva de trabalho, por decisão unilateral da entidade patronal, a trabalhadores não sindicalizados ou filiados em sindicato que não tenha outorgado a convenção, configura uma violação do princípio da liberdade sindical (artigo 55.º, n.º 2, alínea b), da Constituição);
- Relativamente aos dois tipos de bancos de horas considerados, que as normas pertinentes são incompatíveis com a garantia constitucional de que o trabalho deve ser organizado de forma a “permitir a conciliação da atividade profissional com a vida familiar” (artigo 59.º, n.º 1, alínea b) *in fine*, da Constituição); que constituem uma restrição ilegítima do direito ao repouso (artigo 59.º, n.º 1, alínea d); e que contendem com os direitos ao livre desenvolvimento da personalidade (26.º, n.º 1), à proteção da família (67.º) e à proteção da saúde (64.º).

O banco de horas individual

15. O banco de horas individual pode ser instituído por acordo entre o empregador e o trabalhador, presumindo-se a aceitação por parte do trabalhador que não se oponha, por escrito, à proposta do empregador, nos 14 dias seguintes ao conhecimento da mesma (cfr. os n.ºs 1, primeira parte, e 2, do artigo 208.º-A do Código do Trabalho). Tal banco não pode, assim, ser imposto individualmente, embora a lei, nos termos referidos, atribua ao trabalhador o ónus de manifestar a sua discordância à proposta apresentada

pelo empregador, se não quiser ficar vinculado ao regime de banco de horas dela constante. Esta presunção legal do acordo do trabalhador é feita através da valoração do silêncio (ou inércia) do trabalhador como declaração de aceitação; enquanto a manifestação do desacordo (ou declaração de discordância), para ser válida, tem de ser expressamente prestada por escrito num determinado prazo.

Como referido, é esta a dimensão normativa questionada, em primeira linha, pelos requerentes. E, para apreciar esta questão de constitucionalidade, entre os parâmetros convocados pelos requerentes, é o *direito ao livre desenvolvimento da personalidade* que assume relevo determinante (cfr. o artigo 26.º, n.º 1, da Constituição).

Na verdade, estando em causa a superação, no interesse do empregador, da rigidez do horário de trabalho – aspeto da disciplina laborista centralmente garantístico da liberdade de ação do trabalhador (na vertente da “liberdade de organização do tempo”, na terminologia de António Monteiro Fernandes, *Direito do Trabalho*, 14.ª ed., Coimbra, Almedina, 2009, p. 188) –, poderia entender-se que a solução não assegura, nos termos devidos, que a autolimitação dessa liberdade promane de uma decisão consciente e livre do trabalhador. Contudo, não resulta de primeira evidência que ela encontre, na Constituição, um obstáculo inultrapassável.

O Acórdão n.º 338/2010 debruçou-se sobre a regra paralela respeitante ao regime da adaptabilidade individual contida no artigo 205.º, n.º 4, do Código do Trabalho (e para o qual o n.º 2 do artigo 208.º-A remete). Nesse aresto, decidiu-se não declarar a inconstitucionalidade do mencionado artigo 205.º, por se entender, na parte que aqui mais releva, o seguinte (cfr. o n.º 8 da respetiva fundamentação):

- Que o facto de o silêncio não ter em geral valor declarativo (artigo 218.º do Código Civil), não significa que a lei não lhe possa conferir esse valor, quando se entenda que é razoável supor a diligência correspondente a um dever de resposta;
- Que a lei prevê a possibilidade de o trabalhador se opor ao regime da adaptabilidade e que esta não é uma possibilidade meramente “teórica”, pois quando o trabalhador se opuser por escrito, o empregador não lhe pode impor a adaptabilidade do período de trabalho.

Estas razões são inteiramente transponíveis para o caso em apreço e, tal como se concluiu no Acórdão n.º 338/2010, também agora se impõe um juízo negativo de inconstitucionalidade relativamente à norma do artigo 208.º-A, n.º 2, do Código do Trabalho. Com efeito, também esta não prevê uma pura imposição unilateral do banco de horas individual, antes permite a oposição do trabalhador, manifestada por escrito em determinado prazo.

É certo que a norma onera a posição do trabalhador e, ao mesmo tempo, facilita a realização do interesse do empregador em instituir o banco de horas, sendo precisamente o segundo que no quadro da relação jurídica considerada detém uma posição de poder sobre o primeiro, porque este lhe está subordinado juridicamente. Note-se, contudo, que a valoração do silêncio como declaração negocial de aceitação não é, em si mesma, inconstitucional. Embora a regra infraconstitucional seja a de que o silêncio não vale como declaração negocial (artigo 218.º do Código Civil), não há, em abstrato, obstáculo constitucional a que uma lei laboral lhe atribua esse valor. A tal não obsta, designadamente, a «feição protecionista» da lei laboral, nomeadamente, quando seja “razoável supor a diligência correspondente a um dever de resposta” (na expressão do Acórdão n.º 338/2010), como acontece no caso em apreço.

O esquema de consentimento tácito previsto no artigo 208.º-A (idêntico ao previsto para a adaptabilidade individual, no artigo 205.º, n.º 4) é semelhante ao consagrado para a adesão, pelo trabalhador, à parte contratual dos regulamentos de empresa (artigo 104.º do CT). O regime dos regulamentos de empresa não seria, à partida, a fonte normal de inspiração para uma regra relativa à formação de um acordo individual, como o que aqui está em causa. Contudo, a aproximação àquele regime pode encontrar explicação no carácter tendencialmente supra-individual que os esquemas de modulação temporal da prestação laboral assumem, destinados a programarem o conjunto das prestações dos diferentes «grupos de trabalhadores» no quadro da organização produtiva, cuja gestão transcende as relações de trabalho individualmente consideradas (neste sentido, embora sobre o esquema de adesão tácita previsto para a adaptabilidade individual, v. António Nunes de Carvalho, “Notas sobre o artigo 206.º do Código do Trabalho (adaptabilidade grupal)” in Catarina de Oliveira Carvalho e Júlio Vieira Gomes (coord.), *Direito do Trabalho + Crise = Crise do Direito do Trabalho?* (Actas do Congresso de Direito do Trabalho, p. 215 e ss., p. 217, n. 5).

A exigência de um acordo para a instituição do banco de horas individual, ainda que tácito, não deixa na inteira disponibilidade do empregador a utilização individualizada deste mecanismo de flexibilização do tempo de trabalho. É dada oportunidade a que o trabalhador exprima a sua vontade em contrário, inviabilizando, desse modo, a instauração de um banco de horas que lese interesses pessoais e familiares determinantes. Desse modo, é preservada, no essencial, a garantia de conciliação da vida profissional com esses interesses. E se são reais os obstáculos a que, numa relação de trabalho, o trabalhador exerce uma efetiva liberdade de decisão, não se vê que a exigência de um consentimento expreso tivesse o condão de eliminar ou, sequer, de atenuar significativamente, os constrangimentos fácticos que podem motivar uma atitude condescendente do trabalhador face à proposta de banco de horas.

Não parece, assim, haver obstáculo constitucional a um regime que salvaguarda a necessidade do acordo do trabalhador a uma alteração individualizada da organização do seu tempo de trabalho.

Deste modo, não cabendo a este Tribunal pronunciar-se quanto à bondade de uma solução legislativa que «facilita» o acordo à proposta de banco individual de horas, conclui-se que esta opção legislativa – que, no limite, não permite uma alteração individual do tempo de trabalho imposta unilateralmente pelo empregador – se situa na margem de liberdade conformativa do legislador.

16. Por outro lado, a organização flexível do tempo de trabalho em si mesma considerada e que o instituto do banco de horas em geral, e ao lado de outros institutos como a adaptabilidade e o horário concentrado, propicia – dimensão que pode contender com os direitos dos trabalhadores à conciliação da atividade profissional com a vida familiar e ao repouso e aos lazeres (cfr. as alíneas b) e d) do n.º 1 do artigo 59.º da Constituição) - não está ausente das preocupações dos requerentes. Com efeito, se avulta na argumentação dos requerentes a impugnação do regime procedimental de instauração do banco de horas individual, a verdade é que, como referido, estes não deixam de questionar também os efeitos substantivos desta forma de organização do tempo de trabalho, nomeadamente a ofensa que dela pode resultar para direitos fundamentais que tutelam a vida pessoal e familiar dos trabalhadores. Nesse sentido, os requerentes afirmam expressamente: “por outro lado, independentemente das considerações acerca do consentimento do trabalhador, para os aqui subscritores a criação de um banco de horas individual viola o artigo 59.º da Constituição uma vez que impede a «conciliação da atividade profissional com a vida familiar»”.

Em contrário a este juízo, pode, todavia, salientar-se que é a própria natureza *individual* do banco de horas em análise, quer no processo da sua criação, quer, eventualmente, na modulação temporal dos períodos de trabalho, que pode assegurar uma disponibilidade de tempos livres consentânea, no essencial, com os interesses pessoais de cada trabalhador. Não vigorando o banco de horas contra a vontade do trabalhador (por condicionada que esta esteja numa relação de emprego), este tem, como já foi dito, oportunidade de ponderar se os tempos de trabalho propostos preservam suficientemente os interesses atinentes aos seus particulares modo e condições de vida pessoal e familiar, decidindo em conformidade.

Em conclusão: a consagração legislativa do banco de horas individual não padece de qualquer inconstitucionalidade.

O banco de horas grupal

17. No que respeita ao banco de horas grupal, vem questionada a constitucionalidade do artigo 208.º-B do Código do Trabalho em virtude de o mesmo permitir o estabelecimento por decisão unilateral do empregador de um banco de horas forçado. Com efeito, os requerentes sustentam que o banco de horas em apreço pode ser imposto contra a vontade manifestada pelos trabalhadores que não o aceitaram; e que a extensão do banco de horas, previsto em convenção coletiva de trabalho, por decisão unilateral da entidade patronal, a trabalhadores não sindicalizados ou filiados em sindicato que não tenha outorgado a convenção, configura uma violação do princípio da liberdade sindical (artigo 55.º, n.º 2, alínea b), da Constituição). Está, por conseguinte, em causa a constitucionalidade do citado artigo 208.º-B na medida em que o mesmo permite:

- A imposição do banco de horas, por decisão unilateral do empregador, a trabalhadores da mesma equipa, secção ou unidade económica que nele não consentiram, por via da *extensão do banco de horas previsto em IRCT que abranja, pelo menos, 60% dos trabalhadores dessa estrutura, mesmo quando se trate de trabalhadores não sindicalizados ou, sendo-o, quando o respetivo sindicato não tenha subscrito aquele IRCT* (n.º 1);
- A imposição do banco de horas, por decisão unilateral do empregador, a trabalhadores da mesma equipa, secção ou unidade económica que nele não tenham consentido, por via da *extensão dos acordos individuais celebrados com, pelo menos, 75% dos outros trabalhadores dessa estrutura* (n.º 2).

À semelhança do que ocorre com a adaptabilidade grupal prevista no artigo 206.º do Código do Trabalho, o regime de banco de horas em análise visa permitir a aplicação deste modo de organização do tempo de trabalho para além do universo limitado das relações de trabalho abrangidas pelo IRCT que o preveja, procurando ultrapassar os obstáculos decorrentes da eventual ausência de filiação sindical, ainda que diminuta, ou da recusa, ainda que residual, de proposta de banco de horas individual, permitindo, assim, que este modo de organização do tempo de trabalho se aplique à generalidade dos trabalhadores, designadamente, em situações, não difíceis de antever, em que um tal regime apenas faça sentido quando abranja a totalidade dos trabalhadores da equipa, secção ou estabelecimento. Este mecanismo permite, verificados determinados pressupostos, a instituição do regime do banco de horas a um grupo de trabalhadores (“equipa, secção ou unidade económica”), dentro de determinada empresa ou estabelecimento, sem necessidade de obter o acordo individual de todos e de cada um deles. Com efeito, o banco de horas grupal pode ser aplicado a todo o grupo, desde que verificada uma das seguintes alternativas:

- i) Existência de IRCT que institua o regime de banco de horas e preveja: (a) a possibilidade de o empregador o aplicar ao conjunto dos trabalhadores da mesma equipa, secção ou unidade económica, caso, pelo menos, 60% dos trabalhadores dessa estrutura estejam abrangidos pelo mencionado IRCT, por serem filiados em associação sindical celebrante da convenção ou por terem aderido individualmente à convenção, nos termos do artigo 497.º do Código do Trabalho (cfr. o artigo 206.º, n.º 1, alínea a), do mesmo Código, por remissão do artigo 208.º-B, n.º 1); (b) a possibilidade de o banco de horas nele instituído se continuar a aplicar enquanto os trabalhadores em causa forem em número igual ou superior àquela percentagem (cfr. o artigo 206.º, n.º 1, alínea b), por remissão do artigo 208.º-B, n.º 1);

- ii) Existência de acordo quanto à instituição do regime de banco de horas por parte de, pelo menos, 75% dos trabalhadores da mesma equipa, secção ou unidade económica (cfr. o artigo 208.º-B, n.º 2).

O n.º 3 do artigo 208.º-B determina ainda – e também em paralelo com o que se prevê no n.º 4 do artigo 206.º - a não aplicação do banco de horas grupal aos trabalhadores que se encontrem abrangidos por convenção coletiva que disponha de modo contrário a esse regime ou, relativamente à extensão do banco de horas admitida por IRCT – e apenas essa -, aos trabalhadores representados por associação sindical que tenha deduzido oposição a portaria de extensão da convenção coletiva em causa.

O banco de horas grupal constitui, pelo exposto, uma forma de extensão do âmbito pessoal do banco de horas por regulamentação coletiva previsto no artigo 208.º do Código do Trabalho ou do banco de horas individual do artigo 208.º-A, com vista a fazê-los aplicar a trabalhadores da mesma equipa, seção ou unidade económica que não estavam abrangidos por aquelas outras formas de instituição do banco de horas. Neste sentido, António Nunes de Carvalho, referindo-se ao regime idêntico da adaptabilidade grupal, salienta que o que este regime consagra não é um novo mecanismo de definição de esquemas de modulação do tempo de trabalho, mas sim um “alargamento do regime de adaptabilidade por ato do empregador” (v. Autor cit., “Notas sobre o artigo 206.º do Código do Trabalho (adaptabilidade grupal)” cit., p. 218). Especificamente no que se refere ao banco de horas grupal, o mesmo Autor considera que “o art. 208.º-B decalca o regime da adaptabilidade grupal” (v. Autor cit., “Tempo de trabalho” cit., p. 32).

18. No seu Acórdão n.º 338/2010 o Tribunal Constitucional pronunciou-se no sentido da admissibilidade constitucional do regime da adaptabilidade grupal com fundamentos que, no essencial, também se mostram aptos a justificar a legitimidade constitucional do banco de horas grupal. À semelhança do que sucede com a adaptabilidade grupal, o banco de horas homónimo impõe que a disponibilidade de uma maioria de trabalhadores para aceitar um regime de flexibilização do tempo de trabalho se sobreponha às situações específicas de cada trabalhador individualmente considerado. Subjaz aos dois institutos uma ideia de solidariedade que justifica a subordinação de interesses individuais ao interesse coletivo em articulação com o interesse da boa gestão empresarial.

Na verdade, como alguma doutrina sublinha, a habilitação legal do empregador de proceder à instituição concreta dos regimes de adaptabilidade grupal ou do banco de horas grupal, desde que verificados determinados pressupostos e com observância de limites estritos, configura uma concordância prática entre princípios conflitantes cujo resultado pode ser considerado “razoável e axiologicamente justificado em dois princípios laborais fundamentais: o *princípio do coletivo*, neste caso projetado na unidade da equipa ou secção

sujeita a este regime de tempo de trabalho, que prevalece sobre os interesses individuais dos membros dessa mesma equipa; e o *princípio da prevalência dos interesses de gestão*, traduzido, no caso vertente, numa das orientações axiológicas em matéria de tempo de trabalho já expostas – a maleabilização do tempo de trabalho como instrumento de flexibilização do Direito do Trabalho, em consonância com as necessidades de gestão” (nestes termos, e com referência ao regime da adaptabilidade grupal, v. Maria do Rosário Palma Ramalho, *Tratado de Direito do Trabalho. Parte II...*, cit., p. 473; itálicos aditados). O primeiro daqueles princípios, ao evidenciar a “faceta organizacional do contrato de trabalho” e a “influência dos fenómenos coletivos na situação juslaboral do trabalhador”, “permite ultrapassar as deficiências explicativas da dogmática civil em relação aos fenómenos laborais coletivos e à própria dimensão coletiva do vínculo laboral” (assim, v. a mesma Autora, *Tratado de Direito do Trabalho. Parte I – Dogmática Geral*, 3ª ed., Almedina, Coimbra, 2012, pp. 531 e 532). O segundo (também referido como “princípio da salvaguarda dos interesses de gestão”) – enquanto vertente do princípio da compensação da posição devedora complexa das partes no contrato de trabalho – é o fundamento de diversas regras que, visando a subsistência do próprio vínculo laboral garantem, dentro de certos limites, a prevalência da posição da empresa sobre o acordo negocial e tem como base constitucional a liberdade de iniciativa privada e a liberdade de gestão das empresas privadas (cfr. os artigos 61.º, n.º 1, 80.º, alínea c), e 86.º, n.º 2, da Constituição; v. *idem, ibidem*, pp. 520, 521 e 528).

Por outro lado, para compreender as razões objetivas de natureza organizatória que explicam o caráter «grupal» dos mecanismos em análise e a inerente necessidade de uma subordinação de interesses individuais aos interesses de gestão e da maioria dos trabalhadores, importa atender ao âmbito funcional com referência ao qual a lei permite o alargamento da modulação de tempos de trabalho instituída por regulamentação coletiva ou por acordos individuais. Trata-se de estruturas caracterizadas na lei como «equipa», «secção» ou «unidade económica». E é em função do universo dos trabalhadores que integram tais estruturas que são definidos os limites que permitem a aplicação dos mecanismos de natureza grupal (adaptabilidade ou banco de horas).

Sem prejuízo de todas as incertezas quanto à respetiva delimitação concreta dentro de cada empresa, a unificação de tais universos – de resto inculcada pelas referências legais aos “trabalhadores dessa estrutura” contida nos artigos 206.º, n.ºs 1, alínea a), e 2, e 208.º-B, n.º 2, do Código do Trabalho – e a conseqüente identificação das estruturas correspondentes, justifica-se “em função da razão de ser do próprio mecanismo: permitir a aplicação de um esquema de modulação de tempo de trabalho a um conjunto de prestações com especial ligação entre si, ligação essa cuja intensidade seria incompatível, na prática, com a aplicação do esquema a uma parte, apenas, dos trabalhadores em causa. O mesmo é dizer, portanto, que a definição do universo a considerar implica um juízo de adequação funcional, que não se esgota na mera apreciação de dados de facto, mas convoca também critérios de gestão (não apenas no que concerne à escolha do nível a considerar – equipa, secção ou unidade económica -, como também no que concerne à própria congruência com a razão de ser do mecanismo). Dizendo-o de outro modo, a intenção patronal de extensão do regime de adaptabilidade [- e o mesmo vale, por identidade de razão, para o regime de banco de horas -] deve reportar-se a uma unidade na qual possa ser apreciada a fenomenologia em que assenta a razão de ser da adaptabilidade grupal: necessidade funcional de uma

homogeneização dos esquemas temporais da prestação de trabalho” (cfr. António Nunes de Carvalho, “Notas sobre o artigo 206.º...” cit., p. 230).

A adaptabilidade grupal e o banco de horas grupal mostram-se, assim, enformados por uma racionalidade própria que justifica um enquadramento normativo das figuras que parta da respetiva *unidade funcional*, compreendendo-se a faculdade conferida por lei, ao empregador, para impor unilateralmente a determinados trabalhadores a prestação da atividade no quadro de um esquema de modulação de tempos de trabalho em cuja definição tais trabalhadores não tenham intervindo ou, porventura, ao qual se tenham oposto expressamente, à luz dessa mesma unidade, independentemente da base de tal modulação assentar na extensão de uma prévia regulamentação coletiva ou na aplicação dos termos de uma proposta de acordo individual aceite por uma grande maioria dos respetivos destinatários.

Nesta perspetiva, com efeito, não é a convenção coletiva que admite a extensão do regime nela previsto, nos termos dos artigos 206.º, n.º 1, alínea a), e 208.º-B, n.º 1, do Código do Trabalho, que constitui, por si mesma, o título de atribuição ao empregador do direito à aplicação do regime de modulação, já que a mesma convenção opera antes - e em paralelo com a aceitação por parte de 75% dos trabalhadores da proposta de modulação do tempo de trabalho formulada pelo empregador - como *pressuposto do exercício de um poder que assenta, afinal, na própria lei* (e não na autonomia coletiva ou na autonomia individual; cfr. António Nunes de Carvalho, “Notas sobre o artigo 206.º...” cit., pp. 228 e 244). Ainda segundo este ponto de vista, as figuras da adaptabilidade grupal e do banco de horas grupal expõem o vínculo contratual de certos trabalhadores “à possibilidade de imposição, por ato unilateral do empregador, de uma distribuição diferenciada das jornadas de trabalho diária e semanal”, em termos próximos de outras vicissitudes do contrato de trabalho objeto de previsão legal, como a mobilidade funcional, a transferência unilateral e o trabalho suplementar, onde assoma o caráter “incompleto” e “aberto ao futuro” e, por isso, “intrinsecamente adaptável” do contrato de trabalho (cfr. *idem, ibidem*).

A importância dos pressupostos do exercício da citada faculdade do empregador prende-se com uma dimensão de representatividade dos interesses dos trabalhadores *indiciária* de que o regime de modulação do tempo de trabalho a aplicar não seja globalmente desfavorável ao conjunto dos trabalhadores abrangidos – o legislador parte de uma *presunção de favorabilidade* da instituição dos regimes de adaptabilidade grupal ou de banco de horas grupal. Como se referiu no Acórdão n.º 338/2010, deve considerar-se que, se uma convenção coletiva, abrangendo 60% dos trabalhadores visados, opta por admitir uma solução desse tipo, é certamente por razões que reconhece como sendo do interesse global dos trabalhadores. Do mesmo modo, o legislador considerou que, na ausência de uma tal convenção coletiva aplicável a 60% dos trabalhadores de uma equipa, secção ou unidade económica, se 75% dos trabalhadores dessa estrutura aceitarem a proposta de banco de horas formulada pelo empregador, isso constitui indício suficiente de que o acordo proposto não é globalmente desfavorável ao interesse dos trabalhadores. Ou seja, em ambos os casos a faculdade legal do empregador é condicionada por um apoio muito significativo ou dos próprios trabalhadores a abranger ou dos representantes

qualificados de um número não menos significativo do mesmo universo de trabalhadores, sendo esse apoio indiciador do carácter vantajoso da instituição do regime de modulação do tempo de trabalho em causa para o conjunto dos trabalhadores da equipa, secção ou unidade económica.

Pelo exposto, o artigo 208.º-B do Código do Trabalho não chega sequer a interferir com a liberdade sindical na sua dimensão negativa: por via do regime de banco de horas grupal, os trabalhadores não são diretamente abrangidos pela eficácia de convenções coletivas do trabalho celebradas por associações sindicais em que não estão inscritos ou relativamente às quais não tenham exercido o seu direito de escolha. A aplicação concreta de tal regime funda-se no poder de direção do empregador com observância de determinados pressupostos legalmente estabelecidos. A mesma não implica uma subordinação da autonomia individual à autonomia coletiva não fundada na representação sindical, pelo que inexistente qualquer problema de compatibilidade da norma do n.º 1 do citado artigo com a liberdade sindical tutelada no artigo 55.º da Constituição.

19. De qualquer modo, e ainda que se entendesse que a aplicação dos regimes de adaptabilidade ou de banco de horas a trabalhadores sindicalmente não filiados, nos termos previstos nos artigos 206.º, n.º 1, alínea a), e 208.-B, n.º 1, do Código do Trabalho, implicasse diretamente a eficácia *erga omnes* de convenções coletivas – o que, como referido, não é o caso –, a verdade é que a Constituição admite que a lei possa permitir, com base em razões materialmente fundadas, o alargamento do âmbito de aplicação pessoal de convenções coletivas a trabalhadores não filiados em associações sindicais que tenham assinado as convenções em causa. Como se afirmou no Acórdão n.º 338/2010, essa possibilidade pode fundar-se, por exemplo, no princípio da igualdade:

« A possibilidade de extensão do regime das CCT's em vigor a trabalhadores sindicalmente não filiados, por sua vez, funda-se no princípio da igualdade. Os trabalhadores que operam no quadro de uma mesma empresa ou de um mesmo sector devem estar sujeitos a um mesmo conjunto de condições de trabalho, a menos que haja uma razão válida para assim não suceder.

É constitucionalmente indiscutível que um trabalhador individual pode ficar vinculado por um instrumento coletivo de trabalho, fundado numa autonomia coletiva (artigo 56.º, n.º 3, da Constituição), sem necessidade da sua aceitação específica de tal instrumento.»

E o interesse de gestão e de um número muito significativo de trabalhadores na modulação dos tempos de trabalho no âmbito de uma mesma equipa, secção ou unidade económica sempre seria também, para tal efeito, uma razão objetiva e materialmente fundada para justificar a habilitação legal do empregador de tornar extensivo a trabalhadores não diretamente abrangidos o regime constante de uma convenção coletiva de trabalho. Ou seja, mesmo que estivesse em causa a extensão de tal instrumento de regulamentação por decisão do empregador, a habilitação legal para o efeito não seria incompatível com a Constituição.

Relativamente à extensão do regime de banco de horas individual – e o mesmo aplica-se de igual modo à extensão do regime de adaptabilidade individual -, porque falta a mediação das associações sindicais, a lei, para criar a mesma presunção de favorabilidade relativamente ao universo dos trabalhadores abrangidos, exige um apoio reforçado que se traduz num mais expressiva adesão – 75% - à proposta do empregador formulada nos termos do n.º 2 do artigo 208.º-A. E, como referido, também neste caso se ressalva, em atenção ao direito de contratação coletiva, a situação dos trabalhadores abrangidos por convenção coletiva que disponha de modo contrário a esse regime.

Por outro lado, a presunção de favorabilidade da instituição do regime de adaptabilidade grupal ou de banco de horas grupal decorrente da verificação dos pressupostos legais – o aludido apoio de uma maioria de trabalhadores – não é absoluta, já que a lei impõe limites fundados justamente no direito de contratação coletiva dos trabalhadores. Com efeito, os artigos 206.º, n.º 4, e 208.º-B, n.º 3, do Código do Trabalho excecionam da aplicabilidade daquele regime o “trabalhador abrangido por convenção coletiva que disponha de modo contrário a esse regime ou, relativamente ao regime [definido com base na regulamentação coletiva, o] trabalhador representado por associação sindical que tenha deduzido oposição a portaria de extensão da convenção coletiva em causa”. No caso destes trabalhadores a aludida presunção não opera ou tem-se como elidida.

20. O banco de horas grupal, diferentemente do que sucede com o banco de horas individual, não tem de ser aceite pelo trabalhador, podendo ser-lhe imposto desde que se verifiquem certos pressupostos. E, tal como sucede no regime de adaptabilidade grupal, o banco de horas homónimo impõe que a disponibilidade de uma maioria de trabalhadores para aceitar um regime de flexibilização do tempo de trabalho se sobreponha às situações específicas de cada trabalhador individualmente considerado. Consequentemente, os regimes em causa têm de ser confrontados com os direitos dos trabalhadores consagrados no artigo 59.º, n.º 1, da Constituição.

Na verdade, e conforme se salientou no Acórdão n.º 338/2010, a forma variável de organização do tempo de trabalho diminui os períodos de descanso diários e semanais do trabalhador e, nessa medida, afeta o seu direito ao repouso (artigos 59.º, n.º 1, alínea d), e 17.º da Constituição). Dado que existem ciclos biológicos no que respeita ao cansaço físico e intelectual, a concentração de trabalho num determinado período de tempo não é aritmeticamente compensada, em termos de repouso, através de uma correlativa redução de tempo num momento posterior mais ou menos distante. O direito ao repouso tem, portanto, de se relacionar com os ciclos naturais de resistência física e intelectual. E, nessa medida, todas as formas de flexibilização do período normal de trabalho representam uma restrição do direito ao repouso.

E é também certo que a flexibilidade do tempo de trabalho dificulta por regra "a conciliação da atividade profissional com a vida familiar" (artigo 59.º, n.º 1, alínea d), da Constituição). Ora o cumprimento mínimo do direito à "organização do trabalho em condições socialmente dignificantes de modo a facultar a realização pessoal e a permitir a conciliação da atividade

profissional com a vida familiar" pode considerar-se, ainda, uma exigência do direito ao livre desenvolvimento da personalidade (artigo 26.º) e do direito à família (artigo 36.º) sendo, por isso, um direito de natureza análoga aos direitos liberdades e garantias (artigo 17.º, todos da Constituição). O acréscimo dos tempos de trabalho em determinados períodos torna, porém, mais exíguo o encontro familiar (em especial no âmbito da chamada família nuclear) e essa perda não é geralmente compensada pela redução posterior de tempo de trabalho, uma vez que os outros elementos da família não terão certamente as mesmas variações (isto é, acréscimos e reduções) nos seus horários laborais e escolares.

Contudo, estas limitações aos direitos dos trabalhadores que não tenham aderido ou que estejam contra a instituição concreta dos regimes de adaptabilidade grupal ou de banco de horas grupal, são indispensáveis à operacionalização desses institutos de modulação do tempo de trabalho, já que os mesmos só são praticáveis no quadro da estrutura para que tenham sido instituídos – a equipa, secção ou unidade económica – e desde que a estrutura no seu todo seja por eles abrangida. Fora desse quadro de necessidade o empregador dispõe sempre dos meios menos intrusivos assentes exclusivamente na regulamentação coletiva (regimes de adaptabilidade ou de banco de horas por regulamentação coletiva – artigos 204.º e 208.º do Código do Trabalho) ou na adesão individual (regimes de adaptabilidade ou de banco de horas individual – artigos 205.º e 208.º-A do Código do Trabalho). Deve considerar-se, por isso, que se uma convenção coletiva prevê a instituição de um regime de base grupal ou 75% dos trabalhadores de uma mesma estrutura aceitam tal solução é certamente por estar em causa a realização de interesses que, naquele momento, são considerados prevaletentes sobre o repouso e a vida familiar. E, como referido no Acórdão n.º 338/2010, “esses interesses poderão passar, nomeadamente, pela viabilidade económica da empresa e pela consequente manutenção dos postos e condições de trabalho dos trabalhadores”.

Acresce que, numa perspetiva de justa medida dos sacrifícios impostos aos aludidos trabalhadores, o próprio Código do Trabalho prevê limites máximos diários, semanais e anuais ao aumento de trabalho consequente da instituição concreta dos citados regimes (cfr. os artigos 204.º e 205.º, relativamente ao regime de adaptabilidade, e os artigos 208.º e 208.º-A, quanto ao regime de banco de horas) e ainda um limite máximo da duração média do trabalho semanal (cfr. o artigo 211.º, n.º 1, do Código do Trabalho). Além disso, e como atrás referido, a lei dispensa de prestar trabalho com sujeição aos regimes de adaptabilidade ou de banco de horas os trabalhadores em condições mais vulneráveis, como é o caso das trabalhadoras grávidas, puérperas e lactantes, os trabalhadores menores e, em certos casos, os trabalhadores portadores de deficiência ou doença crónica e os trabalhadores-estudantes (cfr., respetivamente, os artigos 58.º, 74.º, 87.º e 90.º, todos do Código do Trabalho).

Finalmente, são ainda inteiramente aplicáveis ao banco de horas grupal as considerações de ordem geral feitas no Acórdão n.º 338/2010 com referência à adaptabilidade homónima baseada em IRCT, a propósito dos direitos de personalidade dos trabalhadores:

« Coloca-se, contudo, ainda o problema final que é o de poder haver trabalhadores que são mais afetados pelo regime instituído pelos IRCT's, podendo estes pôr em risco os seus direitos de personalidade (em especial os direitos à integridade física e moral, à saúde, e os direitos à parentalidade).

O Código do Trabalho prevê expressamente que a existência de filhos menores a cargo (parentalidade) implique a "dispensa de prestação de trabalho em regime de adaptabilidade" (artigo 35.º, n.º 1, al. g), do Código do Trabalho).

Ora parece evidente que, à luz dos direitos e valores constitucionais (artigos 36.º, 59.º, n.º 1, alínea *b*), 67.º e 68.º, todos da Constituição da República Portuguesa), o conceito de "adaptabilidade" tem aqui de valer em sentido amplo de modo a abranger outras formas de organização do tempo de trabalho impostas por regulamentação coletiva de trabalho, como sejam o "banco de horas" (artigo 208.º) ou o "horário concentrado" (artigo 209.º do Código do Trabalho), estabelecidos por instrumento de regulamentação coletiva de trabalho. Deste modo, a mesma dispensa de parentalidade, prevista no artigo 35.º, n.º 1, alínea *g*), do Código do Trabalho, terá de valer para o "horário concentrado" e para o "banco de horas" (neste último caso até por maioria de razão dada a amplitude dos limites máximos de horas legalmente estabelecidos). Estamos certamente perante um exemplo inequívoco de um regime legal em conformidade com os direitos e princípios constitucionais.

Além disso, não se compreenderia que a mesma dispensa não valesse por razões de saúde (artigo 64.º da Constituição) ou de integridade física e psíquica (artigo 25.º da Constituição) do trabalhador, visto tratar-se de direitos fundamentais que vinculam, diretamente as entidades privadas (artigo 18.º, n.º 1, da Constituição) e não podem ser postos em causa por convenção coletiva de trabalho (veja-se Gomes Canotilho e Vital Moreira, Constituição da República Portuguesa Anotada, cit., p. 749).

Note-se, ainda, que o artigo 35.º, n.º 1, al. *g*), do Código do Trabalho, que prevê a "dispensa de prestação de trabalho em regime de adaptabilidade", não pode ser afastado por instrumento de regulamentação coletiva de trabalho (artigo 3.º, n.º 3, alínea *a*) do Código.»

Pode, assim, concluir-se que as limitações de direitos individuais dos trabalhadores que não tenham consentido direta ou indiretamente na instituição do regime de banco de horas grupal são apenas as necessárias a assegurar o exercício do poder de direção do empregador – que é também ele expressão de uma liberdade fundamental, a de iniciativa económica (cfr. o artigo 61.º, n.º 1, da Constituição) – em ordem a assegurar a viabilidade desse regime no interesse da gestão da empresa e, em última análise, também no interesse comum dos próprios trabalhadores abrangidos e que aquelas limitações, em si mesmas, e por não representarem um sacrifício mais oneroso do que aquele que poderia resultar da desconsideração dos interesses protegidos por via desse mesmo regime, não são excessivas; ao invés, as mesmas encontram-se numa justa medida com os fins constitucionalmente relevantes e que são visados pelo regime em apreço.

