

ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE AS ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS NO CÓDIGO DO TRABALHO PELA LEI N.º 23/2012 DE 25 DE JUNHO

Pelo Prof. Doutor Júlio Manuel Vieira Gomes

1. Muito embora as exposições de motivos não sejam, frequentemente, analisadas com grande minúcia entre nós, parece-nos justificar-se fazer, no contexto deste breve estudo, uma exceção. Com efeito, a Proposta de Lei 46/XII, que veio a resultar na Lei n.º 23/2012 de 25 de junho, que procedeu à terceira revisão do Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009 de 12 de Fevereiro, vem acompanhada de uma longa exposição de motivos, à semelhança, aliás, de algumas das suas congéneres, como é o caso da recente reforma laboral espanhola⁽¹⁾. Trata-se de uma exposição de motivos que se nos afigura gongórica, em que o legislador procede ao seu sistemático auto-elogio e profere, repetidamente, como se fossem verdades científicas, afirmações indemonstradas, procu-

⁽¹⁾ Este tipo de prefácio, prolixo e apologético, constituindo uma espécie de auto-elogio do legislador, não é apanágio exclusivo do legislador português. É no mínimo curioso, no entanto, que a proposta faça referência, como veremos, tal como de resto a Reforma espanhola de 2012, à flexisegurança, o que já levou BAYLOS GRAU a afirmar que se trata de “um preâmbulo afetado de esquizofrenia legislativa entre o que afirma e o que realmente faz” (cit. apud MIKEL URRUTIKOETXEA BARRUTIA, El preâmbulo del RD Ley 3/2012, o las retóricas de la manipulación, Revista de Derecho Social 2012, n.º 57, págs. 19 e segs., pág. 31, estudo cuja leitura recomendamos vivamente por proceder à análise deste tipo de motivações legais).

rando persuadir os destinatários da lei da inevitabilidade e da essencialidade de uma reforma.

É nossa convicção, bem ao invés, e como procuraremos explicar ao leitor, que a presente reforma é globalmente modesta, e em algumas matérias mesmo obsoleta e procedendo a contra ciclo e, em regra, espelha a falta de imaginação de um legislador que parece considerar que o único objetivo da lei laboral é o de melhorar a competitividade e que o único meio para conseguir esse desiderato consiste na redução do custo do trabalho.

E, no entanto, quem leia a referida exposição de motivos poderá ficar, num primeiro momento, persuadido da modernidade e da importância das alterações legislativas introduzidas.

Afirma-se que “a presente revisão revela-se primordial para proporcionar aos trabalhadores, principais destinatários da legislação laboral, um mercado de trabalho com mais e diversificadas oportunidades”. Diz-se, ainda, ser “essencial uma legislação laboral flexível, concentrada na proteção 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”, no que se designa por “a modernização do mercado de trabalho e das relações laborais”.

Alude-se, a vários níveis, à necessidade de uma “aproximação (...) de Portugal aos restantes países europeus” ou, como também se diz, a “necessária aproximação do enquadramento jurídico vigente em países congéneres, nomeadamente no contexto do mercado comum europeu”. Para o efeito propôs o Governo “um conjunto de medidas dirigidas ao bem-estar das pessoas e à competitividade das empresas e da economia portuguesa”.

Invoca-se, finalmente, “um amplo consenso” logrado através da concertação social e do Compromisso para o Crescimento, Competitividade e Emprego assinado no dia 18 de Janeiro de 2012 entre o Governo e a maioria dos parceiros sociais com assento na Comissão Permanente de Concertação Social. Remata-se afirmando que “esta Proposta de Lei constitui um instrumento essencial à regulação das relações laborais, assente num justo equilíbrio entre os valores inerentes à proteção do trabalhador e à flexibili-

dade das empresas, reflexo de um entendimento alargado obtido em sede de concertação social”.

Boa parte deste discurso é de natureza política, compreendendo-se a tentação do jurista de abster-se de o comentar. No entanto, parece-nos que se impõe aqui, como já dissemos, uma exceção, não só porque esta exposição de motivos concentra uma série de argumentos frequentemente esgrimidos em sede de política legislativa, como também porque este discurso tem, por vezes, a pretensão de passar por “científico” e constitui, ele próprio, uma crítica a um direito laboral acusado de ser rígido e pouco adaptado à realidade económica.

É evidente que esta exposição de motivos utiliza, desde logo, uma série de vocábulos com que os legisladores laborais procuram dar-se ares de modernidade: flexibilidade, combate à segmentação, flexisegurança, aproximação a outros ordenamentos, sobretudo os que se inserem no mesmo espaço económico em que nos encontramos.

A verdade, contudo, é que esta alteração legislativa nada tem que ver, genuinamente, com a flexisegurança⁽²⁾. Mesmo quem entenda, como é o nosso caso, que a flexisegurança é um produto cultural dos países do norte da Europa, que, aliás, conhecem diferentes modelos de flexisegurança, e cuja “importação” pode revelar-se delicada, tem que reconhecer que a flexisegurança não é isto, não se reduz a diminuir a tutela do posto de trabalho sem nada dar em troca e sem reforçar significativamente a empregabilidade e a segurança dos trabalhadores nos períodos em que se encontrem entre empregos ou até entre carreiras. Muito mais (ou muito menos) do que flexisegurança, o que o legislador nos brindou foi com uma espécie de caricatura da mesma, uma “flexiflexi”.

Reconhecemos, outrossim, sem dificuldade, que a proposta de lei teve como principais destinatários os trabalhadores, porquanto serão estes, sobretudo, os que mais sofrerão com ela, quer através de uma flexibilidade unilateral a favor do empregador, quer pela redução do custo do trabalho que ela implica. O legislador pre-

(2) E isto mesmo concedendo a ambiguidade da utilização que se faz do vocábulo apontada, entre outros, por FERNANDO VALDÉS DAL-RÉ, *Flexiseguridad y mercado de trabajo*, Relaciones laborales 2010, n.º 9, págs. 1 e segs., pág. 6: “sea cual fuera su perspectiva de análisis, la flexiseguridad es un término preñado de ambigüedades”.

tende, no entanto, fazer-nos crer que visa a promoção do emprego, esquecendo que nunca foi demonstrado que a redução das compensações devidas aos trabalhadores, na hipótese de cessação de contrato de trabalho (por razões objetivas) ou outros meios de facilitar a referida cessação gerassem emprego ou contribuíssem para que os empregadores celebrassem contratos de trabalho. Tudo indica que o dador de emprego contrata porque tem necessidade económica de mão-de-obra e não porque seja fácil despedir.

