

**A REFORMA LABORAL EM ESPANHA E PORTUGAL:  
ANÁLISE DAS ALTERAÇÕES A NÍVEL DAS MODALIDADES  
CONTRATUAIS E DO TEMPO DE TRABALHO (\*)**

CAROLINA SAN MARTÍN MAZZUCCONI (\*\*)  
MARIA REGINA REDINHA (\*\*\*)  
FRANCISCO LIBERAL FERNANDES (\*\*\*)

**APRESENTAÇÃO**

O Direito do Trabalho está em mudança. Portugal e Espanha, atormentados por taxas de desemprego de proporções históricas, passam actualmente por um processo de intensas reformas laborais que, tendo em vista aumentar a flexibilidade do mercado de trabalho e a competitividade das empresas, estão a conformar um modelo de trabalho com profundas repercussões jurídicas.

Apesar do objectivo comum, as escolhas políticas dos dois países nem sempre coincidem. Nas páginas seguintes serão analisadas as mudanças em duas áreas muito específicas: as modalidades contratuais e o tempo de trabalho, na convicção de que, para além do tema sempre protagonista do despedimento e do seu custo, estas questões são igualmente capitais e permitem desenhar com bastante precisão os contornos do modelo de trabalho em que estes países estão a apostar.

(\*) Textos relativos à aula aberta, realizada na Faculdade de Direito da Universidade do Porto, no dia 22 de Março de 2012, subordinada ao tema "A Reforma Laboral em Espanha e Portugal".

(\*\*) Universidade Rey Juan Carlos, Madrid.

(\*\*\*) FDUP/CIJE.

## I — AS MODALIDADES CONTRATUAIS E O TEMPO DE TRABALHO EM ESPANHA SEGUNDO A REFORMA LABORAL DE 2012 (\*)

### 1. Contexto

O Direito do Trabalho espanhol assiste à mais intensa das suas reformas desde que, em 1994, viu alterados alguns dos seus princípios básicos para efeitos da flexibilidade e da promoção da competitividade empresarial. O actual enquadramento social e económico, que apresenta preocupantes taxas de desemprego (22,85% <sup>(1)</sup>) num contexto de crise económica internacional, recorda, numa proporção revista e aumentada pelos números absolutos, a situação existente na década de 90, em que quase 24% <sup>(2)</sup> da população activa estava desempregada.

A melhor doutrina espanhola sustenta que o direito do trabalho não causa nem resolve as crises económicas <sup>(3)</sup>. E convém não esquecer que nas últimas décadas o modelo de produção espanhol tem apostado no sector da construção, o que permitiu que crescesse de forma desmesurada e, conseqüentemente, provocasse agora a sua queda vertiginosa no contexto de recessão internacional <sup>(4)</sup>. E, nessa queda, o modelo laboral é

(\*) Carolina San Martín Mazzucconi, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid ([carolina.sanmartin@urjc.es](mailto:carolina.sanmartin@urjc.es)).

<sup>(1)</sup> Dado relativo ao quarto trimestre de 2011 no Inquérito ao Emprego (Instituto Nacional de Estatística).

<sup>(2)</sup> Especificamente, a taxa alcançou 23,9% da população activa em 1994, de acordo com o Inquérito ao Emprego (Instituto Nacional de Estatística), devidamente corrigidos após a mudança de metodologia em 2001.

<sup>(3)</sup> Montoya Melgar, A., *Direito do trabalho e crise económica*, Themis, Bogotá, 1990; do mesmo autor: "O direito do trabalho perante as crises económicas", VVAA, *Crisis, reforma y futuro del Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, 2010; J. Cruz Villalón, "Una profunda reforma laboral" <http://jesuscruzvillalon.blogspot.com/2012/02/una-profunda-reforma-laboral.html>; Segoviano Astaburuaga, M. L., Sanchez-Uran Azaña, Y., Garcia Perrote Escartín, I., Sempere Navarro, A. V., "Especial Reforma Laboral", *Actualidad Jurídica Aranzadi* n.º 835/2012.

<sup>(4)</sup> Entre 1995 e 2007, a construção e os serviços de mercado quase monopolizaram a criação de emprego, gerando 83% do emprego total criado. Entre o primeiro trimestre de 2008 e 2009, de acordo com a EPA, a queda do emprego atinge 1,3 milhões, da qual mais de metade ocorreu na construção [De Espinola Salazar, J. R., "La construcción en el patrón de gasto y en el modelo productivo de la economía española (1995-2007)", em J. Velarde Fuertes (ed.), *El futuro de la economía española*, Col. Mediterráneo Económico n.º 16, Cajamar, 2009, p. 184]. No mesmo sentido, Marques, J. M., Maza, L. A., Rubio M.,

uma consequência e não uma causa: a construção exige uma utilização intensiva do factor trabalho, em grande medida de baixa qualificação, produtividade e salário, de modo que os crescimentos e reduções do emprego na construção afectam principalmente os trabalhadores com contrato a termo <sup>(5)</sup>.

Por ocasião da actual crise, o Direito do Trabalho já foi alterado várias vezes, sendo as principais a chamada "reforma de 2010", através do Real Decreto Lei 10/2010, seguido pela Lei 35/2010, sobre medidas urgentes para a reforma do mercado de trabalho, e, recentemente, a "reforma de 2012" através do Real Decreto Lei 3/2012, sobre medidas urgentes para reformar o mercado de trabalho, actualmente em tramitação parlamentar como projecto de lei. Tanto uma reforma como a outra optaram pela flexibilização dos princípios do direito do trabalho para efeitos de um maior acesso ao emprego, embora esta última seja muito mais ambiciosa e suponha uma verdadeira mudança do modelo laboral espanhol.

### 2. Alterações nas modalidades contratuais e respectiva regulação

#### A) Contrato de formação e aprendizagem

As maiores perdas de empregos em 2010 ocorreram entre as pessoas mais jovens e de menor nível de formação, em linha com a tendência que já existia antes da crise, embora se tenha acentuado com esta <sup>(6)</sup>. Isso é devido em grande parte ao *boom* da construção, de emprego intensivo de baixa qualificação, que determinou que muitos jovens abandonassem pre-

"Una comparación de los ciclos inmobiliarios recientes en España, Estados Unidos y Reino Unido", *Boletín Económico del Banco de España*, Janeiro de 2010, p. 116; Fernandez Fernandez, M. y Fuentes Castro, D., "El sector de la construcción en España. Efectos económicos y prospectiva", *Boletín Económico del ICE* n.º 2928, 2007, p. 51; Perez, F., "España ante la crisis: condicionantes internos y externos", em A. Costas Comesaña (coord.) *La crisis de 2008: de la economía a la política y más allá*, Colección Mediterráneo Económico n.º 18, Cajamar, 2009, p. 369; Arellano M., Bentolila, S., "La burbuja inmobiliaria: causas y responsables", <http://www.crisis09.es/PDF/05-la-burbuja-inmobiliaria.pdf>; Serano Martinez, J. M., "La edificación de viviendas en España, final de ciclo y ocaso del modelo?", *Boletín Económico ICE* n.º 2981, 2010, p. 46 e ss.

<sup>(5)</sup> De Espinola Salazar, J. R., "La construcción ...", cit., p. 172; Perez, F., "España ante la crisis ...", cit., p. 372.

<sup>(6)</sup> Consejo Económico y Social, *Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral España 2010*, p. 25 e ss.

maturamente o sistema educativo e que agora se encontrem desempregados e sem qualificação <sup>(7)</sup>.

Diante dessa realidade, o Real Decreto Lei 3/2012 aposta em potenciar o contrato de formação e de aprendizagem, comumente identificada com uma modalidade de trabalho precário, em virtude de o salário ser fixado em proporção do tempo de trabalho efectivo e não em função da totalidade da jornada de trabalho.

Como mudanças mais significativas podem assinalar-se, em primeiro lugar, o aumento temporal do seu âmbito subjectivo de aplicação (de menores de 25 anos para menores de 30) até que a taxa de desemprego desça abaixo de 15% (SD 9.º Real Decreto Lei 3/12). É uma técnica comum do nosso legislador adoptar as noções de jovens e de pessoas de idade avançada de acordo com as exigências da política de emprego em cada momento <sup>(8)</sup>. E, desde logo, a introdução de excepções para a idade máxima para a celebração deste contrato de formação é igualmente um clássico das reformas laborais. Sem ir mais longe, a reforma de 2010 também abordou este limite.