C.2) As questões de constitucionalidade referentes ao descanso compensatório e à remuneração do trabalho suplementar

21. Vem questionada a constitucionalidade do artigo 9.º, n.º 2, da Lei n.º 23/2012, de 25 de junho, na parte em que procedeu à revogação do artigo 229.º n.ºs 1, 2 e 6 (eliminação do descanso compensatório), do Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro; e, outrossim, a constitucionalidade da nova redação dada por aquela Lei aos artigos 268.º, n.ºs 1 e 3 (redução para metade do pagamento do trabalho suplementar), e 269.º, n.º 2 (prestações relativas a dia feriado), do mesmo Código.

O artigo 229.º, revogado pelo artigo 9.º, n.º 2, da Lei n.º 23/2012, de 25 de junho, tinha a seguinte redação (que lhe havia sido conferida pela Lei n.º 53/2011, 14 de outubro):

«Artigo 229.º

Descanso compensatório de trabalho suplementar

- 1 - O trabalhador que presta trabalho suplementar em dia útil, em dia de descanso semanal complementar ou em feriado tem direito a descanso compensatório remunerado, correspondente a 25 % das horas de trabalho suplementar realizadas, sem prejuízo do disposto no n.º 3.
- 2 - O descanso compensatório a que se refere o número anterior vence-se quando perfaça um número de horas igual ao período normal de trabalho diário e deve ser gozado nos 90 dias seguintes.
- 3 - O trabalhador que presta trabalho suplementar impeditivo do gozo do descanso diário tem direito a descanso compensatório remunerado equivalente às horas de descanso em falta, a gozar num dos três dias úteis seguintes.
- 4 - O trabalhador que presta trabalho em dia de descanso semanal obrigatório tem direito a um dia de descanso compensatório remunerado, a gozar num dos três dias úteis seguintes.
- 5 - O descanso compensatório é marcado por acordo entre trabalhador e empregador ou, na sua falta, pelo empregador.
- 6 - O disposto nos n.ºs 1 e 2 pode ser afastado por instrumento de regulamentação coletiva de trabalho que estabeleça a compensação de trabalho suplementar mediante redução equivalente do tempo de trabalho, pagamento em dinheiro ou ambas as modalidades.
- 7 - Constitui contraordenação muito grave a violação do disposto nos n.ºs 1, 3 ou 4.»

Os artigos 268.º, n.ºs 1 e 3, e 269.º, n.º 2, do Código do Trabalho passaram a ter a seguinte redação, dada pela Lei n.º 23/2012, de 25 de junho:

«Artigo 268.º

Pagamento de trabalho suplementar

- 1 — O trabalho suplementar é pago pelo valor da retribuição horária com os seguintes acréscimos:
 - a) 25 % pela primeira hora ou fração desta e 37,5 % por hora ou fração subsequente, em dia útil;
 - b) 50 % por cada hora ou fração, em dia de descanso semanal, obrigatório ou complementar, ou em feriado.
- 2 — (...).
- 3 — O disposto nos números anteriores pode ser afastado por instrumento de regulamentação coletiva de trabalho.
- 4 — (...).»

«Artigo 269.º

Prestações relativas a dia feriado

- 1 — (...).
- 2 — 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.»

Em síntese, os requerentes consideram que aquelas normas, no seu conjunto, reduzem significativamente o salário e o valor do trabalho. Segundo as contas que apresentam, através da redução do pagamento do trabalho suplementar (concretizada no artigo 268.º, n.ºs 1 e 3) os trabalhadores deixam de receber o equivalente, por ano, a 93,75 horas de trabalho (2 semanas, 1 dia, 5 horas e 45 minutos). Invocam, ainda, que tais preceitos procedem a uma reorganização do tempo de trabalho que atenta, de forma desproporcionada, contra os direitos dos trabalhadores, constitucionalmente garantidos, à conciliação da atividade profissional com a vida familiar (artigo 59.º), ao desenvolvimento da personalidade (artigo 26.º, n.º 1), à proteção da família (artigo 67.º) e à saúde (artigo 64.º). Tecem, também, considerações de ordem genérica, salientando o especial prejuízo que estas normas trazem para as mulheres trabalhadoras e sustentam, citando alguma doutrina, que o direito ao repouso, enquanto direito análogo a direito, liberdade e garantia, e uma vez obtido um determinado grau de concretização, não pode ser reduzido a não ser nas condições do artigo 18.º da Constituição. Sustentam também que as garantias dos direitos dos trabalhadores ao desenvolvimento da personalidade e à saúde (artigos 26.º, n.º 1, e 64.º) podem considerar-se irrenunciáveis quanto a um mínimo indispensável à proteção destes direitos. No tocante ao trabalho suplementar, salientam a eliminação da contraprestação em período de descanso e a redução injustificada do pagamento deste tipo de trabalho, cujo regime deve ser de aplicação excepcional e que, por isso, lhe estavam associadas garantias especiais (uma vez que obriga a que o trabalhador preste trabalho, num dia, para além do limite legal, sendo o descanso compensatório a contrapartida pelo desgaste físico e psicológico causado). Concluem que as alterações operadas pela Lei n.º 23/2012, ao obrigar o trabalhador a trabalhar mais horas, perdendo no seu salário e no seu tempo de descanso, violam o direito à retribuição do trabalho, segundo a quantidade, natureza e qualidade, bem como o direito ao repouso e aos lazeres.

22. Importa começar por determinar o alcance das alterações legislativas aqui questionadas, todas elas respeitantes aos modos de compensação e retribuição do trabalho suplementar.

O artigo 9.º da Lei n.º 23/2012, de 25 de junho, revogou, entre outras, as normas dos n.ºs 1, 2 e 6 do artigo 229.º do Código do Trabalho, suprimindo o descanso compensatório por trabalho prestado em dia útil (exceto quando impeditivo do gozo do descanso diário – cfr. o n.º 3), em dia de descanso semanal complementar e em dia feriado. Apenas se manteve o direito ao descanso compensatório remunerado relativamente ao trabalho realizado nos dias de descanso semanal obrigatório e no período de descanso diário e, ainda, relativamente à atividade normal prestada nos feriados nas empresas isentas de encerrar nestes dias (embora neste último caso o descanso compensatório surja em alternativa a um acréscimo salarial, cabendo a escolha ao empregador - cfr. os n.ºs 3 e 4 do artigo 229.º e o n.º 2 do artigo 269.º). Significa isto que o trabalho suplementar prestado em dia útil, em dia de descanso semanal complementar e em dia feriado dá direito, apenas, ao acréscimo retributivo previsto no artigo 268.º.

Quanto ao n.º 1 deste artigo 268.º, na redação que lhe foi dada pela Lei n.º 23/2012, verifica-se que reduziu para metade os acréscimos sobre o valor da retribuição horária devidos ao trabalhador que preste trabalho suplementar (pela primeira hora ou fração o acréscimo era de 50%, e agora é de 25%; por cada hora ou fração em dia útil acrescia 75%, e agora acresce 37,5%; e por cada hora ou fração em dia de descanso semanal, obrigatório ou complementar ou em feriado, era devido um acréscimo de 100%, que agora foi reduzido para 50%). Já o seu n.º 3 foi alterado no sentido de alargar a possibilidade de a majoração retributiva, prevista no n.º 1, poder ser afastada por instrumento de regulamentação coletiva de trabalho. Na redação anterior à Lei n.º 23/2012, o n.º 3 do artigo 268.º limitava a autonomia coletiva nesta matéria aos “termos do n.º 6 do artigo 229.º” (preceito que, como referido, foi revogado), ou seja, o IRCT podia estabelecer a “compensação de trabalho suplementar mediante redução equivalente do tempo de trabalho, pagamento em dinheiro ou ambas as modalidades”.

Finalmente, o n.º 2 do artigo 269.º foi também alterado no sentido de reduzir para metade a duração do descanso compensatório e o acréscimo remuneratório devidos, em alternativa, pelo trabalho normal prestado em dia feriado em empresa não obrigada a suspender o funcionamento nesse dia (na redação anterior previa-se o direito a descanso compensatório de igual duração ou a acréscimo de 100%; na atual estabelece-se o direito a descanso compensatório com duração de metade do número de horas prestadas ou a acréscimo de 50% da retribuição correspondente).

O conjunto destas medidas visou intensificar a diminuição do custo do trabalho suplementar, através da redução da respetiva compensação em tempos de descanso e/ou em acréscimos remuneratórios. Isso mesmo ressalta da Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 46/XII, que esteve na origem da Lei n.º 23/2012, de 25 de junho:

« A nível da retribuição de trabalho suplementar, salienta-se:

- i) A eliminação do descanso compensatório em caso de prestação de trabalho suplementar, assegurando-se, em qualquer caso, o descanso diário e o descanso semanal obrigatório;
- ii) A redução para metade dos valores pagos a título de acréscimo de retribuição;
- iii) Em consonância com estas alterações, a redução para metade do acréscimo de retribuição devida por trabalho normal prestado em dia feriado em empresa não obrigada a suspender o funcionamento nesse dia.»

O legislador seguiu de perto o que a este respeito consta do ponto 4.6., alínea ii., do *Memorando de Entendimento*, de 17 de maio de 2011, onde se pugna pela redução para o máximo de 50% da retribuição especial pela prestação de trabalho suplementar e pela eliminação do descanso compensatório, sem prejuízo de tais normas poderem “ser alteradas, para mais ou para menos, por convenção coletiva de trabalho”.

Também no *Compromisso para o Crescimento, Competitividade e Emprego*, de 18 de janeiro de 2012, foi reconhecido ser “necessário aproximar os valores devidos em caso

de prestação de trabalho suplementar daqueles que são aplicados em países concorrentes, assegurando contudo a adequada compensação do trabalhador pelo esforço acrescido inerente a este tipo de prestação”. Nesse sentido, as partes subscritoras do *Compromisso* convencionaram:

- «i) Eliminar, com carácter imperativo, relativamente a IRCT's ou contratos de trabalho, o descanso compensatório, assegurando-se, em qualquer caso, o descanso diário e o descanso semanal obrigatório;
- ii) Reduzir para metade os montantes pagos a título de acréscimo pela retribuição de trabalho suplementar (25% na primeira hora ou fração desta e 37,5% por hora ou fração subsequente, em caso de trabalho suplementar prestado em dia útil; 50% por cada hora ou fração, em caso de trabalho suplementar prestado em dia de descanso semanal, obrigatório ou complementar, ou em feriado.»

23. Considera-se trabalho suplementar o “prestado fora do horário de trabalho”, excluindo-se desta noção as situações relacionadas com a isenção de horário, com trabalho compensatório, com trabalho durante o período de tolerância, com o tempo utilizado pelo trabalhador em ações e formação profissional, com trabalho prestado para compensar situações de falta ou de ausência do trabalhador, com trabalho prestado para compensar a nova possibilidade de encerramento da empresa para férias junto a uma ponte ou feriado (cfr. o artigo 226.º, n.ºs 1 e 3, do Código do Trabalho).

O trabalho suplementar traduz, assim, um “acrécimo de disponibilidade do trabalhador perante o empregador, que atua em prejuízo do seu direito ao descanso diário”, devendo a respetiva exigência, por isso mesmo, “estar fundada em motivos suficientemente fortes”. (cfr. Maria do Rosário Palma Ramalho, *Tratado de Direito do Trabalho. Parte II...*, cit., p. 498). As condições em que a prestação de trabalho suplementar pode ser exigida pelo empregador - e é devida pelo trabalhador - previstas no artigo 227.º, n.ºs 1 e 2, do Código do Trabalho, respeitam a necessidades anormais de gestão (ou seja, um acréscimo eventual e transitório de atividade que não justifique a contratação de um novo trabalhador), a situações de força maior ou situações em que o trabalho suplementar “seja indispensável para prevenir ou reparar prejuízo grave para a empresa ou para a sua viabilidade”. E, na verdade, o recurso ao trabalho suplementar está sujeito a um conjunto de condicionantes legais, sendo a respetiva remuneração ou compensação, apenas um dos aspetos desse regime.

Segundo o Código do Trabalho, o trabalho suplementar, desde que verificada alguma das citadas condições, é de prestação obrigatória, salvo quando o trabalhador solicite a sua dispensa por motivo atendível (artigo 227.º, n.º 3), estando certas categorias de trabalhadores proibidos de prestar trabalho suplementar (menores – artigo 75.º) ou dispensados do mesmo (trabalhadoras grávidas, trabalhadores com filhos de idade inferior a um ano, trabalhadores portadores de deficiência – artigos 59.º e 88.º). Além disso, o trabalho suplementar está sujeito a limites temporais, fixados no artigo 228.º, calculados numa base anual e numa base diária.

Finalmente, e para o que nesta sede mais releva, o trabalho suplementar confere, em certos casos e com determinados limites, direito a um descanso compensatório (artigos 229.º e 230.º) e a um acréscimo remuneratório (artigo 268.º). Este arco normativo – integrado, como referido, pelo artigo 9.º da Lei n.º 23/2012, de 25 de junho, na parte em que revogou as normas dos n.ºs 1, 2 e 6 do artigo 229.º do Código do Trabalho, suprimindo o descanso compensatório por trabalho prestado em dia útil, em dia de descanso semanal complementar e em dia feriado; pelo n.º 1 do artigo 268.º, que reduziu para metade os acréscimos sobre o valor da retribuição horária devidos ao trabalhador que preste trabalho suplementar; e pelo n.º 2 do artigo 269.º, que reduziu para metade a duração do descanso compensatório e do acréscimo remuneratório devidos, em alternativa, pelo trabalho normal prestado em dia feriado em empresa não obrigada a suspender o funcionamento nesse dia – conduz a uma redução da remuneração devida pela prestação de trabalho suplementar, bem como a uma eliminação do descanso compensatório remunerado, na generalidade das situações de trabalho suplementar.

24. Passando à análise da constitucionalidade destas alterações, verifica-se que os parâmetros constitucionais invocados pelos requerentes – direitos dos trabalhadores de conciliação da atividade profissional com a vida familiar (artigo 59.º), de desenvolvimento da personalidade (artigo 26.º, n.º 1), de proteção da família (artigo 67.º) e de saúde (artigo 64.º) – não são adequados, já que não é o nível remuneratório do trabalho suplementar que pode dar efetividade a tais direitos.

É certo que, de forma vaga, os requerentes alegam que as alterações legislativas questionadas diminuem o salário e o valor do trabalho, o que poderia ter implícita uma eventual alegação da violação do direito à retribuição do trabalho, segundo a quantidade, natureza e qualidade (cfr. a alínea a) do n.º 1 do artigo 59.º da Constituição). Contudo, a redução, para metade, dos acréscimos remuneratórios devidos pela prestação de trabalho suplementar não é, só por si, suscetível de atentar contra aquele direito, uma vez que, apesar da forte redução, se mantém um tratamento diferenciado (mais favorável do ponto de vista remuneratório) do trabalho prestado a título suplementar. E a definição dessa diferenciação remuneratória é matéria que a Constituição não pode deixar de atribuir ao legislador ordinário.

Os requerentes suscitam, ainda, o confronto entre a norma do artigo 9.º, n.º 2, da Lei n.º 23/2012, na parte em que revogou os n.ºs 1, 2 e 6 do artigo 229.º do Código do Trabalho, suprimindo desse modo o descanso compensatório por trabalho prestado em dia útil, em dia de descanso semanal complementar e em dia feriado, com os direitos do trabalhador ao repouso, à conciliação da atividade profissional com a vida familiar e à proteção da família. Mas, também neste particular falecem razões que possam sustentar um juízo de inconstitucionalidade sobre aquela norma revogatória.

Por um lado, mantém-se o descanso compensatório remunerado naquelas situações que mais diretamente põem em causa o direito ao repouso (casos em que o trabalhador presta trabalho suplementar impeditivo do gozo do descanso diário e quando presta trabalho suplementar em dia de descanso semanal obrigatório). Por outro lado, a eliminação, nas demais situações, do descanso compensatório não pode ser encarada isoladamente, sem atentar nos demais elementos do regime do trabalho suplementar.

Nesse sentido, deve salientar-se que as alterações legislativas questionadas não alargam os fundamentos legais que permitem ao empregador exigir a prestação de trabalho suplementar (embora se tenha alargado o número de situações que estão excluídas do conceito de trabalho suplementar – cfr. alínea g) do n.º 3 do artigo 226.º do Código do Trabalho), não restringem as exceções à sua obrigatoriedade (artigos 59.º, 75.º, 88.º e 227.º, n.º 3), nem alargam os limites temporais, diários e anuais, impostos ao trabalho suplementar (artigo 228.º). Ora, a primeira linha de proteção dos direitos do trabalhador ao descanso, à conciliação da vida familiar com a vida profissional e à proteção da vida familiar provém, precisamente, da excecionalidade da exigência do trabalho suplementar, dos limites temporais à sua prestação e da possibilidade de o trabalhador ser dispensado desse tipo de trabalho por razões da sua condição, da sua vida pessoal ou familiar. São estes mecanismos que, antes de tudo, garantem que o trabalhador não fique perante o empregador em situação de disponibilidade irrestrita para prestar trabalho para além do horário estipulado.

A supressão do descanso compensatório nas situações referidas (que corresponde à generalização de um regime que vigorava, antes do Código do Trabalho de 2003, apenas para as empresas com até dez trabalhadores – cfr. o artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 421/83, de 2 de dezembro) redundaria, na verdade, em mais uma medida de diminuição dos custos do trabalho, uma vez que o descanso compensatório é remunerado. Ainda assim, embora em menor grau, nos casos em que se elimina o direito ao descanso compensatório, a retribuição do trabalho suplementar prestado continua a ser quantitativamente diferenciada, através do acréscimo remuneratório previsto no artigo 268.º do Código do Trabalho.

Note-se, ainda, que à semelhança do que ocorre com o regime de acréscimos remuneratórios, também o regime legal do descanso compensatório não se apresenta como imperativo, podendo ser definido em termos mais favoráveis ao trabalhador, em IRCT ou no próprio contrato de trabalho (neste sentido, v. Francisco Liberal Fernandes, *O Tempo do Trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 269 e 270; e Luís Miguel Monteiro in Pedro Romano Martinez (coord.), *Código do Trabalho Anotado*, cit., nota III ao artigo 229.º, p. 545). Não pode, por isso, considerar-se que a revogação dos n.ºs 1, 2 e 6 do artigo 229.º do Código do Trabalho, operada pelo artigo 9.º, n.º 2, da Lei n.º 23/2012, de 25 de junho, constitua uma restrição constitucionalmente intolerável dos direitos do trabalhador ao repouso e à conciliação da atividade profissional com a vida familiar.

Por todo o exposto, não deve ser declarada a inconstitucionalidade com força obrigatória geral do artigo 9.º, n.º 2, da referida Lei n.º 23/2012, na parte em que procedeu à revogação do artigo 229.º, n.ºs 1, 2 e 6, do Código do Trabalho, bem como dos artigos 268.º, n.ºs 1 e 3, e 269.º, n.º 2, ambos do mesmo Código, na redação dada por aquela Lei.

C.3) *As questões de constitucionalidade referentes à eliminação de feriados obrigatórios e à eliminação do aumento do período anual de férias em função da assiduidade*

25. Os requerentes questionam a constitucionalidade do artigo 2.º da Lei n.º 23/2012, de 25 de junho, na parte em que, ao modificar os artigos 234.º, n.º 1, e 238.º, n.º 3, ambos do Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro, eliminou quatro feriados obrigatórios e o aumento do período anual de férias em função da assiduidade (o “mecanismo de majoração das férias”), revogando desse modo os segmentos daqueles preceitos que, na sua redação anterior, os previam; e, bem assim, a constitucionalidade do artigo 9.º, n.º 2, da citada Lei, na parte em que o mesmo procedeu à revogação do n.º 4 do referido artigo 238.º. No entender dos requerentes, tais eliminações são inconstitucionais por violarem o direito ao repouso e aos lazeres, a férias pagas e à articulação da vida profissional e extraprofissional, implicando “sete dias de trabalho por ano” sem qualquer acréscimo na retribuição (cfr. o artigo 59.º, n.º 1, alíneas a), c) e d), da Constituição; e, ainda, por violarem legítimas expectativas, contrariando o princípio de proteção da confiança, subprincípio concretizador do Estado de Direito (cfr. o artigo 2.º da mesma Lei Fundamental).

Na verdade, entre os objetivos assumidos pela reforma do Código do Trabalho concretizada pela Lei n.º 23/2012, de 25 de junho, contam-se a “redução do catálogo legal” de feriados em ordem a “aumentar os níveis de produtividade, contribuindo para o incremento da competitividade e para a aproximação, nesta matéria, de Portugal aos restantes países europeus” e, no tocante ao regime jurídico das férias, a “eliminação da majoração de até três dias de férias, em caso de inexistência ou de número reduzido de faltas justificadas” (cfr. a Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 46/XII).

Na sua redação anterior à Lei n.º 23/2012, de 25 de junho, o artigo 234.º do Código do Trabalho tinha a seguinte redação (sendo *assinaladas em itálico* as eliminações decorrentes da nova redação dada pelo artigo 2.º daquela Lei):

«Artigo 234.º
Feriados obrigatórios

1 — São feriados obrigatórios os dias 1 de janeiro, de Sexta-Feira Santa, de Domingo de Páscoa, 25 de abril, 1 de maio, *de Corpo de Deus*, 10 de junho, 15 de agosto, *5 de outubro*, *1 de novembro*, 1, 8 e 25 de dezembro.

2 — (...).

3 — (...).»

A alteração ao artigo 234.º, n.º 1, do Código do Trabalho resultou, deste modo, na eliminação, com efeitos a partir de 1 de janeiro de 2013 (cfr. o artigo 10.º, n.º 1, da Lei n.º 23/2012) de quatro feriados obrigatórios: os antigos feriados de Corpo de Deus, de 5 de outubro, de 1 de novembro e de 1 de dezembro.

No que se refere ao artigo 238.º do mesmo Código, era a seguinte a sua redação antes da Lei n.º 23/2012, de 25 de junho:

«Artigo 238.º
Duração do período de férias

- 1 — (...).
- 2 — (...).
- 3 — A duração do período de férias é aumentada no caso de o trabalhador não ter faltado ou ter apenas faltas justificadas no ano a que as férias se reportam, nos seguintes termos:
 - a) Três dias de férias, até uma falta ou dois meios dias;
 - b) Dois dias de férias, até duas faltas ou quatro meios dias;
 - c) Um dia de férias, até três faltas ou seis meios dias.
- 4 — Para efeitos do número anterior, são considerados faltas os dias de suspensão do contrato de trabalho por facto respeitante ao trabalhador e são consideradas como período de trabalho efectivo as licenças constantes nas alíneas a) a e) do n.º 1 do artigo 35.º.
- 5 — (...).
- 6 — (...).»

Posteriormente àquela Lei, a redação do mesmo preceito passou a ser a seguinte:

«Artigo 238.º
Duração do período de férias

- 1 — (...).
- 2 — (...).
- 3 — Caso os dias de descanso do trabalhador coincidam com dias úteis, são considerados para efeitos do cálculo dos dias de férias, em substituição daqueles, os sábados e os domingos que não sejam feriados.
- 4 — (Revogado.)
- 5 — (...).
- 6 — (...).»

26. Os dias de feriado obrigatório relevam no âmbito das relações laborais, na medida em que, em tais dias, é obrigatório o encerramento ou suspensão da laboração de todas as atividades que não sejam permitidas aos domingos (cfr. o artigo 236.º do Código do Trabalho). A paragem da prestação de trabalho é, assim, uma consequência da suspensão da laboração e destina-se a possibilitar a celebração coletiva de datas ou eventos considerados relevantes no plano político, religioso ou cultural. Ou seja, neste âmbito, *não há* um direito do trabalhador perante o empregador (direito ao descanso ou ao repouso), mas sim um *dever das entidades empregadoras perante o Estado* que se

articula com um direito subjetivo público dos trabalhadores, traduzido num direito a tempo livre para participar na comemoração (neste sentido, António Monteiro Fernandes, *Direito do Trabalho*, cit., pp. 345 e 346). Ou seja, os feriados “não visam propriamente conceder repouso ao trabalhador, mas antes permitir-lhe participar nas festividades organizadas nesses dias” (assim, Luís Menezes Leitão, *Direito do Trabalho*, 3.^a ed., Almedina, Coimbra, 2012, p. 275; v. no mesmo sentido, Maria do Rosário Palma Ramalho, *Tratado de Direito do Trabalho. Parte II...*, cit., p. 508), ainda que indiretamente possa haver uma relação entre os feriados e o repouso do trabalhador, uma vez que este está eximido de prestar atividade no dia feriado (Pedro Romano Martinez, *Direito do Trabalho*, 6.^a ed., Almedina, Coimbra, 2013, pp. 525 e 526).

Deste modo, a supressão de feriados obrigatórios não tem a virtualidade de constituir uma ofensa a direitos dos trabalhadores, pois a consagração do dia feriado não se destina diretamente a tutelar direitos destes, mas antes a prosseguir interesses públicos no plano social, político, religioso ou cultural. É, precisamente, no prosseguimento destes interesses – e com vista a possibilitar a sua celebração coletiva – que se consagra, no Código de Trabalho, a obrigatoriedade de encerramento ou suspensão da laboração e a consequente paragem da prestação de trabalho.

É verdade que, ao eliminar-se feriados obrigatórios, está a repor-se a laboração em dias que anteriormente eram de encerramento ou suspensão da laboração; e, nessa medida, há um acréscimo dos dias de trabalho. Isso mesmo é, como mencionado, assumido na Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 46/XII; aliás um dos seus objetivos foi precisamente o de, por esta via, “aumentar os níveis de produtividade, contribuindo para o incremento da competitividade e para a aproximação, nesta matéria, de Portugal aos restantes países europeus”.

Poder-se-á também dizer que, para a generalidade dos trabalhadores, o acréscimo de dias de trabalho resultante desta medida não tem o correspondente aumento de remuneração. Embora, no plano dos factos, esse possa ser o efeito verificado, a verdade é que, no plano jurídico, não é uma consequência imputável à medida legislativa de extinção de feriados. De facto, a remuneração não se encontra indexada ou concebida em função de um número fixo ou mínimo de feriados anuais, pelo que a variação destes não é uma causa com efeitos remuneratórios diretos. Acresce que, em rigor, os dias de calendário (com exceção dos dias de descanso semanal e de férias) são *ab initio* dias de prestação de trabalho, exceto se e quando estiver legalmente determinado o encerramento ou suspensão da laboração por motivo de feriado obrigatório, cabendo, naturalmente, ao legislador – em prossecução dos interesses públicos acima referidos – a determinação e escolha de tais feriados.

Não tem, por isso, sustentação o entendimento de que a eliminação dos dias feriados possa constituir uma restrição dos direitos do trabalhador consagrados no artigo 59.º, n.º 1, da Constituição.

Decai igualmente a invocação do princípio da proteção da confiança para justificar a invocada inconstitucionalidade da alteração ao artigo 234.º, n.º 1, do Código do Trabalho. De facto, não há qualquer expectativa juridicamente tutelável – e muito menos um direito – à imutabilidade do elenco legal dos feriados obrigatórios.

27. No que respeita à nova redação do n.º 3 do artigo 238.º, conferida pelo artigo 2.º da Lei n.º 23/2012, de 25 de junho, e à revogação expressa do n.º 4 do mesmo preceito pelo artigo 9.º, n.º 2, daquela Lei, a modificação legislativa traduz-se na eliminação da solução – introduzida no Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 99/2003, de 27 de agosto, e mantida no Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro – que aumentava o período anual de férias por efeito da assiduidade do trabalhador: ao período de férias acresciam três dias, quando o trabalhador tivesse apenas uma falta ou dois meios-dias; dois dias, quando se verificassem duas faltas ou quatro meios-dias; e um dia de férias, até três faltas ou seis meios-dias.

Importa começar por notar que o mecanismo de majoração de férias, que anteriormente estava consagrado, não se destinava diretamente a incrementar a duração do período de férias (que se fixa através de um período anual de férias, que, no caso, foi mantido nos 22 dias úteis – cfr. o n.º 1 do artigo 238.º do Código do Trabalho); mas antes a combater o absentismo, associando à escassez de faltas ao trabalho o efeito benéfico da majoração do período de férias.

O legislador de 2012 decidiu eliminar este incentivo à diminuição do absentismo, em provável obediência aos objetivos de natureza económica que presidiram a outras alterações ao Código do Trabalho e que visam um aumento dos níveis de produtividade do país, por via do acréscimo do número de horas de trabalho.

Uma ou outra das opções em causa implica ponderações que se inserem na esfera própria da atuação legislativa e cuja bondade não compete a este Tribunal avaliar. Acresce que nada obsta a que, por convenção coletiva ou contrato individual, sejam consagrados períodos de férias mais amplos do que o mínimo legal (neste sentido, v. António Monteiro Fernandes, *Direito do Trabalho*, cit., pp. 354 e 355; Maria do Rosário Palma Ramalho, *Tratado de Direito do Trabalho. Parte II...*, cit., p. 519; e Luís Miguel Monteiro in Pedro Romano Martinez (coord.), *Código do Trabalho Anotado*, cit., nota V ao artigo 238.º, p. 561).

Assim, não estando em causa uma alteração à duração mínima do período anual de férias, mas antes a eliminação de um regime de majoração do período de férias em função da

assiduidade, a questionada alteração ao n.º 3 do artigo 238.º do Código do Trabalho e, bem assim, a revogação do n.º 4 do mesmo preceito não se inserem no âmbito de proteção do direito a férias nem do direito ao repouso, mostrando-se insuscetível de afrontar tais direitos, consagrados no n.º 1 do artigo 59.º da Constituição.

C.4) *As questões de constitucionalidade referentes ao despedimento por extinção do posto de trabalho*

28. No seu pedido, os requerentes pedem a declaração da inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, dos n.ºs 2 e 4 do artigo 368.º do Código do Trabalho, na redação dada pela Lei n.º 23/2012, de 25 de fevereiro. Este artigo, conforme resulta da sua epígrafe, tem por objeto os requisitos de despedimento por extinção do posto de trabalho. Esta modalidade de despedimento por iniciativa do empregador consiste na “cessação de contrato de trabalho promovida pelo empregador e fundamentada [na extinção de posto de trabalho], quando esta seja devida a motivos de mercado, estruturais ou tecnológicos, relativos à empresa” (cfr. o artigo 367.º, n.º 1, do referido Código). O entendimento do que sejam tais «motivos» encontra-se densificado, a propósito do despedimento coletivo, no n.º 2 do artigo 359.º do Código do Trabalho, aplicável por remissão à modalidade de despedimento aqui em análise. Consideram-se nomeadamente:

- Motivos de mercado: a redução da atividade da empresa provocada pela diminuição previsível da procura de bens ou serviços ou a impossibilidade superveniente, prática ou legal, de colocar esses bens ou serviços no mercado;
- Motivos estruturais: o desequilíbrio económico-financeiro, a mudança de atividade, a reestruturação da organização produtiva ou a substituição de produtos dominantes;
- Motivos tecnológicos: as alterações nas técnicas ou processos de fabrico, a automatização de instrumentos de produção, de controlo ou de movimentação de cargas, bem como a informatização de serviços ou a automatização de meios de comunicação.

É o seguinte o teor das normas questionadas pelos requerentes:

«Artigo 368.º

[...]

1 — (...).

2 — Havendo, na secção ou estrutura equivalente, uma pluralidade de postos de trabalho de conteúdo funcional idêntico, para determinação do posto de trabalho a extinguir, cabe ao empregador definir, por referência aos respetivos titulares, critérios relevantes e não discriminatórios face aos objetivos subjacentes à extinção do posto de trabalho.

3 — (...).

4 — Para efeito da alínea b) do n.º 1, uma vez extinto o posto de trabalho, considera -se que a subsistência da relação de trabalho é praticamente impossível quando o empregador

demonstre ter observado critérios relevantes e não discriminatórios face aos objetivos subjacentes à extinção do posto de trabalho.

5 — (...).

6 — (...).»

A Lei n.º 23/2012, de 25 de junho, no que respeita ao n.º 2, alterou os critérios legais para a seleção do posto de trabalho a extinguir, em caso de pluralidade de postos de trabalho com conteúdo funcional idêntico (que se traduziam na menor antiguidade no posto de trabalho; na menor antiguidade na categoria profissional; na classe inferior na mesma categoria profissional; e na menor antiguidade na empresa), transferindo para o empregador a definição de “critérios relevantes e não discriminatórios face aos objetivos subjacentes à extinção do posto de trabalho”. E, relativamente ao n.º 4, o mesmo diploma alterou o pressuposto necessário à verificação da impossibilidade da subsistência da relação de trabalho, que deixou de estar dependente da inexistência de posto de trabalho compatível, passando a reconduzir-se à demonstração de que o empregador observou “critérios relevantes e não discriminatórios face aos objetivos subjacentes à extinção do posto de trabalho”.

Estas modificações encontravam-se previstas no *Memorando de Entendimento* de 2011. Com efeito, refere-se no respetivo ponto 4.5.:

- Na alínea ii.: “os despedimentos individuais associados à extinção do posto de trabalho não devem necessariamente seguir a ordem pré-estabelecida de antiguidade, se mais do que um trabalhador estiver destinado a funções idênticas (art. 368.º do Código do Trabalho). A ordem pré-definida de antiguidade não é necessária desde que o empregador estabeleça um critério alternativo relevante e não discriminatório (semelhante ao já existente no caso dos despedimentos coletivos)”;
- Na alínea iii.: “os despedimentos individuais, pelas razões indicadas, não devem estar sujeitos à obrigação da tentativa de transferência do trabalhador para outro posto de trabalho disponível ou uma função mais apropriada (art.ºs 368.º e 375.º do Código do Trabalho). Em regra, se existirem postos de trabalho disponíveis, compatíveis com as qualificações do trabalhador, devem ser evitados despedimentos”.

Ainda a respeito destas alterações, assinala-se na Exposição de Motivos relativa à Proposta de Lei n.º 46/XII, que esteve na origem da Lei n.º 23/2012:

« A atual obrigatoriedade de aplicação de um critério legal rígido para a seleção do posto de trabalho a extinguir, em caso de pluralidade de postos de trabalho com conteúdo funcional idêntico, mostra-se inadequada à prossecução dos objetivos visados por este tipo de despedimento, impondo à empresa uma solução que poderá não ser a mais ajustada às suas necessidades e às dos trabalhadores.

A presente alteração transfere para o empregador a responsabilidade pela definição de um critério para a determinação do trabalhador atingido pela extinção do posto de trabalho, sempre que haja uma pluralidade de postos de trabalho com conteúdo funcional idêntico, impondo-lhe, contudo, a obrigação de adotar um critério relevante e não discriminatório, sob pena de ilicitude do despedimento.