Invocar o combate à segmentação do mercado de trabalho é de um profundo farisaísmo, já que foi o próprio legislador português que, pela sua inércia, ou mesmo complacência, deixou ao longo de anos, quando não de décadas, que se disseminassem fenómenos de trabalho precário e de falso trabalho autónomo. E repare-se que a solução encontrada pelo legislador para minorar a segmentação parece consistir, não em combater os fenómenos de precariedade e de autêntica exclusão social de que padecem muitos dos falsos trabalhadores autónomos, mas, antes, em reduzir os direitos dos restantes trabalhadores, numa espécie de parificação por baixo.

Quanto ao “alargado consenso” que se exprimiu na concertação social, sem dúvida que ele é “alargado” atendendo ao número dos parceiros sociais, presentes na Comissão Permanente de Concertação Social, já que o referido consenso só não abrangeu a CGTP/Intersindical. Por outras palavras, o Governo teve o consenso de todas as associações de empregadores — que surpresa? — e de uma confederação sindical, a UGT. Mas como não há critérios de representatividade em Portugal que nos permitam aferir a representatividade relativa das Confederações sindicais, e também já agora, dos sindicatos independentes — matéria esta, a da representatividade, em que o Governo não parece muito interessado, como veremos, em aproximar a nossa legislação da de muitos dos nossos congéneres na União Europeia — ignoramos até que ponto é que o consenso é genuinamente alargado no que toca aos trabalhadores, “principais destinatários da legislação laboral”.

2. Passando agora à análise das medidas concretas, elas incidem, como na própria exposição de motivos se reconhece, em quatro matérias fundamentais: organização do tempo de trabalho;

fiscalização das condições de trabalho e comunicações à Autoridade para as Condições de Trabalho; alterações ao regime de cessação do contrato de trabalho por motivos objetivos e, finalmente, alterações ao regime aplicável aos instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho.

Devemos dizer, desde já, que nos parece que a matéria em que as alterações foram de maior monta é a matéria da organização do tempo de trabalho⁽³⁾. Em contrapartida, por exemplo, as alterações do regime aplicável aos instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho foram muito modestas e, parece-nos, inclusive, pouco modernas e pouco ambiciosas.

3. Em matéria de tempo de trabalho uma das principais novidades da alteração legislativa respeita ao banco de horas. Na versão original do Código de Trabalho de 2009 o banco de horas só podia ser introduzido através de instrumento de regulamentação coletiva de trabalho, como resultava do art. 208.º n.º 1⁽⁴⁾. Além disso, o instrumento de regulamentação coletiva de trabalho deveria regular as matérias previstas no n.º 4 do art. 208.º, pelo que não nos parecia ser suficiente para o correto cumprimento da lei limitar-se, por exemplo, a convenção coletiva a prever a possível existência do banco de horas, mas remetendo todo o seu regime para um acordo individual entre o empregador e o trabalhador abrangido.

Para lá de algumas alterações de pormenor ao banco de horas por regulamentação coletiva⁽⁵⁾, prevê-se igualmente a possível existência de um banco de horas individual ou grupal. Adotou-se, assim, o mesmo esquema já existente para a adaptabilidade: deste

⁽³⁾ Sobre esta matéria, cf., por todos, CATARINA DE OLIVEIRA CARVALHO, A desarticulação do regime legal do tempo de trabalho, in *Direito do Trabalho + Crise = Crise do Direito do Trabalho*, Actas do Congresso de Direito do Trabalho, coord. por Catarina de Oliveira Carvalho e Júlio Vieira Gomes, Coimbra Editora, 2011, págs. 359 e segs. e JOANA VICENTE, O novo regime do tempo de trabalho, in *O Memorando da “Troika” e as Empresas*, IDET, Almedina, Coimbra, 2012, págs. 125 e segs.

⁽⁴⁾ Sobre o banco de horas, na sua versão originária, cf. CATARINA DE OLIVEIRA CARVALHO, ob. cit., págs. 395 e segs.

⁽⁵⁾ O artigo 208.º, n.º 4, al. a) ii) prevê agora, por exemplo, que a compensação do trabalho prestado em acréscimo poderá ser feita por aumento do período de férias.

modo, o regime do banco de horas pode ser instituído por um acordo entre empregador e trabalhador, sendo que o acordo pode ser celebrado através de uma proposta por escrito do empregador, presumindo-se a aceitação por parte do trabalhador que não se opõe por escrito a essa proposta nos 14 dias seguintes ao conhecimento da mesma⁽⁶⁾. Além disso, caso a proposta seja aceite por pelo menos 75% dos trabalhadores da equipa, secção ou unidade económica a quem é dirigida, o empregador pode aplicar esse regime de banco de horas ao conjunto dos trabalhadores da mesma estrutura, ainda que se tenham oposto, com a exceção apenas dos trabalhadores abrangidos por convenção coletiva que dispõe de modo contrário a esse regime.

O banco de horas individual poderia parecer, num primeiro momento, uma espécie de acordo de adesão — suscitando-se, assim, o problema de saber se não deveria ser aplicada a lei das cláusulas contratuais gerais. Contudo, o regime acaba por ser imposto legalmente aos trabalhadores que não tenham dado o seu acordo, desde que não ultrapassem os 25% dos trabalhadores da equipa, secção ou unidade económica a quem a proposta foi dirigida, pelo que, em rigor, não se trata (ou não se trata só) de um genuíno instrumento contratual⁽⁷⁾.

Por outro lado, a convenção coletiva, melhor, o instrumento de regulamentação coletiva que institua um regime de banco de horas pode prever que o empregador o possa aplicar ao conjunto dos trabalhadores de uma equipa, secção ou unidade económica se pelo menos 60% dos trabalhadores dessa estrutura forem abrangidos pelo instrumento de regulamentação coletiva, mediante filia-

(6) Repare-se, todavia, que não se prevê aqui norma similar ao art. 205.º, n.º 5.