Por outro lado, amplia-se a duração máxima do contrato, que até agora era de dois anos prorrogável por mais um em casos excepcionais e que passa a ser de três anos, de modo que a excepção se converte em regra (art. 11.º, n.º 2, al. b), do Estatuto dos Trabalhadores). A duração mínima do contrato continua a ser de um ano. São admitidas outras durações mínimas e máximas quando previstas em convenção colectiva "em função das necessidades organizacionais ou produtivas das empresas", não podendo a duração mínima ser inferior a seis meses e a máxima superior a três anos (art. 11.º, n.º 2, al. b), do Estatuto dos Trabalhadores). Assim, o contrato flexibiliza a sua extensão temporal, regressando ao binómio temporários de 6 meses/3 anos que vigorava para o contrato de aprendizagem antes de sua conversão em contrato de formação pelo Real Decreto Lei 8/1997. Mas o retorno é incompleto, porque então as convenções colectivas podiam determinar outros períodos menores ou maiores em função das especificidades do sector e dos postos de trabalho a ocupar e a prescrição legal vigorava apenas por defeito, e agora, em vez disso,

<sup>(7)</sup> Mercader Uguina, J., "Medidas desesperadas de lucha contra el desempleo: el Real Decreto-Ley 10/2011, de 26 de Agosto y los ajustes al mismo por el Real Decreto-Ley 14/2011, de 16 de septiembre", *Relaciones Laborales*, n.º 2, 2012, p. 70.

<sup>(8)</sup> Sempere Navarro, A. V., Cano Galán, Y., Charro Baena, P., San Martín Mazzucconi, C., *Políticas Sociolaborales*, 3.ª ed., Tecnos, 2005.

constitui uma referência legal como limite de direito necessário, em linha com o que tem prevalecido no contrato de formação <sup>(9)</sup>.

Outra modificação importante é que a duração do contrato já não é determinada por pessoa, mas pela actividade, de modo que podem concluir-se vários contratos com a mesma ou diferente empresa, desde que não sejam para a mesma actividade (art. 11.º, n.º 2, al. c), do Estatuto dos Trabalhadores), assemelhando-se assim ao que acontece nos contratos de formação.

Quanto à formação, a sua proporção relativamente ao trabalho efectivo torna-se progressiva. Antes, este último não poderia em caso algum exceder 75% do dia de trabalho, enquanto agora é só para o primeiro ano de contrato, aumentando para 85% no segundo e no terceiro (art. 11.º, n.º 2, al. f), do Estatuto dos Trabalhadores). Isto tem importância especialmente em matéria de salário, o qual, na falta de estipulação contratual, é calculado em função do tempo de trabalho efectivo.

Fixam-se deduções muito importantes nas contribuições para a segurança social, tanto para as empresas como para os trabalhadores (art. 3.º do Real Decreto Lei 3/2012), com o objectivo de potenciar a utilização desta modalidade contratual que, apesar das suas muitas reformas, tem incidência nas estatísticas da contratação desde muito antes de entrarmos na situação de crise <sup>(10)</sup>. A técnica das deduções para as contribuições da segurança social nunca deu os resultados esperados, o que, se formos realistas, obriga a uma posição céptica. Em qualquer caso, ter-se-á de esperar para ver se estes incentivos mudam realmente os números, ou se é mais um problema de regime jurídico.

## **B) O novo contrato de trabalho por tempo indeterminado de apoio aos empresários**

O Real Decreto Lei 3/2012 suprime uma modalidade contratual que nos acompanhava desde há quinze anos: o contrato para o fomento da

<sup>(9)</sup> Cardenal Carro, M., "El 'nuevo' contrato para la formación: diferencias con el contrato de aprendizaje", *Aranzadi Socia*, vol. V, 1997.

<sup>(10)</sup> De acordo com as estatísticas do Serviço Público de Emprego, em Janeiro de 2007, os contratos de formação representaram 0,64% do total dos contratos celebrados. Em Janeiro de 2008, foram concluídos sob esta modalidade 0,73% do total. Em Janeiro de 2009, 0,71%. Em Janeiro de 2010, 0,63%. Em Janeiro de 2011, 0,58%. Em Janeiro de 2012, 0,34%.

contratação permanente. Nos últimos anos, as estatísticas mostraram que não estava a ter um papel representativo no mercado de trabalho <sup>(11)</sup>. Mas a norma reformadora recolhe do seu regime jurídico dois aspectos muito importantes: por um lado, generaliza a indemnização por despedimento improcedente de 33 dias de salário por cada ano de trabalho com o limite máximo de 24 meses, que agora vigora em termos gerais para qualquer tipo de contrato, em substituição dos tradicionais 45 dias de salário com o máximo de 42 meses — aplicando-se, inclusive, aos contratos celebrados antes da data da entrada em vigor desta reforma. Por outro lado, inspira-se na ideia de um contrato de duração indeterminada, mas com flexibilidade de saída do mercado de trabalho, que ao mesmo tempo incentive a contratação de certos grupos sociais com especiais dificuldades de acesso ao emprego.

Assim nasceu um novo tipo de contrato, claramente descendente do contrato eliminado: o contrato de trabalho por tempo indeterminado de apoio aos empresários (art. 4.º do Real Decreto Lei 3/2012), com deduções fiscais e de Segurança Social se se contrata pessoas de determinados grupos, mas em qualquer caso utilizável para toda a contratação celebrada com empresas com menos de 50 trabalhadores, ou seja, e de acordo com a exposição de motivos, 99,23% das empresas espanholas. Formalmente, o seu objectivo é "proporcionar emprego estável e promover a iniciativa empresarial" <sup>(12)</sup>, apesar de o carácter "estável" deste tipo de contrato ficar seriamente em questão pelo seu regime jurídico, como veremos em seguida.

Estamos perante um contrato que se rege pelas mesmas regras que o contrato comum, com algumas excepções, entre as quais se destaca em especial o seu período experimental de um ano estabelecido *ex lege*. Diferentemente do período experimental regulado com carácter geral no art. 14.º do ET, para o qual se estabelecem durações máximas que operam na ausência de acordo entre as partes, aqui a duração é estabelecida pela

<sup>(11)</sup> De acordo com o Serviço Público de Emprego, em Janeiro de 2007, os contratos para a promoção de contratos permanentes representaram 1,78% do total, e em Janeiro de 2012, 0,47%.

<sup>(12)</sup> Uma vez que esta finalidade é explícita na norma reguladora, seria possível que pudesse chegar a condicionar a contratação de modo que não comporta a sua utilização, se paralelamente é destruído emprego estável ou se se trata de postos de trabalho já consolidadas na sua existência e funções, de modo que, na sua previsão, não se verifica verdadeiramente uma potenciação da *iniciativa* empresarial (se por esta se entender, seguindo a Real Academia Espanhola, o que "dá início a alguma coisa").

lei, não como um máximo mas como aquela que deve aplicar-se "em qualquer caso" a esta modalidade contratual. Isto desvincula completamente o chamado período experimental do seu objectivo, descaracteriza-o <sup>(13)</sup> e dá a ideia de que, realmente, do que se trata é de um período de livre cessação. Deste modo chegamos a um contrato que pode ser rescindido de forma livre e gratuita durante o primeiro ano, o que faz pensar que esta será a tónica corrente relativamente a este tipo de contrato, desvirtuando-se assim a sua pretendida natureza estável para o converter num contrato a termo sem fundamento, do estilo do velho contrato a termo para fomento do emprego, só que apenas de um ano de duração e não de três.

Em princípio, parece que continua a ser necessário fixar por escrito este período, tal como exige o art. 14.º do Estatuto dos Trabalhadores, que se mantém "com a única excepção da duração", embora o citado segmento "em qualquer caso" levante dúvidas sobre se não se aplicaria inclusive mesmo que não ficasse especificamente acordado. Neste sentido, alguns argumentam que não se verifica a nulidade do período experimental quando o trabalhador tenha anteriormente desempenhado as mesmas funções na empresa <sup>(14)</sup>. Também pode questionar-se se continua a ser possível aumentar a sua duração legal através de convenção colectiva ou individual, ou esse "em todo o caso" supõe converter o direito necessário relativo em absoluto.

A configuração deste período de livre extinção levanta interrogações sobre a sua constitucionalidade <sup>(15)</sup>. O Tribunal Constitucional tem afirmado que o direito ao trabalho consagrado no art. 35.º da Constituição Espanhola compreende "o direito à continuidade ou estabilidade no emprego, ou seja, a não ser despedido se não existir justa causa", o que só pode ser limitado por força de uma política de divisão ou redistribuição do trabalho e nunca de amortização de postos de trabalho <sup>(16)</sup>.

<sup>(13)</sup> SSTS de 23 de Outubro de 2008 (RJ 2008/6970); 12 de Novembro de 2007 (RJ 2008/701); 20 de Julho de 2011 (RJ 2011/6680).

<sup>(14)</sup> Casas Baamonde, M. E., Rodríguez-Piñero, M., Valdés Dal-Ré, F., "La nueva reforma laboral", *Relaciones Laborales*, n.º 5, de 2012.

<sup>(15)</sup> Por exemplo, Sempere Navarro, A. V. "Semblanza de la reforma laboral", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 837/2012; Cruz Villalón, J., "Efectos incontrolados de la reforma laboral", <http://iesuscruzvillalon.blogspot.com/2012/02/efectos-incontrolados-de-la-reforma.html>.