Além disso, é eliminada a obrigação que atualmente existe de colocação do trabalhador em posto compatível com a sua categoria profissional. Salienta-se que o despedimento por extinção do posto de trabalho assenta em estritos fundamentos de mercado, estruturais ou tecnológicos, assegurando o integral respeito pela exigência de justa causa para a cessação do contrato por iniciativa do empregador.».

Os requerentes argumentam que a nova redação do citado n.º 2 do artigo 368.º do Código do Trabalho veio eliminar os critérios de seleção, objetivos e hierarquizados, dos trabalhadores visados pelo despedimento por extinção de posto de trabalho, substituindo-os pela atribuição, à entidade patronal, da faculdade de definir, ela própria, critérios relevantes e não discriminatórios face aos motivos subjacentes à extinção do posto de trabalho. Ou seja, veio possibilitar a elaboração casuística de critérios de seleção, diferentes em cada situação, sem garantias de objetividade e, pelo contrário, permitindo a elaboração de critérios “à medida” do trabalhador que se pretenda despedir. Por seu turno, no n.º 4 do mesmo artigo, eliminou-se o ónus que impunha ao empregador a obrigação de verificar se havia posto de trabalho alternativo para o trabalhador em risco de despedimento.

Em suma, segundo os requerentes, a nova redação do artigo em análise veio conferir uma margem de discricionariedade que possibilita o “contorno”, pelo empregador, da verificação dos elementos e procedimentos disciplinares baseados na existência de justa causa para o despedimento. Assim se permite a realização de despedimentos arbitrários ou baseados na mera conveniência da empresa, absolutamente vedados pela Constituição, que consagra o princípio constitucional da segurança no emprego e a proibição dos despedimentos sem justa causa (cfr. o artigo 53.º da Constituição). Mais invocam que esta restrição da garantia de segurança no emprego é desproporcionada, pois não existe qualquer fundamento social, laboral, doutrinário, jurisprudencial ou político que ateste a necessidade de alterar este mecanismo de cessação do contrato de trabalho.

29. O Tribunal Constitucional é, assim, chamado a verificar a conformidade das normas dos n.ºs 2 e 4 do artigo 368.º do Código do Trabalho – que incidem, respetivamente, sobre os critérios para a escolha do trabalhador a despedir e sobre a densificação do conceito de impossibilidade prática da subsistência da relação de trabalho – com o direito constitucional à segurança no emprego consagrado no artigo 53.º da Constituição.

Importa começar por lembrar os traços gerais da figura onde se inserem as normas questionadas.

O despedimento por extinção de posto de trabalho consiste, como referido, na “cessação do contrato de trabalho, promovida pelo empregador e fundamentada nessa

extinção, quando esta seja devida a motivos de mercado, estruturais ou tecnológicos, relativos à empresa”, integrando-se o conteúdo destes motivos por remissão para o despedimento coletivo (cfr. o artigo 367.º, n.ºs 1 e 2, do Código do Trabalho, sendo que este último remete para o n.º 2 do artigo 359.º do mesmo Código).

O despedimento por extinção de posto de trabalho – que foi introduzido no sistema jurídico português pelo Decreto-Lei n.º 64-A/89, de 27 de fevereiro (artigo 26.º e seguintes) – corresponde, assim, a um despedimento individual com fundamento em «justa causa objetiva», ou seja, é fundado em motivo de natureza não disciplinar.

Esta forma de despedimento culmina uma “cadeia de decisões do empregador, situadas em diferentes níveis mas causalmente interligadas”: uma decisão gestionária inicial (por exemplo: a redução de custos); uma decisão organizativa intermédia (a extinção de um posto de trabalho); e uma decisão contratual terminal (a cessação de um dado contrato de trabalho, ou seja, o despedimento) – cfr. António Monteiro Fernandes, *Direito do Trabalho*, cit., p. 510). Ainda segundo o mesmo Autor (*ibidem.*, pp. 508 a 510), esta modalidade de despedimento terá uma fisionomia híbrida, cruzando características do despedimento por justa causa e do despedimento coletivo: do primeiro retira o critério de aferição da legitimidade do motivo de rutura, exigindo que seja “praticamente impossível a subsistência da relação de trabalho”, enquanto aquele último fornece a enunciação dos motivos (de mercado, estruturais ou tecnológicos, relativos à empresa) suscetíveis de fundamentarem a decisão de extinção de um posto de trabalho. Mas, como no mesmo local se salienta, do ponto de vista do regime do despedimento, o momento decisivo não se situa nestas ponderações técnico-económicas a que alude o artigo 359.º, n.º 2, do Código (cobertas pela liberdade de iniciativa do titular da empresa), mas “no facto da extinção do posto de trabalho, produto de uma decisão do empregador, e nesse outro «facto» que é a demonstração da observância, na escolha do trabalhador a despedir, de «critérios relevantes e não discriminatórios face aos objetivos subjacentes à extinção do posto de trabalho»”.

Numa outra perspetiva, que acentua a proximidade da figura ao despedimento coletivo, Pedro Furtado Martins qualifica o despedimento por extinção de posto de trabalho como uma subespécie (juntamente com o despedimento coletivo) dos “despedimentos por eliminação de emprego”, considerando que a distinção entre despedimento por extinção de posto de trabalho e despedimento coletivo assenta apenas no número de trabalhadores abrangidos pelo despedimento, ou seja, num elemento externo à motivação do despedimento (cfr. o Auto cit., *Cessação do Contrato de Trabalho*, 3.ª ed., Parede, 2012, p. 245 e seguinte).

30. Sem necessidade de entrar na discussão doutrinária quanto à qualificação ou categorização da figura do despedimento por extinção de posto de trabalho, importa reter do que acima ficou dito que o regime do despedimento por extinção de posto de trabalho assenta em *duas decisões fundamentais do empregador*: a *primeira*, a decisão de extinguir um posto de trabalho, que tem necessariamente de assentar em motivos de

mercado (tal como a redução da atividade da empresa) ou em motivos estruturais (v.g. o desequilíbrio económico-financeiro ou mudança de atividade) ou em motivos tecnológicos (por exemplo, alteração das técnicas ou processos de fabrico); a *segunda*, a decisão de despedir um concreto trabalhador. A verificação dos fundamentos e requisitos previstos para cada uma daquelas decisões é condição da licitude da decisão final do empregador de fazer cessar o contrato de trabalho de determinado trabalhador.

É também inquestionável que o regime do despedimento por extinção de posto de trabalho tem de se conter dentro da margem permitida pelo princípio da segurança no emprego, cuja vertente negativa proíbe os despedimentos sem justa causa ou por motivos políticos ou ideológicos. Esta proibição dos despedimentos sem justa causa apresenta-se como o elemento central da segurança no emprego: é uma «garantia da garantia» (Acórdão n.º 581/95, publicado no *Diário da República*, I-série A, de 22 de janeiro de 1996).

Implica, desde logo, que o trabalhador não pode ser privado do trabalho por mero arbítrio do empregador, o que acarreta uma “alteração qualitativa do estatuto do titular da empresa enquanto proprietário, empresário e patrão”, negando-lhe o direito ao despedimento livre ou discricionário, ou seja, o poder de pôr fim por sua livre vontade à relação de emprego, salvo justa causa (cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4.ª ed., Coimbra, 2007, anot. V ao art. 53.º, p. 707). Como refere António Monteiro Fernandes, o artigo 53.º traduz um conjunto de propósitos fundamentais, condensados na ideia-força de “garantia da segurança do emprego”: primeiro, a intenção de conferir ao despedimento individual um carácter de excecional gravidade e transcendência, em consonância com o seu impacto na esfera pessoal do trabalhador; segundo, e em consequência, o desígnio de privar o empregador da “liberdade de disposição sobre as relações de trabalho”, limitando assim, incisivamente, a margem de utilização do destino do emprego como instrumento de domínio psicológico e de intensificação da supremacia patronal sobre cada trabalhador (v. Autor cit., “A justa causa de despedimento na Constituição e na lei”, *Prontuário de Direito do Trabalho*, 87, CEJ, Setembro-Dezembro 2010, p. 219 e ss., p. 240).

Na densificação do conceito constitucional de *justa causa*, o Tribunal Constitucional tem entendido, desde o Acórdão n.º 64/91 (publicado no *Diário da República*, I série-A, de 11 de abril de 1991) – este aresto inverteu o entendimento mais restritivo que havia sido vertido no Acórdão n.º 107/88 -, que tal conceito “é suscetível de cobrir *factos, situações* ou *circunstâncias objetivas*, não se limitando à noção de justa causa disciplinar”:

«Partindo da ideia de que a Constituição, “quando proíbe os despedimentos sem justa causa, coloca-se noutra perspetiva: a da defesa do emprego e da necessidade de não consentir denúncias imotivadas. Não fez apelo aos casos excecionais da antiga ‘justa causa’ que legitimava uma rescisão imediata sem indemnizações; a proibição constitucional tem uma explicação diversa, pois pretende atingir os despedimentos arbitrários, isto é, sem motivo justificado” [Bernardo da Gama Lobo Xavier], é assim possível defender que a Constituição não veda formas de despedimento do trabalhador com fundamento em *motivos objetivos*, “tais como o despedimento tecnológico ou por absolutas necessidades da empresa”. Isto sem prejuízo de o despedimento por estes últimos motivos dever obedecer a uma regulamentação específica, rodeada de adequadas garantias.» (cfr. o n.º 25 do citado Acórdão)

Mesmo segundo um ponto de vista mais restritivo na densificação semântica da noção constitucional de justa causa (nomeadamente “aquela que privilegie a história dos trabalhos preparatórios e a preocupação do legislador constituinte de proscrever os despedimentos com base em *motivo atendível*, previstos na Lei dos Despedimentos de 1975”, o Tribunal considerou no citado Acórdão n.º 64/91 “que, ao lado da «justa causa» (disciplinar), a Constituição não vedou em absoluto ao legislador ordinário a consagração de certas causas de rescisão unilateral do contrato de trabalho pela entidade patronal com base em motivos objetivos, desde que as mesmas não derivem de culpa do empregador ou do trabalhador *e que tornem praticamente impossível a subsistência do vínculo laboral*”. Segundo tal ponto de vista mais restritivo,

«[C]onsidera-se que a verdadeira *impossibilidade objetiva* de subsistência da relação laboral é que justifica a legitimidade constitucional dos *despedimentos coletivos*, regulamentados pelo Decreto-Lei n.º 84/76, de 28 de Janeiro, já depois de aprovado o texto do que viria a ser o artigo 52.º, alínea *b*), da versão original da Constituição de 1976, correspondente ao atual artigo 53.º da Constituição. Ora é uma *impossibilidade objetiva* análoga que há-de justificar também os despedimentos individuais com base em motivos de inadaptação por evolução tecnológica («despedimentos tecnológicos»), a que se referia o deputado Francisco Marcelo Curto no debate da Assembleia Constituinte com o deputado Mário Pinto, na sessão em que foi aprovado o texto da referida norma constitucional (remete-se para o *Diário da Assembleia Constituinte*, n.º 48, de 18 de Setembro de 1975, p. 1388, e para o texto do Acórdão n.º 107/88 e para as declarações de voto dos Conselheiros Raul Mateus, Cardoso da Costa e Messias Bento), pois não se vê por que há-de ser constitucionalmente legítimo o despedimento coletivo de dois trabalhadores numa empresa de, por exemplo, 40 trabalhadores, com base em motivos tecnológicos, e já passe a ser ilegítimo o despedimento individual de um trabalhador na mesma empresa, por inadaptação decorrente de introdução de modificações tecnológicas no seu posto de trabalho [...]. Ponto fundamental é que a regulamentação substantiva e processual seja distinta da prevista para os despedimentos com justa causa, os conceitos utilizados não sejam vagos ou demasiado imprecisos (como se entendeu no Acórdão n.º 107/88 que sucedia com o diploma então em apreço) e que as garantias concedidas ao trabalhador, quer no plano da fiscalização (por entidade estranha ao vínculo) da existência de uma situação de impossibilidade objetiva, quer no que toca à indemnização a conceder-lhe, estejam asseguradas.» (cfr. o respetivo n.º 25).

Reiterando este entendimento, afirmou-se no Acórdão n.º 581/95 (ponto III.3):

«Manifestamente, a Constituição não quis afastar as hipóteses de desvinculação do trabalhador naquelas situações em que a relação de trabalho não tem viabilidade de subsistência e que não são imputáveis à livre vontade do empregador. A cessação do contrato de trabalho tem aqui um fundamento que radica na mesma lógica de legitimação dos despedimentos coletivos. Para usar a formulação do Acórdão n.º 64/91 (cit.), “a verdadeira impossibilidade objectiva de subsistência da relação laboral e que justifica a legitimidade constitucional dos despedimentos colectivos (...). Ora, é uma impossibilidade análoga que há-de justificar também [aqui] os despedimentos individuais (...)”.

Nos despedimentos por causa objectiva não existe o pressuposto da culpa, com a censura ético-jurídica que lhe vai ligada. A emergência da cessação do vínculo laboral não deriva de qualquer facto que o trabalhador houvesse que ter prevenido com a sua própria vontade. E também não é imputável ao empregador. “A inviabilidade [do contrato] respeita a todos, é uma impossibilidade objectiva” (Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, vol. II, 5.ª ed., Coimbra, 1992, pp. 66-67).

Ao decidir sobre a validade dos despedimentos concretamente declarados, o tribunal abstrai dos pontos de vista relativos à culpa para erigir em critério de decisão as causas e circunstâncias que a lei ligou àquela impossibilidade. A garantia constitucional da segurança no emprego exige aqui que o «direito do

sistema» seja já, na maior medida possível, «direito do problema», direito operativo que não regulação aberta capaz de potenciar despedimentos arbitrários, judicialmente incontroláveis.»

Em ordem à verificação desta “impossibilidade objetiva”, deve a regulamentação substantiva e processual destes despedimentos por *justa causa objetiva* ser distinta da dos despedimentos por justa causa *disciplinar*, de tal forma que fiquem devidamente acauteladas as exigências decorrentes do princípio da proporcionalidade, não podendo através desse meio conseguir-se, em caso algum, uma «transfiguração» da regulamentação que redunde na possibilidade, mais ou menos encapotada, de despedimentos *imotivados* ou *ad nutum* ou de despedimentos com base na mera conveniência da empresa” (cfr., em sentido próximo, ainda, o Acórdão n.º 550/2001).

O entendimento que se extrai desta jurisprudência é o de que o conceito constitucional de «justa causa», vertido no artigo 53.º da Constituição, contempla duas realidades: por um lado, a *justa causa subjetiva* (culposa e disciplinar) e, por outro lado, a *justa causa objetiva* que, correspondendo a uma situação de inexigibilidade do prosseguimento da relação de trabalho, traduz uma conceção do despedimento como *ultima ratio* ou sem alternativa viável (cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição...*, vol. I, cit., anot. VI ao art. 53.º, p. 709; e Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I, 2.ª ed., Coimbra, 2010, anot. XIII ao art. 53.º, p. 1056).

Na verdade, o referido preceito constitucional “enquadra nos despedimentos não proibidos (e, portanto, constitucionalmente justificados) também os despedimentos coletivos e outros mais, legitimamente motivados. De qualquer modo, quanto a esses outros despedimentos lícitos e que são afinal os despedimentos normais, regulares ou ordinários (*ordentlichen*) – que não decorrem de situação imputável ao trabalhador, mas que se consideram, e bem, integrados no parâmetro constitucional de «justa causa» e, portanto, não proibidos – mantém-se a ideia geral de tutela possível à segurança no emprego. [Este princípio] postula a proteção ao despedido [que se traduz, desde logo e sem prejuízo de outras vertentes, em] *adequado controlo da procedência dum a motivação adequada que justifique esse mesmo despedimento [...]*” (assim, v. Bernardo da Gama Lobo Xavier, “Compensação por despedimento” in *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, 2012, n.º 1-2, p. 65 e ss., pp. 66 e 67; itálico aditado).

Pode assim dizer-se que o direito fundamental à segurança no emprego –entre os direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores é aquele que a Constituição enuncia em primeiro lugar – para além de proscriver causas de despedimento que não sejam constitucionalmente justas, postula também que o Estado atue, emanando regras procedimentais adequadas à sua proteção. Deste modo, a violação da proibição constitucional de despedimentos sem justa causa pode resultar tanto da previsão de fundamentos inadequados, como da previsão de regras que não acautelem suficientemente a defesa da posição do trabalhador perante a invocação de fundamentos adequados.

No caso em apreço, as normas dos n.ºs 2 e 4 do artigo 368.º do Código do Trabalho aqui impugnadas regulam aspetos do regime diretamente relacionados com a decisão do empregador de despedir um concreto trabalhador (tomada na sequência da prévia decisão de extinguir um posto de trabalho): o n.º 2 refere-se aos critérios para a seleção do trabalhador a despedir, em caso de pluralidade de postos de trabalho de conteúdo funcional idêntico; e o n.º 4 visa densificar o conceito de «impossibilidade prática» de subsistência da relação de trabalho. Cumpre, por conseguinte, confrontar cada uma das citadas normas com as exigências do conceito constitucional de “justa causa”.

31. Como referido, a norma do citado n.º 2 do artigo 368.º do Código do Trabalho estabelece o critério para a seleção do concreto posto de trabalho a extinguir - o que equivale à seleção do trabalhador a despedir -, no caso de pluralidade de postos de trabalho com conteúdo funcional idêntico. A nova redação dada a este preceito pela Lei n.º 23/2012, de 25 de junho, substituiu o critério da antiguidade (que estabelecia uma ordem de prioridades baseada na antiguidade dos trabalhadores envolvidos no posto, na categoria e na empresa) por critérios, a definir pelo empregador, que sejam “relevantes e não discriminatórios face aos objetivos subjacentes à extinção do posto de trabalho”.

Como é fácil de perceber, a preocupação do legislador em fixar critérios de preferência na escolha do posto de trabalho a extinguir, no caso de existir uma pluralidade de postos de trabalho com idêntico conteúdo funcional, visava assegurar a objetividade do despedimento, evitando que, sob a capa de razões objetivas, ligadas à empresa, o empregador conseguisse atingir um trabalhador determinado, cujo contrato queria ver cessar, mas para o qual não dispunha de justa causa (subjativa).

A fórmula atualmente constante do n.º 2 do artigo 368.º tem sido alvo de fortes críticas – mesmo por parte dos autores que consideram que o anterior requisito da antiguidade era demasiado rígido e alheio a fundamentos económicos e de gestão –, salientando-se que a fórmula encontrada é “excessivamente vaga” e apela a um conceito “nebuloso” (v., por exemplo, Maria do Rosário Palma Ramalho, *Tratado de Direito do Trabalho. Parte II...*, cit., pp. 905 e 906). Porém, não cabe a este Tribunal avaliar a bondade do critério escolhido pelo legislador ou apontar o melhor entre os vários possíveis; compete-lhe apenas sindicá-la a respetiva validade constitucional.

E, deste ponto de vista, assume enorme relevo a radical mudança de orientação a que obedece o novo regime: enquanto que, na versão anterior à Lei n.º 23/2012, a individualização do posto de trabalho a extinguir obedecia a uma previsão legal de recorte acabadamente determinado, com base numa ordem de critérios puramente objetivos (a antiguidade e a classe dentro da mesma categoria profissional), a norma impugnada «delega» no empregador a tarefa de definição do(s) critério(s) que deve(m) presidir à seleção do trabalhador a despedir, estabelecendo apenas diretrizes a observar.

Com efeito, agora compete ao próprio titular do interesse no despedimento a formulação dos critérios que o justificam. No entanto, só a indicação legal rigorosa de parâmetros condicionantes e limitativos pode impedir a possibilidade de subjetivação da escolha, assegurando, do mesmo passo, um efetivo controlo, pelo tribunal competente, da validade do despedimento, considerando a verificação objetiva da motivação e a idoneidade daquela decisão e a sua conseqüente legalidade ou ilegalidade. É, deste modo, manifesto que o enunciado normativo do n.º 2 do artigo 368.º não satisfaz essa exigência.

Na verdade, nele apenas se estabelece que os critérios para determinação do posto de trabalho a extinguir devem ser “relevantes” e “não discriminatórios”, qualificações a ponderar, em ambos os casos, “face aos objetivos subjacentes à extinção do posto de trabalho”. Trata-se de conceitos vagos e indeterminados, desprovidos de um mínimo de precisão e de eficácia denotativas do tipo e conteúdo dos critérios aplicáveis, pelo que deles não se pode esperar que balizem suficientemente a margem de disponibilidade do empregador, retirando-lhe a possibilidade de seleção arbitrária do trabalhador a despedir.

A “relevância” – expressão, já de si, algo diluída e incharacterística, porque vazia de qualquer indicação substantivamente delimitadora – é estabelecida em função dos “objetivos subjacentes à extinção do posto de trabalho”. Ora, esta é uma indicação igualmente imprecisa e de escassa utilidade quanto à predeterminação dos possíveis critérios a eleger, pois esses objetivos, para além de muito variados, são facilmente manipuláveis pelo empregador, tanto mais quanto é certo que eles respeitam, não à decisão agora em causa (a de decidir qual o *concreto* posto de trabalho a extinguir, ou seja, decidir o despedimento de um certo trabalhador), mas sim à decisão (prévia) de extinção de posto de trabalho.

A imposição de critérios “não discriminatórios”, por sua vez, pouca ou nenhuma eficácia restritiva suplementar traz consigo. Sendo o requisito sujeito ao mesmo padrão de referência valorativa – “os objetivos subjacentes à extinção do posto de trabalho” – de igual modo se contenta com a mesma racionalidade instrumental que qualifica a “relevância”, pelo que, demonstrada esta, dificilmente se poderá atribuir um caráter discriminatório ao critério elegido.

Como se escreveu no Acórdão n.º 581/95, a respeito das causas e circunstâncias que a lei liga à «impossibilidade objetiva» da qual deriva a cessação do vínculo laboral, a “garantia constitucional da segurança no emprego exige aqui que o «direito do sistema» seja já, na medida do possível, «direito do problema», direito operativo e não regulação aberta capaz de potenciar despedimentos arbitrários, judicialmente incontroláveis”. No mesmo sentido, já se tinha salientado no Acórdão n.º 64/91 que é “ponto fundamental” de um regime de despedimento por razões objetivas que “a regulamentação substantiva e processual seja distinta da prevista para os despedimentos com justa causa, que os conceitos utilizados não sejam vagos ou demasiado imprecisos [...] e que as garantias concedidas ao trabalhador,

quer no plano da fiscalização (por entidade estranha ao vínculo) da existência de uma situação de impossibilidade objetiva, quer no que toca à indemnização a conceder-lhe, estejam asseguradas”.

É, precisamente, esta função de *direito operativo*, que a norma questionada se mostra incapaz de cumprir, abrindo a porta a despedimentos arbitrários ou judicialmente incontroláveis.

Note-se que o controlo judicial da “justa causa” deverá incidir sobre o “nexo sequencial estabelecido entre a extinção do posto de trabalho e a decisão de extinguir um certo contrato, isto é, sobre o critério de escolha do trabalhador excluído” (cfr. António Monteiro Fernandes, *Direito do Trabalho*, cit., p. 510), pelo que, ao permitir que a decisão seja baseada num amplíssimo “critério relevante e não discriminatório” e fixado em função dos objetivos empresariais subjacentes à extinção do posto de trabalho, o legislador está a esvaziar a fundamentação do nexo sequencial que terá permitido ao empregador chegar àquele concreto trabalhador, dificultando ou impossibilitando mesmo o controlo judicial desta decisão.

Conclui-se, por isso, que o n.º 2 do artigo 368.º do Código do Trabalho, na redação dada pela Lei n.º 23/2012, de 25 de junho, viola a proibição de despedimentos sem justa causa consagrada no artigo 53.º da Constituição, na medida em que não fornece as necessárias indicações normativas quanto aos critérios que devem presidir à decisão do empregador de seleção do posto de trabalho a extinguir. A norma impugnada, não só permite que essa escolha fique na disponibilidade do empregador, como funcionaliza a “relevância” dos critérios a escolher exclusivamente às razões subjacentes à decisão de extinção do posto de trabalho, alheando-as das razões que devem presidir à escolha do concreto posto de trabalho a extinguir (e do concreto trabalhador a despedir).

32. No que respeita à norma do n.º 4 do artigo 368.º do mesmo Código, a mesma visa concretizar o segundo dos requisitos cumulativos do despedimento por extinção de posto de trabalho – aquele que exige que “seja praticamente impossível a subsistência da relação de trabalho” (cfr. a alínea b) do n.º 1 do artigo 368.º do Código do Trabalho).

A redação anterior a 2012 fazia depender a impossibilidade prática da subsistência da relação de trabalho da demonstração de que o empregador “não disponha de outro [posto de trabalho] compatível com a categoria profissional do trabalhador”. A norma agora questionada dá por assente essa impossibilidade “quando o empregador demonstre ter observado critérios relevantes e não discriminatórios face aos objetivos subjacentes à extinção do posto de trabalho”. Ou seja, a Lei n.º 23/2012 (que, como referido, pretende prosseguir a recomendação constante do ponto 4.5., alínea iii. do *Memorando de Entendimento*), mantendo a impossibilidade de subsistência da relação de trabalho como requisito geral do despedimento por extinção de posto de trabalho, utiliza, para a

determinar, no caso de existir uma pluralidade de postos de trabalho de conteúdo funcional idêntico, o mesmo critério a que sujeita a identificação do posto de trabalho a extinguir, nos termos do artigo 368.º, n.º 2. Com isso, revoga, na prática, a regra que impunha ao empregador o dever de oferecer ao trabalhador um posto de trabalho alternativo, quando ele existisse na empresa. Já apelidada de “bizarra” (assim, v. Maria do Rosário Palma Ramalho, *Tratado de Direito do Trabalho. Parte II...*, cit., p. 904), esta solução legislativa coloca sérias reservas do ponto de vista da sua constitucionalidade.

Poderia questionar-se se, no plano infraconstitucional, o entendimento acima referido é a única interpretação possível da nova redação do n.º 4 do artigo 368.º, ou seja, se, apesar da eliminação da regra que expressava o dever de o empregador oferecer um posto de trabalho alternativo, esse dever não continuará a ser exigível por força da aplicação dos princípios gerais, ou se ele não configura uma espécie de “obrigação natural” (o que parece estar subjacente às considerações do próprio *Memorando de Entendimento*, onde se afirma que “se existirem postos de trabalho disponíveis, compatíveis com as qualificações do trabalhador, devem ser evitados despedimentos”).

Pronuncia-se no primeiro sentido Pedro Furtado Martins, *Cessação ...*, cit., p. 297 e s., ao defender que a eliminação da referência expressa à indisponibilidade de um posto de trabalho alternativo não se traduziu numa efetiva supressão da mesma, uma vez que tal requisito – que considera igualmente aplicável ao despedimento coletivo, onde não tem consagração expressa – resulta dos princípios gerais e traduz uma “exigência que decorre da ideia de *ultima ratio*, entendida «no sentido de aproveitar na empresa ao máximo os trabalhadores excedentários»”. Como também salienta este Autor, “só entendendo as coisas deste modo será possível afastar o juízo de inconstitucionalidade que alguns já têm dirigido a este ponto da revisão do Código de Trabalho” (v. Autor cit., “Alterações ao Regime do Despedimento por Extinção de Posto de Trabalho” in *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, 2012, n.º 1-2, p. 173 e ss., p. 184).

Contudo, a generalidade da doutrina inclina-se para uma resposta negativa, considerando que este entendimento não tem apoio nem na letra da lei nem na *ratio* da alteração da norma (cfr. Maria do Rosário Palma Ramalho, *Tratado de Direito do Trabalho. Parte II...*, cit., p. 903, n. 446), sendo de concluir que, a serem observados os novos critérios do n.º 4 do artigo 368.º, a manutenção do vínculo laboral se considera impossível, mesmo quando, porventura, existe na empresa um posto de trabalho suscetível de ser ocupado pelo mesmo trabalhador (cfr. António Monteiro Fernandes, *Direito do Trabalho*, cit., pp. 508 e 509; este Autor considera a modificação legislativa em análise “claramente inconstitucional”). Na mesma linha de entendimento, alguns Autores salientam as dúvidas de aplicação que a anterior versão da norma do n.º 4 do artigo 368.º suscitava e fazem notar que esta alteração visou, precisamente, atalhar a esse problema, deixando de fazer depender a subsistência da relação de trabalho da inexistência de posto de trabalho compatível (assim, v. Pedro Romano Martínez in Pedro Romano Martínez (coord.), *Código do Trabalho Anotado*, cit., nota III ao artigo 368.º, p. 781).

Considerando a atual redação da norma e confrontando-a com a redação que a mesma tinha antes da Lei n.º 23/2012, não é razoável nem expectável que a mesma venha a ser, em geral, interpretada no sentido de não ter sido eliminado o referido dever do empregador. Pelo contrário, no plano infraconstitucional, parece ser um dado mais ou menos consensual que, no âmbito da concretização do requisito da “impossibilidade prática de subsistência do vínculo laboral”, a referida norma substituiu um tal dever pelo critério acima apontado, ou seja, que o dever de o empregador oferecer ao trabalhador um posto de trabalho alternativo, quando tal se mostre possível, deixou de ser uma condição de licitude do despedimento.

Resta dizer que, para esta discussão não se afigura determinante o facto de o dever em causa não estar expressamente consagrado no âmbito do regime do despedimento coletivo. Não só esse regime não é objeto da presente análise, como não se pode ignorar que a alteração ao n.º 4 do artigo 368.º foi no sentido de eliminar a referência expressa a tal dever que ali estava consagrada.

Sendo este o alcance da alteração legislativa em apreço, a mesma é claramente contrária à proibição de despedimentos sem justa causa, consagrada no artigo 53.º da Constituição, uma vez que, na sequência da extinção do posto de trabalho (ou no quadro da “cadeia de decisões do empregador, situadas em diferentes níveis mas causalmente interligadas” acima referido), não salvaguarda em termos autónomos a possibilidade prática de subsistência da relação de trabalho. Com efeito, a extinção do posto de trabalho, só por si, não implica a impossibilidade prática de subsistência da relação de trabalho determinante da cessação deste mesmo vínculo.

Na medida em que obrigava o empregador a propor uma mudança de posto de trabalho, caso existisse na empresa um suscetível de ser preenchido pelo trabalhador atingido pela extinção daquele anteriormente ocupado, o regime anterior compatibilizava a satisfação do interesse do empregador nessa extinção do posto de trabalho com a segurança no emprego, pois a extinção de tal posto não acarretava automaticamente a cessação do vínculo laboral. É esse equilíbrio que irremediavelmente se perde com o novo teor do n.º 4 do artigo 368.º do Código do Trabalho.

Na verdade, o regime impugnado gera a possibilidade de despedimento num quadro circunstancial em que existe um outro posto de trabalho disponível na empresa e em que o trabalhador anteriormente ocupado no posto extinto esteja disponível para aceitar a mudança de funções. Nessas circunstâncias, a extinção do posto de trabalho, só por si, não põe em causa a subsistência da relação de trabalho, o mesmo é dizer, a preservação do emprego. Ao desobrigar o empregador da proposta de um posto alternativo disponível, o novo regime lesa desnecessária e excessivamente o direito à segurança no emprego, sendo, por isso, inconstitucional.

O conceito constitucional de “justa causa” abrange a possibilidade de rescisão unilateral do contrato de trabalho, pela entidade patronal, com base em certos motivos objetivos, mas apenas quando estes “não derivem de culpa do empregador ou do trabalhador” e “tornem praticamente impossível a subsistência do vínculo laboral” (cfr. o Acórdão n.º 64/91). Como já foi referido, decorre desta exigência que o despedimento por causa objetiva seja configurado como uma *ultima ratio*, o que não é compatível com a dispensa do dever de integrar o trabalhador em posto de trabalho alternativo, quando este exista. Nem é compatível, acrescente-se, com uma cláusula aberta que deixe nas mãos do aplicador-intérprete a possibilidade de casuisticamente concretizar, ou não, um tal dever.

Dito de outro modo, a cláusula geral da “impossibilidade prática da subsistência do vínculo laboral” – que, no plano infraconstitucional concretiza a ideia de *ultima ratio* – só é constitucionalmente conforme quando se apresente negativamente delimitada, no sentido de excluir a possibilidade de dar como verificada tal impossibilidade em casos em que exista posto de trabalho alternativo e adequado ao trabalhador em causa.

O vício de inconstitucionalidade assim detetado é agravado, devido à inadequação do critério que, em substituição daquele dever, o legislador consagrou no n.º 4 do artigo 368.º. Como já foi referido a propósito do n.º 2 do mesmo artigo, aquele critério – idêntico nos dois números ora considerados - apela a conceitos de tal modo indeterminados e vagos que equivale à inexistência de um critério legal, deixando a sua escolha na disponibilidade do empregador. Mas, mais do que isso, no caso do n.º 4 do artigo 368.º, uma vez que a “relevância” dos critérios a escolher pelo empregador está indexada “aos objetivos subjacentes à extinção do posto de trabalho”, tais critérios, sejam eles quais forem, sempre se mostrarão alheios ao requisito que importa cumprir, e que é o da “impossibilidade prática da subsistência da relação de trabalho”. Na verdade, os “objetivos subjacentes à extinção do posto de trabalho”, que não poderão deixar de estar ligados aos motivos de mercado, estruturais ou tecnológicos que foram invocados pelo empregador para fundamentar a decisão de extinção de um posto de trabalho, mostram-se incapazes, só por si, de fundamentar a impossibilidade da subsistência de uma concreta relação de trabalho que, em consequência daquela decisão de extinção do posto de trabalho, se mostre afetada.

Em suma, a norma do artigo 368.º, n.º 4, do Código do Trabalho na redação dada pela Lei n.º 23/2012, de 25 de junho, viola a proibição de despedimentos sem justa causa consagrada no artigo 53.º da Constituição, pelo que deve ser declarada inconstitucional, com força obrigatória geral.

C.5) *As questões de constitucionalidade referentes ao despedimento por inadaptação*

33. Os requerentes suscitam também a inconstitucionalidade das normas do artigo 375.º, n.º 2, do Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro, com a redação dada pela Lei n.º 23/2012, de 25 de junho, e do artigo 9.º, n.º 2, da citada Lei, na parte em que o mesmo procedeu à revogação das alíneas d) e e) do n.º 1 do artigo 375.º daquele Código.