(7) Relativamente ao trabalhador que não dá o seu acordo, opondo-se expressamente à proposta de introdução do banco de horas, a esta modificação do seu período normal de trabalho (que até agora era considerado objeto do contrato), mas a quem, apesar disso, o regime será aplicado por estar em “minoria”, esta é uma modificação ao contrato de trabalho num aspeto tão essencial como é o da duração do trabalho (e da grandeza da própria prestação) que lhe é imposta pela contraparte contratual. Evolui-se, assim, do contrato para o status, reconhecendo que o contrato de trabalho cada vez menos se assemelha a um contrato, invocando-se, por vezes, em defesa desta solução, um “princípio laboral fundamental: o princípio da prevalência dos interesses de gestão” (MARIA ROSÁRIO DA PALMA RAMALHO, *Direito do Trabalho, Parte II, Situações Laborais Individuais*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2010, pág. 527, ainda que a propósito da adaptabilidade).

ção em associação sindical e por escolha dessa convenção como aplicável (e também por portaria de extensão). Neste caso parece que o trabalhador só não ficará abrangido pelo regime do banco de horas se representado por associação sindical que tenha deduzido oposição à portaria de extensão da convenção coletiva em causa⁽⁸⁾.

Aparentemente, o legislador não teve em conta aqui que a convenção coletiva pode ser aplicável a pelo menos 60% dos trabalhadores da estrutura em causa, mesmo sem qualquer portaria de extensão, bastando para isso que, por exemplo, a maioria dos trabalhadores da unidade económica tenha escolhido a convenção em causa. Um exemplo: numa equipa, secção ou unidade económica em que trabalham dez trabalhadores, dois filiados no sindicato A, dois filiados no sindicato B, seis não filiados em qualquer sindicato, o sindicato A celebra um acordo de empresa que prevê a existência de banco de horas, enquanto o sindicato B não celebra qualquer convenção coletiva. Dos seis trabalhadores não sindicalizados, cinco escolhem a aplicação do acordo de empresa celebrado pelo sindicato A. Este aplica-se, assim, a sete dos dez trabalhadores em causa (dois pelo princípio da filiação e cinco por escolha). O trabalhador não filiado que não escolheu a aplicabilidade do acordo de empresa ficará vinculado ao banco de horas, mas parece que também ficarão igualmente vinculados os outros dois trabalhadores filiados no sindicato B que, obviamente, não terá podido deduzir oposição à portaria de extensão a qual, no caso apresentado, nem sequer existe.

Outro problema consiste em que o legislador parece ter justaposto ou “empilhado” instrumentos de flexibilização do tempo de trabalho, sem cuidar, em regra, da sua compatibilização ou da possibilidade da sua aplicação simultânea. Uma exceção é o art. 209.º n.º 2 do CT em que há o cuidado de esclarecer que aos trabalhadores abrangidos pelo regime de horário concentrado não pode ser aplicado em simultâneo o regime da adaptabilidade, mas fica-se sem saber, por exemplo, se o banco de horas pode coexistir com a exigência de trabalho suplementar, se pode acrescer a um alarga-

(8) Sobre o que deve entender-se por esta oposição cf. CATARINA DE OLIVEIRA CARVALHO, ob. cit., págs. 388-390, quanto ao lugar paralelo da adaptabilidade.

mento do período normal de trabalho por força do art. 210.º ou se o trabalhador pode ter justificações razoáveis (motivos atendíveis como diz o art. 223.º quanto ao trabalho suplementar) para a recusa⁽⁹⁾.

Quanto a esta última questão parece-nos que a questão não pode deixar de ser positiva. Muito embora o trabalho suplementar seja o trabalho prestado fora do horário de trabalho (art. 226.º, n.º 1) — sendo o conceito de horário de trabalho aquele em torno do qual se articula a noção de trabalho suplementar⁽¹⁰⁾ — e o banco de horas se situe “a montante”, representando um acréscimo ao período normal de trabalho, um e outro representam, da ótica do trabalhador, uma exigência de trabalho imprevista e que não podia programar previamente, a não ser, quanto ao banco de horas, atendendo à antecedência que deve estar prevista quanto à comunicação que deve ser feita pelo empregador ao trabalhador da necessidade de prestação de trabalho. A razoabilidade e seriedade do motivo invocado pelo trabalhador para a recusa em realizar em determinado dia o acréscimo de trabalho que lhe é solicitado por invocação do banco de horas deverão, no nosso entender, ser aferidas tendo também em conta a antecedência da comunicação que lhe é feita. Em todo o caso, não deve esquecer-se o princípio fundamental da necessidade de conciliação entre a vida pessoal e familiar e a vida profissional do trabalhador e o dever do empregador de “proporcionar ao trabalhador condições de trabalho que favoreçam a conciliação da actividade profissional com a vida familiar e pessoal” (n.º 3 do art. 127.º).

No seu afã de reduzir custos associados ao trabalho, a Lei n.º 23/2012 reduziu para metade o acréscimo remuneratório a que o trabalhador tem direito pela realização de trabalho suplementar: de acordo com o art. 268.º, n.º 1 esse acréscimo passou a ser de 25% pela primeira hora ou fração desta e 37,5% por hora ou fra-

(9) Sobre o tema cf. JOANA VICENTE, ob. cit., págs. 130-131. Como a autora bem refere, “não se prevê qualquer possibilidade de recusa por parte do trabalhador fundada em motivo atendível ou de outra natureza”.

(10) Como muito bem destaca MARIA ROSÁRIO DA PALMA RAMALHO, ob. cit., pág. 550, “o referencial de delimitação do trabalho suplementar [é] o conceito operatório de horário de trabalho”.

ção subsequente, em dia útil e 50% para cada hora ou fração em dia de descanso semanal, obrigatório ou complementar, ou em dia feriado. Também o acréscimo de retribuição como alternativa a descanso compensatório por trabalho normal em dia feriado em empresa não obrigada a suspender o seu funcionamento nesse dia passou a ser de 50% de retribuição ou, em alternativa, direito a descanso compensatório com duração de metade do número de horas prestadas (art. 269.º n.º 2).

Além da redução do número de feriados obrigatórios (art. 234.º, n.º 1), o legislador introduziu, também, modificações em matéria de férias e de faltas.