<sup>(16)</sup> STC 22/1981.

Este contrato também pode ser considerado contrário à Convenção n.º 158 da OIT (sobre a cessação do contrato por iniciativa do empregador), tendo em conta o precedente do contrato "nouvelles embauches" francês, que claramente inspirou esta modalidade <sup>(17)</sup>.

### C) Os contratos a termo estruturais

O actual art. 15.º, n.º 5, do Estatuto dos Trabalhadores prevê que os trabalhadores que, num período de 30 meses, forem contratados por um prazo superior a 24 meses para o mesmo ou diferente posto de trabalho pela mesma empresa ou grupo de empresas, através de dois ou mais contratos a termo (excepto para formação e substituição), seja directamente ou através de empresa de trabalho temporário, adquirem o estatuto de trabalhadores permanentes. A ideia básica é assim que, por força de lei, a mera passagem do tempo desencadeia a conversão do contrato a termo num outro por tempo indeterminado <sup>(18)</sup>.

Esta redacção teve sua primeira versão na Lei 43/2006. A reforma de 2010, insistiu nesta linha, ampliando a regra e dando lugar à formulação hoje vigente. No entanto, não demoraria a ser dado um passo para trás, na convicção de que não era conveniente colocar limites à contratação a termo em períodos de desemprego elevado: o Real Decreto Lei 10/2011 suspendeu a aplicação daquele regime por dois anos, de modo que só recuperaria a sua vigência a partir de 1 de Setembro de 2013. Nesse cenário de vigência suspensa surge o Real Decreto Lei 3/2012,

<sup>(17)</sup> Em 2005, a França consagrou, para as empresas até 20 trabalhadores, o contrato "nouvelles embauches", de duração indeterminada com um período inicial de 2 anos, durante o qual o empregador podia extinguir o vínculo sem justa causa, mas com compensação equivalente a 8% da remuneração total recebida no âmbito desse contrato. Em 2007, a Cour d'Appel de Paris declarou-o contrário à citada convenção internacional, na qual se exige que a extinção da relação laboral se verifique por causa relacionada com a capacidade ou conduta do trabalhador, ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, excepto no período experimental cuja "duração esteja fixada previamente e seja razoável". Em 2008, este tipo de contrato foi revogado. Veja-se Braun, A., Guamán Hernández, A., "El Contrato Nouvelles Embauches es contrario al Convenio 158 de la OIT: la sentencia de la Cour d'appel de Paris, de 6 de julio de 2007", <http://favorlaborisblog.wordpress.com/2012/02/09/a-las-puertas-de-la-reforma-laboral-numero-53/>; Serrano Olivares, R., "El nuevo contrato de trabajo "nouvelles embauches" (nuevas contrataciones) en el Derecho francés", *Iuslabor* 3, 2005.

<sup>(18)</sup> Sempere Navarro, A. V., "Reflexiones sobre el nuevo 15,5 ET", *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 9, 2011.

que reduz o tempo de suspensão, de modo que a partir de 1 de Janeiro de 2013 é reactivado o art. 15.º, n.º 5, do Estatuto dos Trabalhadores tal como está. A nova norma não resolve os problemas óbvios de transitividade.

### D) Contrato de trabalho a tempo parcial

Os trabalhadores a tempo parcial têm visto ser-lhes proibida a realização de horas suplementares desde que assim dispôs o Real Decreto Lei 15/1998. Mas, para compensar a proibição foi introduzido um mecanismo que permitia prolongar a sua duração para atender às necessidades das empresas: as horas suplementares, que só têm lugar nos contratos a tempo parcial de duração indeterminada e que devem ser estabelecidas por acordo, com antecedência, quanto ao seu número — limitado — e distribuição, podem consolidar-se e dar origem ao aumento da jornada normal do trabalhador.

O Real Decreto Lei 3/2012 afasta a proibição de prestar horas suplementares, as quais passam a ser admissíveis com o limite quantitativo reduzido na proporção da jornada de trabalho acordadas (art. 12.º, n.º 4, al. c), do ET e DF 9.ª do Real Decreto Lei 3/12). No entanto, não são eliminadas as horas complementares, de forma que estes trabalhadores, se contratados a tempo indeterminado, têm um regime duplo de horas adicionais às normais; tudo isso dentro do limite infrangível do trabalho a tempo parcial.

Embora a importância relativa do emprego a tempo parcial no total da população activa espanhola continue muito abaixo da média da UE, é um facto que tem vindo a aumentar desde 2009, em contraste com a queda acentuada do emprego a tempo inteiro <sup>(19)</sup>. Isto pode ser explicado pela conversão em algumas empresas de empregos a tempo inteiro em empregos a tempo parcial para limitar a destruição total de emprego, sobressaindo assim o comportamento anticíclico deste tipo de contrato em Espanha, que se contrai em períodos de expansão económica e aumenta nas situações de crise.

<sup>(19)</sup> Conselho Económico e Social, *Relatório*, cit., p. 27. De acordo com o Inquérito ao Emprego, a percentagem de emprego a tempo parcial, que vinha experimentando um declínio (estimado 12,4% em 2005, 11,9% em 2006 e 11,6% em 2007), aumentou durante a crise (12,5% em 2008, 13,3% em 2009 e 13,4% em 2010).

A partir desta perspectiva importa saudar a vontade de incentivar este tipo de contrato, que neste momento atravessa uma propensão natural para o crescimento, ainda que devessem ser tomadas medidas para evitar que o seu aumento seja devido ao efeito de substituição do emprego a tempo inteiro por emprego a tempo parcial, e não faria mal uma simplificação do mecanismo de realização das horas adicionais às acordadas.

### E) Teletrabalho

O Real Decreto Lei 3/2012 substitui a disciplina do antigo trabalho no domicilio pelo mais amplo trabalho à distância, em que, implicitamente, tem cabimento o teletrabalho. Mas as múltiplas características específicas do trabalho não presencial não estão contempladas, sendo a omissão mais significativa relativa à prevenção de riscos profissionais, que apresenta sem dúvida aspectos particulares que necessitam de regulamentação urgente.

Talvez esta referência marginal sem intenção de entrar na verdadeira problemática deste tipo de trabalho tenha a ver com o facto de se tratar de uma forma de prestação de serviços especialmente flexível, mas de uma flexibilidade especialmente útil para a conciliação de pessoal e família do trabalhador, e não tão directamente para os interesses empresariais.

### 3. Alterações no tempo de trabalho

Nesta matéria, os empregadores e os sindicatos tinham chegado a acordo para racionalizar o gozo dos feriados, no pressuposto de que a existência de dias não úteis e feriados durante a semana pode causar danos em certos sectores <sup>(20)</sup>. Do que se tratava, em última instância, era abolir as chamadas "pontes".

O Real Decreto Lei 3/2012 não contém qualquer previsão a este respeito. Além disso, pode afirmar-se que praticamente não há na disciplina uma vontade directa em alterar o regime do tempo de trabalho, ainda que, tratando-se de uma condição central das relações de trabalho, fique inexoravelmente a depender do estabelecido em certas disposições. É o que ocorre, por exemplo, com a já analisada possibilidade de realização de

<sup>(20)</sup> Documento sobre o diálogo social bipartido entre 9 de Novembro de 2011 e 9 de Janeiro de 2012 (CEOE, CEPYME, CCOO e UGT).

horas suplementares pelos trabalhadores a tempo parcial e com o que se verifica nas medidas que, em seguida, se expõem.

### A) Modificação do tempo de trabalho pactuado

O Real Decreto Lei 3/2012 introduz um maior grau de flexibilidade nos mecanismos legais existentes, de modo a que, na ausência de um acordo modificativo celebrado com o trabalhador, o empregador ponha em marcha uma alteração substancial das condições de trabalho relativas ao tempo de trabalho. Em especial, destaca-se o alargamento da possibilidade de modificar o tempo de trabalho quando está fixado num contrato colectivo de trabalho. Essa ampliação manifesta-se, por um lado, na possibilidade de alteração da jornada de trabalho, a qual era inalterável por esta via quando estabelecida num acordo sectorial. Além disso, embora o procedimento exija em princípio um acordo entre o empregador e os representantes dos trabalhadores, na ausência daquele prevêem-se mecanismos de arbitragem impostos por qualquer das partes, os quais podem inclusive acabar na decisão final da Comissão Consultiva sobre Acordos Colectivos (art. 82.º, n.º 3, do Estatuto dos Trabalhadores). Isto levanta sérios problemas de constitucionalidade, uma vez que, por vontade apenas de uma das partes, deixa-se nas mãos de um órgão ligado ao Ministério do Emprego e Segurança Social — em que participam empregadores, sindicatos e administração — a modificação de uma norma convencional de natureza normativa, pondo em questão a sua força vinculativa consagrada no art. 37.º, n.º 1, da Constituição Espanhola e, em última instância, o direito fundamental à liberdade sindical reconhecido no art. 28.º da CE <sup>(21)</sup>. Lembre-se que o Tribunal Constitucional já afirmou na sentença n.º 11/1981 que a arbitragem obrigatória da Administração, não aceite voluntariamente pelos parceiros sociais, é contrária à Constituição.