O artigo 375.º agora em análise prevê os requisitos de despedimento por inadaptação, que, conforme a noção dada no artigo 373.º do mesmo Código, se consubstancia na “cessação de contrato de trabalho promovida pelo empregador e fundamentada em inadaptação superveniente do trabalhador ao posto de trabalho”. A inadaptação aqui em causa verifica-se – segundo o estatuído no artigo 374.º, n.º 1, do Código do Trabalho – em qualquer das seguintes situações, quando, sendo determinada pelo modo de exercício de funções do trabalhador, torne praticamente impossível a subsistência da relação de trabalho: (a) redução continuada de produtividade ou de qualidade; (b) avarias repetidas nos meios afetos ao posto de trabalho; (c) riscos para a segurança e saúde do trabalhador, de outros trabalhadores ou de terceiros. E tal inadaptação pode ocorrer: ou na *sequência da introdução de modificações no posto de trabalho* resultantes de alterações nos processos de fabrico ou de comercialização, de novas tecnologias ou equipamentos baseados em diferente ou mais complexa tecnologia, nos seis meses anteriores ao início do procedimento de despedimento – é este o âmbito de aplicação do artigo 375.º, n.º 1; ou, *caso não tenha havido modificações no posto de trabalho*, se se verificar a existência de uma modificação substancial da prestação realizada pelo trabalhador, de que resultem, nomeadamente, as situações caracterizadoras da inadaptação segundo o referido artigo 374.º, n.º 1, *desde que seja razoável prever que tal modificação substancial tenha um carácter definitivo* - é este o âmbito de aplicação específico do artigo 375.º, n.º 2.

É o seguinte o teor do artigo 375.º do Código do Trabalho, com a redação dada pela Lei n.º 23/20102, de 25 de junho:

«Artigo 375.º

Requisitos de despedimento por inadaptação

- 1 - O despedimento por inadaptação em situação referida no n.º 1 do artigo anterior só pode ter lugar desde que, cumulativamente, se verifiquem os seguintes requisitos:
- a) Tenham sido introduzidas modificações no posto de trabalho resultantes de alterações nos processos de fabrico ou de comercialização, de novas tecnologias ou equipamentos baseados em diferente ou mais complexa tecnologia, nos seis meses anteriores ao início do procedimento;
 - b) Tenha sido ministrada formação profissional adequada às modificações do posto de trabalho, por autoridade competente ou entidade formadora certificada;
 - c) Tenha sido facultado ao trabalhador, após a formação, um período de adaptação de, pelo menos, 30 dias, no posto de trabalho ou fora dele sempre que o exercício de funções naquele posto seja suscetível de causar prejuízos ou riscos para a segurança e saúde do trabalhador, de outros trabalhadores ou de terceiros;
 - d) (Revogada.)
 - e) (Revogada.)
- 2 - O despedimento por inadaptação na situação referida no n.º 1 do artigo anterior, caso não tenha havido modificações no posto de trabalho, pode ter lugar desde que, cumulativamente, se verifiquem os seguintes requisitos:

- a) Modificação substancial da prestação realizada pelo trabalhador, de que resultem, nomeadamente, a redução continuada de produtividade ou de qualidade, avarias repetidas nos meios afetos ao posto de trabalho ou riscos para a segurança e saúde do trabalhador, de outros trabalhadores ou de terceiros, determinados pelo modo do exercício das funções e que, em face das circunstâncias, seja razoável prever que tenham caráter definitivo;
- b) O empregador informe o trabalhador, juntando cópia dos documentos relevantes, da apreciação da atividade antes prestada, com descrição circunstanciada dos factos, demonstrativa de modificação substancial da prestação, bem como de que se pode pronunciar por escrito sobre os referidos elementos em prazo não inferior a cinco dias úteis;
- c) Após a resposta do trabalhador ou decorrido o prazo para o efeito, o empregador lhe comunique, por escrito, ordens e instruções adequadas respeitantes à execução do trabalho, com o intuito de a corrigir, tendo presentes os factos invocados por aquele;
- d) Tenha sido aplicado o disposto nas alíneas b) e c) do número anterior, com as devidas adaptações.

3 - O despedimento por inadaptação em situação referida no n.º 2 do artigo anterior pode ter lugar:

- a) Caso tenha havido introdução de novos processos de fabrico, de novas tecnologias ou equipamentos baseados em diferente ou mais complexa tecnologia, a qual implique modificação das funções relativas ao posto de trabalho;
- b) Caso não tenha havido modificações no posto de trabalho, desde que seja cumprido o disposto na alínea b) do número anterior, com as devidas adaptações.

4 - O empregador deve enviar à comissão de trabalhadores e, caso o trabalhador seja representante sindical, à respetiva associação sindical, cópia da comunicação e dos documentos referidos na alínea b) do n.º 2.

5 - A formação a que se referem os n.ºs 1 e 2 conta para efeito de cumprimento da obrigação de formação a cargo do empregador.

6 - O trabalhador que, nos três meses anteriores ao início do procedimento para despedimento, tenha sido transferido para posto de trabalho em relação ao qual se verifique a inadaptação tem direito a ser reafectado ao posto de trabalho anterior, caso não esteja ocupado definitivamente, com a mesma retribuição base.

7 - O despedimento só pode ter lugar desde que sejam postos à disposição do trabalhador a compensação devida, os créditos vencidos e os exigíveis por efeito da cessação do contrato de trabalho, até ao termo do prazo de aviso prévio.

8 - Constitui contraordenação grave a violação do disposto neste artigo.»

As alíneas d) e e) do n.º 1 deste artigo 375.º, que foram objeto de revogação pelo n.º 2 do artigo 9.º da Lei n.º 23/2012, prescreviam o seguinte:

«Artigo 375.º
(...)

1 - O despedimento por inadaptação em situação referida no n.º 1 do artigo anterior só pode ter lugar desde que, cumulativamente, se verifiquem os seguintes requisitos:

- a) (...);
 - b) (...);
 - c) (...);
 - d) Não exista na empresa outro posto de trabalho disponível e compatível com a qualificação profissional do trabalhador;
 - e) A situação de inadaptação não decorra de falta de condições de segurança e saúde no trabalho imputável ao empregador.
- 2 - (...).
- 3 - (...).
- 4 - (...).
- 5 - (...).»

O despedimento por inadaptação foi introduzido no ordenamento jurídico português, na sequência do Acordo Económico e Social de 1991, pelo Decreto-Lei n.º 400/91, de 16 de outubro (então designado “cessação do contrato de trabalho por inadaptação”) e retomado no Código de Trabalho de 2003, que expressamente o qualificou como uma modalidade de despedimento. A principal finalidade subjacente à consagração desta modalidade de despedimento por causa objetiva foi a de “acautelar a eficácia da reestruturação das empresas como instrumento essencial de competitividade no mercado e, nessa medida, de segurança do emprego dos respetivos trabalhadores” (cfr. a Proposta de Lei n.º 176/V), em especial no que concerne à sua renovação tecnológica. A figura do despedimento por inadaptação do trabalhador foi desde logo objeto de contestação e a sua constitucionalidade foi apreciada no já citado Acórdão n.º 64/91, que se pronunciou no sentido de a mesma não ser constitucionalmente ilegítima.

A respeito desta modalidade de despedimento, refere-se no ponto 4.5., alínea i. do *Memorando de Entendimento* de 2011 que os “despedimentos individuais por inadaptação do trabalhador deverão ser possíveis mesmo sem a introdução de novas tecnologias ou outras alterações no local de trabalho (artigos 373.º a 380.º, 385.º, do Código de Trabalho). Também neste caso se prevê o convencionado na alínea iii. do mesmo ponto: este tipo de despedimento não deve estar sujeito “à obrigação da tentativa de transferência do trabalhador para outro posto de trabalho disponível ou uma função mais apropriada (art.ºs 368.º e 375.º do Código do Trabalho). Em regra, se existirem postos de trabalho disponíveis, compatíveis com as qualificações do trabalhador, devem ser evitados despedimentos”.

E esta parece ser a linha de pensamento subjacente às alterações introduzidas no artigo 375.º, pela Lei n.º 23/2012. Com efeito, assinala-se na Exposição de Motivos relativa à Proposta de Lei n.º 46/XII, que esteve na origem da Lei n.º 23/2012:

« O despedimento por inadaptação passará a ser permitido mesmo nas situações em que não tenham sido introduzidas modificações no posto de trabalho. Esta alteração permite ao empregador uma reação em caso de uma modificação substancial da prestação do trabalhador, da qual resulte, nomeadamente, uma redução continuada da produtividade ou da qualidade, avarias repetidas nos meios afetos ao posto de trabalho ou riscos para a segurança e saúde do trabalhador, de outros trabalhadores ou de terceiros. [...]

Dada a necessidade de salvaguardar a existência de um motivo válido para o despedimento, é estabelecido um procedimento adequado, bem como a possibilidade de defesa por parte do trabalhador, ao qual é ainda atribuída uma oportunidade para a melhoria da sua prestação, evitando assim o despedimento.

Neste sentido, deverá o empregador informar o trabalhador da apreciação da atividade antes prestada, com uma descrição circunstanciada dos factos, demonstrativa da referida modificação substancial da sua prestação, podendo este pronunciar-se sobre este facto nos cinco dias úteis posteriores à receção desta comunicação.

Ao trabalhador deverá ainda ser proporcionada formação profissional adequada, dispondo, na sequência da mesma, de um período não inferior a trinta dias com vista à modificação da sua prestação.

Adicionalmente, é atribuído ao trabalhador o direito de denúncia do seu contrato de trabalho e de receber a respetiva compensação, desde o momento em que recebe a comunicação do empregador.

No que respeita ao despedimento por inadaptação com modificações no posto de trabalho, o seu regime jurídico é mantido, com algumas adaptações ao nível de prazos e de comunicações.»

Na verdade, as alterações introduzidas pela Lei n.º 23/2012 no citado artigo 375.º traduziram-se no seguinte:

- No âmbito do regime geral (aquele que é aplicável aos trabalhadores comuns, não relevando para a questão em análise o regime especial previsto para os trabalhadores afetos a cargos de complexidade técnica ou de direção – cfr. artigo 374.º, n.ºs 1 e 2), passaram a existir dois tipos de despedimento por inadaptação: um correspondente à situação tradicional, em que a inadaptação ocorre depois de terem sido introduzidas modificações no posto de trabalho, resultantes de alterações nos processos de fabrico ou de comercialização, de novas tecnologias ou equipamentos (n.º 1 do artigo 375.º); e um novo tipo de inadaptação (que os requerentes e alguns autores designam por “inaptidão” ou “ineptidão”) no qual, independentemente de terem ocorrido alterações no posto de trabalho, há uma modificação substancial da prestação do trabalhador, nomeadamente, uma redução continuada de produtividade ou de qualidade (n.º 2 do artigo 375.º);
- Foram eliminados, como requisitos do despedimento por inadaptação subsequente a modificações no posto de trabalho, a inexistência de posto de trabalho disponível e compatível com a qualificação profissional do trabalhador e a exigência de que a situação de inadaptação não decorra de falta de condições de segurança e saúde no trabalho imputável ao empregador (revogação das alíneas d) e e) do n.º 1 do artigo 375.º, operada pelo artigo 9.º, n.º 2, da Lei n.º 23/2012)

Em síntese, os requerentes sustentam que a nova modalidade de despedimento por inadaptação (ou “inaptidão”), que não depende de modificações introduzidas no posto de trabalho, assenta numa causa subjetiva (imputável ao próprio trabalhador), pelo que se situa “fora dos parâmetros de admissibilidade da Constituição no que toca aos despedimentos por causas objetivas, na medida em que nesta situação não é possível determinar com suficiente concretização as causas do despedimento nem tão pouco controlar a impossibilidade objetiva da subsistência da relação laboral, o que equivale à possibilidade de despedimentos injustificados e arbitrários, em clara violação dos princípios estabelecidos no artigo 53.º da Constituição”. A este respeito salientam, ainda, que sendo a “inaptidão” avaliada com base em critérios subjetivos, dependentes do juízo da entidade patronal, a quem cabe determinar os conceitos de “quebra de produtividade” ou de “qualidade do trabalho prestado” e que, por ser a detentora dos meios de produção, é a principal responsável pela criação das condições objetivas e subjetivas de cumprimento ou não dos objetivos e conceitos que ela própria determinou. Para fundamentar esta sua posição citam, designadamente, os Acórdãos n.ºs 107/88, 64/91 e 581/95 do Tribunal Constitucional.

Alegam ainda a inconstitucionalidade da revogação das alíneas d) e e) do n.º 1 do artigo 375.º (operada pelo artigo 9.º, n.º 2, da Lei n.º 23/2012), da qual resulta que deixou de ser exigível a verificação da impossibilidade de subsistência do vínculo laboral pela inexistência na empresa de um outro posto de trabalho disponível e compatível com a qualificação profissional do trabalhador, bem como a exigência da situação de inadaptação não decorrer da falta de condições de segurança e saúde no trabalho imputável à entidade patronal.

34. Esta segunda ordem de questões relativas aos requisitos de despedimento por inadaptação *quando tenham ocorrido modificações no posto de trabalho* tem conexões com o problema paralelo tratado a propósito do artigo 368.º, n.º 4, do Código do Trabalho (requisitos de despedimento por extinção de posto de trabalho – cfr. *supra* o n.º 32). Está em causa, portanto, a conformidade constitucional da revogação das alíneas d) e e) do n.º 1 do artigo 375.º, operada pelo n.º 2 do artigo 9.º da Lei n.º 23/2012.

A citada alínea d) prescrevia, como requisito do despedimento, que não existisse na empresa outro posto de trabalho disponível e compatível com a qualificação profissional do trabalhador. Essa exigência estava ligada ao requisito da impossibilidade prática da subsistência da relação de trabalho, que continua a constar da parte final do n.º 1 do artigo 374.º do Código do Trabalho. O novo regime, ao deixar de relacionar a impossibilidade com a inexistência de posto compatível, parece significar que a impossibilidade será aferida *apenas* em função da quebra de atividade do trabalhador e da sua justificação de subsistência na empresa. Neste sentido, refere Pedro Romano Martinez o seguinte (v. Autor cit. in Pedro Romano Martinez (coord.), *Código do Trabalho Anotado*, cit., nota V ao artigo 374.º, pp. 789 e 790):

«A impossibilidade de subsistência da relação de trabalho, a que se refere a parte final dos n.ºs 1 e 2 [do artigo 374.º], numa interpretação sistemática, tem agora de ser entendida de modo diverso. No regime anterior a 2012 poder-se-ia entender que a impossibilidade deveria ser vista no sentido prescrito no n.º 4 do artigo 368.º, do CT; ou seja, como inviabilidade de o empregador manter aquele trabalhador inadaptado, para o qual não tinha posto de trabalho compatível (artigo 375.º, n.º 1, alínea d), do CT). Mas no novo regime (2012) deixa de fazer sentido relacionar a impossibilidade com a inexistência de posto compatível, pelo que deve ser aferida em função da quebra de atividade do trabalhador e da sua justificação de subsistência na empresa.

Esta é, sem dúvida, uma das alterações mais significativas da reforma de 2012.»

As razões que conduziram ao juízo de inconstitucionalidade, a propósito de idêntica supressão no âmbito do regime do despedimento por extinção de posto de trabalho são aqui inteiramente aplicáveis (cfr. *supra* o n.º 32), pelo que sobre a norma agora em análise deve recair idêntico juízo de inconstitucionalidade.

Como então se referiu, o despedimento por causas objetivas deve ser configurado como *ultima ratio*, o que não é compatível com a dispensa do dever de integrar o trabalhador em posto de trabalho alternativo, quando este exista. A mesma exigência pode extrair-se do princípio da proporcionalidade, na vertente da proibição do excesso.

No âmbito da modalidade de despedimento por justa causa objetiva, agora em apreço, impõe-se igualmente o cumprimento destes princípios, não se permitindo que o trabalhador inadaptado a um determinado posto de trabalho que sofreu modificações, seja despedido quando haja outro posto de trabalho disponível e compatível com a sua qualificação e aptidão profissional. A revogação do preceito em análise é, em razão do exposto, inconstitucional, uma vez que viola a proibição de despedimentos sem justa causa consagrada no artigo 53.º da Constituição.

35. No que respeita à suscitada inconstitucionalidade da norma que revogou a alínea e) do n.º 1 do mesmo artigo 375.º (que exigia que a situação de inadaptação não decorresse da falta de condições de segurança e saúde no trabalho imputável à entidade patronal), afigura-se haver aqui um manifesto lapso dos requerentes. Na verdade, tal norma, que constava da referida alínea e), consta agora do n.º 4 do artigo 374.º do mesmo Código, número esse que foi aditado pela Lei n.º 23/2012, de 25 de junho, e onde se prescreve que a “situação de inadaptação referida nos números anteriores não deve decorrer de falta de condições de segurança e saúde no trabalho imputável ao empregador”.

Assim, nesta parte, decai necessariamente o pedido.

36. A outra questão a decidir é a da conformidade constitucional da nova modalidade de despedimento por inadaptação do trabalhador ao posto de trabalho, consagrada no n.º 2 do artigo 375.º do Código do Trabalho: aquela que resulta de inadaptação do trabalhador ao posto de trabalho revelada *apenas* por uma modificação substancial do modo como aquele exerce as suas funções, sendo que tal modificação, para ser relevante, deve estimar-se como tendo carácter definitivo.

Para a sua boa compreensão, importa ter presente que o conceito legal de «inadaptação», sendo embora um facto objetivo e definitivo relativo ao trabalhador, não corresponde à impossibilidade subjetiva (*Unvermögen*) determinante da caducidade do contrato, nos termos gerais (cfr. o artigo 343.º, alínea b), do Código do Trabalho). Trata-se de um *minus*, mas ainda assim suficientemente relevante para justificar a atribuição de um direito de resolução do contrato ao empregador, atentos os interesses em jogo:

« É certo que, em caso limite, estas situações podem determinar a caducidade do contrato de trabalho, por impossibilidade superveniente, absoluta e definitiva, atinente ao trabalhador (343.º b) do CT) [...]. Contudo, a verdade é que a figura da caducidade não é adequada a esta situação, já que o que aqui está em causa não é uma *impossibilidade de desenvolver a prestação* mas antes a *diminuição significativa da aptidão do trabalhador para a função* (i.e., *no fundo uma redução grave da qualidade do trabalho prestado*) por uma razão atinente ao trabalhador, sendo que o carácter permanente desta inaptidão superveniente torna inexigível ao empregador a continuação do vínculo.» (cfr. Maria do Rosário Palma Ramalho, *Tratado de Direito do Trabalho. Parte II...*, cit., p. 918; itálicos no original).

Como refere a mesma Autora, “o despedimento por inadaptação corresponde a uma modalidade de despedimento por causa objetiva (no sentido em que não depende de uma atuação culposa do trabalhador), mas esta causa reporta-se ao trabalhador e não à empresa: é a inadaptação do trabalhador ao seu posto de trabalho, no decurso do contrato (logo, trata-se de uma inaptidão superveniente) [...] O tipo de alterações que a lei admite para este efeito permite concluir que esta modalidade de despedimento decorre das necessidades de flexibilização do Direito do Trabalho e, designadamente, das projeções tecnológicas dessas necessidades. [...] Nas situações de inadaptação enunciadas [nos artigos 374.º e 375.º do Código do Trabalho], acentua-se a importância do requisito de que a inadaptação se fique a dever ao modo de exercício da função pelo trabalhador [porque é esse requisito que permite] fixar a origem do facto extintivo na pessoa do trabalhador (ou melhor dito, no modo como ele executa a sua prestação) que é o traço distintivo desta modalidade de despedimento relativamente a outras modalidades de despedimento com fundamento objetivo [...]” (cfr. a Autora cit., *ibidem*, pp. 914 e 916). No mesmo sentido, Monteiro Fernandes reconhece estar em causa um despedimento justificado pela “perda de qualidade ou rendimento do trabalho” (cfr. o Autor cit., *Direito do Trabalho*, cit., pp. 514 e 515).

Não sendo consequência de alterações no posto de trabalho ou de alterações no contexto em que a prestação de trabalho decorre, a referida “modificação substancial da prestação” será unicamente reportada a factos do próprio trabalhador, ou seja, ao modo como este exerce as suas funções, traduzido num conjunto de elementos objetivos que revelem uma prestação laboral de menor qualidade ou rendimento, mas não culposa. Além disso, como referido, a «inadaptação» só poderá considerar-se verificada quando seja de prever o carácter definitivo da alteração da prestação e seja de concluir pela impossibilidade de manutenção do vínculo (cfr. os artigos 374.º, n.º 1, e 375.º, n.º 2, alínea a), *in fine*).

Podem colocar-se dúvidas sobre se esta nova modalidade de despedimento por inadaptação não será contraditória nos seus termos, uma vez que não é imputável a uma qualquer modificação do posto de trabalho a que o trabalhador se tenha revelado incapaz de se adaptar, antes correspondendo a uma modificação da prestação do trabalhador imputável apenas ao próprio. Pode também questionar-se se as razões que aqui servem para fundamentar o despedimento não estão já cobertas por outros institutos do Código do Trabalho, nomeadamente, pela existência de um período experimental no tempo inicial de execução do contrato (artigos 111.º e s.), durante o qual ambas as partes avaliam o seu interesse na manutenção do contrato e pelo próprio instituto do despedimento com justa causa (subjéctiva), que pode consistir no desinteresse repetido pelo cumprimento, com a diligência devida, de obrigações inerentes ao exercício do cargo ou posto de trabalho, pela

lesão de interesses patrimoniais sérios da empresa, pela falta culposa de observância de regras de segurança e saúde no trabalho e pelas reduções anormais de produtividade (v., respetivamente, as alíneas d), e), h) e m) do n.º 2 do artigo 351.º).

Se fosse de entender assim, poder-se-ia considerar, como fazem os requerentes, que esta modalidade transfigura o despedimento por inadaptação e, ao contrário deste, corresponde a uma modalidade de despedimento com causa *subjéctiva*.

Contudo, não é esta a abordagem correta do problema.

A modalidade de despedimento em análise – que, verdadeiramente, corresponde a uma “inaptidão” ou “menor capacidade profissional” do trabalhador – diferencia-se da “inadaptação” por prescindir da prévia ocorrência de modificações no posto de trabalho. Corresponderá a casos em que “o trabalhador, sem culpa, manifeste uma redução ou mesmo cessação das aptidões físicas, psíquicas ou técnicas que levaram à sua contratação e serviram de suporte à sua prestação de trabalho até certo momento. [...] A ausência de culpa exclui a justa causa disciplinar, e a inaptidão pode não ser consequência de qualquer modificação técnica ou organizacional, pelo que ficará também descartada invocação de inadaptação.» (cfr., novamente, António Monteiro Fernandes, “A justa causa de despedimento...”, cit., p. 247).

A causa subjacente a esta modalidade de despedimento é, assim, *objectiva*, na medida em que a decisão de despedimento assenta em factos referentes a comportamentos (não culposos) do trabalhador. Na verdade, a norma basta-se com a verificação dos comportamentos do trabalhador reconduzíveis a uma redução continuada da produtividade ou de qualidade da prestação laboral, não carecendo de os imputar, a título de culpa, ao trabalhador.

Poder-se-á também dizer, em abono desta figura, que o seu regime contém determinadas cautelas elementares. Designadamente, o despedimento por “inaptidão” partilha com o despedimento por inadaptação as imposições do n.º 1 do artigo 374.º do Código do Trabalho, que exige a verificação de uma modificação no modo de exercício de funções do trabalhador que “torne praticamente impossível a subsistência da relação de trabalho”. Depois, as hipóteses em que se verifique inaptidão do trabalhador não poderão ser imputáveis ao próprio empregador, desde logo nas situações referidas no n.º 4 do artigo 374.º, mas também em casos de assédio ou outras formas de pressão sobre o trabalhador que originem reduções na sua normal capacidade de trabalho; além de que deste regime estão excluídas as consequências de acidentes de trabalho e de doenças profissionais (cfr. n.º 3 do artigo 374.º), o que, como salienta Maria do Rosário Palma Ramalho, “previne a utilização abusiva deste regime em relação a trabalhadores com capacidade de trabalho reduzida, com deficiência ou doença crónica. [...] Na verdade, embora esta regra seja formalmente enunciada como um pressuposto comum a todas as modalidades de

inadaptação [...], ela é particularmente vocacionada para esta nova modalidade” (v. Autora cit., *Tratado de Direito do Trabalho. Parte II...*, cit., p. 918).

Este despedimento por “inaptidão” apresenta, em todo o caso, uma diferença relativamente às demais modalidades de despedimento por justa causa objetiva, incluindo a da inadaptação *proprio sensu*. Nestas, a justa causa objetiva (não dependente de atuação culposa do trabalhador ou do empregador) assenta em elementos que se referem à organização ou gestão da empresa, sendo em consequência destas que se verifica a necessidade, objetivamente fundamentada, de despedir um trabalhador. É manifestamente o caso dos regimes de despedimento coletivo, do despedimento por extinção de posto de trabalho, mas também da outra modalidade de despedimento por inadaptação (na qual os fundamentos do despedimento se referem simultaneamente à empresa e ao trabalhador, apresentando-se a situação de inadaptação, não culposa, do trabalhador como uma consequência de modificações introduzidas no posto de trabalho: “embora a causa próxima do despedimento fosse atinente ao trabalhador (cifrando-se na sua inadaptação superveniente à função), a causa última era sempre externa ao trabalhador, porque diretamente reportada ao posto de trabalho” – assim, v., mais uma vez, Maria do Rosário Palma Ramalho, *Tratado de Direito do Trabalho. Parte II...*, cit., p. 918). Ou seja, nas demais modalidades de despedimento por justa causa objetiva, o despedimento do trabalhador é sempre *consequência* de factos referentes à própria empresa e é uma medida de *ultima ratio* (admissível apenas quando seja inexigível a subsistência do vínculo laboral), que é legitimada enquanto resultado de uma ponderação adequada entre direitos fundamentais em conflito (direito à segurança no emprego, por um lado, e direito à livre iniciativa económica, por outro).

No caso agora em apreço, a causa do despedimento refere-se exclusivamente ao próprio trabalhador e ao modo de exercício das suas funções, exigindo-se tão-somente que a inadaptação revelada pelos maus resultados da sua prestação laboral – a aludida redução continuada da produtividade ou de qualidade da prestação - não lhe seja imputável a título de culpa e que “seja razoável prever que [tal inadaptação tenha] carácter definitivo”.

A verdade, porém, é que a mencionada diferença em nada altera nem a *objetividade* inerente aos maus resultados conjugados com uma ausência de culpa ou de censurabilidade do trabalhador nem, conseqüentemente, o *juízo de inexigibilidade* relativamente ao beneficiário da prestação laboral de menor qualidade, ou seja, o empregador. E, deste último ponto de vista, a ótica correta é a da ponderação adequada entre direitos fundamentais em conflito – o direito à segurança no emprego, por um lado, e o direito à livre iniciativa económica, por outro.

E, à luz desse conflito, a aludida diferença é irrelevante, pois, mesmo na ausência de modificações introduzidas no posto de trabalho, continua a *não ser exigível* ao empregador a manutenção do vínculo laboral com um trabalhador que, reconhecidamente, não consegue trabalhar com o equipamento disponibilizado, que põe em risco a sua segurança ou a de

outros pelo modo como realiza a sua prestação ou cuja produtividade diminuiu drástica e definitivamente (cfr. Maria do Rosário Palma Ramalho, *Tratado de Direito do Trabalho. Parte II...*, cit., p. 917).

Cumpra, por isso, concluir pela não inconstitucionalidade, em especial pela não violação da proibição de despedimentos sem justa causa consagrada no artigo 53.º da Constituição, do despedimento por inadaptação fundado exclusivamente numa diminuição da qualidade da prestação laboral que se traduza em alguma das situações referidas no artigo 374.º, n.º 1, do Código do Trabalho e que seja razoável prever que tenha caráter definitivo. Com efeito, tal fundamento ainda se integra na margem de concretização do critério de justa causa deixado pelo legislador constituinte ao legislador ordinário.

37. Acresce que os requisitos substanciais e procedimentais da relevância de tal fundamento previstos no artigo 375.º, n.º 2, do Código do Trabalho também se mostram adequados a assegurar o respeito pela aludida proibição constitucional, uma vez que permitem objetivar a justa causa relevante em termos controláveis e é dada ao trabalhador oportunidade para se defender e, bem assim, para corrigir a sua prestação (cfr. Maria do Rosário Palma Ramalho, *Tratado de Direito do Trabalho. Parte II...*, cit., pp. 920 e 921). Na verdade, tais requisitos conformam a modalidade de despedimento em causa – portanto, com referência à inaptidão definitiva do trabalhador – como uma *ultima ratio* em relação àquilo que é exigível ao empregador em face do direito subjetivo à segurança no emprego. Como nota Pedro Romano Martinez (v. Autor cit., in Pedro Romano Martinez (coord.), *Código do Trabalho Anotado*, cit., nota VI ao artigo 375.º, p. 794):

« Apesar de se tratar de um despedimento com causa objetiva, como assenta num requisito relacionado com a alteração da prestação de trabalho, nomeadamente decorrente de uma quebra de produtividade, impõe-se um apuramento das causas. Com efeito, a redução da produtividade ou da qualidade pode resultar de múltiplos fatores, nomeadamente da esfera de risco da empresa; tem, pois, de se verificar se tal redução se encontra na esfera de risco do trabalhador, não tendo resultado de elementos empresariais. Atenta esta necessidade de apuramento das causas, o novo regime, ao permitir o despedimento sem necessidade de alteração do posto de trabalho, passa a ser mais exigente do ponto de vista procedimental, dando-se ao trabalhador a possibilidade de defesa, contestando a invocada redução de produtividade, etc., ou alegando que resulta de fatores empresariais.

Daí as regras procedimentais constantes das alíneas b) a d) do n.º 2 [do artigo 375.º]. Trata-se de um procedimento complexo, com duas vertentes: apuramento da modificação substancial da prestação realizada pelo trabalhador e das suas causas – particularmente esta última numa perspetiva negativa, verificando que não se trata de um motivo empresarial – e, seguidamente, informação ao trabalhador com descrição circunstanciada dos factos a que o trabalhador pode responder. Após a resposta (ou na falta dela) o empregador tem de dar instruções para que o trabalhador corrija. Subsistindo a invocada alteração substancial da prestação de trabalho pode o trabalhador ser despedido.»

Deste ponto de vista, não se justifica retirar quaisquer consequências da omissão entre os requisitos do n.º 2 do citado artigo 375.º de uma referência ao requisito «ausência de um posto de trabalho alternativo». Desde logo, porque tal omissão está em linha com as já analisadas alterações aos regimes do despedimento por extinção de posto de trabalho e do

despedimento por inadaptação decorrente de modificações do posto de trabalho operadas pela Lei n.º 23/2012, de 25 de junho (cfr. *supra*, respetivamente, os n.ºs 32 e 34). Estranho seria, na verdade, que, tendo a lei revogado tal requisito a propósito dessas outras modalidades de despedimento preexistentes, o viesse a exigir relativamente a uma modalidade de despedimento que veio consagrar *ex novo*.

Mas mais importante: o juízo de inconstitucionalidade emitido com referência a essas revogações, para mais em sede de fiscalização abstrata sucessiva, não pode deixar de se repercutir, em termos de configuração do sistema de justas causas de despedimento, na hermenêutica do despedimento por inadaptação do trabalhador, na ausência de modificações introduzidas no respetivo posto de trabalho. Com efeito, se, para formular o juízo de inexigibilidade de manutenção do trabalhador cuja inaptidão se revelou na sequência da introdução de modificações no seu posto de trabalho, é essencial que o empregador não disponha na empresa de outro posto de trabalho compatível com a qualificação profissional do trabalhador, conforme exigido pela alínea d) do n.º 1 do artigo 375.º, não se vê por que razão a situação deva ser diferente, no tocante ao mencionado juízo de inexigibilidade, nos casos em que a inadaptação do trabalhador se revele independentemente de terem sido introduzidas modificações no seu posto de trabalho. O problema, em termos de impossibilidade prática de subsistência da relação de trabalho – e é esse o critério da inexigibilidade em causa – é exatamente o mesmo nas duas situações. E aquilo que é específico da inadaptação do trabalhador revelada exclusivamente pela redução da qualidade da respetiva prestação de trabalho – e que fundamenta aquela inexigibilidade – é a presunção do carácter definitivo de tal redução. Em tudo o mais, não são justificadas diferenças de tratamento face à inadaptação do trabalhador subsequente à introdução de modificações no respetivo posto de trabalho.

Nesse mesmo sentido, depõe, além do regime comum consagrado no artigo 374.º do Código do Trabalho, a remissão contida na alínea d) do artigo 375.º, n.º 2, para as alíneas b) e c) do n.º 1 – alíneas que têm por objeto cautelas comuns a todas as situações de inadaptação, independentemente da respetiva causa próxima. Aquela remissão não abrange as alíneas d) e e) do n.º 1 apenas porque a primeira foi revogada e a segunda integrada numa disposição comum a todas as situações de inadaptação.

De todo o modo, e porque está em causa resolver a colisão entre o direito à segurança no emprego, por um lado, e o direito à livre iniciativa económica, por outro, o sacrifício do primeiro só se justifica na medida do estritamente necessário à salvaguarda do segundo, pelo que o princípio da proporcionalidade, na vertente de proibição do excesso, sempre imporá que, existindo na empresa outro posto de trabalho disponível e compatível com a qualificação profissional do trabalhador e com a capacidade prestativa que o mesmo mantenha, tal posto seja oferecido ao trabalhador em causa.

Em suma, a exigência da impossibilidade da subsistência da relação de trabalho nas situações de inadaptação do trabalhador ao posto de trabalho legalmente previstas no artigo

374.º do Código do Trabalho não se verifica enquanto existir na empresa um outro posto de trabalho disponível e compatível com a qualificação profissional do mesmo trabalhador e com a capacidade prestativa que o mesmo mantenha. Consequentemente, o despedimento com fundamento na inadaptação do trabalhador só pode ocorrer na ausência de um posto de trabalho alternativo. A omissão da exigência expressa deste requisito, a propósito da disciplina do despedimento por inadaptação do trabalhador, caso não tenha havido modificações no seu posto de trabalho, é explicada por razões ligadas à história do preceito e, devido às assinaladas conexões sistemáticas, não é suficiente para considerar legalmente admissível um despedimento por inadaptação com inobservância de tal requisito.

C.6) *As questões de constitucionalidade referentes às relações entre fontes de regulação*

38. Por último, os requerentes questionam a constitucionalidade de todas as normas do artigo 7.º da Lei n.º 23/2012, de 25 de junho. É o seguinte o teor do preceito em causa:

«Artigo 7.º
Relações entre fontes de regulação

1 — São nulas as disposições de instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho celebrados antes da entrada em vigor da presente lei que prevejam montantes superiores aos resultantes do Código do Trabalho relativas a:

- a) Compensação por despedimento coletivo ou de que decorra a aplicação desta, estabelecidas no Código do Trabalho;
- b) Valores e critérios de definição de compensação por cessação de contrato de trabalho estabelecidos no artigo anterior.

2 — São nulas as disposições de instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho e as cláusulas de contratos de trabalho celebrados antes da entrada em vigor da presente lei que disponham sobre descanso compensatório por trabalho suplementar prestado em dia útil, em dia de descanso semanal complementar ou em feriado.