Quanto às férias, além de ter revogado a norma que “premiava” a assiduidade com um aumento do número de dias de férias (os antigos números 3 e 4 do art. 238.º), norma que era objeto de grande controvérsia doutrinal e que, na nossa opinião sacrificava ao escopo de promover a assiduidade bens jurídicos de muito maior valor, a Lei n.º 23/2012 veio introduzir uma solução inovadora no n.º 3 do art. 238.º, o qual, na sua nova redação, estabelece que “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 domingos que não sejam feriados”. Parece-nos que a norma vai suscitar alguns problemas de aplicação. Repare-se que o dia de descanso complementar, previsto no IRCT, pode ser contínuo ou descontínuo (e mesmo existir em apenas algumas semanas do ano, como resulta do n.º 3 do art. 232.º). Mas, e sobretudo, pode nem sequer existir: a lei só garante ao trabalhador um dia de descanso semanal obrigatório (art. 232.º, n.º 1) e se o trabalhador não for abrangido por qualquer IRCT que preveja um dia de descanso semanal complementar e, à luz do n.º 2 do art. 232.º, possa ter um dia de descanso obrigatório que não coincida com o domingo, a aplicação do n.º 3 do art. 238.º redundará numa diminuição dos dias de férias. Expliquemo-nos melhor com um exemplo: o trabalhador A tem apenas direito a um dia de descanso compensatório, obrigatório por lei, que no seu caso é a sexta-feira. Até agora, os seus 22 dias úteis de férias contavam-se atendendo aos “dias da semana de segunda-feira a sexta-feira com exceção de feriados” (n.º 2 do art. 238.º).

Se agora os contarmos excluindo as sextas-feiras, mas passando a contar os sábados e os domingos, o trabalhador A sofrerá uma redução (real) na duração das suas férias e ficará aquém das 4 semanas imperativas por força da Diretiva sobre tempo de trabalho. A não ser que se entenda que o novo n.º 3 do art. 238.º por se referir sempre ao plural (“caso os dias de descanso (...) em substituição daqueles”) pressupõe o caso (apesar de tudo mais frequente entre nós) da existência de mais do que um dia de descanso semanal, não tendo aplicação sempre que o trabalhador só tenha direito a um dia de descanso semanal (o legalmente obrigatório).

Outra novidade é a possibilidade de o empregador encerrar a empresa ou o estabelecimento, total ou parcialmente, para férias dos trabalhadores, “um dia que esteja entre um feriado que ocorra à terça-feira ou quinta-feira e um dia de descanso semanal, sem prejuízo da faculdade prevista na alínea g) do n.º 3 do art. 226.º” (alínea b) do n.º 2 do art. 242.º). Em primeiro lugar, sublinhe-se que deste modo se agudiza a possibilidade de por decisão unilateral do empregador — embora esta tenha que ser comunicada com significativa antecedência, como resulta do n.º 3 do art. 242.º⁽¹¹⁾ — as férias serem entrecortadas, assim se erodindo o princípio de que o gozo interpolado das férias carece de acordo escrito do trabalhador (n.º 8 do art. 241.ª), permitindo agora “semear” dias de férias dispersos pelo ano civil⁽¹²⁾. Mas o aspeto mais surpreendente e problemático é, quanto a nós, a nova redação da alínea g) do n.º 3 do artigo 226.º, para a qual se remete. Resulta desta alínea que “não se compreende na noção de trabalho suplementar (...) o trabalho prestado para compensar encerramento para férias previsto na alínea b) do n.º 1 do art. 242.º por decisão do empregador”. Entendido literalmente o preceito constitui — perdoe-se-nos a expressão, mas pensamos que se justifica a sua utilização neste contexto — uma verdadeira contradição jurídica. O trabalho não prestado em um dia de férias — ou seja, num dia em que não há obrigação de trabalhar — não se compensa!... O preceito coloca, como bem sublinha

(11) Mas parece que esta “marcação” poderá ela própria ser alterada à luz do disposto no n.º 1 do art. 243.º.

(12) Parece que esta faculdade não estará sequer limitada pelo n.º 3 do art. 241.º.

LIBERAL FERNANDES, o problema dos limites do poder do legislador⁽¹³⁾. Poderia este estabelecer que um período em que o trabalhador trabalha efetivamente contaria para efeitos legais como pausa⁽¹⁴⁾? E poderá este definir como dia de férias um dia em que o trabalho não realizado nesse dia terá que ser compensado noutros? Tal redundaria em uma diminuição efetiva dos dias de férias com possível violação do Direito da União, como já foi denunciado por LIBERAL FERNANDES⁽¹⁵⁾.

Mas talvez se possa defender que existiu aqui um lapso do legislador, aliás indiciado pelo inciso final da alínea *b*) do n.º 2 do art. 242.º (“sem prejuízo da faculdade prevista na alínea *g*) do n.º 3 do art. 226.º” — o que sugere que se trata aqui de uma outra faculdade do empregador). Parece que estão aqui em jogo duas faculdades distintas do empregador: este pode tratar aquele dia de encerramento como um dia de férias **ou** recorrer à faculdade que tradicionalmente existe em Portugal de substituir os dias de “ponte”, em que não se trabalhará, por trabalho compensatório que não é trabalho suplementar. Porque esse dia de paragem pode ser agora por decisão unilateral do empregador um dia de férias, o artigo 226.º, n.º 3, alínea *g*), designou impropriamente esse dia de paragem como dia de férias.

Relativamente ao regime das faltas, sublinhe-se o regresso, no art. 256.º, n.º 3, à velha solução de, faltando o trabalhador injustificadamente a um ou 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 da perda

(13) FRANCISCO LIBERAL FERNANDES, *O Tempo de Trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, págs. 233-234.

(14) Mesmo sendo exato que o conceito de tempo de trabalho não é um conceito naturalístico e que, por exemplo, certas pausas contam como tempo de trabalho e é tempo de descanso, para efeitos legais, o tempo que passamos “presos” num engarrafamento no caminho para o emprego, não pode construir-se um conceito que seja oposto à sua própria teleologia: as férias são (também) expressão do direito ao descanso e não é um dia de descanso, parece-nos, aquele em que a interrupção da prestação laboral tenha que ser compensada por trabalho prestado em outros dias.

(15) FRANCISCO LIBERAL FERNANDES, *ob. cit.*, pág. 234, alerta, precisamente, para o perigo de violação do artigo 7.º, n.º 1 da Diretiva 2003/88, que fixa a duração mínima para as férias anuais de quatro semanas.

de retribuição (...) abrange os dias ou meios-dias de descanso ou feriados imediatamente anteriores ou posteriores ao dia de falta”. Embora o n.º 3 do art. 256.º, na sua parte final, só se refira ao dia de falta, pensamos que a norma também abrangerá a hipótese de meio dia de falta injustificada (como resulta da parte inicial do n.º 3: “na situação referida no número anterior”). Trata-se aqui de uma infração grave (n.º 2 do art. 256.º), mas repare-se que a contagem dos dias e meios dias imediatamente posteriores ou anteriores ao dia ou meio dia de falta se faz exclusivamente para efeitos de perda de retribuição e já não para cálculo do número de faltas injustificadas em cada ano civil relevante para feitos de despedimento.