### B) Redução temporária da jornada de trabalho por razões objectivas

O ordenamento espanhol prevê a redução do período diário de trabalho por razões económicas, técnicas, organizativas ou produtivas,

<sup>(21)</sup> Neste sentido, Argüelles Branco, A. R., "Modificar el tiempo del trabajo", em *La Nueva España*, de 21-2-12 <http://www.lne.es/economia/2012/02/21/modificar-tiempo-trabajo/> 1202209. html; Cruz Villalon, J., "Efectos incontrolados", cit.

a qual consiste na diminuição temporária da jornada de trabalho, em simultâneo com a possibilidade de pagamento do subsídio de desemprego na proporção da redução estabelecida. Trata-se de uma medida alternativa ao despedimento, para a qual o Real Decreto Lei 3/2012 prevê uma nova regulamentação no capítulo das medidas para "promover a flexibilidade interna das empresas em alternativa à destruição de empregos".

Seguramente, a mudança mais importante é a eliminação de autorização prévia administrativa, sendo suficiente apenas a simples comunicação do início e do fim do procedimento, e a substituição do período de consultas — de que não resulte um acordo — com representantes dos trabalhadores (art. 47.º do Estatuto dos Trabalhadores), nos termos que vierem a ser previstos em regulamento (DF 15.ª do Real Decreto Lei 3/12). Esta perda de competência da Administração pública também se observa em outras medidas de gestão do trabalho em que estava prevista a sua intervenção: transferências e despedimentos colectivos. Esta é uma das marcas de identidade da reforma, no pressuposto de que, abolindo essas autorizações ou intensas intervenções, os procedimentos tornam-se mais ágeis. Certamente, o outro lado da moeda da eliminação da legitimação prévia através de autorizações administrativas será, sem dúvida, um aumento significativo da litigiosidade judicial nesta matéria, que recai sobre uma jurisdição já sobrecarregada.

Outra mudança assinalável foi a eliminação da exigência de que a medida seja razoavelmente necessária para superar uma situação de carácter conjuntural, o que está a abrir um intenso debate judicial sobre a interpretação desse silêncio normativo.

### C) Distribuição irregular da jornada de trabalho

No dia 25 de Janeiro de 2012, empregadores e sindicatos adoptaram o II Acordo para o Emprego e a Negociação Colectiva 2012, 2013 e 2014, que dedica um capítulo à flexibilidade do tempo de trabalho. Nele são sugeridas linhas de acção muito incisivas, se bem que canalizadas através de acordos colectivos. No entanto, o Real Decreto Lei 3/2012 não acolhe estas propostas já acordadas, limitando-se a manter a regra de que a distribuição irregular do tempo de trabalho exige acordo colectivo, mas estabelece que, na ausência do mesmo, 5% daquele tempo fica na disponibilidade do empregador (art. 34.º, n.º 2, do Estatuto dos Trabalhadores).

Não se estabelece se o empregador pode a todo o tempo distribuir esses 5% ou se deve programá-lo com antecedência.

Na prática, isto significa que, em geral, pelo menos 5% da jornada anual será irregular, uma vez que não existe qualquer incentivo para que uma empresa acorde percentagens inferiores se, na ausência de acordo, a lei vem em seu auxílio. Assim, a distribuição irregular do tempo de trabalho acaba por ficar subtraída do âmbito da negociação colectiva, por muito que formalmente se continue a dizer que requer a existência de acordo. Quanto muito, serão negociadas percentagens mais elevadas, em contrapartida a que a distribuição não seja unilateral tal como estabelece a reforma.

### D) Descanso anual

Ao lado da hipótese já contemplada na lei, em que o período fixado para as férias coincida com a suspensão do contrato por licença de maternidade ou incapacidade temporária resultante da gravidez, parto ou aleitamento, situação em que se tem direito a beneficiar do descanso em data diferente mesmo que já tenha terminado o ano civil, acrescenta-se agora a paternidade (art. 38.º, n.º 3, do Estatuto dos Trabalhadores).

Especifica-se que, em caso de incapacidade temporária por outras contingências, também é possível gozar as férias depois, embora sob a condição de que não tenham decorrido mais de dezoito meses após o final do ano civil (art. 38.º, n.º 3, do Estatuto dos Trabalhadores). Isso lembra a norma do art. 9.º, n.º 1, da Convenção 132 da OIT, segundo a qual, se as férias forem fraccionadas, devem ser garantidas duas semanas ininterruptas "o mais tardar no prazo de um ano, a contar do fim do ano em que se tenha constituído o direito a essas férias, e as restantes férias anuais serem remuneradas, o mais tardar no prazo de dezoito meses a contar daquela data". Parece que o Real Decreto Lei 3/2012 combinou estes dois prazos, adoptando a extensão de um e o *dies a quo* do outro. Consequentemente, pode dar-se o caso do gozo das férias dois anos depois daquele em que são devidas, o que parece excessivo.

E mais excessivo resulta se se considerar que, tal como está redigida a disposição, o "limite" de 18 meses parece só funcionar para os casos de incapacidade temporária resultante de contingências diversas da gravidez, parto ou amamentação, de modo que, nas restantes situações de suspensão, as férias poderão ser gozadas ainda depois.

## II — AS MODALIDADES DO CONTRATO DE TRABALHO NA MIRA DE (MAIS) UMA REFORMA LEGISLATIVA (\*)

### 1. A renovação extraordinária dos contratos a termo: Lei 3/2012, de 10 de Janeiro

O Direito do Trabalho tem sido, frequentemente, assolado pela ideia de que se trata de um verdadeiro anátema para o nível de emprego, investimento e competitividade. Na retórica de algumas instituições e de alguns teóricos<sup>(22)</sup> o custo do factor trabalho transformou-se na variável negra de todas as crises, devido à sua suposta rigidez. O Direito do Trabalho Europeu quer-se hoje minimal e inconspícuo. Ora, em Portugal, sobretudo a partir deste século, as reformas laborais têm, precisamente, perseguido o canto desta sereia e o desastre que ela sempre anuncia.

Em 2003, um Código do Trabalho de influência civilística marcou a reorganização sistemática do Direito do Trabalho e sublinhou a dimensão individual e personalista do trabalhador em detrimento do seu talhe industrial e colectivo. Seguiu-se-lhe, em 2009, um novo<sup>(23)</sup> Código do Trabalho — Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro — que reconfigura a noção de contrato de trabalho e acomoda, pela primeira vez no ordenamento jurídico-laboral português, um sistema plural de modalidades do contrato de trabalho.

Não obstante tão recentes e profundas alterações na legislação laboral, uma nova reforma teve início em 2011 e no conjunto de diplomas e propostas em causa figuram soluções que uma vez mais incluem no seu objecto as diversas modalidades do contrato de trabalho.

Assim, a Lei 3/2012, de 10 de Janeiro, veio estabelecer a renovação extraordinária dos contratos de trabalho a termo certo. Trata-se de uma lei especial que contempla um regime transitório para vigorar desde 11 de Janeiro de 2012 — data da entrada em vigor da lei — até 31 de Dezem-

(\*) Maria Regina Redinha, Faculdade de Direito da Universidade do Porto/Centro de Investigação Jurídico-Económica ([redinha@direito.up.pt](mailto:redinha@direito.up.pt)).

<sup>(22)</sup> Tendência notória após o *Relatório Supiot* e a sua influência na política social da UE, cfr. Alain Supiot (dir.), *Au-delà de l'emploi; transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe*, Rapport à la Commission Européenne, Flammarion: Paris, 1999.

<sup>(23)</sup> Sobre a questionável qualificação do Código de 2009, cfr., Maria Regina Redinha, “Código novo ou código revisto — a propósito das modalidades do contrato de trabalho”, *Questões Laborais*, ano XVI, n. 34, p. 149.

bro de 2014. Esta renovação extraordinária foi, segundo o Governo, ditada pela situação de “emergência social” que assola o país<sup>(24)</sup>, tendo por objectivo último evitar o aumento do desemprego derivado da caducidade dos contratos a termo ditada pela incerteza conjuntural.

O âmbito de aplicação temporal da renovação extraordinária é definido pelo intervalo compreendido entre o limite máximo de duração do contrato — que deve ocorrer após a data de entrada em vigor da lei (11 de Janeiro de 2012) e até 30 de Junho de 2013 (limite estabelecido pelo art. 1.º, n. 1, Lei 3/2012) — e o limite de vigência estabelecido na lei, 31 de Dezembro de 2014 (art. 2.º, n. 4). Este último limite tem natureza imperativa, não podendo ser afastado por previsão no contrato de trabalho ou pela contratação colectiva.