3 — As majorações ao período anual de férias estabelecidas em disposições de instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho ou cláusulas de contratos de trabalho posteriores a 1 de dezembro de 2003 e anteriores à entrada em vigor da presente lei são reduzidas em montante equivalente até três dias.

4 — Ficam suspensas durante dois anos, a contar da entrada em vigor da presente lei, as disposições de instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho e as cláusulas de contratos de trabalho que disponham sobre:

- a) Acréscimos de pagamento de trabalho suplementar superiores aos estabelecidos pelo Código do Trabalho;
- b) Retribuição do trabalho normal prestado em dia feriado, ou descanso compensatório por essa mesma prestação, em empresa não obrigada a suspender o funcionamento nesse dia.

5 — Decorrido o prazo de dois anos referido no número anterior sem que as referidas disposições ou cláusulas tenham sido alteradas, os montantes por elas previstos são reduzidos para metade, não podendo, porém, ser inferiores aos estabelecidos pelo Código do Trabalho.»

Pelas razões mencionadas *supra* no n.º 9 do presente Acórdão, o pedido está, quanto a este ponto, limitado à apreciação da constitucionalidade do artigo 7.º da Lei n.º 23/2012, na parte em que estabelece a *nullidade, redução* ou *suspensão* de disposições de instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho, por violação do direito de contratação coletiva (estando excluída a apreciação da constitucionalidade do mesmo artigo na parte em que se refere às cláusulas de contratos individuais de trabalho).

Em síntese, os requerentes sustentam que este preceito incide sobre matéria que integra a reserva constitucional de contratação coletiva (cfr. o artigo 56.º, n.ºs 3 e 4, da Constituição), ou seja, que estão em causa matérias sobre as quais o legislador não pode dispor, por integrarem o núcleo essencial – cuja delimitação resulta dos artigos 58.º e 59.º da Constituição – do direito de contratação coletiva, que é um direito fundamental dos trabalhadores, de exercício cometido às associações sindicais. Mais salientam que a revogação de cláusulas de contratação coletiva por lei imperativa, constituindo uma limitação da liberdade negocial e, logo, uma restrição do direito fundamental de contratação coletiva, teria de obedecer aos princípios da proporcionalidade, adequação e necessidade, em conformidade com o artigo 18.º, n.º 2, da Constituição, não estando demonstrado que esta restrição seja necessária para a realização dos objetivos de contenção orçamental ou para o aumento da competitividade das empresas, como não está provado que não existam meios, menos lesivos do bem jurídico tutelado, para atingir os fins pretendidos. Conclui-se, assim, que a revogação definitiva destas cláusulas convencionais representa claramente um excesso, não proporcional ao fim a alcançar.

Sustenta-se, por fim, que a norma em apreço, ao declarar nulas ou reduzir as condições de trabalho validamente acordadas nas convenções coletivas em vigor, viola o artigo 2.º da CRP, na medida em que atenta contra o princípio da proteção da confiança resultante da tutela da segurança jurídica, ambas inseparáveis na realização do princípio do Estado de direito democrático.

39. Nos termos do artigo 56.º, n.º 3, da Constituição, os trabalhadores são os titulares do direito de contratação coletiva, embora só o possam exercer através das associações sindicais. Além disso, o exercício de tal direito é garantido “nos termos da lei”.

Não é inteiramente pacífico o alcance desta remissão para os “termos da lei”. Sendo certo que não pode significar a transferência para o legislador da própria garantia da contratação

coletiva (essa é uma garantia com assento constitucional), discute-se se a lei está habilitada a proceder à própria definição do âmbito da contratação coletiva ou se, pelo contrário, apenas pode proceder à regulamentação do exercício desse direito.

Afastando-se do entendimento que fez maioria no Acórdão n.º 966/96, a resposta da jurisprudência constitucional tem-se inclinado no sentido da formulação adotada no Acórdão n.º 517/98 (e reafirmada, entre outros, nos Acórdãos n.ºs 634/98 e 391/2004), segundo a qual o direito à contratação coletiva é um direito que se acha colocado “sob reserva da lei”: a Constituição garante-o, de facto, “nos termos da lei”; no entanto, isto “não significa que a lei possa esvaziar de conteúdo um tal direito, como sucederia se regulamentasse, ela própria, integralmente as relações de trabalho, em termos inderrogáveis pelas convenções coletivas. Significa apenas que a lei pode regular o direito de negociação e contratação coletiva — delimitando-o ou restringindo-o —, mas deixando sempre um conjunto minimamente significativo de matérias aberto a essa negociação. Ou seja: pelo menos, a lei há-de garantir uma reserva de convenção coletiva”. Na verdade, o direito em apreço é imediatamente reconhecido pela Constituição e não um direito derivado da lei.

Na doutrina, é também dominante a ideia de que a remissão para a lei “confere ao legislador uma margem de conformação não somente quanto à competência e ao modo de exercício desse direito, mas também quanto à sua própria configuração substantiva (por exemplo, definição das matérias elegíveis para serem objeto de contratação coletiva), desde que isso não implique uma injustificada ou desrazoável restrição do seu âmbito” (cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição...*, vol. I, cit., anot. X ao art. 56.º, p. 746; v. também Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I, cit. anot. XV ao art. 56.º, p. 1118 e ss.).

A delimitação desse núcleo intangível do direito de contratação coletiva não pode ser feita a partir da lei, sob pena de “inversão da hierarquia normativa e de esvaziamento da força jurídica do preceito constitucional” (cfr. Vieira de Andrade e Fernanda Maças, “Contratação Coletiva e Benefícios Complementares de Segurança Social”, in *Scientia Iuridica*, Maio-Agosto 2001, n.º 290, p. 29 e ss., p. 33). A determinação desse núcleo essencial, por via interpretativa, há-de resultar dos “contributos firmes” dados pela Constituição, concretamente, do n.º 1 do artigo 56.º da Constituição, que comete às associações sindicais a defesa dos direitos e interesses dos trabalhadores, e dos artigos 58.º e, sobretudo, 59.º, “na medida em que estabelece um vasto elenco de direitos dos trabalhadores e de imposições dirigidas ao Estado sobre as condições da prestação de trabalho”, do qual se pode extrair um “núcleo duro, típico, das matérias que se reportam às relações laborais e que constituirão o objeto próprio das convenções coletivas” (v. *idem*, *ibidem*, pp. 34 e 35).

Na concretização deste domínio de «reserva de convenção coletiva», o Tribunal Constitucional já afirmou a não inconstitucionalidade da subtração por lei ao domínio da contratação coletiva da matéria do procedimento disciplinar (Acórdão n.º 94/92); da matéria das prestações complementares de segurança social (Acórdão n.º 517/98, citado); do regime da cessação do contrato de trabalho (Acórdão n.º 581/95 e Acórdão n.º 391/2004, citado); do método de cálculo da pensão de aposentação (Acórdão n.º 54/2009); ou da eficácia temporal das convenções coletivas (Acórdão n.º 338/2010). Em contrapartida, considerou que “a fixação das remunerações dos trabalhadores em regime de contrato individual de trabalho é um campo especialmente aberto à autonomia da vontade e, assim, à regulamentação coletiva”, concluindo pela inconstitucionalidade de uma norma dos Estatutos da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa que atribuía à respetiva Mesa o poder de fixar unilateralmente as remunerações dos trabalhadores daquela Misericórdia, subtraindo-as à negociação coletiva (Acórdão n.º 229/94).

A questão de constitucionalidade que importa analisar é, precisamente, a de saber se o artigo 7.º da Lei n.º 23/2012, de 25 de junho, interfere com um espaço que o legislador deva deixar aberto à contratação coletiva, ou seja, se afeta o conteúdo essencial deste direito. No fundo, trata-se de saber se as normas legais contidas no citado artigo 7.º incidem sobre matérias incluídas na “reserva de convenção coletiva”, se respeitam àquele “conjunto minimamente significativo de matérias” que a lei tem que deixar aberto a essa negociação. Por outro lado, cumpre apreciar também a salvaguarda da segurança jurídica e da proteção da confiança decorrente do princípio do Estado de Direito insito no artigo 2.º da Constituição, uma vez que mediante aquele preceito o legislador intenciona modificar as condições de trabalho validamente acordadas no âmbito de convenções coletivas em vigor antes do termo fixado (convencional ou legalmente) para a sua vigência.

40. Como a própria epígrafe indicia, o artigo 7.º respeita à relação entre fontes de direito, concretamente, à relação entre a lei – o Código do Trabalho - e os instrumentos de regulamentação coletiva (adiante também referidos simplesmente como “IRCT”), visando tornar obrigatórios certos aspetos da disciplina laboral que foram alterados pela Lei n.º 23/2012, de 25 de junho, assim sobrepondo as novas disposições legais às de IRCT celebrados antes da entrada em vigor da citada Lei. O legislador lança mão dos conceitos de *nulidade*, *suspensão* e *redução* para neutralizar a eficácia das disposições de IRCT que disponham sobre as matérias enunciadas nos vários números do artigo 7.º, e o façam em termos mais favoráveis para o trabalhador. Na verdade, a *nulidade* e a *redução* das disposições resultantes da negociação coletiva aí previstas são sinónimas da cessação da eficácia dessas normas, a título definitivo, enquanto a *suspensão* por dois anos estabelece uma ineficácia meramente transitória.

O objetivo globalmente subjacente ao regime do artigo 7.º é o de assegurar a efetividade e uniformidade das alterações legislativas, impedindo a sobrevivência, ao lado do novo regime legal, de anteriores regimes mais favoráveis, coletivamente contratualizados. Nesse sentido, há mesmo quem fale numa «barreira de proteção contra o ‘passado’» (assim, v. António Monteiro Fernandes, “A ‘Reforma Laboral’ de 2012...” cit., p. 558). Numa ótica mais positiva, outros referem a possibilidade de as soluções em apreço, ao darem plena

eficácia às modificações legais sem todavia imporem um limite à autonomia coletiva (e à autonomia privada), funcionarem como “estímulo à negociação coletiva” (assim, v., por exemplo, António Nunes de Carvalho, “Tempo de trabalho” cit., p. 39). Em especial no que se refere ao enquadramento jurídico-formal do efeito da lei nova sobre os IRCT em termos de «nulidade» (e não de «revogação»), o mesmo não é novo, atentos os antecedentes consubstanciados nas leis – os diplomas preambulares – que aprovaram o Código do Trabalho de 2003 e o de 2009 (cfr., criticando tais soluções, António Nunes de Carvalho, *ibidem*, p. 38, nota 21).

No entanto, esta afetação da eficácia dos instrumentos de regulamentação coletiva pré-existentes à Lei n.º 23/2012 não só se manifesta em modos diferentes – a tipologia dos efeitos cominados não é uniforme –, como interfere com matérias muito diversas e que também, elas próprias, não relevam igualmente para efeitos do âmbito de proteção do direito de contratação coletiva. Mais: as próprias soluções legais, em especial as constantes do Código do Trabalho com a nova redação, cuja prevalência se pretende garantir não têm, face aos IRCT, todas a mesma força vinculativa, visto que umas revestem carácter imperativo e outras são meramente supletivas. Isto é: embora seja comum a todas as normas contidas no artigo 7.º da Lei n.º 23/2012 a pretensão de prevalecer sobre as disposições de IRCT que versem sobre as matérias nele referidas, inexistente idêntica pretensão por parte das normas do Código do Trabalho cuja efetividade o mesmo artigo 7.º visa assegurar.

Justifica-se, por conseguinte, uma análise diferenciada dos cinco números deste artigo 7.º. Por outro lado, atento o carácter instrumental dessa disposição relativamente à própria revisão do Código do Trabalho, importa situar tal análise no contexto da mesma revisão para o efeito de determinar o exato sentido e alcance de cada uma das normas em apreciação. Ou seja, há que analisar se e em que medida as aludidas normas do artigo 7.º da Lei n.º 23/2012 operam como simples normas de direito transitório tendo em vista apenas conferir efetividade perante IRCT anteriores às modificações introduzidas no Código do Trabalho pela mesma Lei; ou se o seu alcance, atento o sentido das mesmas modificações, acaba por ser diferente.

41. Os IRCT, enquanto expressão de autonomia coletiva, são legalmente reconhecidos como uma «fonte (de direito) específica» disciplinadora do contrato de trabalho (cfr. os artigos 1.º e 476.º do Código do Trabalho). Em regra, as normas legais reguladoras de contrato de trabalho podem ser afastadas por IRCT, salvo quando delas resultar o contrário (cfr. o artigo 3.º, n.ºs 1 e 3, do Código do Trabalho). Por isso mesmo, entre os limites ao conteúdo de IRCT encontram-se as normas legais imperativas (cfr. o artigo 478.º, n.º 1, alínea a), do referido Código; sendo certo que são possíveis diferentes graus de imperatividade das normas legais, distinguindo-se, a propósito, e com uma terminologia que na doutrina juslaboralista não é uniforme, entre normas absoluta ou relativamente imperativas, normas coletivo-dispositivas ou convénio-dispositivas e normas bidirecionalmente facultativas ou plenamente supletivas). A matéria objeto de

tais normas imperativas, na medida da respetiva imperatividade, fica excluída do âmbito da mencionada autonomia coletiva. Como conclui Luís Gonçalves da Silva, “toda a área de regulação decorrerá do espaço deixado pelo legislador, devendo este ser identificado através das regras de interpretação” (v. Autor cit., in Pedro Romano Martinez (coord.), *Código do Trabalho Anotado*, cit., nota IV ao artigo 3.º, p. 110; sobre o alcance da delimitação negativa do conteúdo admissível de IRCT em razão do disposto no artigo 478.º, n.º 1, alínea a), do Código do Trabalho, v. também Maria do Rosário Palma Ramalho, *Tratado de Direito do Trabalho. Parte III - Situações Laborais Colectivas*, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 276 e 277).

Os conflitos decorrentes da sucessão de normas legais no tempo são resolvidos por regras especiais de direito transitório – como por exemplo, o artigo 7.º da Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro, o diploma que aprovou o Código do Trabalho em vigor - e, subsidiariamente, pelas regras gerais do artigo 12.º do Código Civil: vale o princípio da não retroatividade da lei - a lei nova é aplicável aos IRCT e aos contratos de trabalho em vigor, ressalvando-se as respetivas condições de validade e os efeitos já produzidos ou as situações jurídicas passadas (neste sentido, v., por exemplo, Pedro Romano Martinez, *Direito do Trabalho*, cit. p. 227 e ss.; e Maria do Rosário Palma Ramalho, *Tratado de Direito do Trabalho. Parte I...*, cit., p. 297 e ss.).

Todavia, pode também acontecer que o legislador estabeleça novas normas legais imperativas incompatíveis com o conteúdo de IRCT anteriores, pondo em causa a subsistência destes. Para concluir nesse sentido, é necessária a expressão inequívoca – eventualmente através de norma de direito transitório - de que o novo conteúdo legal, por estar informado de valores de ordem pública, também deve valer como limite da contratação coletiva, incluindo a já concretizada em IRCT anteriores. Nessa eventualidade, estes veem afetada a sua aptidão intrínseca para a produção dos efeitos a que tendem, em termos comumente caracterizados como invalidade superveniente. Neste sentido, e com referência ao artigo 7.º da Lei n.º 23/2012, de 25 de junho, embora sem acolher o conceito de «invalidade superveniente», Maria do Rosário Palma Ramalho afirma existir um “vício de conteúdo” em virtude do qual os empregadores e trabalhadores deixam de estar por elas [- as disposições dos IRCT anteriores à citada Lei -] vinculados independentemente de qualquer ação judicial. Na verdade, mais do que um caso de nulidade, trata-se de uma situação de caducidade, uma vez que o vício destas cláusulas não é um vício originário, mas superveniente, decorrendo da alteração da lei. O efeito prático é, contudo, o mesmo” (v. Autora cit., *Tratado de Direito do Trabalho. Parte III...*, cit., pp. 284 e 285). Se assim não suceder, isto é, na ausência da tal expressão inequívoca de que o conteúdo legal foi subtraído ao âmbito da autonomia coletiva, incluindo aquela que já foi exercida em momento anterior, são aplicáveis as regras gerais no relacionamento entre fontes de Direito do Trabalho.

Em razão do exposto, preliminarmente à clarificação do conflito entre lei imperativa e IRCT, anterior ou posterior, importa começar por estabelecer se a norma legal considerada tem caráter supletivo ou imperativo e, em especial neste segundo caso, se é compatível com a reserva constitucional de convenção coletiva.

Na verdade, o direito de negociação coletiva confere aos trabalhadores, representados pelas respetivas associações sindicais, a faculdade de convencionarem com os seus empregadores a disciplina aplicável às suas relações de trabalho. Na definição do respetivo âmbito e eficácia o legislador goza de uma ampla liberdade constitutiva, já que a própria Constituição remete para a lei a modelação desse direito. Porém, conforme afirmado no Acórdão n.º 517/98, “a lei pode regular o direito de negociação e contratação coletiva — delimitando-o ou restringindo-o —, mas deixando sempre um conjunto minimamente significativo de matérias aberto a essa negociação. Ou seja: pelo menos, a lei há-de garantir uma reserva de convenção coletiva”, sendo este núcleo determinado em função dos direitos dos trabalhadores e das imposições dirigidas ao Estado sobre as condições da prestação de trabalho previstos nos artigos 56.º, n.º 1, 58.º e 59.º da Constituição (cfr. *supra* o n.º 39).

Do ponto de vista metódico, importa, assim, começar por verificar em relação a cada número do artigo 7.º da Lei n.º 23/2012, de 25 de junho, se o respetivo objeto material integra ou não a mencionada reserva de convenção coletiva e, em caso afirmativo, apreciar a intensidade da ingerência no âmbito de proteção do direito fundamental de contratação coletiva que o preceito legal em causa determina, analisando, em especial, se o mesmo respeita os requisitos de admissibilidade constitucional das leis restritivas de direitos, liberdades e garantias previstos no artigo 18.º, n.ºs 2 e 3, da Constituição. Subsequentemente, ainda poderá ter de se equacionar a questão da eventual violação da segurança jurídica e da proteção da confiança.

42. O n.º 1 do artigo 7.º da Lei n.º 23/2012, de 25 de junho, respeita à *compensação por despedimento coletivo ou de que decorra a aplicação desta*, estabelecidas no Código do Trabalho (alínea a) e aos *valores e critérios de definição de compensação por cessação de contrato de trabalho* estabelecidos no artigo 6.º da mesma Lei (alínea b). Em ambos os casos, é determinada a nulidade das disposições de IRCT celebrados antes da entrada em vigor da Lei n.º 23/2012 que prevejam *montantes superiores* aos resultantes do Código do Trabalho.

Os valores e critérios de definição de compensação por despedimento coletivo são fixados no artigo 366.º do Código do Trabalho. Esta compensação funciona como referência para outros modos de cessação do contrato de trabalho. A fórmula constante do citado artigo 366.º “passou a constituir o regime-regra em matéria de compensação ao trabalhador por cessação do contrato” (cfr. Maria do Rosário Palma Ramalho, *Tratado de Direito do Trabalho. Parte II...*, cit., p. 876). É o que sucede, designadamente, nos casos de caducidade de contrato de trabalho a termo certo (artigo 344.º, n.º 2) ou a termo incerto (artigo 345.º, n.º 4); de caducidade do contrato de trabalho por morte do empregador, extinção de pessoa coletiva ou encerramento de empresa (artigo 346.º, n.º 5); de cessação do contrato de trabalho em situações de insolvência e recuperação de empresa (artigo 347.º, n.º 5); de despedimento por extinção do posto de trabalho (artigo 372.º); ou de despedimento por

inadaptação (artigo 379.º, n.º 1). Pelo seu lado, o artigo 6.º da Lei n.º 23/2012 consubstancia uma norma de direito transitório que, conforme resulta da respetiva epígrafe, disciplina igualmente a matéria da compensação em caso de cessação de contrato de trabalho (sobre o regime aí consignado, v. Pedro Romano Martinez in Pedro Romano Martinez (coord.), *Código do Trabalho Anotado*, cit., nota ao artigo 6.º, da Lei n.º 23/2012, p. 94). Na verdade:

« O regime legal do despedimento coletivo foi [...] alterado pela L. n.º 53/2011, de 14 de outubro, e, depois, pela L. n.º 23/2012, de 25 de junho, no tocante às regras de cálculo da indemnização devida ao trabalhador por esta forma de cessação do contrato de trabalho.

Estas alterações, adotadas em cumprimento do Memorando de entendimento com a *'Troika'*, cifraram-se na diminuição do valor da referida indemnização, conseguida através da aplicação conjugada de vários critérios. Numa primeira fase, as novas regras incidiram apenas nos novos contratos de trabalho (art. 366.º-A do CT, aditado pela L. n.º 53/2011, de 14 de outubro), mas, na fase seguinte, estenderam-se aos contratos em execução (L. n.º 23/2012, de 25 de junho, que deu nova redação ao art. 366.º do CT e revogou o art. 366.º-A), ressalvando-se contudo a aplicação das regras de cálculo anteriores para o período contratual já decorrido, nos termos das regras de direito transitório consagradas no art. 6.º da L. n.º 23/2012.» (cfr, Maria do Rosário Palma Ramalho, *Tratado de Direito do Trabalho. Parte II...*, cit., pp. 875 e 876).

O regime de cessação do contrato de trabalho tem carácter imperativo. Com efeito, o n.º 1 do artigo 339.º do Código do Trabalho – artigo que integra as «disposições gerais sobre cessação de contrato de trabalho» - estabelece que, ressalvadas as exceções legalmente previstas, o citado regime “não pode ser afastado por instrumento de regulamentação coletiva de trabalho ou por contrato de trabalho”. Entre as aludidas exceções contam-se “os critérios de definição de indemnizações”, que podem ser regulados por IRCT (cfr. o artigo 339.º, n.º 2); e “os valores de indemnizações”, que, “dentro dos limites deste Código”, também podem ser regulados por IRCT (cfr. o artigo 339.º, n.º 3).

A injuntividade do regime em apreço foi inicialmente estabelecida no Decreto-Lei n.º 69/89, de 27 de fevereiro (Lei da Cessação do Contrato de Trabalho – artigos 2.º e 59.º), tendo passado para o Código do Trabalho de 2003 e, depois, para o atual. Tal imperatividade é justificada, desde logo, em face do contrato individual de trabalho, em razão do desequilíbrio jurídico e económico entre as partes (cfr. Pedro Romano Martinez, *Direito do Trabalho*, cit. pp. 844 e 845). Relativamente à inderrogabilidade por IRCT dos valores legais mínimo e máximo das compensações em caso de cessação do contrato por razões objetivas, as preocupações do legislador prendem-se, respetivamente, com a garantia do tratamento mais favorável dos trabalhadores e com a limitação dos custos associados ao fator trabalho em ordem à salvaguarda da competitividade das empresas. Recorde-se que o valor máximo da compensação por despedimento coletivo presentemente fixado no artigo 366.º, n.º 2, do Código do Trabalho – preceito que, todavia, não foi sindicado pelos requerentes - resultou da revisão deste diploma operada pela Lei n.º 23/2012, de 25 de junho (cfr. Pedro Romano Martinez in Pedro Romano Martinez (coord.), *Código do Trabalho Anotado*, cit., nota III ao artigo 339.º, p. 727; como este Autor salienta, “a novidade respeita não só ao método de cálculo como também ao facto de se ter substituído um regime de valor mínimo de compensação por um regime imperativo de valor máximo” – cfr. *idem*, *ibidem*, nota I ao artigo 366.º, p. 775).

Se é certo não se poder excluir a determinação da compensação por cessação do contrato de trabalho do âmbito da negociação coletiva, também não pode ser afastada, atentos os interesses em presença, a competência do legislador para fixar limites, para baixo ou para cima, aos montantes a atribuir a tal título. Estes limites constituem componentes de um regime legal mais amplo – o regime da cessação do contrato de trabalho - todo ele marcado por fortes preocupações garantísticas a justificaram um grau elevado de imperatividade. Acresce que, no que se refere em especial aos montantes das compensações a atribuir, tal regime não exclui em absoluto a negociação coletiva; apenas a baliza em função de interesses constitucionalmente atendíveis. Trata-se, em suma, de delimitar o âmbito material de exercício do direito correspondente, e não propriamente de uma ingerência na chamada reserva de convenção coletiva.

Nesta perspetiva, o artigo 7.º, n.º 1, da Lei n.º 23/2012, de 25 de junho, constitui uma concretização consistente da solução normativa consagrada, em geral, no artigo 366.º do Código do Trabalho, com a redação dada pela mesma Lei. Na verdade, este último preceito vem regulamentar a compensação por despedimento coletivo, fixando-lhe um valor máximo, a determinar em razão de diferentes fatores. Até esse limiar legalmente definido, podem os fatores relevantes ser quantificados por via de negociação coletiva. É o que resulta do artigo 339.º, n.º 3, do mesmo Código (cfr. também, especificamente no que se refere ao despedimento coletivo, o artigo 360.º, n.º 2, alínea f).

Para o futuro, isto é, no que respeita aos IRCT posteriores ao início de vigência da Lei n.º 23/2012 – 1 de agosto de 2012, de acordo com o respetivo artigo 11.º -, os mesmos, sob pena de *nulidade originária* das disposições pertinentes, têm de observar, quanto ao montante da compensação por despedimento coletivo ou de que decorra a aplicação desta segundo o estabelecido no Código do Trabalho, o limite máximo estatuído no artigo 366.º, n.º 2, do mesmo Código. Relativamente aos IRCT anteriores àquela data, em ordem a submetê-los a regime idêntico, o artigo 7.º, n.º 1, da mesma Lei veio cominar uma *nulidade superveniente* (utilizando esta qualificação, v. Júlio Vieira Gomes, “Algumas reflexões sobre as alterações introduzidas no Código do Trabalho pela Lei n.º 23/2012, de 25 de junho” cit., pp. 616 e 617; recorde-se, todavia, que a identidade de regime não é total, em virtude do disposto no artigo 6.º da Lei n.º 23/2012).

Porque está em causa apenas a definição de balizas – que não a supressão total - do exercício da autonomia coletiva no domínio da cessação do contrato de trabalho, cujo regime, sendo caracterizado pela sua função garantística, reveste uma natureza tendencialmente imperativa, não se afigura que a norma do n.º 1 do artigo 7.º ultrapasse a simples regulamentação do direito de contratação coletiva e invada o respetivo âmbito de proteção.

Contudo, ainda que assim não se entendesse, a verdade é que aquilo que então seria de considerar como uma limitação daquele direito fundamental operada pelo citado n.º 1 do artigo 7.º teria plena justificação à luz do disposto no artigo 18.º, n.ºs 2 e 3, da Constituição. Com efeito, o preceito legal em causa apenas visa igualizar, subordinando a um mesmo teto, as compensações financeiras a pagar pelos empregadores aos trabalhadores em caso de cessação do contrato de trabalho com determinados fundamentos. Tal igualização justifica-se tanto na perspetiva dos custos para as empresas, como do ponto de vista dos benefícios para trabalhadores, uma vez que assegura para todas as situações idênticas de cessação do contrato de trabalho a efetividade da diminuição das compensações intencionada pela Lei n.º 23/2012, de 25 de junho, mediante a revogação do anterior artigo 366.º-A do Código do Trabalho e a nova redação dada ao artigo 366.º, n.º 2, do mesmo diploma. É essa, na verdade, a função do artigo 7.º, n.º 1, da Lei n.º 23/2012: sem prejuízo do espaço deixado à autonomia coletiva, tornar extensivo à generalidade dos IRCT um mesmo valor máximo compensatório a atribuir em caso de cessação do contrato de trabalho, independentemente do momento em que cada IRCT tenha sido celebrado e do que nele se contenha sobre tal matéria.

Pelo exposto, o artigo 7.º, n.º 1, da referida Lei não viola o direito de contratação coletiva.

43. Os n.ºs 2 e 3 do artigo 7.º da Lei n.º 23/2012, de 25 de junho, respeitam a matérias que se encontravam disciplinadas por normas do Código do Trabalho que a mesma Lei revogou: respetivamente, o *descanso compensatório por trabalho suplementar* prestado em dia útil, em dia de descanso semanal complementar ou em feriado (cfr. o artigo 229.º, n.ºs 1, 2 e 6, do Código, revogado pelo artigo 9.º, n.º 2, da citada Lei; cfr. *supra* o n.º 21 e ss., em especial, o n.º 24); e as *majorações ao período anual de férias* (cfr. o artigo 238.º, n.ºs 3 e 4, do Código, revogado pela mesma Lei; cfr. *supra* os n.ºs 25 e 27). O efeito cominado é, no primeiro caso, a *nullidade*, tal como acontece no n.º 1 do mesmo artigo já analisado; e, no segundo caso, uma *redução*.

Não obstante a diferente terminologia, o objetivo do legislador é nos dois casos o mesmo: na sequência da eliminação da previsão legal do descanso compensatório nos termos referidos e da eliminação da previsão legal das majorações de férias – as eliminações em causa intencionam ambas, como anteriormente referido, a diminuição dos custos do trabalho, uma vez que o descanso compensatório e as férias são remunerados -, surge a preocupação de padronizar os regimes aplicáveis e de impedir a cristalização, no plano convencional, do regime legal revogado. Assim, as soluções convencionadas no passado ao abrigo dos regimes revogados pela Lei n.º 23/2012 cessam, totalmente, nos casos do descanso compensatório e, na medida correspondente ao máximo da majoração eliminada, no caso das férias.

Simplesmente, e ao contrário do que sucede com o regime da cessação do contrato de trabalho, as matérias agora consideradas não integram um regime caracterizado pela sua injuntividade; bem pelo contrário, tais matérias, pela sua conexão imediata com os direitos dos trabalhadores ao repouso, à conciliação da atividade profissional com a vida familiar e à proteção da família consagrados no artigo 59.º, n.º 1, da Constituição, são naturalmente vocacionadas para serem objeto de negociação coletiva.

E, na verdade, nada na Lei n.º 23/2012 ou no Código do Trabalho impede que os IRCT posteriores a 1 de agosto de 2012 – data do início de vigência da citada Lei, conforme estatuído no respetivo artigo 11.º -, venham a estabelecer soluções exatamente iguais - ou, porventura, ainda mais favoráveis - às que foram afastadas pela revogação das normas dos artigos 229.º, n.ºs 1, 2 e 6, e 238.º, n.ºs 3 e 4, do Código do Trabalho operada pela mesma Lei. Com efeito, a generalidade dos Autores defende que os regimes legais do descanso compensatório e das férias não se apresentam como imperativos, podendo ser definidos em termos mais favoráveis ao trabalhador, em IRCT ou no próprio contrato de trabalho (neste sentido, v., quanto ao descanso compensatório, por exemplo, Francisco Liberal Fernandes, *O Tempo do Trabalho*, cit., pp. 269 e 270; Luís Miguel Monteiro in Pedro Romano Martínez (coord.), *Código do Trabalho Anotado*, cit., nota III ao artigo 229.º, p. 545; e António Nunes de Carvalho, “Tempo de trabalho” cit., pp. 38 e 39; quanto ao regime de férias, por exemplo, v. António Monteiro Fernandes, *Direito do Trabalho*, cit., pp. 354 e 355; Maria do Rosário Palma Ramalho, *Tratado de Direito do Trabalho. Parte II...*, cit., p. 519; Luís Gonçalves da Silva in Pedro Romano Martínez (coord.), *Código do Trabalho Anotado*, cit., nota V ao artigo 7.º da Lei n.º 23/2012, pp. 96 e 97; e Luís Miguel Monteiro, *ibidem*, nota V ao artigo 238.º, p. 561).

Sucedem que a «barreira» contra os resultados da negociação coletiva passada – a sua desconsideração para o futuro - conjugada com esta abertura relativamente aos novos IRCT, para mais em domínios claramente localizados no âmbito de proteção do direito de contratação coletiva mercê das conexões com os direitos dos trabalhadores ao repouso, à conciliação da atividade profissional com a vida familiar e à proteção da família previstos no artigo 59.º, n.º 1, da Constituição, torna evidente a existência de uma intervenção ablativa do legislador no âmbito de proteção do mencionado direito de contratação coletiva. Com efeito, a Lei n.º 23/2012, sem prejuízo de continuar a reconhecer tal direito com referência à matéria do descanso compensatório e das majorações de férias, vem afastar os IRCT anteriores, revogando-os nessa parte.

Aqui, justamente porque o Código do Trabalho apenas consagra mínimos quanto ao descanso compensatório de trabalho suplementar impeditivo do gozo do descanso diário ou prestado em dia de descanso semanal obrigatório (cfr. o artigo 229.º, n.ºs 3, 4 e 5, do Código do Trabalho), os IRCT não estão impedidos de estabelecer períodos de descanso compensatório de trabalho suplementar prestado noutras circunstâncias. Consequentemente, inexistem qualquer imperatividade limitadora do conteúdo admissível dos IRCT que possa justificar a respetiva nulidade, originária ou superveniente. Assim, quando o legislador no artigo 7.º, n.º 2, da Lei n.º 23/2012, de 25 de junho, utiliza o termo «nulidade», em rigor quer dizer «revogação».

Acresce que as revogações de disposições de IRCT anteriores consagradas nos n.ºs 2 e 3 do artigo 7.º da Lei n.º 23/2012 condicionam as futuras convenções coletivas que incidam sobre as mesmas matérias, já que eliminam o ponto de referência para a respetiva negociação e celebração. Com efeito, segundo o artigo 503.º do Código do Trabalho, a mera sucessão de convenções não pode ser invocada para diminuir o nível de proteção global dos trabalhadores (n.º 2) e “os direitos decorrentes de convenção só podem ser reduzidos por nova convenção de cujo texto conste, em termos expressos, o seu caráter globalmente mais favorável” (n.º 3).

Existe, por conseguinte, uma modelação legal do direito de contratação coletiva nos domínios materiais a que se aplicam os n.ºs 2 e 3 do artigo 7.º da Lei n.º 23/2012 que objetivamente consubstancia uma restrição do mesmo: aquilo que foi livremente convencionado por trabalhadores e empregadores antes da entrada em vigor daquela Lei no tocante ao descanso compensatório por trabalho suplementar prestado em dia útil, em dia de descanso semanal complementar ou em feriado e às majorações de três dias ao período anual de férias deixa de valer, devendo a negociação de novas convenções coletivas sobre tais matérias e a respetiva celebração desconsiderar o patamar de realização anteriormente alcançado em sede de contratação coletiva.

Contudo, a solução legal revela-se, desde logo, inidónea para atingir o fim prosseguido de uma padronização dos regimes convencionais aplicáveis na expectativa de conseguir a diminuição dos custos associados ao fator trabalho, uma vez que os trabalhadores e empregadores não estão impedidos de, mediante a celebração de novas convenções coletivas, voltarem a convencionar soluções exatamente iguais (ou até mais favoráveis) às que os preceitos em análise eliminaram. Tudo dependerá da vontade negocial das partes. E se nalguns casos não será possível acordar em tais soluções, nada garante que noutros casos isso não venha a acontecer.