Há, também, novidades legislativas em matéria de redução temporária do período normal de trabalho ou suspensão do contrato de trabalho por facto respeitante ao empregador. O art. 298.º do CT passou a ter um novo número, o n.º 4, segundo o qual, em regra, e com a ressalva das situações de empresa em situação económica difícil ou em processo de recuperação, a empresa que recorra a este regime deve ter a sua situação contributiva regularizada perante a administração fiscal e a segurança social. Novo é também o art. 298.º-A — note-se a curiosa redação da parte final do artigo que se refere a um acordo entre o empregador e os trabalhadores abrangidos ou as suas estruturas representativas, como se não houvesse qualquer hierarquia⁽¹⁶⁾.

De acordo com o art. 299.º o empregador deve comunicar por escrito a intenção de reduzir ou suspender a prestação de trabalho, “à comissão de trabalhadores ou, na sua falta, à comissão intersindical ou comissões sindicais da empresa representativas dos trabalhadores a abranger”. Fica-se na dúvida sobre o que quer dizer

(16) Pensamos que este acordo terá que respeitar a ordem que resulta do art. 299.º, devendo ser celebrado com a comissão de trabalhadores e, só na falta desta, com a comissão intersindical ou comissões sindicais da empresa representativas dos trabalhadores a abranger. Se todas estas entidades não existirem, pensamos que o acordo para redução do período anterior à nova aplicação de medidas de redução e suspensão deverá ser celebrado com a comissão representativa dos trabalhadores (que, como dizemos no texto, parece-nos ser ainda uma estrutura representativa, para este efeito, apesar da terminologia legal algo equívoca) e só se esta também não existir é que o acordo poderá, ao que parece, ser celebrado diretamente com os trabalhadores abrangidos.

“representativas dos trabalhadores a abranger” até porque não há, em regra, critérios de representatividade⁽¹⁷⁾.

A lei estabelece agora (art. 299.º, n.º 2, na nova redação) que “o empregador disponibiliza para consulta os documentos em que suporta a alegação de situação de crise empresarial, designadamente de natureza contabilística e financeira”. Parece que a disponibilização para consulta deverá ser simultânea com a comunicação prevista no n.º 1 ou, ao menos, imediata. Caso não haja comissão de trabalhadores nem comissão sindical ou intersindical, o empregador

(17) A expressão “comissão intersindical ou comissões sindicais representativas dos trabalhadores a abranger” suscita-nos dúvidas sobre qual o tipo de representação ou de representatividade de que se está a falar. Como é sabido, as taxas de filiação sindical são relativamente baixas em Portugal, pelo que se apenas se atender à filiação sindical muito provavelmente a comissão intersindical ou comissão sindical representará, consoante o caso concreto, uma percentagem maior ou menor dos trabalhadores, mas que, em regra, pelo menos nas empresas de certa dimensão, estará muito longe da totalidade. É possível que o legislador tenha considerado que a comissão intersindical ou as comissões sindicais da empresa representarão a totalidade dos trabalhadores a abranger, mesmo que não filiados nesses sindicatos ou, porventura, mesmo que não filiados nesses sindicatos e filiados noutros. Com efeito, bem pode suceder que um sindicato tenha apenas um delegado sindical nessa empresa, mas que outro sindicato tenha nessa mesma empresa uma comissão sindical. Entender que a comissão sindical representa automaticamente todos os trabalhadores, filiados ou não, ou mesmo filiados noutro sindicato é, quanto a nós, deitar borda fora a tutela tanto da liberdade sindical negativa, como da liberdade sindical positiva e é particularmente grave num ordenamento em que não há critérios de representatividade sindical. Em suma, um trabalhador bem pode não se filiar num sindicato, pelas razões mais variadas, mas que a lei tutela como expressão da sua liberdade: porque não confia na direção do sindicato, porque considera o sindicato em causa demasiado próximo de uma certa ideologia política ou do patronato. Mas de nada importará essa sua decisão de não se filiar, já que o sindicato que não escolheu representá-lo-á por força da lei, em momentos cruciais como um despedimento coletivo ou um lay-off. Pensamos, contudo, que mesmo que se siga esse entendimento, sempre será ao menos necessário, para que a comissão sindical ou intersindical possa considerar-se “representativa” dos trabalhadores a abranger pela medida planeada pelo empregador que esses trabalhadores pudessem, todos eles, se assim o desejassem, inscrever-se no referido sindicato. Se a comissão sindical é composta, por exemplo, pelos delegados sindicais de um sindicato de categoria, e são abrangidos pela medida trabalhadores que pela sua categoria profissional não poderiam inscrever-se no referido sindicato ou se o sindicato em causa é um sindicato de âmbito regional (por exemplo, um sindicato do sul) quando a medida abrange todos os trabalhadores da empresa a nível nacional, não nos parece que, pelo menos nesse caso, a comissão sindical possa considerar-se representativa de todos os trabalhadores abrangidos pela medida. Nessa hipótese, ainda que tal não resulte com clareza da letra da lei, parece-nos que o empregador deverá contactar e negociar, não apenas com a comissão sindical, mas com os restantes trabalhadores abrangidos que poderão também aqui constituir uma comissão *ad hoc*.

dor deve disponibilizar a consulta aos próprios trabalhadores, sendo a informação enviada para a comissão representativa que venha a ser designada. Mais uma vez, a lei não esclarece, expressamente, o que se passa se os trabalhadores não indicarem uma comissão representativa.

Repare-se que no art. 302.º n.º 2 também se prevê uma consulta relativamente ao plano de formação, mas aqui a consulta é aos trabalhadores abrangidos, conjuntamente com um pedido de parecer da estrutura representativa dos trabalhadores. Fica a dúvida se estrutura representativa dos trabalhadores abrange também a comissão representativa; diríamos que sim face ao art. 300.º n.º 1, mas a Lei nem sempre é muito clara já que, por exemplo, no art. 301.º n.º 4 se diz agora que “na falta de estrutura representativa dos trabalhadores ou da comissão representativa referida no n.º 3 do art. 299.º” mudando-se a redação original que apenas se referia à falta de estrutura representativa.