A renovação extraordinária do contrato a termo caracteriza-se por ser objectiva, isto é, independente da causa justificativa do contrato originário. A renovação extraordinária não depende, pois, da subsistência da necessidade que ditou a celebração do contrato. É uma solução discutível, mas a que melhor se enquadra na economia do diploma e a única permitida pela convergência dos elementos interpretativos. Com efeito, começando pela sempre movediça literalidade não encontramos qualquer referência por mais ínvia que seja à necessidade causante do contrato. Depois, o facto de o regime da renovação extraordinária ter sido relegado para um diploma avulso só reforça a hipótese do seu afastamento do regime comum da contratação a termo e, conseqüentemente, do desligamento do motivo legitimador da celebração do contrato. O recurso ao elemento lógico conduz-nos na mesma direcção, uma vez que os requisitos para a renovação extraordinária do vínculo laboral e para a sua extensão temporal são, exclusivamente, referidos à duração do contrato — cfr. art. 2.º<sup>(25)</sup>. Estamos, por conseguinte, face a uma renovação verdadeira e própria e não

<sup>(24)</sup> Ver Programa do XIX Governo Constitucional (<http://www.parlamento.pt/Documents/prg-XIX-1.pdf>): *Devido à actual situação de emergência social, a renovação dos contratos a termo que caduquem nos próximos 12 meses deve ser admitida. O Programa preconiza ainda a existência legal de um só tipo de contrato de maneira a tendencialmente acabar com os contratos a termo, enquanto se flexibiliza o período experimental no recrutamento inicial ou introduzindo algumas simplificações no processo de cessação dos contratos.* Este último aspecto não foi ainda objecto de concretização.

<sup>(25)</sup> Para suporte da leitura contrária apenas poderíamos convocar a remissão para o regime do Código do Trabalho, contida no art. 5.º da Lei 3/2012. Todavia, trata-se de uma remissão mobilizável apenas nos casos omissos para uma aplicação subsidiária, situação que aqui não parece verificar-se pelos argumentos aduzidos no texto.

uma simples prorrogação, uma vez que a vontade das partes vai recriar o conteúdo contratual para o futuro, desligando-o do motivo justificativo da celebração do negócio <sup>(26)</sup>.

Cada contrato pode ser objecto de duas renovações extraordinárias e tem uma duração temporal mínima e máxima. Deste modo, cada uma das renovações não pode ser inferior a um sexto da duração máxima do contrato de trabalho a termo certo ou da sua duração efectiva consoante a que seja inferior — art. 2.º, n. 3.

Por via de regra haverá coincidência entre a duração máxima do contrato (legal ou convencional) e a duração efectiva. Tal não sucedendo apenas pela suspensão do contrato ou redução da actividade da empresa <sup>(27)</sup>, dado que a redução de actividade ou a suspensão do contrato não interrompem nem suspendem o curso do prazo de caducidade do contrato — art. 295.º, n. 3, do Código do Trabalho. No entanto, a formulação legal carece de correcção, pois, ao fazer depender o cômputo da duração mínima da renovação extraordinária da duração máxima do contrato ou da sua duração efectiva consoante a que seja inferior, cria uma falsa disjunção, pois a duração efectiva só pode ser inferior à duração máxima do contrato, sob pena de este se converter *ope legis* num contrato de duração indeterminada, de acordo com o preceituado no art. 147.º, n. 2, al. b), Código do Trabalho. O prazo de duração mínima da renovação extraordinária é ainda o prazo supletivo para a renovação extraordinária cuja duração não seja expressamente convencionalizada pelas partes.

Ao invés do que sucede com a duração mínima, a duração máxima do somatório das duas renovações extraordinárias admitidas é determinada através de um limite temporal fixo: dezoito meses — art. 2.º, n. 2 — o qual, se ultrapassado, origina a conversão do contrato a termo num contrato de duração indeterminada.

Por via de regra, a renovação extraordinária é informal e pode ser expressa ou tácita. Será, porém, necessariamente expressa quando as partes elejam prazo diverso do supletivo.

No momento da celebração do contrato a termo ou no decurso da sua vigência inicial ou da renovação ordinária as partes podem acordar a exclu-

<sup>(26)</sup> Para a distinção entre prorrogação, mera extensão da duração do contrato, e renovação, nova regulamentação de interesses pelas partes, v. lição clássica de Francesco Messineo, *Dottrina Generale del Contrato*, 3.ª ed., Milano, 1952, p. 416.

<sup>(27)</sup> Os institutos da suspensão e da redução da actividade têm a sua disciplina nos arts. 294.º e ss. do Código do Trabalho.

são da possibilidade de renovação extraordinária do vínculo, em conformidade com o disposto no art. 149.º, n. 1, Código do Trabalho.

Entre as inovações introduzidas por este regime, conta-se o alargamento das situações que desencadeiam a conversão do contrato a termo num contrato de duração indefinida. Além das circunstâncias previstas no Código do Trabalho — art. 147.º — e no Código Contributivo — art. 55.º, n. 6 —, incluem-se agora a renovação ou renovações extraordinárias que excedam os 18 meses de duração e o prolongamento da renovação para além de 31 de Dezembro de 2014.

Tendo o regime do contrato a termo cada vez mais um papel de primeira grandeza no ordenamento jurídico-laboral português, coloca-se naturalmente a questão de saber em que medida a regulamentação da renovação extraordinária é aplicável a outras figuras contratuais que podemos qualificar como subespécies da contratação a termo, nomeadamente aos contratos de trabalho de muito curta duração — art. 142.º do Código do Trabalho — e aos contratos de trabalho temporário — arts. 180.º e seguintes, Código do Trabalho.

Relativamente ao contrato de trabalho de muito curta duração, a renovação extraordinária é um contra-senso, porque equivaleria a desvirtuar a sua configuração especial e a sua função de facilitação da contratação em sectores de elevada rotatividade de mão-de-obra e de grande oscilação da procura <sup>(28)</sup>. Também no que se refere ao contrato de trabalho temporário está afastada a sua renovação de acordo com o novo regime. Não obstante tratar-se de um contrato de trabalho a termo, certo é que a ligação desta modalidade contratual ao contrato de utilização de trabalho temporário, a sua sujeição a um elenco causal taxativo — art. 175.º, n. 1, *ex vi* art. 180.º, n. 1, Código do Trabalho — e a ausência de previsão expressa nesse sentido inviabilizam a aplicabilidade da Lei 3/2012 <sup>(29)</sup>.

Desta breve caracterização da renovação extraordinária sai reforçada a conclusão de que a extensão ou até a intensificação da precariedade dos

<sup>(28)</sup> Os contratos de muito curta duração são classificados pela lei como “especiais” e destinam-se a fazer face a necessidades temporárias muito curtas de mão-de-obra nos sectores da actividade agrícola e do turismo.

<sup>(29)</sup> No plano hermenêutico há ainda uma razão adicional para que a estes contratos não seja aplicável a Lei 3/2012. Na verdade, sendo eles qualificáveis de “especiais”, relativamente ao contrato a termo de regime comum, não é possível a sobreposição de um outro regime especial ou até excepcional, como é o contido na lei de renovação extraordinária.

vínculos laborais acompanha as “reformas de crise” e, conseqüentemente, que o contrato a termo tende a ver esbatida a sua excepcionalidade face ao contrato de duração indeterminada, assumindo progressivamente um estatuto maior entre as modalidades do contrato de trabalho e perdendo a sua causalidade em favor de uma modelação exclusivamente temporal. Reafirma-se o princípio que desde o Código de 2009 se desenhava: um código, dois sistemas<sup>(30)</sup> e o próprio princípio constitucional da segurança no emprego — art. 53.º da Constituição da República Portuguesa — fica reduzido à sua ínfima expressão, apenas eventualmente salvaguardada pela transitoriedade da Lei 3/2012.

## 2. Revisão do Código do Trabalho: A Lei 23/2012, de 25 de Junho

A Lei 23/2012, de 25 de Junho, reviu o Código do Trabalho com o objectivo de “melhorar a legislação, quer através da sua actualização e sistematização, quer mediante a agilização de procedimentos, promover a flexibilidade interna e promover a contratação colectiva”<sup>(31)</sup>, recuperando a retórica da flexissegurança, que a crise das dívidas soberanas havia praticamente eliminado da instância política, económica e jurídica<sup>(32)</sup>. Contudo, numa apreciação geral, as concretas soluções normativas contrariam as intenções enunciadas e, no que às modalidades do contrato de trabalho diz respeito, as alterações, se bem que não muito pronunciadas<sup>(33)</sup>, acabam por denotar a tendência para a extensão dos prazos de duração dos contratos e o alargamento do âmbito de aplicação material das diversas modalidades contratuais, na linha do que acontece com a renovação extraordinária do contrato a termo. Não há lugar, contudo, para o estabelecimento ou reconhecimento de novos tipos contratuais, ao contrário do que sucedeu com a reforma de 2009, na qual foi introduzida a figura do trabalho intermitente — arts. 157.º e ss. do Código do Trabalho.