Esta possibilidade comprova que a realização do fim legal não está dependente da eficácia das medidas legislativas em análise, mas sim da atuação de terceiros, sendo que tal atuação não é diretamente conformada pelas mesmas medidas. Tais medidas não são, por isso, nem uma condição necessária nem uma condição suficiente da produção dos resultados intencionados pelo legislador. Aliás, a inadequação das mesmas medidas para esse efeito comprova simultaneamente a sua desnecessidade – isto independentemente da apreciação sobre se aqueles fins legais correspondem a direitos ou interesses constitucionalmente protegidos que ao legislador caiba salvaguardar por via da restrição do direito de contratação coletiva (cfr. o artigo 18.º, n.º 2, da Constituição).

Por isso, na parte em que se reportam às disposições de IRCT, a «nulidade» e a redução de IRCT cominadas, respetivamente, no n.º 2 e no n.º 3 do artigo 7.º da Lei n.º 23/2012, de

25 de junho, são inconstitucionais por violarem as disposições conjugadas dos artigos 56º, n.ºs 3 e 4, e 18º, n.º 2, da Constituição.

44. O n.º 4 do artigo 7.º da Lei n.º 23/2012, de 25 de junho, determina a suspensão durante dois anos das disposições de IRCT que disponham sobre *acréscimos de pagamento de trabalho suplementar* superiores aos estabelecidos pelo Código do Trabalho (alínea a) e a *retribuição do trabalho normal prestado em dia feriado ou descanso compensatório por essa mesma prestação* em empresa não obrigada a suspender o funcionamento nesse dia (alínea b). Estão, por conseguinte, em causa as matérias objeto, respetivamente, do artigo 268.º, n.º 1, e 269.º, n.º 2, do Código do Trabalho. Estes preceitos foram modificados pela Lei n.º 23/2012, de 25 de junho, no sentido de se reduzirem significativamente os sobrecustos associados à prestação de trabalho nas mencionadas condições: a nova redação conferida ao artigo 268.º, n.º 1, reduziu para metade os acréscimos sobre o valor da retribuição horária devidos ao trabalhador que preste trabalho suplementar; e o n.º 2 do artigo 269.º foi também alterado pela mesma Lei no sentido de reduzir para metade a duração do descanso compensatório e o acréscimo remuneratório devidos, em alternativa, pelo trabalho normal prestado em dia feriado em empresa não obrigada a suspender o funcionamento nesse dia (cfr. *supra* os n.ºs 22 e 23). O objetivo prosseguido foi assumidamente o de intensificar a diminuição do custo do trabalho suplementar, através da redução da respetiva compensação em tempos de descanso e/ou em acréscimos remuneratórios, aproximando os valores devidos em caso de prestação de trabalho suplementar daqueles que são aplicados em países concorrentes (cfr. *supra* o n.º 22).

A primeira observação a fazer é a de que, diversamente do que sucede com as medidas previstas nos n.ºs 1, 2 e 3 deste artigo 7.º, a *suspensão temporária* estatuída no respetivo n.º 5 vale para todos os IRCT, sejam eles *anteriores* à entrada em vigor da Lei n.º 23/2012, de 25 de junho, ou *posteriores*. Por isso, contrariamente ao que acontece nesses outros números, o legislador não limitou a aplicação do n.º 4 em análise às “disposições de instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho celebrados antes da entrada em vigor da presente lei”. E esta é igualmente a interpretação mais consonante com a teleologia da própria norma. Deste modo, entre 1 de agosto de 2012 e 1 de agosto de 2014, independentemente do que se encontre estabelecido nos IRCT em vigor, os valores a considerar relativamente à retribuição horária devidos ao trabalhador que preste trabalho suplementar e à duração do descanso compensatório ou ao acréscimo remuneratório devidos, em alternativa, pelo trabalho normal prestado em dia feriado em empresa não obrigada a suspender o funcionamento são apenas os fixados, respetivamente, nos citados artigos 268.º, n.º 1, e 269.º, n.º 2, do Código do Trabalho (cfr., nesse sentido, Maria do Rosário Palma Ramalho, *Tratado de Direito do Trabalho. Parte II...*, cit., p. 505; e António Nunes de Carvalho, “Tempo de trabalho” cit., pp. 39 a 41; v. também a análise da questão, discutindo-a com apelo aos elementos de interpretação literal e histórico, feita por Júlio Vieira Gomes, “Algumas reflexões sobre as alterações introduzidas no Código do Trabalho pela Lei n.º 23/2012, de 25 de junho” cit., p. 617, nota 78).

Com este sentido, a norma do artigo 7.º, n.º 4, da Lei n.º 23/2012, de 25 de junho, confere uma imperatividade absoluta mas temporária aos mencionados artigos 268.º, n.º 1, e 269.º, n.º 2, do Código do Trabalho, justificada por razões económicas conjunturais relacionadas com o *Memorando de Entendimento*, de 17 de maio de 2011, e com o *Programa de Assistência Económica e Financeira* dele decorrente, e depois vertidos no *Compromisso para o Crescimento, Competitividade e Emprego*, de 18 de janeiro de 2012. Aliás, o termo do período de dois anos da suspensão prevista coincide aproximadamente – há uma folga de cerca de mês e meio - com o termo do citado *Programa* (junho de 2014).

A referida suspensão constitui manifestamente uma ingerência no âmbito de proteção do direito de contratação coletiva, uma vez que, ao impor a prevalência sobre IRCT de uma norma legal que diminui o salário e o valor do trabalho, interfere necessariamente com um direito fundamental dos trabalhadores - o direito à retribuição do trabalho, segundo a quantidade, natureza e qualidade (cfr. a alínea a) do n.º 1 do artigo 59.º da Constituição). No entanto, tal suspensão, considerando o fim prosseguido e o respetivo carácter temporário, também se mostra adequada, necessária e equilibrada em vista da salvaguarda de interesses constitucionalmente relevantes como o cumprimento das metas e compromissos assumidos internacionalmente no quadro do *Memorando de Entendimento* e a própria competitividade da economia nacional numa conjuntura particularmente difícil para as empresas nacionais (v. no mesmo sentido, salientando os objetivos de redução dos custos com trabalho suplementar e o carácter temporário da suspensão, Maria do Rosário Palma Ramalho, *Tratado de Direito do Trabalho. Parte II...*, cit., p. 505; e António Nunes de Carvalho, “Tempo de trabalho” cit., p. 40, referindo-se a uma “prerrogativa do legislador”).

Assim, o artigo 7.º, n.º 4, da Lei n.º 23/2012, de 25 de junho, apesar de restringir o direito de contratação coletiva, respeita os limites impostos às leis restritivas de direitos, liberdades e garantias pelo artigo 18.º, n.ºs 2 e 3, da Constituição, pelo que não pode ser considerado inconstitucional.

45. O mesmo já não poderá afirmar-se do artigo 7.º, n.º 5, da mesma Lei n.º 23/2012, que prevê a redução legal automática (ainda que apenas a título subsidiário, para o caso das disposições dos IRCT não serem revistas até ao final do período da suspensão estatuída no número anterior – salientando esta subsidiariedade, v. Maria do Rosário Palma Ramalho, *Tratado de Direito do Trabalho. Parte II...*, cit., p. 505). Como refere António Nunes de Carvalho, “aqui não estamos perante a definição de limites à autonomia coletiva e à autonomia negocial, mas antes perante a modelação legal de conteúdos contratuais e, sobretudo, de soluções criadas pela autonomia coletiva, operando-se uma interferência direta no equilíbrio concretamente definido pelas partes (note-se que o resultado da aplicação deste preceito irá variar consoante o teor de cada previsão negocial ou convencional-coletiva)”, o que redundará numa intervenção legislativa na «reserva de contratação coletiva» consagrada nos n.ºs 3 e 4 do artigo 56.º da Constituição, tendo em vista convidar “as partes à reponderação das estipulações nesta matéria” (v. o Autor cit., “Tempo de trabalho” cit., pp. 40 e 41; v. igualmente, e

pela mesma razão, a crítica de Júlio Vieira Gomes, “Algumas reflexões sobre as alterações introduzidas no Código do Trabalho pela Lei n.º 23/2012, de 25 de junho” cit., p. 616, nota 77).

Com efeito, o significado e alcance do n.º 5 em análise, relativamente aos IRCT, é o de que, se decorridos os dois anos da suspensão prevista no n.º 4, não tiverem sido alteradas as respetivas disposições quanto às matérias por este abrangidas – os referidos *acréscimos de pagamento de trabalho suplementar* e a *retribuição do trabalho normal prestado em dia feriado ou descanso compensatório por essa mesma prestação* –, os montantes previstos para esse efeito nos mesmos IRCT são reduzidos para metade, não podendo, todavia, resultar de tal redução um valor inferior ao estabelecido nos artigos 268.º, n.º 1, e 269.º, n.º 2, do Código do Trabalho; ou seja, a diminuição tem o limite dos valores previstos nesse Código (cfr. Luís Gonçalves da Silva in Pedro Romano Martinez (coord.), *Código do Trabalho Anotado*, cit., nota VI ao artigo 7.º da Lei n.º 23/2012, p. 97).

São aqui aplicáveis – porventura até por maioria de razão - considerações idênticas às anteriormente feitas a propósito dos n.ºs 2 e 3 do artigo 7.º da Lei n.º 23/2012, em especial no que se refere à ilegitimidade constitucional da modelação legal de conteúdos próprios da contratação coletiva (cfr. *supra* o n.º 43).

Também aqui nada na Lei n.º 23/2012 ou no Código do Trabalho impede que os *IRCT posteriores a 1 de agosto de 2014* – data do termo do período de suspensão imperativa decretada no artigo 7.º, n.º 4, daquela Lei - venham a estabelecer soluções exatamente iguais - ou, porventura, ainda mais favoráveis - às que vigoravam antes da suspensão. Com efeito, vale neste domínio – a partir daquela data – o disposto no artigo 3.º, n.º 1, do Código do Trabalho: as normas legais reguladoras do contrato de trabalho podem ser afastadas por IRCT.

Mas, sobretudo, não se vislumbra qual o direito ou interesse constitucionalmente protegido que possa justificar a redução *ope legis* para metade dos montantes superiores aos previstos no Código do Trabalho fixados em disposições de *IRCT anteriores a 1 de agosto de 2014*, relativamente aos acréscimos de pagamento de trabalho suplementar e à retribuição do trabalho normal prestado em dia feriado.

A solução legal em análise revela-se, pelo exposto, e desde logo, inidónea para, após o termo da suspensão, assegurar uma padronização dos regimes convencionais aplicáveis, uma vez que, também neste domínio, os trabalhadores e empregadores podem, mediante a celebração de *novas* convenções coletivas, reestabelecer soluções exatamente iguais às que o preceito em análise visou modificar. Acresce que a mesma solução, ao admitir a modificação automática de disposições de IRCT, interfere diretamente com o exercício do direito de contratação coletiva com o único fim de «estimular a negociação coletiva» em

ordem à renegociação dos valores fixados em IRCT anteriores ao termo da dita suspensão com referência aos acréscimos de pagamento de trabalho suplementar e à retribuição do trabalho normal prestado em dia feriado ou descanso compensatório por essa mesma prestação. Contudo, este fim não corresponde a um interesse constitucionalmente relevante, pelo que não pode, de todo em, todo, justificar a ingerência no domínio da «reserva de convenção coletiva».

Deste modo, e por razões idênticas às mencionadas a propósito do n.º 3 do mesmo artigo, a redução dos montantes previstos em IRCT cominada no n.º 5 do artigo 7.º da Lei n.º 23/2012, de 25 de junho, é inconstitucional por violar as disposições conjugadas dos artigos 56º, n.ºs 3 e 4, e 18º, n.º 2, da Constituição.

46. Por último, importa confrontar o regime do artigo 7.º da Lei n.º 23/2012, de 25 de junho, na parte em que se refere aos IRCT anteriores ao início de vigência daquela Lei e que se entendeu não violar o direito de contratação coletiva, ou seja os respetivos n.ºs 1 e 4, com o princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança decorrente do artigo 2.º da Constituição.

Os preceitos em análise determinam a ineficácia, definitiva ou temporária de certas cláusulas de convenções coletivas em vigor, antes do termo fixado (convencional ou legalmente) para a sua vigência. Afetando os mesmos preceitos apenas os efeitos, para o futuro, de atos normativos passados, mas não proibindo a sua produção através de novos atos de regulação coletiva ou individual, parece evidente que os mesmos se colocam abertamente numa zona de conflitualidade com a incidência tuteladora daquele princípio, surgindo como problemática, deste ponto de vista valorativo, a sua admissibilidade constitucional.

Contudo, há que precisar que as citadas normas do artigo 7.º não têm a virtualidade de afetar os efeitos já produzidos (até à entrada em vigor da Lei n.º 23/2012 – 1 de agosto de 2012) por tais cláusulas de convenções coletivas, pelo que *não têm caráter retroativo*. Na medida em que afetam situações constituídas no passado, mas que prolongam os seus efeitos no presente, pode dizer-se, de todo o modo, que elas têm uma eficácia *retrospectiva*. E, não só a têm, como é esse o seu único objetivo.

A apreciação da conformidade constitucional de uma lei retrospectiva exige uma *ponderação de bens* ou *interesses*, nomeadamente entre o «peso do interesse público» prosseguido pelo legislador e a «força de resistência das expectativas dos particulares» (cfr. Jorge Reis Novais, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 266 e s.). Se é verdade que “os particulares têm, não apenas o direito a saber com

o que podem legitimamente contar por parte do Estado, como, também, o direito a não verem frustradas as expectativas que legitimamente formaram quanto à permanência de um dado quadro ou curso legislativo, desde que essas expectativas sejam legítimas, haja indícios consistentes de que, de algum modo, elas tenham sido estimuladas, geradas ou toleradas por comportamentos do próprio Estado e os particulares não possam ou devam, razoavelmente, esperar alterações radicais no curso do desenvolvimento legislativo normal» (v. *idem, ibidem*, p. 263); face ao valor constitucional contraposto do interesse público, a que o legislador está também vinculado, “o alcance prático do princípio da proteção da confiança só é delimitável através de uma avaliação *ad hoc* que tenha em conta as circunstâncias do caso concreto e permita concluir, com base no peso variável dos interesses em disputa, qual dos princípios deve merecer prevalência”, sendo de acentuar neste plano da ponderação das posições relativas dos particulares que “as expectativas têm de ser legítimas”, excluindo que possam assumir qualquer relevo valorativo as posições sustentadas “em ilegalidades ou em omissões indevidas do Estado” (v. *idem, ibidem*, pp. 264 e 267).

Ora, quanto a esta segunda vertente, e para o efeito de formulação de um juízo quanto ao grau de consistência da situação de confiança (e quanto ao conseqüente merecimento de tutela dessa situação), não pode deixar de se salientar, antes de mais, que os efeitos de uma convenção coletiva têm uma duração limitada, normalmente pelo prazo fixado por vontade das partes ou por aplicação da regra legal supletiva, que fixa o prazo de vigência em um ano, renovável sucessivamente por igual período (cfr. o artigo 499.º do Código do Trabalho). Entre as recentes alterações ao artigo 499.º do Código do Trabalho, inclui-se a supressão de qualquer prazo mínimo (que anteriormente era de um ano), pelo que a convenção pode ter uma duração inferior a um ano. Por outro lado, o legislador obistou à perpetuidade da convenção, estabelecendo, na nova redação do artigo 501.º do mesmo Código, que, mesmo quando seja acordada uma cláusula que condiciona a vigência de uma convenção à sua substituição por outro instrumento, ocorre a caducidade de tal cláusula cinco anos após a verificação de um dos seguintes factos: a) última publicação integral da convenção; b) denúncia da convenção; c) apresentação da proposta de revisão da convenção que inclua a revisão da referida cláusula. Através destas regras, aplicáveis pelo menos a título supletivo, cessa o regime de sobrevivência das convenções.

E, muito embora este regime não esteja aqui diretamente em questão, pode entender-se que ele contribui para a formação de um juízo de alguma minoração, no atual quadro legal, do fundamento de uma confiança firme na manutenção dos efeitos dos instrumentos convencionais de regulação coletiva das relações de trabalho.

Quanto ao interesse comum que constitui a razão de ser das normas em análise do artigo 7.º, resulta do acima referido que ele assenta na necessidade de assegurar a efetividade e a uniformidade da aplicação das alterações que a Lei n.º 23/2012 veio introduzir no Código do Trabalho, que, por seu turno visam, em geral, um “aumento da produtividade e da competitividade da economia nacional” e, em muitos casos, correspondem a objetivos assumidos pelo Estado Português no *Memorando de Entendimento* e no subsequente *Compromisso para o Crescimento, Competitividade e Emprego* entre o Governo e a

maioria dos parceiros sociais (cfr. a Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 46/XII e *supra* o n.º 11).

As limitações de eficácia de IRCT determinadas pelos mencionados preceitos – que incidem sobre montantes das indemnizações e compensações por cessação do contrato de trabalho (n.º 1); e acréscimos remuneratórios e descanso compensatório devidos pela prestação de trabalho suplementar (n.º 4) – não podem deixar de se incluir num espaço de ampla margem de decisão legislativa, sendo certo que tais medidas, mesmo se suscetíveis de críticas, não são ostensivamente desadequadas a prosseguir os interesses públicos invocados para proceder às referidas alterações do regime laboral. Ainda que outras soluções pudessem ser gizadas, também não resulta notório que as citadas normas do artigo 7.º não sejam adequadas a atingir os referidos objetivos de “efetividade” e “uniformidade” na aplicação imediata de tais alterações.

No que se refere especificamente ao n.º 1 do artigo 7.º, cumpre igualmente relevar o aludido interesse público estrutural de igualização, subordinando a um mesmo teto, as compensações financeiras a pagar pelos empregadores aos trabalhadores em caso de cessação do contrato de trabalho com determinados fundamentos: a mesma, além de justificada na perspectiva dos custos para as empresas, assegura condições de igualdade entre todos os trabalhadores afetados por situações idênticas de cessação do contrato de trabalho, o que, em si mesmo, também é um valor constitucional (cfr. *supra* o n.º 42). Com efeito, ocorrendo uma alteração no quadro de um regime legal caracterizado pela imperatividade dos respetivos pressupostos e termos de aplicação e em que dominam valores de ordem pública social, justifica-se assegurar a uniformidade e igualdade da respetiva aplicação. Este interesse garantístico fundamental – a garantia de um certo valor máximo compensatório a atribuir em caso de cessação do contrato de trabalho - deve, em concreto, prevalecer sobre a confiança na manutenção de regimes convencionais anteriores. Aliás, é esse mesmo interesse que justifica a imperatividade do regime em causa e a consequente indisponibilidade no plano da negociação coletiva. É, por isso, manifesto que *in casu* ocorrem razões de interesse público que justificam, em ponderação, a prevalência sobre eventuais interesses de trabalhadores ou empregadores na continuidade das disposições dos IRCT anteriores à Lei n.º 23/2012 referentes a tal matéria.

Quanto ao n.º 4 do mesmo artigo 7.º, considerando, por um lado, o desenho constitucional do direito de contratação coletiva como direito regulado por lei, com alguma margem do legislador para a sua limitação e restrição (cfr. em especial, o n.º 4 do artigo 56.º da CRP, segundo o qual cabe à lei estabelecer as regras respeitantes à eficácia das normas das convenções coletivas de trabalho) e considerando ainda que a norma em causa se coloca num plano de resolução do conflito entre normas legais e convencionais, determinando apenas a ineficácia temporária de disposições de IRCT em vigor, e não impedindo, após o período de suspensão, a eficácia de disposições de convenções coletivas acordadas *ex novo*, não resulta suficientemente alicerçada uma eventual expectativa quanto à sua aplicação *medio tempore* com força bastante para se sobrestar a razões principal que fundamenta a

opção legislativa: a redução dos custos com trabalho suplementar em vista do reforço da competitividade das empresas. E esta opção, recorde-se, assenta em razões conjunturais plenamente válidas, dada a conjuntura particularmente difícil que a economia nacional no seu conjunto atravessa e que está na base dos compromissos assumidos no quadro do Memorando de Entendimento de 2011 (cfr. *supra* os n.ºs 11 e 44). Consequentemente, também aqui as razões de interesse público justificam, em ponderação, a prevalência sobre eventuais razões particulares conexas com a continuidade da aplicação das disposições pertinentes de IRCT anteriores à Lei n.º 23/2012 durante o período que medeia entre 1 de agosto de 2012 e 1 de agosto de 2014.

Por isso, é de concluir pela não verificação da inconstitucionalidade dos n.ºs 1 e 4 do artigo 7.º da Lei n.º 23/2012, por violação do princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança.

III. Decisão

Pelos fundamentos expostos, o Tribunal Constitucional decide:

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

238.º, n.º 3, na redação anterior, que a previa e do artigo 9.º, n.º 2, da mesma Lei, na parte em que procedeu à revogação do n.º 4 do referido artigo 234.º;

f) Declarar a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma do artigo 368.º, n.º 2, do Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro, com a redação dada pela Lei n.º 23/2012, de 25 de junho, por violação da proibição de despedimentos sem justa causa consagrada no artigo 53.º da Constituição;

g) Declarar a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma do artigo 368.º, n.º 4, do Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro, com a redação dada pela Lei n.º 23/2012, de 25 de junho, por violação da proibição de despedimentos sem justa causa consagrada no artigo 53.º da Constituição;

h) Declarar a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma do artigo 9.º, n.º 2, da Lei n.º 23/2012, de 25 de junho, na parte em que procedeu à revogação da alínea d) do n.º 1 do artigo 375.º do Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro, por violação da proibição de despedimentos sem justa causa consagrada no artigo 53.º da Constituição;

i) Não declarar a inconstitucionalidade da norma do artigo 9.º, n.º 2, da Lei n.º 23/2012, de 25 de junho, na parte em que procedeu à revogação da alínea e) do n.º 1 do artigo 375.º do Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro;

j) Não declarar a inconstitucionalidade da norma do artigo 375.º, n.º 2, do Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro, com a redação dada pela Lei n.º 23/2012, de 25 de junho;

k) Não declarar a inconstitucionalidade da norma do artigo 7.º, n.º 1, da Lei n.º 23/2012, de 25 de junho;

l) Declarar a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma do artigo 7.º, n.º 2, da Lei n.º 23/2012, de 25 de junho, por violação das disposições conjugadas dos artigos 56.º, n.ºs 3 e 4, e 18.º, n.º 2, da Constituição;

m) Declarar a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma do artigo 7.º, n.º 3, da Lei n.º 23/2012, de 25 de junho, por violação das disposições conjugadas dos artigos 56.º, n.ºs 3 e 4, e 18.º, n.º 2, da Constituição;

n) Não declarar a inconstitucionalidade da norma do artigo 7.º, n.º 4, da Lei n.º 23/2012, de 25 de junho;

o) Declarar a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma do artigo 7.º, n.º 5, da Lei n.º 23/2012, de 25 de junho, por violação das disposições conjugadas dos artigos 56.º, n.ºs 3 e 4, e 18.º, n.º 2, da Constituição.

Lisboa, 20 de Setembro de 2013. – *Pedro Machete* (vencido quanto à alínea F) da decisão, conforme declaração em anexo) – *Maria João Antunes* (vencida, quanto às alíneas j), l), m) e

o), pelas razões constantes da declaração que se anexa) – *Maria de Fátima Mata-Mouros* (vencida, quanto às alíneas j) e l), tendo acompanhado a decisão da alínea b) embora com dúvidas) – *José da Cunha Barbosa* (vencido, quanto às alíneas l), m) e o) da decisão, de acordo com a declaração de voto que junto.) – *Catarina Sarmiento e Castro* (vencida quanto às alíneas b), j), k), n), nos termos da declaração de voto junta). – *Maria José Rangel de Mesquita* (vencida quanto à alínea b) nos termos da declaração junta). – *João Cura Mariano* (vencido quanto à alínea b) nos termos da declaração junta) - *Fernando Vaz Ventura* (vencido quanto às alíneas j), l), m) e o), nos termos da declaração junta) – *Maria Lúcia Amaral* (vencida quanto às alíneas b), f) e g), conforme declaração de voto junta) - *Carlos Fernandes Cadilha* (vencido quanto à decisão das alíneas k) e n) nos termos da declaração em anexo) – *Ana Maria Guerra Martins* (vencida quanto às alíneas b), l), m) e o) da decisão) – *Joaquim de Sousa Ribeiro* (vencido, quanto às alíneas b), j), k) e n) da decisão, nos termos da declaração de voto junta)

Tem voto de conformidade do Senhor Conselheiro Vítor Gomes quanto às alíneas a), b), c), d), e), g), h), i), j), k) e n) da decisão, que não assina por entretanto ter cessado funções neste Tribunal. - *Pedro Machete*

DECLARAÇÃO DE VOTO

Não concordo com a declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma do artigo 368.º, n.º 2, do Código do Trabalho constante da alínea a) da decisão.

Em meu entender, existe um alinhamento do despedimento por extinção do posto de trabalho com o despedimento coletivo no tocante à objetividade dos respetivos fundamentos. Nessa mesma medida pode justificar-se um tratamento paralelo ao previsto no artigo 360.º, n.º 2, alínea c), do Código do Trabalho quanto à definição dos critérios para seleção dos trabalhadores a despedir. E, de todo o modo, parece-me que a opção por uma enunciação mais ou menos densificada de tais critérios integra a liberdade de conformação do legislador.

Na verdade, não se compreende por que é que a antiguidade – prevista na redação do preceito em análise anterior à Lei n.º 23/2012, de 25 de junho - há-de ser o critério mais importante ou mais objetivo. Porque não considerar isolada ou conjuntamente, por exemplo, as habilitações, o custo do trabalhador para a empresa, a sua produtividade, os resultados da avaliação de desempenho ou a situação pessoal e familiar dos trabalhadores elegíveis? Estes critérios – e muitos outros poderá haver – são, ou podem ser no caso concreto, tão relevantes, tão determinados e não discriminatórios como o da antiguidade.

Por outro lado, diferentemente do que se sustenta no presente Acórdão, não se afigura exato que “só a indicação legal rigorosa de parâmetros condicionantes e limitativos pode impedir a possibilidade de subjetivação da escolha, assegurando, do mesmo passo, um efetivo controlo, pelo tribunal competente, da validade do despedimento”. O controlo judicial da objetividade, relevância e do caráter não discriminatório dos critérios eventualmente definidos pelo empregador na sequência da norma agora declarada inconstitucional, com força obrigatória geral, estaria suficientemente acautelado pela

exigência legal de fundamentação resultante da conjugação dos artigos 369.º, n.º 1, alínea c), e 371.º, n.º 2, alínea c), ambos do Código do Trabalho. Com efeito, resulta destes preceitos a necessidade de o empregador definir, num primeiro momento, os critérios de seleção do ou dos postos de trabalho a extinguir e, num segundo momento, de fazer a prova da sua aplicação. O resultado final – a extinção do dado posto de trabalho de um dado trabalhador – é, assim, plenamente sindicável pelo tribunal, mormente quanto à questão de saber se os critérios de determinação do posto de trabalho em causa foram, por referência ao respetivo titular, “critérios relevantes e não discriminatórios face aos objetivos subjacentes à extinção do posto de trabalho”.

Pedro Machete

DECLARAÇÃO DE VOTO

1. Votei vencida quanto à alínea *j*) da decisão, pelas razões constantes da declaração de voto do Senhor Conselheiro Presidente.

2. Votei vencida quanto às alíneas *l*), *m*) e *o*) da decisão, tendo dissentido da declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, das normas do artigo 7.º, n.ºs 2, 3 e 5, da Lei n.º 23/2012, de 25 de junho, na parte em que se reportam às disposições de instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho.

Relativamente a estas normas e, em geral, a todas a que se reportam a este artigo 7.º, a questão de constitucionalidade a apreciar é a de saber se, ao conferirem natureza imperativa aos aspetos da disciplina laboral a que se referem, estão a violar a «reserva de convenção coletiva».

Entendo que as matérias abrangidas por aquelas alíneas não são integralmente subtraídas à negociação coletiva. Da ingerência legislativa decorre a ineficácia imediata das disposições de instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho vigentes à data da entrada em vigor da lei que disponham mais favoravelmente em relação ao regime legal consagrado em 2012, mas dela não decorre que tais instrumentos não possam vir a disciplinar *ex novo* as mesmas matérias.

Por outro lado, a ingerência legislativa tem em vista a aplicação imediata de alterações ao regime legal (não impedindo, porém, o afastamento deste mesmo regime se fixado *ex novo* em instrumento de regulamentação coletiva de trabalho aprovado após a entrada em vigor de tais alterações), alicerçando-se em ponderações/motivações que se integram na margem de conformação do legislador (cf. parte *B*) *Razão de ser e condicionantes da Lei n.º 23/2012, de 25 de junho*).

DECLARAÇÃO DE VOTO

Fiquei vencida no que respeita à declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma do artigo 368.º, n.º 2, do Código do Trabalho e da norma do n.º 2 do artigo 7.º da Lei n.º 23/2012, de 25 de junho.

Acompanhei a decisão na parte em que não declarou a inconstitucionalidade da norma do artigo 208.º-B, n.º 2, do Código de Trabalho, embora com dúvidas quanto à sua conformidade com os n.ºs 3 e 4 do artigo 56.º da Constituição.

Começarei por indicar as razões pelas quais não concordo com a declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma do artigo 368.º, n.º 2, do Código do Trabalho.

Essencialmente o meu voto funda-se nas razões invocadas na declaração de voto apresentada pelo Senhor Conselheiro Pedro Machete.

De facto, a modelação pelo legislador da garantia à segurança no emprego e a proibição do despedimento sem justa causa, consagradas no artigo 53.º da Constituição, não é incompatível com o recurso a conceitos indeterminados. Essencial é que a adopção destes conceitos não inviabilize o controlo judicial da validade do despedimento. Ora, ajuizar se a determinação do posto de trabalho a extinguir obedeceu a “critérios relevantes e não discriminatórios face aos objetivos subjacentes à extinção do posto de trabalho” constitui avaliação ao alcance do julgador em face dos elementos objectivos que sejam carreados para os autos pelos interessados.

Não sendo imune à crítica da doutrina pelo critério definido para a determinação do posto de trabalho a extinguir, a norma constante do n.º 2 do artigo 368.º do Código de Trabalho não pode, todavia, considerar-se ferida de invalidade por violação do direito à segurança no emprego e da proibição do despedimento sem justa causa.

É, no entanto, necessário fazer uma precisão relativamente à distinção entre as normas constantes do artigo 368.º, n.º 2 e n.º 4 do Código do Trabalho, na medida em que acompanho a declaração de inconstitucionalidade desta última. Por oposição ao que referi quanto à norma do artigo 368.º, n.º 2, a norma do artigo 368.º, n.º 4, do Código de Trabalho, ao recuperar o mesmo critério a que sujeita a identificação do posto de trabalho a extinguir para demonstrar a impossibilidade prática da subsistência da relação de trabalho, esvazia de conteúdo o requisito do despedimento por extinção do posto de trabalho vertido no artigo 368.º, n.º 1, alínea *b*), do Código de Trabalho. Na verdade, de acordo com o disposto no n.º 4, o preenchimento do critério de extinção do posto de trabalho previsto no n.º 2 acarreta automaticamente a impossibilidade de subsistência daquela relação de trabalho. O apelo ao mesmo critério sufraga a impossibilidade de manutenção do vínculo laboral mesmo no caso de existir na empresa posto de trabalho que pode ser ocupado pelo

trabalhador em causa. É este sacrifício escusado do vínculo laboral que contraria a proibição de despedimento sem justa causa consagrada no artigo 53.º da Constituição.

Votei igualmente contra a declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma do n.º 2 do artigo 7.º da Lei n.º 23/2012, de 25 de junho. É o seguinte o teor do preceito em causa, na parte que aqui releva:

«São nulas as disposições de instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho (...) celebrados antes da entrada em vigor da presente lei que disponham sobre descanso compensatório por trabalho suplementar prestado em dia útil, em dia de descanso semanal complementar ou em feriado».

Não curando, aqui, de avaliar o rigor técnico do conceito adoptado pelo legislador ao recorrer à expressão «são nulas» para exprimir a imposição legal de «perda de eficácia», diferentemente do acórdão, entendo que esta norma se apresenta como idónea, necessária e adequada ao fim de padronização de regimes que visa alcançar, na sequência da publicação de um novo quadro legal regulador da matéria. Por isso, não representa uma restrição excessiva do direito de contratação colectiva.

Na verdade, e diferentemente do que se passa com as normas contidas nos n.ºs 3 e 5 do artigo 7.º da Lei n.º 23/2012 (cuja declaração de inconstitucionalidade acompanho), no caso do n.º 2, não existe verdadeira modelação legal de conteúdos normativos alcançados pela autonomia colectiva. Não se verifica interferência no conteúdo negocial das partes. Ao determinar, no n.º 2, a perda de eficácia de disposições de instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho que disponham sobre descanso compensatório por trabalho suplementar prestado em dia útil, em dia de descanso semanal complementar ou em feriado, o legislador limitou-se a fazer cessar, para o futuro, o gozo daquele descanso não impedindo, contudo, a celebração de nova convenção colectiva com a estipulação do conteúdo revogado. Fazendo depender a renovação da estipulação revogada apenas da vontade negocial das partes, a norma «convida as partes à reponderação das estipulações nesta matéria» (António Nunes de Carvalho, “Tempo de trabalho”, *Revista de Direito e Estudos Sociais*, Janeiro-Junho 2012, p. 41).

É certo que, ao revogar aquelas disposições, a lei liberta o empregador dos compromissos estabelecidos no âmbito da vigência da lei anterior, mas é precisamente nesta circunstância que reside a viabilidade da padronização. O que comprova a necessidade da medida.

A impossibilidade de garantir o resultado último da diminuição dos custos do trabalho, visado pela revogação das normas do artigo 229.º, n.ºs 1, 2 e 6 do Código de Trabalho (que previam o descanso compensatório) não demonstra a falta de idoneidade da medida, já que ela não deixa de representar uma via de alcançar a pretendida padronização dos regimes vigentes. Pelo contrário, é ainda a impossibilidade de impor unilateralmente o resultado desejado, decorrente do respeito pela vontade negocial das partes, que assegura a contenção da medida dentro dos limites da proporcionalidade, e simultaneamente o respeito pelo direito fundamental de contratação colectiva.

Entendo, assim, que o n.º 2 do artigo 7.º da Lei n.º 23/2012, de 25 de junho, na parte em que se reporta às disposições de instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho, não viola as disposições conjugadas dos artigos 56.º, n.ºs 3 e 4, e 18.º, n.º 2, da Constituição.

Finalmente, acompanhei a decisão na parte em que não declarou a inconstitucionalidade da norma do artigo 208.º-B, n.º 2, do Código de Trabalho, embora com dúvidas quanto à sua conformidade com os n.ºs 3 e 4 do artigo 56.º da Constituição.