A alteração da terminologia legal empregue não é, a nosso ver, muito feliz. Na sua versão originária o CT de 2009 referia-se, sempre, nesta sede, à “estrutura representativa dos trabalhadores”⁽¹⁸⁾, o que abrangia, não apenas as estruturas de representação coletiva dos trabalhadores (comissão de trabalhadores, comissão intersindical e comissões sindicais), mas também a comissão representativa *ad hoc* que os trabalhadores a abranger podem designar.

É agora um pouco mais duvidoso se a expressão estrutura representativa abrange também a comissão representativa, porque a lei tem agora o cuidado de as distinguir em alguns preceitos (nos números 2, 3 e 4 do art. 301.º e no n.º 1 do art. 307.º), enquanto em outros continua a referir-se, apenas, à estrutura representativa dos trabalhadores (assim, designadamente, nos números 1 e 4 do art. 300.º e no n.º 2 do art. 302.º). Ignoramos se a alteração legislativa se deveu ao preciosismo linguístico de distinguir entre as estruturas de representação coletiva dos trabalhadores de uma empresa e a comissão *ad hoc*, constituída na falta daquelas estru-

⁽¹⁸⁾ Era o que sucedia nos n.ºs 1 e 4 do art. 300.º, nos n.ºs 3 e 4 do art. 301.º, no n.º 2 do art. 302.º e no n.º 1 do art. 307.º.

ras pelos trabalhadores a abranger por estas medidas, mas pensamos que não foi intenção do legislador excluir a comissão representativa da fase das negociações prevista no art. 300.º até porque, a ser assim, não faria muito sentido a sua constituição. Assim, pensamos que, apesar das flutuações terminológicas, a expressão estrutura representativa dos trabalhadores continua a abranger a comissão representativa, mesmo nos preceitos em que só se emprega aquela primeira expressão.

Note-se também que o art. 301 n.º 2 foi sensivelmente alterado: não só a redução ou suspensão pode agora iniciar-se no prazo de cinco dias (e não dez) sobre a data da comunicação mencionada no art. 300.º n.º 3, como também poderá sê-lo imediatamente “em caso de acordo entre o empregador e a estrutura representativa dos trabalhadores, a comissão representativa referida no n.º 3 do art. 299.º ou a maioria dos trabalhadores abrangidos ou, ainda, no caso de impedimento imediato à prestação normal de trabalho que os trabalhadores abrangidos conheçam ou lhes seja comunicado”.

Foi suprimida a parte final do n.º 3 do art. 301.º que previa a possibilidade de a estrutura representativa dos trabalhadores se opor à prorrogação da medida, bem como, na falta de estrutura representativa dos trabalhadores, a necessidade de acordo escrito do trabalhador abrangido, a que se referia o n.º 4 do art. 301.º na sua redação primitiva. Assim, esta prorrogação que anteriormente tinha, de algum modo, que ser consensual passou a poder ser unilateralmente imposta pelo empregador.

O art. 303.º viu igualmente a sua redação ser alterada. Mantêm-se os deveres do empregador no período de redução ou suspensão, mas acrescenta-se que “durante o período de redução ou suspensão, bem como nos 30 ou 60 dias seguintes à aplicação das medidas, consoante a duração da respetiva aplicação não exceda ou seja superior a 6 meses, o empregador não pode fazer cessar o contrato de trabalho de trabalhador abrangido por aquelas medidas exceto se se tratar da cessação da comissão de serviço, cessação de contrato de trabalho a termo ou despedimento por facto imputável ao trabalhador” e, se violar esta proibição o empregador, terá que proceder à devolução dos apoios recebidos em relação ao trabalhador cujo contrato tenha cessado. Parece-nos, pois, que o despedi-

mento será “lícito”⁽¹⁹⁾ e “regular”, ainda que acarrete esta restituição e represente uma contra-ordenação grave⁽²⁰⁾. De acordo com o art. 305.º n.º 4, a compensação retributiva será paga em 30% do seu montante pelo empregador e em 70% pelo serviço competente da área da Segurança Social. Novo é igualmente o n.º 5 do art. 305.º; resulta deste número que quando o trabalhador frequenta um curso de formação profissional pode haver um aumento da compensação retributiva do trabalhador e um aumento do valor pago pela Segurança Social ao empregador. Prevê-se, agora, também uma informação direta aos trabalhadores abrangidos se não existir estrutura representativa, nem comissão representativa.

4. Relativamente à fiscalização das condições de trabalho e comunicações à ACT, invocando-se a necessidade de diminuir a burocracia e o excesso de procedimentos e racionalizar a actuação da ACT, adotaram-se várias medidas que, no fundo, reduzem a atividade preventiva da ACT. Realçaremos apenas duas delas que nos parecem de bondade muito duvidosa, a saber, a eliminação da obrigatoriedade do envio do regulamento da empresa e a eliminação da obrigatoriedade do envio do acordo de isenção de horário. Ao contrário do que sucede em outros países, como por exemplo, a França, o regulamento interno não é obrigatório por lei em Portugal, nem mesmo nas grandes empresas, e não tem um conteúdo legal mínimo. Mas, quando existe, o regulamento interno é um instrumento importante, não só como proposta contratual, mas também por nele terem assento, boa parte das “normas” da empresa⁽²¹⁾, pelo que não deixava de ser útil um controlo prévio do mesmo pela ACT. Também a eliminação do envio obrigatório do acordo de isenção de horário irá fomentar, estamos em crer, as situações de recurso ilegal à isenção de horário de tra-

(19) As aspas devem-se a que, apesar de tudo, verificou-se a violação de uma norma legal, mas afigura-se-nos que as únicas consequências dessa violação são as previstas no n.º 3 e no n.º 4 (que também parece aplicar-se a esta hipótese) do art. 303.º.

(20) Pode perguntar-se se esta proibição continuará a valer se a empresa/empregador for declarada(o) em situação de insolvência.

(21) Recorde-se, aliás, que não existe consenso na doutrina nacional quanto ao possível reconhecimento do regulamento interno como fonte de direito.

balho, situações que já parecem ser frequentes e que mais valia tentar prevenir⁽²²⁾.

Estes dois exemplos mostram o modo equivocado como o legislador procura combater a burocracia e “simplificar a legislação laboral”: pode considerar-se, com efeito, e com boas razões, que a nossa legislação laboral é excessivamente complexa, sobretudo para as micro e pequenas empresas⁽²³⁾. Mas mais valia atender à dimensão da empresa e reconhecer que o que é exigível a uma grande empresa pode revelar-se excessivo ou ilusório a uma pequena ou micro empresa.