<sup>(30)</sup> Cfr. Maria Regina Redinha, *ob. cit.*, p. 152, ss.

<sup>(31)</sup> Cfr. Exposição de motivos da Proposta de Lei 46/XII, acessível em <http://www.parlamento.pt/Paginas/DetalleIniciativasDiscussaoPublica.aspx?BID=36764>.

<sup>(32)</sup> Pode ler-se na Exposição de Motivos citada: (...) *revela-se essencial uma legislação laboral flexível, concentrada na protecção do trabalhador, e não do posto de trabalho, no quadro de um modelo de flexissegurança, que fomenta a economia e a criação de emprego e que vise combater a segmentação crescente do mercado de trabalho.*

<sup>(33)</sup> A grande reforma das modalidades do contrato de trabalho ocorreu com o Código do Trabalho de 2009, ao ser introduzida uma secção que lhe é especialmente dedicada, reforçando a sua legitimidade e âmbito de aplicação.

A Lei centra neste domínio a sua atenção nos contratos de trabalho de muito curta duração — art. 142.º do Código do Trabalho — e na comissão de serviço — arts. 161.º e ss. do Código do Trabalho.

A celebração do contrato de muito curta duração mantém os pressupostos anteriores, mas a sua duração é aumentada para o dobro, enquanto o prazo máximo anual do contrato com o mesmo empregador tem um acréscimo de dez dias, sendo agora de setenta dias por cada ano civil<sup>(34)</sup>.

A comissão de serviço, por seu turno, conhece na Lei uma ampliação do seu objecto que passa a compreender, desde que a coberto de instrumento de regulamentação colectiva de trabalho, trabalhadores que exerçam funções de chefia<sup>(35)</sup>.

Modificações pontuais atingem ainda o trabalho temporário no qual se inclui um ónus jurídico adicional para o utilizador, que se não exigir a anexação ao contrato de utilização do documento comprovativo de vinculação da empresa de trabalho temporário a fundo de compensação, passa a ser solidariamente responsável pelo pagamento do montante de compensação devida pelo fundo ao trabalhador<sup>(36)</sup>. Além disso, é criada uma nova

<sup>(34)</sup> É o seguinte o teor do art. 142.º na redacção da Lei 23/2012, de 25 de Junho:

1 — *O contrato de trabalho em actividade sazonal ou para a realização de evento turístico de duração não superior a 15 dias não está sujeito a forma escrita, devendo o empregador comunicar a sua celebração ao serviço competente da segurança social, mediante formulário electrónico que contém os elementos referidos nas alíneas a), b) e d) do n.º 1 do artigo anterior, bem como o local de trabalho.*

2 — *Nos casos previstos no número anterior, a duração total de contratos de trabalho a termo com o mesmo empregador não pode exceder 70 dias de trabalho no ano civil.* (sublinhados nossos).

3 — (...)

<sup>(35)</sup> A redacção do artigo 161.º é a seguinte:

*Pode ser exercido em comissão de serviço cargo de administração ou equivalente, de direcção ou chefia directamente dependente da administração ou de director-geral ou equivalente, funções de secretariado pessoal ou de titular de qualquer desses cargos, ou ainda, desde que instrumento de regulamentação colectiva de trabalho o preveja, funções cuja natureza também suponha especial relação de confiança em relação a titular daqueles cargos e funções de chefia.* (sublinhado nosso).

<sup>(36)</sup> Cfr. art. 177.º do Código do Trabalho, segundo a redacção da Lei 23/2012. O fundo de compensação do trabalho será um instrumento de garantia de parte das compensações devidas pela cessação do contrato, inserido no âmbito da reforma da legislação laboral em curso, que aguarda regulamentação.

sanção acessória para a empresa de trabalho temporário que não adira a fundo de compensação do trabalho ou a mecanismo equivalente: a interdição do exercício da actividade até dois anos <sup>(37)</sup>.

Com a reforma introduzida pela Lei 23/2012, de 25 de Junho, o ordenamento jurídico-laboral português transformar-se-á marcadamente, aliando grande parte da sua carga proteccionista do trabalhador, e tornar-se-á, sem dúvida, mais flexível e desregulado. Resta, no entanto, saber se não será um sacrifício vão ou desmedido para os modestos resultados que se poderão alcançar. Afinal, *non semper erit aestas...*

### III — A REFORMA LABORAL DE 2012 RELATIVA À ORGANIZAÇÃO DO TEMPO DE TRABALHO (\*)

De acordo com a Lei n.º 23/2012, de 25-6, as alterações introduzidas em matéria de tempo de trabalho compreendem as seguintes áreas: flexibilização do tempo de trabalho (banco de horas e intervalo de descanso), retribuição do trabalho suplementar, feriados e faltas.

Trata-se de modificações que, por um lado, visam reduzir as despesas das empresas com salários e, por outro, aumentar o tempo de trabalho para além do período normal. Nesse sentido, a nova lei derroga as cláusulas dos instrumentos de convenção colectiva e dos contratos de trabalho que consagrem condições retributivas mais vantajosas às anteriormente estabelecidas pelo legislador.

#### 1. Flexibilidade do tempo de trabalho

##### 1.1. Banco de horas

i) De acordo com o CT (art. 208.º), o banco de horas é um expediente que, sendo independente do trabalho suplementar (embora possa acumular-se com este), possibilita ao empregador prolongar o tempo de trabalho para além do período normal de trabalho. Trata-se de um aumento que, uma vez previsto, pode ser decidido pelo empregador de forma dis-

<sup>(37)</sup> Cfr. art. 192.º do Código do Trabalho, na versão da nova Lei.

(\*) Francisco Liberal Fernandes, Faculdade de Direito da Universidade do Porto / Centro de Investigação Jurídico-económica ([liberal@direito.up.pt](mailto:liberal@direito.up.pt)).

cricionária, isto é, sem que se verifique qualquer motivo específico ou objectivo que o justifique.

Esse aumento pode ser compensado ou através da redução equivalente no tempo de trabalho ou do alargamento do período de férias ou por pagamento em dinheiro, admitindo-se a combinação entre as diferentes modalidades. Compete às partes regular a forma e as condições dessa compensação.

ii) Para além do banco de horas instituído por regulamentação colectiva, já previsto na versão original do CT de 2009, a reforma passou a contemplar o banco de horas individual e o banco de horas grupal.

O primeiro decorre do acordo estabelecido entre o empregador e o trabalhador; permite o aumento do período normal de trabalho até duas horas diárias, com o limite de cinquenta horas semanais e de cento e cinquenta horas anuais. O acordo é celebrado da seguinte forma: o empregador envia, por escrito, uma proposta aos trabalhadores, presumindo-se a aceitação destes caso não se oponham, por escrito, nos 14 dias subsequentes ao respectivo conhecimento.

Por sua vez, o banco de horas grupal pode ser instituído por instrumento de regulamentação colectiva de trabalho ou por acordo individual, destinando-se em ambos os casos a ser aplicado a determinados grupos de trabalhadores definidos previamente pelo empregador ou por acordo.

Na primeira situação, é necessário que, pelo menos, 60% dos trabalhadores do grupo considerado (equipa, secção ou unidade económica) se encontrem abrangidos pelo instrumento de regulamentação colectiva que o prevê.

No banco de horas por acordo individual, é indispensável que pelo menos 75% dos trabalhadores do grupo se encontrem abrangidos pelo acordo individual definido nos moldes anteriormente referidos.

Os limites do aumento do tempo de trabalho no banco de horas grupal são os previstos para cada uma das respectivas modalidades de constituição.

iii) Prevê-se, no entanto, a possibilidade de afastamento do regime do banco de horas grupal em duas situações (n.º 3 do art. 208.º-B da nova lei).

A primeira tem lugar quando a convenção colectiva aplicável aos trabalhadores do grupo se oponha, em termos expressos, ao banco de horas (qualquer que seja a sua modalidade de formação); quando tal se verifique,

o consentimento (tácito) do trabalhador é ineficaz e impede a respectiva inclusão na percentagem prevista na lei.

No caso de o instrumento de regulamentação colectiva não se pronunciar contra o banco de horas, os trabalhadores por ele abrangidos poderão ficar sujeitos ao banco de horas grupal.