A norma do Código de Trabalho em referência consagra a possibilidade de extensão da proposta do banco de horas aceite individualmente por 75% dos trabalhadores a quem foi dirigida, aos demais trabalhadores da mesma equipa, secção ou unidade económica.

Trata-se, assim, de um alargamento do regime do banco de horas individual, por ato do empregador – em paralelo com a extensão do instrumento de regulamentação colectiva que institui o banco de horas, prevista no n.º 1 do artigo 208.º-B.

Porém, diferentemente do que se passa com a contratação colectiva, no caso da extensão do regime do banco de horas por adesão de determinada percentagem de vontades individuais de trabalhadores (ainda que da mesma equipa, secção ou unidade económica), não existe nenhuma estrutura organizativa representativa dos interesses dos trabalhadores a quem possa ser imputada a defesa colectiva dos interesses destes. Uma tal extensão de efeitos está assim alicerçada numa vontade presumida que se obtém à margem de qualquer legitimidade institucional representativa dos interesses individuais dos trabalhadores abrangidos pela medida, o que suscita a questão da conformidade com a Constituição (artigo 56.º, n.ºs 3 e 4). Contudo, na dúvida sobre a incompatibilidade desta solução legal com a reserva às associações sindicais do direito de contratação colectiva consagrada naquelas normas constitucionais, aceito a opção do legislador.

Maria de Fátima Mata-Mouros

DECLARAÇÃO DE VOTO

Discordei do acórdão no que se refere à declaração de inconstitucionalidade das normas constantes do artigo 7.º, n.ºs 2, 3 e 5, da Lei n.º 23/2012, de 25 de junho (alíneas l), m) e o) da decisão), pelas razões que seguidamente se dão conta.

Atento o carácter conformador da lei em matéria de direito à contratação coletiva, algo que abre espaço para uma ampla liberdade constitutiva do legislador nesta matéria (cfr. o Acórdão n.º 391/2004, disponível em www.tribunalconstitucional.pt), e tendo em conta que nenhum dos normativos assinalados contende ou inviabiliza que as partes venham a acordar, no futuro, novas disposições convencionais coletivas, não se entende que tais preceitos constituam verdadeiras restrições àquele direito fundamental, que hajam de ser testadas à luz dos “limites” inscritos nos n.ºs 2 e 3 do artigo 18.º da CRP. Sempre haveria que confrontar, embora em termos distintos, as medidas selecionadas com as exigências associadas ao princípio da proporcionalidade. Porém, também aqui, como de seguida se evidenciará, é de recusar a inconstitucionalidade das normas em crise.

Na verdade, a discordância relativamente ao juízo de inconstitucionalidade vertido no acórdão é de manter mesmo admitindo que os artigos 7.º, n.ºs 2, 3 e 5 restringem o

âmbito de proteção de um direito, liberdade e garantia. Um dos pontos sublinhados pelo aresto prende-se com a inidoneidade da solução legal para atingir o fim prosseguido – identificado como a “padronização dos regimes convencionais aplicáveis” – em virtude de trabalhadores e empregadores não estarem impedidos de, no futuro, celebrarem novas convenções coletivas, maxime, convenções coletivas contendo regimes jurídicos mais favoráveis do que os introduzidos pela nova lei. Daí decorre que tais medidas não são nem adequadas nem necessárias à consecução do escopo pretendido, inviabilizando, destarte, o cumprimento das dimensões do princípio da proporcionalidade.

Ora, para além da “padronização” eventualmente justificada por um interesse público de igualização, os preceitos em causa visam conferir imediata operatividade a medidas tidas como essenciais para dotar as empresas de maior flexibilidade e competitividade. Essa operatividade imediata gera automaticamente em benefício do empregador uma margem de manobra – rectius, uma “folga” – crucial na reação ao contexto de crise empresarial, impedindo a cristalização, no plano convencional, do regime legal agora revogado. No fundo, o legislador presume que a crise económica comprometeu os equilíbrios concretamente definidos pelas partes nos IRCT, outorgando ao empregador instrumentos que lhe permitirão conter os custos de trabalho até que aqueles equilíbrios sejam repostos por banda de novas convenções coletivas.

Dir-se-ia que a referida folga ou margem teria maior impacto se garantida por um período de dois anos, acompanhando a vigência do Programa de Assistência Económica e Financeira a que Portugal se encontra vinculado e abrangendo também as convenções coletivas que nesse hiato temporal viessem a ser concluídas (leia-se, posteriormente à entrada em vigor da Lei n.º 23/2012, de 25 de junho). O facto de tal opção legislativa ser porventura mais eficaz nada nos diz, porém, sobre a validade jurídico-constitucional da solução efetivamente acolhida pelo legislador.

Com efeito, assumindo que a teleologia dos preceitos contestados abrange os dois escopos supra identificados, e não apenas o primeiro, as medidas que deles emergem não só não se revelam inidóneas à consecução dos fins públicos em vista, como minimizam temporalmente os sacrifícios impostos ao direito à contratação coletiva e à própria liberdade de empresa. O mesmo é dizer que o regime jurídico vertente permite às empresas nacionais resistir numa conjuntura particularmente difícil, sem prejuízo, contudo, de empregadores e sindicatos conservarem, quase plenamente, o “senhorio” jurídico sobre matérias que integram o âmago da contratação coletiva. A concordância operada pelo legislador afigura-se, nesta medida, razoável e isenta de censura no plano normativo-constitucional.

Assim, concluiria pela não inconstitucionalidade das normas constantes do artigo 7.º, n.ºs 2, 3 e 5, da Lei n.º 23/2012, de 25 de junho (alíneas l), m), e o) da decisão).

J. Cunha Barbosa

DECLARAÇÃO DE VOTO

Fiquei vencida quanto às alíneas *b)*, *j)*, *k)* e *n)* da decisão, na medida em que o Tribunal não declarou a inconstitucionalidade das normas nelas referidas. Pelas seguintes razões, dissenti da maioria, tendo-me pronunciado pela sua inconstitucionalidade:

Relativamente à alínea *b)*

O Tribunal Constitucional deveria ter declarado a inconstitucionalidade das normas do artigo 208.º-B do Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro, com a redação dada pela Lei n.º 23/2012, de 25 de junho (banco de horas grupal).

As referidas normas permitem que um instrumento de regulamentação coletiva de trabalho que institui um regime de banco de horas possa prever que o empregador estenda tal modo de organização do tempo de trabalho à generalidade dos trabalhadores de uma equipa, secção ou unidade económica, de forma unilateral, sem necessidade de obter o consentimento individual de cada um deles e, mesmo, contra sua vontade.

O regime previsto para o banco de horas grupal é paralelo ao estabelecido pelo artigo 206.º do Código de Trabalho, relativo à adaptabilidade grupal. Este último foi já objeto de apreciação pelo Tribunal Constitucional, no Acórdão n.º 338/2010 que o não considerou inconstitucional. Já nesse Acórdão, dissenti da posição maioritária quanto a este aspeto, posição que agora mantenho, por maioria de razão. Vejamos os motivos que já então me levaram a votar no sentido da inconstitucionalidade.

O n.º 1 do artigo 208.º-B, na redação da Lei n.º 23/2012, ao permitir que o empregador faça aplicar o regime do banco de horas, previsto num instrumento de regulamentação coletiva de trabalho, ao conjunto de trabalhadores de uma mesma equipa, secção ou unidade económica, a trabalhadores não sindicalizados que não aderiram individualmente a tal instrumento de regulamentação coletiva, ou filiados em associações sindicais que não subscreveram nem aderiram a tal instrumento, afronta a liberdade sindical negativa daqueles. Esta liberdade traduz-se, não somente na opção de se filiar ou de não se filiar, mas também na possibilidade de não se ficar sujeito às consequências negativas da negociação de associação sindical que não se integra, sob pena de perda de conteúdo útil de tal opção (artigo 55.º, n.º 2, alínea *b)*, da Constituição) (veja-se, quanto a este aspeto, a declaração de voto do Conselheiro Presidente, Joaquim de Sousa Ribeiro).

Apesar do regime de extensão atrás descrito, sublinhe-se que, por força do n.º 3 do artigo 208.º-B, o regime do banco de horas grupal não é aplicado, e bem, aos trabalhadores que se encontrem abrangidos por instrumento de regulamentação coletiva de trabalho que disponha de modo contrário a esta solução, nem sendo aplicado aos trabalhadores representados por associação sindical que tenha deduzido oposição a portaria de extensão da convenção coletiva em causa. Significa isto que, nos n.ºs 1 e 2 do artigo 208.º-B, tal como acontece no caso da adaptabilidade grupal, ao operar-se a referida extensão, se impõe um regime de desfavor a um grupo de trabalhadores, o que constitui, a meu ver, uma violação do princípio da igualdade, já que a desigualdade não pode, sequer, ser suficientemente justificada no facto de uns não serem sindicalizados e outros o serem.

Por outro lado, desta extensão da aplicação do regime que atinge inelutavelmente os não filiados ou os filiados em associação sindical diversa da celebrante da convenção (quando não abrangidos pela exceção), sempre se dirá que ao ser-lhes imposto o regime do banco de horas, esses trabalhadores sofrem o correspondente sacrifício sem que, contrariamente aos filiados na associação celebrante, usufruam de qualquer potencial vantagem prevista no instrumento de regulamentação coletiva que, quanto ao mais, só os celebrantes vincula. Ora, não pode deixar de se considerar que tal circunstância também prejudica visivelmente a liberdade negativa de associação.

Já no caso do n.º 2 do artigo 208.º-B, mesmo quando justificada pela produtividade da empresa, a possibilidade de impor o regime de banco de horas a trabalhadores que, individualmente, não o aceitaram – e, tal como no n.º 1, sem atender a quaisquer situações que pudessem justificar a invocação de um prejuízo grave para a vida pessoal e familiar, ou para a saúde - afeta desproporcionadamente o direito ao repouso e ao lazer e à organização do trabalho em condições socialmente dignificantes (previsto no artigo 59.º da Constituição), já que a organização do trabalho imposta – permitindo a alteração, a todo o tempo e unilateral, do período normal de trabalho, dentro de uma ampla janela temporal - não permite a conciliação da vida familiar com a atividade profissional, prejudicando também a proteção da família e do exercício da parentalidade (artigos 36.º e 67.º da Constituição) e mesmo, nalguns casos limite, o direito à saúde (artigo 64.º da Constituição).

Estas mesmas razões são igualmente válidas para fundamentar a inconstitucionalidade da norma que autoriza que o instrumento de regulamentação coletiva de trabalho que institui o regime de banco de horas possa prever a extensão unilateral do seu funcionamento pelo empregador, nos referidos casos previstos no artigo 208.º-B, n.º 1.

Por último, refira-se ainda que considero que a norma do n.º 2 do artigo 208.º-B, ao admitir que o instrumento de regulamentação coletiva permita que o empregador, por decisão unilateral, estenda o regime de banco de horas individualmente celebrado com alguns trabalhadores, de modo a alterar o contrato individual de trabalho dos restantes trabalhadores da mesma equipa, secção ou unidade económica, põe em causa o exercício do direito ao livre desenvolvimento da personalidade (artigo 26.º da Constituição).

Quanto à alínea j)

O Tribunal Constitucional optou por não declarar a inconstitucionalidade das normas do artigo 375.º, n.º 2, do Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro, com a redação dada pela Lei n.º 23/2012, de 25 de junho (relativas aos requisitos de despedimento por inadaptação, no caso de modificação substancial da prestação realizada pelo trabalhador, prescindindo-se de um juízo de culpa).

A inadaptação que, na presente previsão, dá causa ao despedimento, resulta exclusivamente de uma modificação substancial da prestação de trabalho, atinente ao próprio trabalhador, previsivelmente definitiva, não resultando de alterações introduzidas pelo empregador no posto de trabalho ou do contexto em que a prestação de trabalho é prestada. É, na

realidade, uma inaptidão do trabalhador em si mesmo, embora não culposa, que se aferirá pela redução continuada da sua produtividade ou da qualidade da sua prestação (pense-se no trabalhador de mais idade, que vê afetada a sua prestação laboral com o passar do tempo, ou na trabalhadora com rentabilidade acima da média que, em virtude de alteração irreversível na vida familiar, passou a produzir menos do que os colegas).

Acontece que a consideração da inaptidão como causa de despedimento está dependente do juízo da entidade patronal acerca da redução da produtividade e da qualidade da prestação de trabalho. A meu ver, a lei não acautelou suficientemente a posição do trabalhador perante a invocação deste fundamento. O legislador não delimitou com precisão suficiente a margem subtraída ao empregador, tornando difícil a determinação dos critérios relevantes para aferir, com objetividade, da alteração na produtividade ou qualidade da prestação de trabalho, assim como da existência de modificação substancial e tendencialmente definitiva da prestação e, sendo, igualmente, delicada a verificação da real impossibilidade da subsistência da relação laboral. Razões pelas quais entendo não existir possibilidade de suficiente controlo dos critérios que possam conduzir ao despedimento.

Em suma, considero que os requisitos substanciais e procedimentais, previstos no n.º 2 do artigo 375.º, não acautelam suficientemente a posição do trabalhador, perante a invocação do mencionado fundamento objetivo de despedimento, incorrendo em violação do artigo 53.º da Constituição (proibição de despedimentos sem justa causa).

Tudo isto assume contornos ainda mais graves, uma vez que o legislador não previu a obrigatoriedade de o empregador facultar ao trabalhador um posto de trabalho alternativo, quando existente, conveniente às suas novas circunstâncias, que obstasse à cessação do vínculo laboral. Não o fez, sustenta o Acórdão, por ter o legislador revogado a alínea *d*) do n.º 1 do art. 375.º, que previa essa obrigatoriedade para o outro caso de despedimento por causa objetiva, revogação que este Tribunal considerou contrária à proibição de despedimentos sem justa causa, consagrada no art. 53.º da Constituição, posição que subscrevi. Mas, ao contrário do Acórdão, concluiria que, por si, a ausência da previsão desse mecanismo de garantia no caso de despedimento por inaptidão do trabalhador seria suficiente para conduzir à inconstitucionalidade da norma do n.º 2 do artigo 375.º.

No caso da alínea *k*) e *n*)

Também neste caso me afastei da posição majoritária, entendendo que deveria ter sido declarada a inconstitucionalidade, não apenas das normas dos n.ºs 2, 3 e 5, do artigo 7.º, da Lei n.º 23/2012, de 25 de junho, como fez o presente Acórdão, mas também das normas dos n.ºs 1 e 4 do artigo 7.º, da mesma Lei (todos eles regulando as relações entre disposições do Código de Trabalho e instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho).

Subscrevendo, no essencial, a fundamentação do Acórdão relativamente aos n.ºs 2, 3 e 5 do artigo 7.º, consideraria ainda argumentos adicionais conducentes a um juízo genérico de inconstitucionalidade.

Todas as normas em causa no artigo 7.º sobrepõem disposições do Código de Trabalho às previsões constantes de instrumentos de regulamentação coletiva celebrados antes da entrada em vigor da Lei n.º 23/2012, de modo a tornar imperativas aquelas disposições,

sempre que estes instrumentos sejam mais favoráveis para o trabalhador, para tal fazendo cessar a sua eficácia, ou suspendendo-a.

A norma do n.º 1 considera nulas disposições de instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho, relativas a montantes de compensação por despedimento coletivo ou por cessação de contrato de trabalho superiores aos previstos no Código de Trabalho.

A norma do n.º 2 considera nulas as disposições de instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho que disponham sobre descanso compensatório por trabalho suplementar prestado em dia útil, em dia de descanso semanal complementar ou em feriado.

No n.º 3, opera-se uma redução de 3 dias na majoração do período anual de férias que se encontre estabelecida em disposição de instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho posterior a 1 de dezembro de 2003.

No n.º 4, determina-se a suspensão, durante 2 anos, das disposições de instrumentos de regulamentação coletiva que disponham sobre acréscimos de pagamento do trabalho suplementar superiores ao estabelecido pelo Código e sobre retribuição do trabalho normal prestado em dia feriado, ou descanso compensatório por essa mesma prestação, em empresa não obrigada a suspender o funcionamento nesse dia.

A norma do n.º 5 determina que decorrido o prazo de dois anos referido no número anterior sem que as referidas disposições ou cláusulas tenham sido alteradas, os montantes por elas previstos são reduzidos para metade, não podendo, porém, ser inferiores aos estabelecidos pelo Código do Trabalho

Pronunciei-me no sentido da inconstitucionalidade das normas dos números 1 a 5 do artigo 7.º, por entender que estas normas, embora não vedando a celebração de novo instrumento de regulamentação coletiva de trabalho, ao imporem a cessação ou suspensão, antes do seu termo, da eficácia dos instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho em vigor, violam o princípio da proteção da confiança, decorrente do artigo 2.º da Constituição, aqui associado ao exercício do direito de negociação coletiva (artigo 56.º da Constituição).

Começemos por notar que sendo verdade que, através da previsão do artigo 7.º, o legislador não excluiu o exercício futuro da negociação coletiva, já que apenas estabeleceu limites mínimos e máximos, balizando a intervenção do IRCT dentro dos mesmos, na realidade, estes patamares deixaram de ter a função de garantia de proteção mínima que o instrumento de regulamentação coletiva tenderia a servir, para salvaguarda do trabalhador, para funcionarem, no caso do artigo 7.º, como balizas que fixam um teto máximo de vantagens a este conferidas, protegendo o empregador.

Tal significa, desde logo, que qualquer negociação de instrumento coletivo de trabalho a encetar de novo partirá de um renovado enquadramento, revisto em baixa, desde logo em virtude da fixação legal de tetos máximos, o que não deixará de ter reflexos nos resultados finais das negociações.

Isto não significa que se considere que o legislador esteja, à partida, em todo e qualquer caso, impedido de modificar, para pior, algumas das normas que deverão limitar a disciplina a estabelecer por instrumento de regulamentação coletiva de trabalho (sendo certo que os há, como o Acórdão demonstra). Mas significará sempre que, fazendo-o, a nova inibição

deve respeitar o prazo de vigência das cláusulas já celebradas e as expectativas, dignas de tutela, que estas geraram.

Assim, o argumento fundamental para um juízo de inconstitucionalidade do artigo 7.º reside no facto de através dele o legislador não se ter limitado a traçar novos limites para os futuros instrumentos de regulamentação coletiva, mas ter feito cessar ou suspender a eficácia dos instrumentos já em vigor quando não se contenham dentro dos novos limites traçados, ferindo de modo desrazoável as expectativas de quem confiou na duração de um regime negociado.

A existência de um direito de contratação coletiva com um mínimo de conteúdo útil exige que o legislador se comporte de modo a gerar e a alimentar expectativas fundadas na continuidade da vinculação resultante dos instrumentos de regulamentação coletiva, pelo período convencionado, por um lado, e que, naturalmente, aqueles que os adotam possam com eles contar para a conformação da sua vida durante esse período, por outro.

Ao fazer caducar ou suspender tais instrumentos, pretendendo diminuir os custos do trabalho, o legislador mexe em regra anteriormente definida para valer em determinado período. Ora, a meu ver, independentemente da natureza das matérias em causa, ou de o respetivo objeto integrar uma reserva de convenção coletiva, a confiança que a negociação coletiva em si mesma pressupõe, e que é base da sua essência, sempre imporia o respeito pelos conteúdos antes negociados, até ao final do período contratualmente estipulado.

A diminuição dos custos do trabalho, a sua igualização, a procura da competitividade e da produtividade e a conseqüente função garantística do empregador, a não exclusão absoluta da negociação coletiva, ou o caráter temporário de algumas destas normas, não permitem afirmar a existência de um fundamento material bastante, de um interesse público que deva prevalecer, numa ponderação, sobre uma ablação tão significativa da confiança que as partes depositam na manutenção do acordado. A confiança é, afinal, crucial ao exercício pleno da liberdade de negociação coletiva, dotando-a de sentido.

Ou seja, o legislador não pode atingir de forma tão significativa os instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho já celebrados e em vigor, e cujo prazo foi fixado por vontade das partes ou supletivamente definido, sem com isso ferir de modo excessivo a confiança dos contraentes na longevidade antecipadamente fixada do instrumento de regulamentação coletiva. A ser assim, tem-se por violado o princípio da proteção da confiança, enquanto decorrência do princípio do Estado de direito, consagrado no artigo 2.º da Constituição.

São estas, em suma, as razões pelas quais não acompanhei o Acórdão nas alíneas *b), j), k)* e *n)*.

Lisboa, 20 de setembro de 2013

Catarina Sarmento e Castro

DECLARAÇÃO DE VOTO

A) Divergi da decisão expressa na alínea b) da Decisão do presente Acórdão no que respeita às normas do artigo 208.º-B do Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro, com a redação dada pela Lei n.º 23/2012, de 25 de junho, pelas razões essenciais que de seguida se explicitam.

As normas do artigo 208.º-B, n.ºs 1 e 2, do Código do Trabalho, relativas ao banco de horas grupal (artigo aditado pela Lei n.º 23/2012, de 25 de junho), permitem a aplicação, pelo empregador, ao conjunto dos trabalhadores de uma equipa, secção ou unidade económica: do regime de banco de horas por regulamentação coletiva que abranja, pelo menos, 60% dos trabalhadores dessa estrutura, por serem filiados em associação sindical celebrante da convenção ou por terem aderido individualmente à convenção (cfr. o artigo 206.º, n.º 1, alínea a), por remissão do artigo 208.º-B, n.º 1, e o artigo 497.º do Código do Trabalho); e do regime de banco de horas individual quando exista acordo quanto à instituição do regime de banco de horas por parte de, pelo menos, 75% dos trabalhadores da equipa, secção ou unidade económica em causa. As normas do artigo 208.º-B, n.ºs 1 e 2, do Código do Trabalho permitem, assim, a aplicação do regime de banco de horas grupal a trabalhadores que nele não consentirem – por não estarem abrangidos pelo regime de banco de horas por regulamentação coletiva ou por não terem aceitado o acordo que institua o regime de banco de horas individual.

Os regimes de banco de horas por regulamentação coletiva e individual constituem um mecanismo de organização do tempo de trabalho que habilitam a imposição aos trabalhadores de horários ultrapassando em, respetivamente, 4 e 2 horas e em 20 e 10 horas, os limites máximos diários (até 8 horas) e semanais (até 40 horas) do período normal de trabalho (cfr. artigos 208.º, n.º 2, 208.º-A, n.º 1 e 203.º, n.º 1, do Código do Trabalho). A fixação destes limites, constitucionalmente imposta ao legislador (artigo 59.º, n.º 2, b), da Constituição da República Portuguesa (CRP)), corresponde a um direito fundamental dos trabalhadores (artigo 59.º, n.º 1, alínea d), da CRP), em ordem a assegurar, *prima facie*, os fundamentais direitos ao repouso e aos lazeres (artigo 59.º, n.º 1, alínea d), primeira parte, da CRP) e à conciliação da atividade profissional com a vida familiar (artigo 59.º, n.º 1, alínea b), da CRP), e, em grande medida, os direitos dos trabalhadores ao desenvolvimento da personalidade (artigo 26.º, n.º 1, da CRP) e à saúde (artigo 64.º, n.º 1, da CRP). Resultando num acréscimo de horas de trabalho imposto ao trabalhador, em determinado período, necessariamente com maior prejuízo da sua disponibilidade pessoal e organização vivencial, este mecanismo de organização do tempo de trabalho, por definição, consubstancia uma compressão dos direitos dos trabalhadores ao repouso e ao lazer e à organização do trabalho de forma a facultar a conciliação da atividade profissional com a vida pessoal e familiar – também protegida pelo artigo 33.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia – (podendo ainda contender com os direitos ao desenvolvimento da personalidade e da saúde), ainda que aquela imposição de um acréscimo temporal da jornada de trabalho tenha limites (cfr. artigos 208.º, n.º 2, 208.º-A, n.º 1 e 211.º, n.º 1, do Código do Trabalho) e estejam previstas exceções quanto aos trabalhadores mais vulneráveis (cfr. artigos 58.º, 74.º, 87.º e 90.º do Código do Trabalho).

Ora a faculdade conferida pelo legislador de imposição unilateral pelo empregador, por via do banco de horas grupal, de um horário acrescido a trabalhadores que nele não consentiram, ainda que pressuponha uma decisão tomada pela maioria dos trabalhadores de uma determinada estrutura, seja no âmbito de relações jurídico-coletivas laborais, seja no âmbito de relações laborais individuais, ou seja, respetivamente, por 60% ou 75% dos trabalhadores, e ainda que verificados os requisitos legais da sua aplicação, não se deverá sobrepor à proteção que a Constituição confere aos trabalhadores contra ingerências nos direitos de caráter pessoal que são afetados. A importante dimensão negativa ou defensiva dos direitos em causa (que permite à doutrina constitucional a sua qualificação como direitos fundamentais de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias) impõe a proteção do trabalhador relativamente a ingerências – sublinhe-se: não consentidas – que o legislador, na regulação do banco de horas grupal, por via de uma decisão maioritária, vem expressamente permitir.

Não se acolhe, pois, a alegada presunção de favorabilidade relativamente ao universo dos trabalhadores abrangidos em função da vontade de uma maioria que consentiu no banco de horas por regulamentação coletiva ou individual – ainda que a lei preveja uma maioria mais exigente no caso da extensão do regime de banco de horas individual –, pois estando em causa direitos pessoais, o seu exercício não pode deixar de considerar a diversidade das circunstâncias de vida dos que compõem a minoria que não anuiu (não contempladas nas exceções previstas na lei). Além disso, a prevalência dos interesses de gestão empresarial - traduzida na indispensabilidade do conjunto para assegurar o funcionamento da equipa, secção ou unidade económica – não se afigura decisiva, quer tendo em conta a severidade das restrições agora operadas aos direitos ao repouso e ao lazer e à conciliação da atividade profissional com a vida familiar dos trabalhadores, quer atendendo ao facto de ser o próprio legislador a prever, à partida, a exclusão de aplicação, por extensão dos regimes do banco de horas por regulamentação coletiva ou individual, do banco de horas grupal relativamente a um universo não despidendo de trabalhadores (dessa mesma equipa, secção ou unidade económica) – os trabalhadores abrangidos por convenção coletiva que disponha expressamente em contrário, ou, no caso de extensão do banco de horas por regulamentação coletiva, os trabalhadores representados por associação sindical que tenha deduzido oposição a portaria de extensão da convenção coletiva em causa (cfr. o n.º 3, do artigo 208.º-A do Código do Trabalho). Assim, não se mostram justificadas nem proporcionadas as restrições introduzidas aos direitos dos trabalhadores contemplados nas alíneas b) e d) do artigo 59.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa.

Acresce, a este respeito, que o regime assim configurado introduz uma maior desproteção dos trabalhadores – que integram a minoria cujo consentimento se dispensa – não abrangidos por instrumento de regulamentação coletiva de trabalho ou não sindicalizados que também não parece conciliável com as exigências de igualdade que a Constituição concretiza no proémio do artigo 59.º, n.º 1, quanto aos direitos dos trabalhadores.

Atendendo ao exposto a nossa pronúncia foi no sentido da inconstitucionalidade das normas do artigo 208.º-B do Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro, com a redação dada pela Lei n.º 23/2012, de 25 de junho, por violação do disposto no artigo 59.º, n.º 1, alíneas b) e d), da Constituição da República Portuguesa.

B) Divergi das decisões expressas nas alíneas k) e n) no que respeita às normas do artigo 7.º, n.º 1 e n.º 4, da Lei n.º 23/2012, de 25 de junho, pelas razões essenciais que de seguida se explicitam.

As normas contidas nos números 1 e 4, do artigo 7.º, da Lei n.º 23/2012, de 25 de junho, sucessiva e respetivamente, determinam a nulidade das disposições de instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho celebrados antes da entrada em vigor da mesma lei que prevejam montantes superiores aos resultantes do Código do Trabalho relativas a compensação por despedimento coletivo ou de que decorra a aplicação desta (n.º 1, alínea a)) ou aos valores e critérios de definição de compensação por cessação de contrato de trabalho (n.º 1, alínea b)); e estabelecem a suspensão, durante dois anos, das disposições de instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho (celebrados antes ou depois da entrada em vigor da lei) que prevejam acréscimos de pagamento de trabalho suplementar superiores aos agora previstos no Código do Trabalho (n.º 4, alínea a)), ou que disponham sobre a retribuição do trabalho normal prestado em dia feriado ou descanso compensatório por essa mesma prestação, em empresa não obrigada a suspender o funcionamento nesse dia (n.º 4, alínea b)).

Estas disposições legais não podem ser entendidas se não por referência às alterações que a mesma lei introduziu no Código do Trabalho quanto às compensações por despedimento coletivo ou cessação do contrato de trabalho (cfr. artigo 366.º do Código do Trabalho e revogação do artigo 366.º-A) e quanto aos valores a considerar relativamente à retribuição horária do trabalho suplementar (cfr. artigo 268.º do Código do Trabalho) e à duração do descanso compensatório ou ao acréscimo remuneratório devidos, em alternativa, pelo trabalho normal prestado em dia feriado em empresa não obrigada a suspender o funcionamento (cfr. artigo 269.º, n.º 2), tendo tais alterações resultado na efetiva redução dos valores anteriormente previstos. Quanto à regulação legal dos limites a observar relativamente aos montantes das compensações por despedimento coletivo ou de que decorra a aplicação desta ou da compensação por cessação de contrato (individual) de trabalho, assinala-se ainda que o legislador substituiu um regime que se configurava como regime de valor mínimo de compensação por um regime de valor máximo (artigo 366.º, do Código do Trabalho).

Assim sendo, o resultado da conjugação das disposições agora em análise – os n.ºs 1 e 4, do artigo 7.º, da Lei n.º 23/2012, de 25 de junho – com os limites estabelecidos no Código do Trabalho por via da mesma lei (relativamente às matérias abrangidas) é o de fazer prevalecer os regimes definidos pelo legislador, menos favoráveis ao trabalhador, sobre os regimes adotados por via da contratualização coletiva que se revelem mais favoráveis àquele, fazendo cessar os efeitos de convenções coletivas já firmadas, seja definitivamente – ao determinar a respetiva nulidade (n.º 1 do artigo 7.º) –, seja temporariamente – ao determinar a respetiva suspensão (n.º 4 do artigo 7.º).

Da aplicação das normas em causa resulta que estas não se confinam a estabelecer, em abstrato (e para o futuro), limites dentro dos quais possa ser exercida a autonomia coletiva dos intervenientes no quadro do direito à contratação coletiva, mas, diferentemente, afetam o exercício concreto, já ocorrido, do direito fundamental de contratação coletiva, ao determinarem o fim ou a suspensão da vigência de cláusulas de contratos coletivos já celebrados e assim determinando uma conformação externa e *a posteriori* do próprio conteúdo das convenções coletivas afetadas.

As ingerências agora operadas no conteúdo do direito de contratação coletiva afiguram-se excessivas à luz do disposto no artigo 18.º, n.º 2, da CRP, já que não se consideram prevaletentes os objetivos a prosseguir – a pretendida «igualização» dos benefícios dos trabalhadores, bem como dos custos (doravante reduzidos) para as empresas, em face da ocorrência das situações de despedimento ou cessação do contrato de trabalho que determinam o pagamento de uma compensação (n.º 1 do artigo 7.º) ou das situações que determinam o pagamento de trabalho suplementar ou a retribuição do trabalho normal prestado em dia feriado, ou descanso compensatório por essa prestação (nos termos previstos no n.º 4 do artigo 7.º) – quando confrontados com o valor constitucionalmente protegido da negociação coletiva já vertida em concretas convenções coletivas de trabalho vigentes.

O juízo de censura formulado não parece minorado no que respeita ao n.º 4 do artigo 7.º pelo facto de se tratar de uma imposição temporalmente definida, operando apenas a suspensão dos instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho na parte em que regulam as matérias abrangidas, já que o resultado não deixa de ser, ainda que apenas durante um período de dois anos, a alteração do regime resultante de instrumento de regulamentação coletiva de trabalho livremente celebrado pelas estruturas associativas que subscreveram – ou pretendem subscrever – aqueles instrumentos. Assim, e para mais tratando-se de domínios do contrato laboral incluídos na reserva de contratação coletiva, as razões que terão determinado a opção do legislador não justificarão a pretendida e efetiva ablação do exercício, em concreto, do direito fundamental de contratação coletiva.

Acresce que, quanto à ingerência decorrente do n.º 1 do artigo 7.º, esta também se afigura desnecessária na medida em que se dirija a instrumentos de contratação coletiva necessariamente sujeitos a um termo (cfr. artigo 499.º e seguintes do Código do Trabalho) que determinará num futuro próximo, se antes não for acordado pelas partes, a renegociação das cláusulas contratuais agora postas em crise, fazendo participar as estruturas representativas dos trabalhadores, no exercício do direito de contratação coletiva (artigo 56.º, n.ºs 3 e 4, da CRP) e as estruturas representativas das entidades empregadoras, no exercício da liberdade de iniciativa económica privada (artigo 61.º, n.º 1, da CRP).

Atendendo ao exposto a nossa pronúncia foi no sentido da inconstitucionalidade das normas do artigo 7.º, n.º 1 e n.º 4, da Lei n.º 23/2012, de 25 de junho, por se entender que se verifica uma restrição desproporcionada do direito consagrado no artigo 56.º, n.º 3, da Constituição da República Portuguesa.

Maria José Rangel de Mesquita

DECLARAÇÃO DE VOTO

Divergi do julgamento de não inconstitucionalidade da norma que rege o apelidado banco de horas grupal por razões acrescidas às que motivaram a que no acórdão n.º 338/10 tenha dissentido do julgamento de não inconstitucionalidade do regime da adaptabilidade grupal.

Tais mecanismos correspondem a um modelo de flexibilização do tempo de trabalho com vista a satisfazer as necessidades empresariais, em que a contagem do tempo do período

normal de trabalho é efetuada em termos médios num determinado período de referência, sendo elevados os tempos de trabalho máximos diários e semanais.

Relativamente à norma cuja fiscalização foi agora peticionada (artigos 208.º-B, do Código do Trabalho) verifica-se que, pela alteração introduzida, se admite agora a fixação forçada do regime do banco de horas, por decisão unilateral do empregador, aos trabalhadores da mesma equipa, secção ou unidade económica que nele não consentiram, por via da extensão do banco de horas previsto em instrumento de regulamentação coletiva de trabalho, que abranja pelo menos 60% dos trabalhadores dessa estrutura, mesmo quando se trate de trabalhadores não sindicalizados, ou por via da extensão dos acordos individuais celebrados com, pelo menos, 75% dos outros trabalhadores dessa estrutura.

A determinação do tempo de trabalho é essencial para limitar a subordinação do trabalhador perante a entidade patronal, assegurando a sua liberdade pessoal ao delimitar temporalmente a sua disponibilidade. É por aí que também passa a distinção entre uma relação de trabalho e uma relação de servidão.