5. Quanto às alterações ao regime de cessação de contrato de trabalho por motivos objetivos tratou-se, por um lado, de reduzir os valores das compensações a que o trabalhador tem direito na eventualidade de cessação do contrato e, por outro, de facilitar certas causas de cessação, como o despedimento por extinção de posto de trabalho, e de criar, de modo mais ou menos camuflado por detrás da “cortina das palavras”, uma nova causa de cessação a qual de inadaptação só tem o nome e que é o despedimento, sem necessidade de culpa do trabalhador, por redução de produtividade.

A propósito do valor das compensações por cessação do contrato de trabalho por motivos objetivos, verifica-se a sua redução, por força do art. 366.º do CT, aplicável igualmente para cálculo da compensação por caducidade dos contratos a termo certo e incerto (cf., respetivamente o n.º 2 do artigo 344.º e o n.º 4 do art. 345.º), da compensação por caducidade resultante de morte do empregador, extinção da pessoa coletiva ou encerramento da empresa (n.º 5 do art. 346.º), da compensação por despedimento por extinção do

(22) A revogação do n.º 4 do art. 127.º do CT eliminou, também, entre outras situações, a obrigatoriedade de envio prévio da apólice de seguro de acidentes de trabalho, que também podia ter alguma eficácia preventiva.

(23) Sobre o tema é fundamental, entre nós, a monografia de CATARINA DE OLIVEIRA CARVALHO, *Da Dimensão da Empresa no Direito do Trabalho, Consequências práticas da dimensão da empresa na configuração das relações laborais individuais e colectivas*, Coimbra Editora, 2011. Cf., designadamente, as págs. 61 e segs e 131 e segs., respetivamente a propósito da gradual descoberta pelo Direito do Trabalho da diferente dimensão das empresas e dos escopos legislativos subjacentes ao reconhecimento da diferença.

posto de trabalho (art. 372.º) e por despedimento por inadaptação (n.º 1 do art. 379.º).

Ressalvaram-se, no entanto, as legítimas expectativas adquiridas através do sistema previsto no art. 6.º da Lei n.º 23/2012. Assim, quanto aos contratos de trabalho anteriores a 1 de novembro de 2011, terá que distinguir-se entre o período de duração do contrato decorrido até 31 de Outubro de 2012⁽²⁴⁾ que se rege pelas disposições do Código do Trabalho na sua versão originária e o período de duração do contrato posterior a essa data em que o montante da compensação corresponderá ao previsto no artigo 366.º CT., podendo, aliás, a compensação por este segundo segmento temporal nem sequer existir ou ser reduzida, por força do n.º 4 do referido art. 6.º⁽²⁵⁾.

Em matéria de cessação de contrato por razões objetivas as principais novidades incidem sobre o despedimento por extinção de postos de trabalho e sobre o despedimento por inadaptação.

Quanto ao primeiro, desapareceu a vinculação do empregador a um elenco legal hierarquizado de fatores ou critérios de seleção⁽²⁶⁾ para passar a ser o empregador quem decide quais são os critérios que irá seguir para a escolha dos trabalhadores que serão abrangidos pelo despedimento. A lei esclarece que o empregador deve definir “critérios relevantes e não discriminatórios face aos objectivos subjacentes à extinção do posto de trabalho” (n.º 2 do art. 368.º), cabendo também ao empregador demonstrar ter observado tais critérios, sendo tal demonstração suficiente para se considerar que a subsistência da relação de trabalho é praticamente impossível (n.º 4 do art. 368.º).

O empregador é, pois, agora livre de escolher os critérios que irá seguir para a seleção dos trabalhadores a abranger, podendo, por exemplo, optar pelo critério da menor antiguidade na empresa

(24) Cf., contudo, a alínea *a*) do n.º 2 do art. 6.º que na hipótese de caducidade do contrato a termo que tenha sido objeto da renovação extraordinária prevista pela Lei n.º 3/2012, dá relevância à data da renovação extraordinária caso seja anterior àquela data de 31 de Outubro de 2012.

(25) Para exemplos práticos de aplicação deste (complexo) regime cf. PEDRO FURTADO MARTINS, *Cessação do Contrato de Trabalho*, 3.ª ed. revista e atualizada, Principia Editora, Parede, 2012, págs. 354 e segs.

(26) Reportamo-nos ao antigo n.º 2 do art. 368.º do CT de 2009.

ou da menor qualificação ou experiência profissional, sem esquecer, contudo, que tais critérios hão-de ser coerentes e, portanto, relevantes face aos objetivos visados pela extinção do posto de trabalho.

Desaparece, também, a obrigação de verificar se existe na empresa um posto de trabalho compatível com a categoria profissional do trabalhador o que, quanto a nós, resultava da própria natureza do despedimento como medida última a adotar, quando não é exigível ao empregador outro comportamento. A alteração tornará mais dúctil e flexível o despedimento por extinção do posto de trabalho⁽²⁷⁾.

Mais radicais são as transformações a que foi sujeita a figura do despedimento por inadaptação. Muito embora se continue a tratar de uma cessação de contrato de trabalho fundamentada na inadaptação superveniente do trabalhador ao posto de trabalho (art. 373.º) passa a distinguir-se uma inadaptação conexa com modificações no posto de trabalho e uma inadaptação sem que haja modificações no posto de trabalho (cf. os n.ºs 1 e 2 do art. 375.º). Na hipótese de não existirem modificações no posto de trabalho o despedimento por inadaptação poderá ter lugar “desde que cumulativamente se verifiquem” vários requisitos: em primeiro lugar, uma modificação substancial da prestação realizada pelo trabalhador de que resulta precisamente a inadaptação, por se verificar uma das situações⁽²⁸⁾ previstas na alínea *a*) do n.º 2 do art. 375.º⁽²⁹⁾, em

(27) Sobre o despedimento por extinção do posto de trabalho na nova configuração que lhe foi dada pela Lei n.º 23/2012 de 25/06 cf. PEDRO FURTADO MARTINS, ob. cit., págs. 267 e segs.

(28) Qualquer uma destas situações há-de ser determinada pelo modo de exercício das funções e é necessário que “em face das circunstâncias seja razoável prever que tenham carácter definitivo”.