A segunda excepção está prevista na segunda parte do n.º 3 do art. 208.º-B e verifica-se quando a associação sindical em que o trabalhador se encontra filiado se opõe, de acordo com o disposto no art. 516.º, n.º 3, do Código do Trabalho, à portaria de extensão que procede ao alargamento da convenção colectiva que consagra aquele regime. Tal como na situação anterior, essa oposição torna ineficaz o consentimento do trabalhador e não permite que o mesmo seja incluído na percentagem de trabalhadores necessária para a instituição do banco de horas.

Se essa oposição não se verificar nos precisos termos enunciados, os trabalhadores filiados poderão ser incluídos no banco de horas grupal.

iv) Muito sumariamente, julga-se que o banco de horas por acordo individual é de constitucionalidade duvidosa, porquanto a sua instituição deriva de uma nova fonte de direito, concretamente o acordo pluri-individual com eficácia externa, cuja previsão é incompatível com o disposto no art. 112.º, n.º 5, da Constituição da República Portuguesa, segundo o qual «nenhuma lei pode criar outras categorias de actos legislativos ou conferir a actos de outra natureza o poder de, com eficácia externa, interpretar, integrar, modificar, suspender ou revogar quaisquer dos seus preceitos»<sup>(38)</sup>.

## 1.2. Intervalo de descanso

A reforma introduz uma alteração parcial do regime do intervalo de descanso, ao estabelecer que, no caso de a prestação de trabalho ser superior a dez horas diárias (qualquer que seja o regime do tempo de trabalho adoptado pelo empregador), aquele intervalo pode ter lugar após seis horas de trabalho consecutivo. Trata-se de uma medida cujos efeitos se farão

<sup>(38)</sup> Cf. Fernandes, Francisco Liberal, «O acórdão n.º 338/10 do Tribunal Constitucional e a adaptabilidade grupal», *Questões Laborais*, n.º 38, 2011, pág. 211. Dada a semelhança entre os dois regimes, as razões que avançámos neste texto relativas à inconstitucionalidade da adaptabilidade grupal decorrente de acordo individual dos trabalhadores são extensíveis ao banco de horas grupal quando tenha origem no mesmo tipo de acordo.

sentir nos dias em que há lugar a aplicação do horário concentrado, da adaptabilidade ou do banco de horas, isoladamente ou em associação com o trabalho suplementar.

## 2. Retribuição do trabalho suplementar

No que diz respeito ao trabalho suplementar, as alterações introduzidas vão no sentido da redução da despesa salarial, a qual é promovida por três vias: através da diminuição da majoração retributiva, da redução/eliminação do descanso compensatório e da revogação, suspensão ou redução das cláusulas dos contratos de trabalho ou dos instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho que prevejam condições de carácter patrimonial superiores às fixadas pela nova lei.

A primeira medida consiste na redução para metade dos valores pagos a título de acréscimo de retribuição. Com efeito, relativamente ao trabalho suplementar prestado em dia útil, o acréscimo era, antes da reforma, de 50% na primeira hora ou fracção e 75% na segunda hora ou fracção; agora, é reduzido para 25% e 37,5%, respectivamente; se o trabalho extraordinário for realizado em dia de descanso semanal, obrigatório ou complementar, ou em dia feriado, o acréscimo de retribuição, que era de 100%, passa a ser de 50% por cada hora ou fracção.

Relativamente às empresas que não estão obrigadas a suspender o funcionamento durante os feriados, o acréscimo da retribuição por trabalho normal prestado nesse dia é reduzido para 50% (antes esse aumento era de 100%). Em alternativa ao pagamento deste acréscimo, o empregador pode atribuir ao trabalhador um período de descanso compensatório remunerado com a duração de metade do número de horas prestadas no dia feriado.

Em segundo lugar, procede-se à eliminação do descanso compensatório remunerado relativamente ao trabalho suplementar prestado em dia útil, feriado e dia de descanso complementar, mantendo-se, porém, quando a respectiva prestação tenha lugar nos dias de descanso semanal obrigatório, no período de descanso diário e em relação à actividade normal realizada nos feriados ao serviço de empresas isentas de encerrar nestes dias.

Por último, a nova lei derroga as cláusulas dos instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho e dos contratos individuais de trabalho que consagrem o direito ao descanso compensatório por trabalho suplementar prestado em dia útil, feriado ou dia de descanso complementar, mantendo-se, contudo, as disposições relativas ao descanso compensatório

para o trabalho prestado em dia de descanso obrigatório (art. 7.º, n.º 2). Além disso, suspende pelo período de dois anos, contados da sua entrada em vigor, as cláusulas dos instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho e dos contratos individuais de trabalho que fixem acréscimos retributivos por trabalho suplementar superiores aos montantes agora estabelecidos (art. 7.º, n.º 4, alínea a)).

No que respeita às empresas não obrigadas a suspender o funcionamento em dia feriado, ficam igualmente suspensas, por idêntico período, as cláusulas colectivas ou individuais que regulem sobre retribuição ou descanso compensatório pelo trabalho normal prestado em dia feriado, em moldes diversos dos previstos pela nova lei (art. 7.º, n.º 4, alínea b)).

Relativamente a estes casos de suspensão, dispõe-se ainda que, decorridos os dois anos referidos e no caso de não terem sido entretanto modificadas, as mesmas cláusulas recuperam a sua eficácia, se bem que a lei imponha a redução para metade dos montantes retributivos que estabeleçam para o trabalho suplementar ou para o trabalho realizado em dia feriado nas empresas isentas de encerrar nesses dias, não podendo, contudo, dessa redução resultar condições inferiores aos limites mínimos previstos no Código do Trabalho (art. 7.º, n.º 5).

Por conseguinte, o novo regime não exclui que, a nível colectivo ou individual, possam fixar-se no futuro condições retributivas (ou a nível de descanso compensatório) para o trabalho suplementar superiores às mínimas legais.

### 3. Feriados

Relativamente aos feriados, procede-se à redução do respectivo elenco legal, mediante a eliminação de quatro feriados, correspondentes a dois civis e a dois religiosos. Quanto a estes últimos, a respectiva supressão pressupõe que sejam observados os mecanismos decorrentes da Concordata entre o Estado Português e a Santa Sé.

Esta medida é justificada como meio para aumentar os níveis de rendimento e de produtividade, de forma a incrementar a competitividade da economia nacional face aos restantes países europeus.

### 4. Férias

O novo regime altera aspectos relacionados com: *i)* a duração das férias; *ii)* a interpolação do gozo das férias; *iii)* o alargamento do período

de férias para compensar o trabalho excedentário prestado em regime de banco de horas.

#### 4.1. Duração das férias

A duração máxima legal das férias é reduzida de 25 para 22 dias úteis. Contudo, relativamente ao fim da majoração legal das férias, importa fazer duas observações.

Em primeiro lugar, a reforma reduz o conteúdo das normas convencionais (colectivas ou individuais) na exacta medida do aumento até agora previsto pelo CT, desde que aquelas tenham sido estabelecidas após a entrada em vigor do CT de 2003 (1-12-2003). Contudo, não afecta as majorações convencionadas que subsistam após a aplicação daquela redução, nem impede que, posteriormente à sua entrada em vigor, os parceiros sociais ou as partes do contrato de trabalho aumentem os dias de férias ou dilatem a duração (maior) que eventualmente persista. Além disso, parece-nos que esta política permissiva relativamente à duração das férias tem por base o período estabelecido pelas partes quando superior a 22 dias úteis.

Em segundo lugar, e relativamente à revogação dos instrumentos de regulamentação colectiva, prevista no art. 7.º, n.º 3 da nova Lei, parece que o legislador trata as cláusulas destas fontes de direito como simples reproduções mecânicas da lei, desprezando a sua natureza de *aliud* normativo. Esta indiferença do legislador relativamente à natureza e à força normativa das convenções colectivas é uma prática assaz frequente entre nós, que ultrapassa ostensivamente o regime constitucional relativo à tutela dos direitos fundamentais, especialmente o princípio da proporcionalidade que preside à limitação legal das normas constitucionais que consagram aquele tipo de direitos.

Aliás, verifica-se muitas vezes que, ao mesmo tempo que revoga determinadas cláusulas das convenções colectivas, a lei permite que as mesmas possam ser posteriormente recriadas, o que deixa muitas dúvidas quanto à necessidade da imposição dessas limitações ao direito de contratação colectiva ou quanto à razoabilidade da respectiva fundamentação.

#### 4.2. Determinação da duração das férias

Com o novo art. 238.º, n.º 3, clarifica-se a determinação da duração das férias relativamente aos trabalhadores cujos dias de descanso coincidam com dias úteis, passando a estabelecer-se que essa determinação é

independente dos dias da semana em que o trabalhador goza o respectivo descanso semanal obrigatório. Assim, os feriados que, no período de férias, coincidam com o sábado ou domingo não são incluídos na respectiva duração, como aliás já sucede em relação aos restantes trabalhadores; desta forma, sai reforçada a uniformização das regras que presidem à determinação da duração das férias.