Por isso a Constituição impõe ao legislador a fixação, a nível nacional, dos limites da duração do trabalho, designadamente da jornada de trabalho (artigo 59.º, n.º 2, b), e 1, d), conferindo simultaneamente aos trabalhadores um direito ao repouso e aos lazeres e à organização do trabalho em condições que permitam a conciliação da atividade profissional com a vida familiar (artigo 59.º, n.º 1, b) e d).

Para assegurar esses direitos fundamentais dos trabalhadores não basta que o legislador estabeleça tetos aos horários laborais, mas também que os tetos estabelecidos se situem num nível que permitam ao trabalhador o repouso, o lazer e tempos dedicados à vida familiar razoáveis, de acordo com os padrões e ritmo de vida atuais, sendo nestes domínios essenciais os limites máximos das horas diárias e semanais de trabalho.

Na verdade, só o repouso e a dedicação à vida familiar nuclear, incluindo a realização das tarefas domésticas, por razões biológicas e de organização social, exigem que o trabalhador tenha disponível um significativo espaço de tempo diário.

Ora, ao permitir-se que se exija que um trabalhador, durante um período que pode ter uma duração considerável, trabalhe 12 em 24 horas, se não esquecermos os necessários intervalos para tomar as refeições e o tempo dispendido nas deslocações entre a residência e o local de trabalho que nas grandes cidades chega a ultrapassar as duas horas, é de uma flagrante evidência que tal regime ofende o direito ao repouso, ao lazer e à conciliação da atividade profissional com a vida familiar dos trabalhadores, uma vez que lhes “rouba” o tempo minimamente necessário para gozarem essa parte das suas vidas.

E a previsão da redução do horário de trabalho normal em períodos posteriores ou o pagamento de uma prestação pecuniária retributiva não é capaz de repor os níveis de descanso definitivamente perdidos, nem a falta de dedicação à vida familiar irreparavelmente ocorrida, funcionando apenas como uma mera compensação para o acréscimo de disponibilidade exigido.

As necessidades empresariais são incapazes de justificar minimamente uma restrição tão severa destes direitos fundamentais como são o direito ao repouso, ao lazer e à conciliação da atividade profissional com a vida familiar dos trabalhadores.

E se é defensável que o nível de ofensa destes direitos fundamentais resultante da aplicação dos referidos regimes de flexibilidade admite ainda uma autolimitação pelos trabalhadores afetados, esse consentimento tem que resultar de um ato pessoal dos titulares desses direitos, não sendo admissível a sua imposição pela entidade empregadora, com mero fundamento na adesão ao regime do banco de horas por uma maioria dos trabalhadores de uma determinada estrutura económica de uma empresa.

Estamos perante direitos de conteúdo eminentemente pessoal cujo nível de proteção constitucionalmente exigido não desaparece nem se fragiliza pelo facto da maioria dos trabalhadores da mesma estrutura económica de uma empresa terem concordado em autolimitar os seus direitos com igual conteúdo. Nem essa adesão maioritária é suscetível de permitir o funcionamento de uma presunção de favorabilidade da instituição do banco de horas para todos os trabalhadores, uma vez que os motivos dessa adesão podem ser os mais diversos, nem essa presunção pode funcionar de forma absoluta, impedindo os não aderentes de recusarem a sua sujeição ao banco de horas.

Perante tão severa restrição de direitos fundamentais como são o direito ao repouso, ao lazer e à conciliação da atividade profissional com a vida familiar dos trabalhadores, só um ato pessoal de manifestação de concordância destes poderá legitimar essa restrição, pelo que, não estando prevista essa possibilidade, pronunciei-me pela declaração de inconstitucionalidade da norma constante do artigo 208.º-B, do Código do Trabalho.

João Cura Mariano

DECLARAÇÃO DE VOTO

1. Vencido, no que respeita à não declaração de inconstitucionalidade das normas do n.º 2 do artigo 375.º, do Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro, com a redação conferida pela Lei n.º 23/2012, de 25 de junho, que consagra nova modalidade de despedimento por inadaptação, constante da al. j) da decisão, e quanto ao juízo de inconstitucionalidade das normas constantes dos n.ºs 2, 3 e 5 da Lei n.º 23/2012, de 25 de junho, constante das alíneas l), m) e o) da decisão.

2. A nova modalidade de despedimento por inadaptação consagrada no n.º 2 do artigo 375.º do Código do Trabalho, não imputável a uma modificação do posto de trabalho a que o trabalhador se revelou incapaz de se adaptar, ainda que se possa configurar como causa de cessação da relação de trabalho de natureza *objetiva*, por não dependente de atuação culposa do trabalhador ou do empregador, e lhe sejam aplicáveis as imposições do n.º 1 do artigo 374.º do Contrato de Trabalho, não deixa de consagrar causa de despedimento assente, no essencial, em motivação focada primordialmente no indivíduo e na diminuição (natural) das suas capacidades *intrínsecas*, que não domina, abrindo caminho à respetiva utilização para excluir “trabalhadores mais desgastados, de idade mais avançada ou com condições físicas e/ou psíquicas diminuídas” (cfr. António Monteiro Fernandes, “Direito do Trabalho”, 16ª edição, 2012, p. 515). Nela não se encontra, ao contrário das demais modalidades de despedimento por causa *objetiva*, legitimação em factos ou necessidades impostas pelo funcionamento (organização e gestão) da empresa ou unidade de produção, mormente por processo de *modernização* ou modificação tecnológica, que permitam sustentar a cedência do direito à segurança no emprego, perante o direito à livre iniciativa económica, por inexigibilidade do prosseguimento da relação de trabalho.

Corresponde, em suma, a uma facilitação do título de imputação de factos ao trabalhador, que não se mostra compatível com a garantia constitucional da proibição do despedimento sem justa causa, constante do artigo 53.º da Constituição.

Por outro lado, a ausência de menção expressa à necessidade de ser oferecido ao trabalhador outro posto de trabalho eventualmente disponível, compatível com a sua qualificação profissional e a capacidade prestativa preservada, afasta a norma da exigência de que o despedimento por causa objetiva seja configurado como *ultima ratio*, o que torna aqui aplicáveis, independentemente do esforço hermenêutico proposto no Acórdão, as mesmas razões que conduziram ao juízo de desconformidade constitucional da norma do n.º 4 do artigo 368.º do Código do Trabalho.

Por tais razões, sumariamente enunciadas, pronunciei-me no sentido da inconstitucionalidade da norma do n.º 2 do artigo 375.º do Código do Trabalho.

3. No que se refere à decisão constante das alíneas *l)*, *m)* e *o)* da decisão, as razões para a minha divergência coincidem com aquelas referidas pela Sr^a Conselheira Ana Maria Guerra Martins, para cuja declaração de voto, nessa parte, remeto.

Fernando Vazventura

DECLARAÇÃO DE VOTO

Dissenti do juízo maioritário em dois pontos essenciais.

Primeiro, relativamente à declaração de não inconstitucionalidade da figura do banco de horas grupal (alínea *b)* da decisão). Entendo que o julgamento a que se chegou radica em última análise na ideia segundo a qual a deliberação maioritária de um grupo de trabalhadores, que aceita a modelação do tempo de trabalho em banco de horas, tem por si só – e justamente por força da sua natureza maioritária – a virtualidade de ser conforme com o interesse de *todos* os trabalhadores, como se de uma “vontade geral” se tratasse (ou, melhor dito, como se de o veículo seguro para a revelação de uma “vontade geral” se tratasse). Só este fundamento pode justificar que se não censure a imposição do banco de horas à minoria de trabalhadores que nele não consentiu. Não creio, contudo, que a Constituição possa conviver com o laivo transpersonalista de um tal entendimento. Ainda que aceite o seu ponto de partida ideal – da CRP não decorre (nem tem que decorrer) uma dogmática juslaboral que, por assentar na irredutível conflitualidade de interesses dos dois polos da relação de trabalho, impeça o acolhimento do conceito de interesse coletivo da empresa, enquanto interesse comum (a empregadores e a trabalhadores) na sobrevivência e no florescimento dos postos de trabalho – tal não pode deixar de ter como limite direitos que são, na sua titularidade e exercício, direitos dos indivíduos. E como penso que os direitos enunciados no artigo 59.º, n.º 1, alínea *b)*, da CRP, para além desta característica *individual*, detêm ainda o *valor objetivo* que é próprio dos direitos fundamentais de *defesa*,

entendo que deles decorrem limites impostergáveis à conceção que, aqui, o Tribunal adotou. Por esse motivo, mantenho quanto a este ponto a posição que já expressei em declaração de voto ao Acórdão n.º 338/2010.

Em segundo lugar, dissenti do juízo de inconstitucionalidade quanto ao regime do despedimento por extinção do posto de trabalho (alíneas *f* e *g*) da decisão).

O Acórdão é certíssimo, quando determina, com todo o rigor, quais os efeitos vinculantes que decorrem da garantia da segurança no emprego (artigo 53.º da CRP). Do direito que aí se consagra – que não é mais do que o direito a não se ser arbitrariamente privado do emprego que legitimamente se obteve, como meio de sustentação da vida própria e familiar – decorrem vínculos para o Estado, que, através do seu poder legislativo, está obrigado a emitir normas que protejam as pessoas contra despedimentos *ad nutum*. Esta é pois uma das situações em que a vinculação das entidades privadas aos direitos, liberdades e garantias (artigo 18.º, n.º 1) atua *mediatamente*, por ação do legislador. No entanto, não creio que esta ação, constitucionalmente devida, seja incompatível com a modelação de um regime jurídico que recorra às cláusulas gerais ou aos conceitos indeterminados. Se, à evidência, não resultar o contrário do sistema em que se inserem (caso do Acórdão N.º 474/2013), os conceitos indeterminados são sempre susceptíveis de determinação perante o caso concreto, com são sempre susceptíveis de preenchimento valorativo as cláusulas gerais. A técnica de regulação que usa uns e outros permitirá assim – tanto quanto qualquer outra técnica – o controlo jurisdicional dos despedimentos arbitrários. Como me não parece que se possa concluir, apenas através dos testes de proporcionalidade (que não valem para a certificação da violação do princípio proibição do *deficit* do mesmo modo por que valem para a certificação da violação do princípio da proibição do *excesso*) que, no caso, a não previsão de um procedimento explicitamente destinado a garantir a possibilidade de colocação de um trabalhador em outro lugar consubstancia uma situação clara de violação do artigo 53.º da CRP por *deficit* de proteção legislativa.

Maria Lúcia Amaral.

DECLARAÇÃO DE VOTO

Votei vencido quanto às decisões das alíneas k) e n), com base nas seguintes considerações:

O artigo 7º, n.º 1, da Lei n.º 23/2012, de 25 de junho, ao determinar, no âmbito das relações entre fontes de regulação, a nulidade das disposições de instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho anteriormente vigentes que prevejam montantes superiores, em matéria de cessação de contrato de trabalho, ao estabelecido no regime-regra do artigo 366º do Código do Trabalho, viola diretamente o direito à contratação coletiva, tal como consagrado no artigo 56º, n.ºs 3 e 4, da Constituição.

De facto, o Código do Trabalho confere o carácter de imperatividade ao regime nele estabelecido relativo à cessação do contrato de trabalho, mas com a expressa exclusão dos

critérios de definição de indemnizações, que podem ser afastados por instrumento de regulamentação coletiva de trabalho, e dos valores de indemnizações, que, dentro limites do Código, podem ser regulados em termos divergentes através de negociação coletiva (artigo 339º, n.ºs 2 e 3, do Código do Trabalho). Fixando o Código, no artigo 366º, um direito a compensação por cessação de contrato de trabalho correspondente a 20 dias de retribuição base e diuturnidades por cada ano completo de antiguidade, deve entender-se que a norma, interpretada conjuntamente com o citado artigo 339º, n.º 3, apenas impõe condições mínimas de tutela da relação laboral, que poderão ser substituídas por outras disposições que prevejam um regime mais favorável.

O regime definido na lei laboral para a indemnização por cessação de contrato de trabalho não pode, por isso, ser tido como um regime imperativo, no que se refere ao próprio valor da indemnização a atribuir, e, conseqüentemente, não poderá sobrepor-se ao conteúdo de anteriores instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho.

Ao declarar a nulidade de disposições de IRCT que prevejam montantes superiores aos resultantes do Código do Trabalho quanto à indemnização por cessação de contrato de trabalho, o artigo 7º, n.º 1, está a operar a caducidade retroativa de disposições de convenção coletiva que, segundo a própria definição legal, se enquadram no âmbito da reserva de contratação coletiva, interferindo diretamente no direito à contratação coletiva.

E diga-se que não tem qualquer relevo prático, para efeito da ponderação que deva efetuar-se ao abrigo do artigo 18º, n.º 2, da Constituição, a pretendida igualização dos custos empresariais para pagamento de indemnizações por despedimento, visto que, estando em causa uma norma imperativa mínima, que não impede o estabelecimento de condições mais favoráveis para os trabalhadores através de instrumentos de regulamentação coletiva, sempre seria possível estabelecer para futuro, através de novas convenções coletivas, valores compensatórios superiores aos que resultam da referida disposição do artigo 366º, implicando que a norma questionada se torne inidónea para salvaguardar os interesses da produtividade e competitividade da economia nacional.

Acresce que o preceito em análise não só determina a ineficácia de cláusulas de convenções coletivas de trabalho em vigor antes do termo fixado para a sua vigência, como também opera a diminuição do nível de proteção dos trabalhadores em termos que põem em causa a regra da irredutibilidade dos direitos adquiridos no domínio da sucessão de convenções coletivas de trabalho, caso em que não é possível a redução de direitos decorrentes de uma convenção anterior se a nova convenção não tiver um caráter globalmente mais favorável (artigo 503º, n.º 3, do Código do Trabalho). Ao eliminar disposições dos instrumentos de regulamentação coletiva que previam montantes superiores ao mínimo legalmente fixado para a indemnização por cessação de contrato de trabalho, a norma do artigo 7º, n.º 1, da Lei n.º 23/2012 implica a desconsideração, para efeito de futura negociação coletiva, dos níveis de proteção que foram anteriormente alcançados, permitindo que as novas convenções coletivas sobre a mesma matéria possam fixar valores inferiores ao anteriormente previstos por acordo.

Deste modo, a norma afeta objetivamente expectativas legalmente tuteladas e é suscetível de afrontar o princípio da proteção da confiança.

As mesmas ordens de considerações são válidas para a disposição do artigo 7º, n.º 4, da Lei n.º 23/2012, que suspende durante dois anos, a contar da data de entrada em vigor da Lei, as disposições de instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho respeitantes a

acréscimos de pagamento de trabalho suplementar e retribuição do trabalho normal prestado em dia feriado ou do respetivo descanso compensatório.

Ainda que se trate de uma norma de efeito temporário, e não de efeito definitivo como a do precedente n.º 1, ela incide sobre o núcleo essencial do direito de contratação coletiva e interfere com o âmbito de proteção do artigo 56.º, n.º 3, da Constituição, sendo que não pode atribuir-se às disposições dos artigos 268.º, n.º 1, e 269.º, n.º 2, do Código do Trabalho - que fixam a remuneração devida nessas circunstâncias -, um caráter prevalecente sobre as correspondentes disposições dos instrumentos de regulamentação coletiva.

Nem se vê que a uniformidade do regime, com a conseqüente restrição do direito à contratação coletiva, possa encontrar suficiente justificação nas invocadas razões económicas conjunturais.

Pronunciei-me, por isso, no sentido da inconstitucionalidade.

Carlos Fernandes Cadilha

DECLARAÇÃO DE VOTO

Voto vencida quanto à alínea b) da decisão.

Na sequência da posição que assumi, no Acórdão n.º 338/10, de 22 de setembro de 2010, deste Tribunal relativamente ao artigo 206.º da versão do Código de Trabalho então em vigor, o qual dizia respeito à adaptabilidade grupal, considero que as normas do artigo 208.º-B do Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro, com a redação dada pela Lei n.º 23/2012, de 25 de junho, são inconstitucionais. Em meu entender, pelas razões constantes do memorando apresentado pelo Presidente deste Tribunal, agora desenvolvidas em declaração de voto anexa a este acórdão, para a qual, no essencial, se remete, o n.º 1 do referido artigo 208.º- B viola o princípio da liberdade sindical negativa (artigo 55.º, n.º 2, al. b), da CRP), enquanto o n.º 2 do mesmo preceito legal é contrário ao artigo 59.º, n.º 1, als. b) e d), da CRP, o que tem como consequência a inconstitucionalidade de todas as outras normas do mencionado preceito legal.

Voto igualmente vencida quanto às alíneas l), m) e o) da decisão por considerar que os números 2, 3 e 5 do artigo 7.º da Lei n.º 23/2012, de 25 de junho, não violam os artigos 56.º, n.º 3 e 4, e 18.º, n.º 2, da CRP, e, como tal, não devem ser considerados inconstitucionais.

As razões que me levam a este juízo são as seguintes:

Em primeiro lugar, parto do princípio que os n.º 2 e 3 do artigo 7.º apenas pretendem assegurar a imediata aplicabilidade e a automática prevalência do novo regime legal, não se opondo à negociação de novas convenções coletivas, logo após a entrada em vigor do Código de Trabalho, as quais podem consagrar regras mais favoráveis (neste sentido, Maria do Rosário Palma Ramalho, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II*, 4ª ed., Coimbra, 2012, p. 504 e 505). Consequentemente, não me parece que se verifique uma intromissão suficientemente forte na autonomia coletiva que conduza à inconstitucionalidade destas normas.

Em segundo lugar, podendo o n.º 5 do referido artigo 7.º levantar mais dúvidas, na medida em que impõe, decorrido o prazo de dois anos, a redução automática para metade dos acréscimos de pagamento de trabalho suplementar e da retribuição do trabalho normal prestado em dia feriado, ou descanso compensatório por essa mesma prestação, em empresa não obrigada a suspender o funcionamento nesse dia. Porém, tratando-se de uma norma de aplicação subsidiária (neste sentido, Maria do Rosário Palma Ramalho, *op. cit.*, p. 505) para o caso de tais cláusulas não serem revistas até ao período de suspensão previsto no n. 4 do mesmo preceito legal, não me parece que estejam reunidas as condições que permitam concluir pela inconstitucionalidade da norma.

Ana Maria Guerra Martins

DECLARAÇÃO DE VOTO

1. Em declaração aposta ao Acórdão n.º 338/2010, pronunciei-me no sentido da inconstitucionalidade da norma do artigo 206.º do Código do Trabalho (adaptabilidade grupal). Por maioria de razão, adotei, nos presentes autos, idêntica posição quanto à norma do artigo 208.º-B (banco de hora grupal), introduzida pela Lei n.º 23/2012, de 25 de junho, deste modo divergindo da alínea b) da decisão.

Digo “por maioria de razão”, porque, como o Acórdão expressamente reconhece, «o banco de horas é, assim, ainda mais maleável do que o regime de adaptabilidade: o mesmo introduz uma maior incerteza quanto aos períodos de prestação de mais trabalho e aos períodos de redução (...)”. O que vale por dizer que o banco de horas grupal é potencialmente mais lesivo para os interesses dos trabalhadores tutelados pela fixação do horário de trabalho do que a adaptabilidade grupal.

E assim é, na verdade, pois este mecanismo de flexibilização da organização de trabalho, não só não importa necessariamente uma compensação através de uma redução equivalente do tempo de trabalho prestado por acréscimo – o que faz com que possa originar um aumento do tempo médio de trabalho – como a movimentação, num sentido ou noutro, das horas de trabalho processa-se à margem do horário de trabalho e das obrigações legais a ele conexas, bastando que o empregador a comunique com a devida antecedência.

Ora, sendo mais severa a restrição a direitos que protegem interesses nucleares dos trabalhadores, atinentes à previsibilidade e garantia de disponibilidade de um tempo livre predeterminado, reservado à vida pessoal e familiar – em particular, os consagrados nas alíneas *b)* e *d)* do artigo 59.º da CRP – , maior deve ser o grau de exigência quanto às razões que a possam legitimar. Especificamente, na ponderação da necessidade da medida, no âmbito da aplicação do princípio da proporcionalidade, há que proceder a uma avaliação rigorosa da estrita indispensabilidade desta figura, como único meio, insubstituível por alternativas menos lesivas das posições afetadas, capaz de realizar os fins da flexibilização do tempo de trabalho.

Não creio que a solução do artigo 208.º-A passe este teste. Pode até dizer-se que a plena vigência da adaptabilidade grupal, permitida pelo Acórdão n.º 338/2010, fornece um argumento suplementar em favor da dispensabilidade de mais um mecanismo, de regime muito aproximado, operante no mesmo sentido, mas com efeitos mais gravosos para os trabalhadores abrangidos. Com o banco de horas grupal, o empregador passa a dispor de sete (!) instrumentos de organização flexível do tempo de trabalho – adaptabilidade por regulamentação coletiva, adaptabilidade individual, adaptabilidade grupal, banco de horas por regulamentação coletiva, banco de horas individual, banco de horas grupal, e horário concentrado – não sendo credível que o banco de horas grupal venha preencher uma lacuna real de tutela do interesse empresarial em causa, tutela só alcançável por esta nova figura, e não por nenhuma das outras já de pé ou pela consagração de uma inovadora, mas menos agressiva para a condição laboral, quanto aos direitos ao repouso, à realização pessoal e à vida familiar.

Para além do seu carácter acrescidamente desproporcionado, valem contra a admissibilidade constitucional desta medida todos os argumentos já alinhados a propósito da adaptabilidade grupal, e designadamente o de que ela importa violação da liberdade sindical negativa, no que tange à previsão do n.º 1 do artigo 208.º-A (que remete para o correspondente número do artigo 206.º).

O Acórdão nega essa interferência, sustentando que a convenção coletiva “opera antes como *pressuposto do exercício de um poder que assenta, afinal, na própria lei?*”, e que “a aplicação concreta de tal regime funda-se no poder de direção do empregador com observância de determinados pressupostos legalmente estabelecidos”.

O argumento não convence. Que o direito à convenção coletiva deve ser exercido nos termos da lei, é algo que resulta diretamente do artigo 56.º, n.º 3, da CRP. Ora, é a própria lei que admite que o instrumento de regulamentação coletiva de trabalho preveja que o empregador submeta ao banco de horas grupal trabalhadores não vinculados por tal instrumento. Ou seja, a lei habilita o IRCT a uma previsão que, por sua vez, habilita o empregador a exercer o seu poder de direção em sentido impositivo do banco de horas. Mas esta sucessiva mediação, e a necessidade de uma determinação unilateral do credor do trabalho, nada muda da substância das coisas. E essa é a de que uma associação sindical pode dispor sobre o tempo de trabalho de

sujeitos que não lhe conferiram poderes de representação. É certo que não diretamente, mas através da outorga ao empregador de um concreto poder de direção que, de outro modo, lhe faltaria. Mas é nisto, precisamente, que se traduz a interferência com a liberdade sindical negativa dos não sindicalizados: por atuação negocial, em sede de contratação coletiva, uma associação sindical pode estabelecer um pressuposto, uma condição *sine qua non*, de sujeição de trabalhadores não inscritos ao poder do empregador de, sem ou contra a sua vontade, lhes fixar um regime de banco de horas.

E a dispensa da anuência, a nível individual ou coletivo, dos trabalhadores abrangidos, é um elemento decisivo na valoração da admissibilidade constitucional do banco de horas grupal. Estando em causa a possibilidade de ajustamento de interesses muito relevantes da esfera pessoal e familiar de vida do trabalhador com tempos flexíveis (logo, incertos e desigualmente distribuídos) de prestação laboral, a pronúncia do próprio titular, desejavelmente por ato individual, ou, no mínimo, através de participação na formação da vontade coletiva, revela-se imprescindível para salvar a conformidade constitucional de um regime que pode contender frontalmente com aqueles interesses.

Tendo em conta o peso valorativo deste elemento, a invocação do *princípio da igualdade* não tem pertinência argumentativa e fundamentadora. A posição dos voluntariamente aderentes ao banco de horas não é igual à dos não aderentes, justamente porque aqueles consentiram e estes não na submissão a tal regime. O pôr de lado este elemento distintivo, valorizando antes, como ponto de vista identificador de uma igualdade de situação, a integração numa mesma equipa, secção ou unidade económica enferma de circularidade, pois assume como apriorístico ponto de partida e pressuposto de aplicação do princípio da igualdade aquilo que justamente está em questão e a que só pode (eventualmente) chegar-se no termo do juízo valorativo: a prevalência do interesse empresarial na sujeição uniforme ao regime do banco de horas do conjunto dos trabalhadores, em sobreordenação à vontade discordante dos não aderentes.

Mas esse juízo valorativo, a ser emitido, é-o inteiramente à margem das razões de justiça que fundam e dão sentido ao princípio da igualdade, aqui desfocadamente invocado. Os trabalhadores têm diferenciadas condições de vida pessoal, nelas se projetando, com variável repercussão negativa, um regime de flexibilidade do tempo laboral. A desconsideração dessas diferenças, com o nivelamento produzido pelo regime impugnado, através de um “efeito de arrastamento” que conduz a que os trabalhadores que não aderiram ao banco de horas possam a ele ficar sujeitos, só porque foi essa a opção maioritária, nada tem a ver com o princípio da igualdade e com as suas raízes deontológicas, senão antes com razões utilitaristas de racionalidade de gestão.

Na perspetiva unificadora de interesses que assume, o Acórdão vai ao ponto de atribuir um “caráter vantajoso” à “instituição do regime de modulação do tempo de trabalho em causa para o conjunto dos trabalhadores da equipa, secção ou unidade económica”, não hesitando em abonar a solução com uma “presunção de favorabilidade”. A afirmação, profundamente irrealista, contende com a própria *morfologia dos interesses* em presença e com a estrutural contraposição que entre eles se estabelece. É por demais evidente que o banco de horas produz, na prossecução de interesses empresariais, uma afetação negativa dos interesses tutelados pelo horário de trabalho, representando uma *restrição* – justificada ou não, essa é uma outra questão – aos direitos consagrados nas alíneas *b)* e *e)* do artigo 59.º da CRP. Constitui seguramente uma desvantagem, que os trabalhadores podem, todavia, aceitar, pelas mais diversas razões, sejam elas as contrapartidas oferecidas, as constricções sofridas no ambiente real de trabalho, ou, até, por uma ponderação custo-benefício, tendo em conta os reflexos, na segurança do seu emprego, dos resultados da empresa. Mas é ir longe demais, mesmo na ótica que fez vencimento, falar, a este respeito, de uma “presunção de favorabilidade”.

A ofensividade, para os interesses dos não aderentes, da solução constante do artigo 208.º-B do Código do Trabalho, é acrescida pela inexistência de uma regra, idêntica à consagrada para o trabalho suplementar (artigo 227.º, n.º 3, do Código do Trabalho) que expressamente preveja a

possibilidade de solicitação de dispensa do banco de horas, “por motivos atendíveis”. É certo que, como se escreveu no Acórdão n.º 338/2010, a vinculação das entidades privadas aos direitos, liberdades e garantias (artigo 18.º, n.º 1, da CRP), faz com que, sempre o banco de horas possa, em concreto, contender com alguma dessas posições, o trabalhador tenha direito à dispensa, e o empregador esteja obrigado a concedê-la. Mas a falta de uma previsão específica, de alcance indiscutível, em forma de regra de direito ordinário, fragiliza a posição reivindicativa do trabalhador e dá azo a controvérsia e a litigiosidade que, em último termo, redundam em seu prejuízo.

E a solução não pode justificar-se, pelo menos na sua conformação concreta, por uma imposição do *Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica*. Neste documento apenas se refere a «adoção do regime laboral do “banco de horas”, por acordo mútuo entre empregadores e trabalhadores negociado ao nível da empresa». O regime estabelecido na norma impugnada não segue este modelo de instituição do banco de horas – já aplicado, aliás, entre nós, e com sucesso, por uma grande empresa exportadora.

Diga-se, por último, que me distancio da pretendida (ponto 18. do Acórdão) justificação axiológica da solução pelo “*princípio da prevalência dos interesses de gestão*”. Uma coisa é afirmar a necessidade de levar em conta, em concreto, legítimos interesses da gestão empresarial – que, podem, em ponderação, sobrepor-se aos dos trabalhadores –, outra, bem diferente, é sustentar, como *princípio*, a *prevalência* desses interesses. E não creio que a forma como a Lei Fundamental concebe e regula as relações de trabalho consinta uma tal visão dogmática do direito do trabalho.

2. Fiquei também vencido quanto à alínea j) da decisão, pois pronunciei-me pela inconstitucionalidade da norma do n.º 2 do artigo 375.º do Código do Trabalho.

Esta norma inova, na medida em que introduz uma causa anteriormente não prevista de despedimento individual não disciplinar: o despedimento por inadaptação sem que tenha havido modificações no posto de trabalho. Melhor se denominaria um despedimento por *inaptidão superveniente*, revelada por uma “modificação substancial da prestação realizada pelo trabalhador”, com as consequências nefastas indicadas na alínea a) do mencionado preceito.

Ainda que referida ao modo como o sujeito da atividade laboral a presta, esta causa de despedimento pretende-se *objetiva*, pois, quanto ao título de imputação, prescinde de culpa do trabalhador. Mas a primeira interrogação que suscita prende-se justamente com a possibilidade de uma *inequívoca autonomização* de um âmbito aplicativo próprio para uma causa objetiva de despedimento que não se prenda com razões exteriores à conduta do trabalhador.

E a questão nasce porque a culpa, em geral e também no âmbito da relação de trabalho, deve ser apreciada em termos objetivos, como deficiência de conduta, por atinência a um padrão médio – a conduta do “bom pai de família”, a que se refere o artigo 487.º, n.º 2, do Código Civil. O trabalhador que não satisfaça as exigências decorrentes dessa bitola, em termos de perícia, aptidão, cuidado, age com culpa, ainda que não lhe seja imputável uma vontade deficiente. Sujeita-se, por isso mesmo, a um despedimento disciplinar. E algumas das causas de despedimento apontadas no n.º 2 do artigo 351.º, *exemplificativas* do alcance da cláusula geral do n.º 1, são sobreponíveis, quanto à factualidade envolvida, aos indícios de inadaptação mencionados na alínea a) do n.º 2 do artigo 375.º. É, designadamente, o que se verifica quanto às previsões das alíneas e), h) e m). O que se pode distinguir é apenas o padrão de referência para aferir a satisfação ou não, por parte do trabalhador, do comportamento que lhe era exigível.

A conclusão inevitável é a de que a “modificação substancial” (leia-se, abaixamento significativo da qualidade) da prestação realizada pelo trabalhador, só ganha espaço próprio de operatividade, como justa causa *objetiva* de despedimento, em especial no que concerne à redução

de produtividade, se, paradoxalmente, utilizarmos um termo de comparação *subjetivo*, ou seja, a performance laborativa de que o mesmo trabalhador anteriormente se mostrara capaz. Ainda que a sua produtividade não esteja, no presente, abaixo da média, pode ser-lhe imputada inadaptação superveniente, se ele for substancialmente menos produtivo do que no passado. Por “insólito que assim seja, (...) não há arrimo na letra da lei para outro entendimento (...)”, como reconhece Júlio Gomes (“Algumas reflexões sobre as alterações introduzidas no Código do trabalho pela Lei n.º 23/2012, de 25 de junho”, *ROA*, 72, Abr./Set. 2102, pp. 575 s., 595, n. 33).

Mas, se assim é, esta extensão aplicativa do conceito de inadaptação não se mostra compatível com a garantia de segurança no emprego, por não se conter dentro dos limites de uma *justa causa* de despedimento. Na medida em que seja de lhe atribuir um âmbito próprio de atuação, a previsão é, na verdade, contrária a exigências constitucionais elementares, de tratamento do trabalhador como pessoa e como cidadão, encarando-o, numa ótica crassamente produtivista, exclusivamente como fator de produção.

Penalizadora dos que, no passado, melhor cumpriram, a solução abre caminho “à exclusão dos trabalhadores mais desgastados, de idade mais avançada ou com condições físicas e/ou psíquicas diminuídas” (assim, Monteiro Fernandes, *Direito do Trabalho*, 16.ª ed., Coimbra, 2012, p. 515). As pessoas – e os trabalhadores não são exceção – perdem naturalmente capacidades à medida que envelhecem. Não é justo, não corresponde aos critérios de justiça plasmados numa constituição de um Estado social e, muito especificamente, aos que dão corpo ao artigo 53.º, n.º 1, da nossa Lei Fundamental, que algo de tão inelutavelmente preso à condição humana possa servir de justificação para o empregador “se descartar” de um trabalhador que anteriormente desempenhou bem as suas funções (e continua a desempenhá-las, dentro de padrões médios).

3. Pronunciei-me pela inconstitucionalidade de todas as normas do artigo 7.º, na parte em que estabelece a nulidade, redução ou suspensão de disposições de instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho, pelo que fiquei vencido quanto às alíneas k) e n) da decisão.

O Acórdão procede a uma laboriosa análise diferenciada de cada número do artigo 7.º, tendente a avaliar “se o respetivo objeto material integra ou não a mencionada reserva de convenção coletiva”. Preocupa-se em determinar se as normas impugnadas respeitam a “reserva de convenção coletiva”, se elas incidem ou não sobre matérias que devem ser objeto de negociação coletiva.

Mas, verdadeiramente, do meu ponto de vista, a questão de constitucionalidade suscitada pelas normas em causa não tinha a ver com uma “definição de balizas”, com uma separação de campos de regulação entre a lei imperativa e a autonomia coletiva. Sob avaliação estava antes a cessação ou suspensão de eficácia do *produto do anterior exercício da autonomia coletiva*. O que basicamente caracteriza tais normas é a sua incidência sobre o passado, o seu objetivo precípua de neutralizarem (provisoriamente, no caso da suspensão) os efeitos reguladores da fonte de direito que é o IRCT, impedindo a continuidade da sua vigência.

Entendo que disposições com este alcance ferem o *conteúdo essencial do direito de contratação coletiva* consagrado no artigo 56.º, n.º 3, da CRP (no mesmo sentido, Monteiro Fernandes, “A reforma laboral” de 2012. Observações em torno da Lei 23/2012”, *ROA*, 72, Abr./Set. 2012, pp. 545 s., 559). Colocar os efeitos vinculativos de uma convenção coletiva, produzidos “nos termos da lei” em vigor no momento da celebração, sob uma condição resolutiva imprópria de livre revogação por lei posterior é destruir a garantia institucional que o reconhecimento constitucional do direito à contratação coletiva subentende.

Tanto mais que as convenções coletivas têm hoje vida efémera, dado o disposto nos artigos 499.º e 501.º do Código do Trabalho. E o prazo curto de vigência depõe manifestamente em sentido contrário ao alegado na fundamentação do Acórdão, nas considerações finais em torno do princípio da proteção da confiança.

Joaquim de Sousa Ribeiro