#### 4.3. Interpolação do gozo das férias

O novo art. 242.º, n.º 2, alínea *b*), vem reforçar as prerrogativas do empregador no que respeita à marcação das férias, ao permitir-lhe encerrar a empresa nos dias de trabalho situados entre um feriado e um dia de descanso semanal, seja obrigatório ou o complementar, e considerar esses dias como período de férias. Porém, no caso de a "ponte" se verificar entre o feriado e o dia de descanso complementar, o novo regime só se aplica se este tiver a duração de um dia completo.

Para além da faculdade de determinar a marcação das férias através do encerramento da empresa para férias (art. 242.º), o empregador fica agora a poder impor o respectivo gozo em moldes interpolados, bastando para o efeito que o comunique até 15 de Dezembro do ano anterior (art. 242.º, n.º 3); contudo, continua a depender da concordância do trabalhador a fixação de qualquer outro regime de interpolação das férias (art. 241.º, n.º 8).

#### 4.4. Compensação das férias correspondentes a "pontes"

Na nova alínea *g*) do n.º 3, do art. 226.º prevê-se que a entidade empregadora possa compensar os dias de férias fixados nos moldes previstos no novo art. 242.º, n.º 2, alínea *b*), com a prestação de actividade normal fora do período normal de trabalho. Trata-se de uma inovação cuja admissibilidade nos merece fortes reservas.

Com efeito, ou a referência a férias, contida no corpo do n.º 2 do art. 242.º, não possui o significado que lhe é comum — o que é muito duvidoso, se atendermos ao enquadramento sistemático do preceito e à sua própria redacção — ou, então, deparamo-nos com a previsão de períodos de descanso que só por mero abuso de linguagem poderão ser considerados férias em sentido técnico-jurídico. Ou seja, poderá, sem mais, o legislador qualificar como férias determinadas interrupções do trabalho e, em simultâneo, admitir a possibilidade de as mesmas serem compensadas

através do aumento do tempo de trabalho? Não será o conceito jurídico de férias sinónimo de um período 'líquido' de descanso e, portanto, de um período que, por definição, não pode ser compensado?

Como nos parece ser este último o significado jurídico de férias (aliás, histórica e vulgarmente comum na disciplina e na linguagem jus-laboralista), estamos em crer que a inovação introduzida desvirtua o sentido ou o conteúdo daquele direito, tal como se encontra plasmado a nível do CT, da CRP e do direito comunitário. Embora a densificação do direito a férias no actual quadro jurídico não se afigure definitiva, a alteração introduzida restringe o conteúdo de um direito fundamental, sem que se vislumbre qualquer fundamentação ou necessidade para tal, como o impõe a tutela dos direitos, liberdades e garantias, isto para além de revelar uma desproporcionalidade evidente.

Por outro lado, ao permitir que o período anual das férias possa ser inferior à respectiva duração mínima legal, este novo preceito afigura-se contrário ao art. 7.º, n.º 1, da Directiva n.º 2003/88 (que fixa em quatro semanas aquele período): por isso, nos casos em que, por aplicação do novo regime, o período de férias seja inferior a quatro semanas, não poderá verificar-se a compensação prevista nos novos moldes legais.

#### 4.5. Alargamento do período de férias

O novo art. 208.º, n.º 4, alínea *a*), do CT, relativo ao banco de horas, vem admitir o alargamento do período de férias quando seja para compensar o trabalho excedentário prestado em regime banco de horas, admitido por instrumento colectivo de trabalho.

### 5. Faltas

No âmbito do regime de faltas ao trabalho, passou a considerar que, em caso de falta injustificada num ou em meio período normal de trabalho diário, imediatamente anterior ou posterior a dia ou meio dia de descanso ou a feriado, o período de ausência a considerar para efeitos de perda de retribuição corresponderá à totalidade deste período<sup>(39)</sup>.

Pretende-se, com esta medida, reforçar a assiduidade ao trabalho, mais concretamente, reduzir o número de faltas injustificadas em dias próximos

<sup>(39)</sup> Trata-se de um regime já previsto na lei das férias, feriados e faltas, de 1976.

de períodos de descanso. Contudo, os dias considerados como faltas injustificadas por extensão da lei não poderão servir de fundamento para a invocação de justa causa de despedimento, uma vez que, como expresamente o preceito refere, possuem efeitos apenas a nível da perda da retribuição.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Arellano, M., Bentolila, S., "La burbuja inmobiliaria: causas y responsables", <http://www.crisis09.es/PDF/05-la-burbuja-inmobiliaria.pdf>.
- Argüelles Blanco, A. R., "Modificar el tiempo de trabajo", en *La Nueva España* 21-2-12 <http://www.lne.es/economia/2012/02/21/modificar-tiempo-trabajo/1202209.html>.
- Braun, A., Guamán Hernández, A., "El Contrat Nouvelles Embauches es contrario al Convenio 158 de la OIT: la sentencia de la Cour d'Appel de Paris de 6 de julio de 2007", <http://favorlaborisblog.wordpress.com/2012/02/09/a-las-puertas-de-la-reforma-laboralnumero-53/>.
- Cardenal Carro, M., "El 'nuevo' contrato para la formación: diferencias con el contrato de aprendizaje", *Aranzadi Social*, vol. V, 1997.
- Casas Baamonde, M.E., Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., Valdés Dal-Ré, F., "La nueva reforma laboral", *Relaciones Laborales*, n.º 5, 2012.
- Consejo Económico y Social. *Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral España 2010*.
- Cruz Villalón, J., "Efectos incontrolados de la reforma laboral", <http://jesuscruzvillalon.blogspot.com/2012/02/efectos-incontrolados-de-la-reforma.html>.
- Cruz Villalón, J., "Una profunda reforma laboral", <http://jesuscruzvillalon.blogspot.com/2012/02/una-profunda-reforma-laboral.html>.
- De Espínola Salazar, J. R., "La construcción en el patrón de gasto y en el modelo productivo de la economía española (1995-2007)", en J. Velarde Fuertes (coord.), *El futuro de la economía española*, Colección Mediterráneo Económico n.º 16, Cajamar, 2009.
- Fernandes, F. L., "O acórdão n.º 338/10 do Tribunal Constitucional e a adaptabilidade grupal", *Questões Laborais*, n.º 38, 2011.
- Fernández Fernández, M., Fuentes Castro, D., "El sector de la construcción en España. Efectos económicos y prospectiva", *Boletín Económico del ICE*, n.º 2928, 2007.
- Marqués, J. M., Maza, L. A., Rubio, M., "Una comparación de los ciclos inmobiliarios recientes en España, Estados Unidos y Reino Unido", *Boletín Económico del Banco de España*, enero 2010.
- Mercader Uguina, J., "Medidas desesperadas de lucha contra el desempleo: el Real Decreto-Ley 10/2011, de 26 de agosto y los ajustes al mismo por el Real Decreto-Ley 14/2011, de 16 de septiembre", *Relaciones Laborales*, n.º 2, 2012.
- Messineo, F., *Dottrina Generale del Contrato*, 3.ª ed., Milano, 1952, p. 416.
- Montoya Melgar, A., "El Derecho del Trabajo ante las crisis económicas", en VV.AA., *Crisis, reforma y futuro del Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, 2010.
- Montoya Melgar, A., *Derecho del trabajo y crisis económica*, Bogotá, Temis, 1990.
- Pérez, F., "España ante la crisis: condicionantes internos y externos", en A. Costas Comeña (coord.), *La crisis de 2008: de la economía a la política y más allá*, Colección Mediterráneo Económico, n.º 18, Cajamar, 2010.

- Redinha, M. R., "Código novo ou código revisto — a propósito das modalidades do contrato de trabalho", *Questões Laborais*, ano XVI, n.º 34.
- Segoviano Astaburuaga, M. L., Sánchez-Urán Azaña, Y, García-Perrote Escartín, I., Sempere Navarro, A. V., "Especial Reforma Laboral", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 835, 2012.
- Sempere Navarro, A. V., "Reflexiones sobre el nuevo 15.5 ET", *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 9, 2011.
- Sempere Navarro, A. V., "Semblanza de la reforma laboral", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 837/2012.
- Sempere Navarro, A. V., Cano Galán, Y., Charro Baena, P., San Martín Mazzucconi, C., *Políticas Sociolaborales*, 3.ª ed., Madrid, Tecnos, 2005.
- Serrano Martínez, J. M., "La edificación de viviendas en España. final del ciclo y ¿ocaso del modelo?", *Boletín Económico del ICE*, n.º 2981, 2010.
- Serrano Olivares, R., "El nuevo contrato de trabajo 'nouvelles embauches' (nuevas contrataciones) en el Derecho francés", *Iustlabor*, 3, 2005.
- Supiot, A. (dir.), *Au-delà de l'emploi; transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe*, Rapport à la Commission européenne, Flammarion, Paris, 1999.