(29) Muito embora a lei não seja aqui muito clara já que o art. 375.º n.º 2 al. *a*) utiliza o vocábulo “nomeadamente”, mas acaba por mencionar todas as circunstâncias em que pode consistir a inadaptação de acordo com o art. 374.º n.º 1, a saber, “a redução continuada de produtividade ou de qualidade”, “avarias repetidas nos meios afectos ao posto de trabalho”, “riscos para a segurança e saúde do trabalhador, de outros trabalhadores ou de terceiros”. Parece-nos, em suma, que este “nomeadamente” não pretenderá atribuir ao elenco um carácter exemplificativo (por oposição a taxativo), tendo antes o valor de “designadamente”. Em sentido oposto cf. PEDRO FURTADO MARTINS, ob. cit., n. 420, pág. 380. Com efeito, não só não nos parece que o art. 374.º n.º 1 contenha um elenco exemplificativo das situações de inadaptação, exigindo (fora do caso especial do n.º 2) exigindo que

segundo lugar, uma “informação”⁽³⁰⁾ ao trabalhador⁽³¹⁾, depois, recebida a resposta do trabalhador ou decorrido o prazo para a mesma, ordens e instruções escritas com o intuito de corrigir a execução do trabalho pelo trabalhador, atendendo aos factos por este invocados e, finalmente, a aplicação das alíneas *b)* e *c)* do n.º 1 do art. 375.º, com as devidas adaptações, o que parece traduzir-se na necessidade de proporcionar, consoante os casos concretos, formação profissional adicional e, parece-nos que sempre, um período de tempo de pelo menos 30 dias para que o trabalhador procure corrigir a sua prestação, face às novas ordens e instruções que lhe foram dadas para o efeito⁽³²⁾.

A aplicação em concreto desta figura suscitará, na nossa opinião, várias dificuldades. Não havendo modificação do posto de trabalho, o juízo sobre a redução continuada de produtividade ou de qualidade exige, não apenas um elemento temporal, já sugerido pelo adjetivo “continuada”, mas igualmente uma comparação com a produtividade anterior do trabalhador. Quando se introduz uma modificação no posto de trabalho é fácil compreender que a comparação é entre o antes e o depois desta introdução — o art. 375.º, n.º 1 alínea *a)* refere-se, aliás, a modificações no posto de trabalho, novas tecnologias ou equipamentos introduzidos **nos seis meses anteriores** ao início do procedimento.

Na outra hipótese em que não há modificações no posto de trabalho, pergunta-se: compara-se a produtividade do trabalhador

se verifique uma qualquer das situações previstas nas suas alíneas para que se possa falar em inadaptação, como também não nos parece que o legislador tenha, apesar da utilização do vocábulo “nomeadamente” no art. 375.º, n.º 2, al. *a)*, querido introduzir um conceito absolutamente indeterminado ou indefinido de inadaptação (de que as situações previstas no n.º 1 do art. 374.º seriam apenas exemplos) em matéria constitucionalmente tão sensível e delicada como a dos despedimentos.

⁽³⁰⁾ O uso do vocábulo pode sugerir que se trata de uma mera declaração de ciência... A lei evita, aliás, falar em acusação e defesa, porventura para evitar qualquer “contaminação” com a linguagem do procedimento disciplinar.

⁽³¹⁾ Juntando cópia dos documentos relevantes, da apreciação da atividade antes prestada, acompanhada da descrição circunstanciada dos factos demonstrativa da modificação substancial da prestação e informando igualmente o trabalhador de que pode pronunciar-se por escrito em prazo não inferior a cinco dias úteis.

⁽³²⁾ Recorde-se que o caso especial do n.º 2 do art. 374.º possibilita também um despedimento por inadaptação sem modificação do posto de trabalho, devendo atender-se ao art. 375.º, n.º 3, al. *b)*.

— essa sua redução continuada — com a sua produtividade nos últimos seis meses, no último ano, durante a duração de todo o contrato? E se a produtividade apresentada pelo trabalhador for irregular, conhecendo picos e reduções, atender-se-á a uma média? Além disso, parece que se compara a produtividade do trabalhador com aquela de que ele próprio foi capaz anteriormente, carecendo de relevância qualquer produtividade média na empresa⁽³³⁾. Poderá assim, ao que parece, despedir-se por inadaptação um trabalhador que por hipótese ainda é mais produtivo que a produtividade média na sua secção ou unidade ou, até, que continua a ser o mais produtivo, desde que seja menos produtivo do que o que vinha sendo anteriormente...

É sabido, no entanto, que esta redução de produtividade para relevar para despedimento por inadaptação não pode ser imputável ao próprio empregador (art. 374.º, n.º 4)⁽³⁴⁾, nem deve prejudicar “a protecção conferida aos trabalhadores com capacidade de trabalho reduzida, deficiência ou doença crónica” (n.º 3 do art. 374.º). Uma vez que a lei não define propriamente o que seja um posto de trabalho e que este pode ser concebido, simplesmente, como um conjunto de funções⁽³⁵⁾, importa ter presente que a redução de produtividade ou de qualidade, ainda que continuada, pode resultar de múltiplas situações que são ainda imputáveis ao empregador, em sentido amplo, ora com culpa, ora sem ela.

Na verdade, bem pode suceder que a redução de produtividade se fique a dever, ao menos em parte, a comportamentos do empregador, mesmo que sem culpa por parte deste. Pense-se, por exemplo, em uma transferência definitiva ou temporária do trabalhador (e a que este por hipótese não se opôs), vendedor de carros de luxo, de Lisboa para Freixo de Espada à Cinta. Afigura-se-nos muito provável que o referido vendedor não consiga o mesmo

(33) Parece-nos insólito que assim seja, mas não há arrimo na letra da lei para outro entendimento, a não ser que se invoque o princípio da boa fé que preside à execução do contrato de trabalho.

(34) Recorde-se, aliás, que também é dever do empregador contribuir para o aumento da produtividade do trabalhador, como resulta do art. 127.º, n.º 1, al. d).

(35) Admitimos, aliás, que não haja uma definição unitária deste conceito e que ela possa variar com a teleologia dos preceitos em causa. Cf., a este propósito, PEDRO FURTADO MARTINS, ob. cit., págs. 245 e segs., particularmente 249.

volume de vendas em Freixo de Espada à Cinta que vinha conseguindo em Lisboa, mas não nos parece que esta redução possa justificar um despedimento. Do mesmo modo, a redução de produtividade, ainda que sem modificações no posto de trabalho, pode resultar de novas técnicas de gestão, de novas chefias, sem esquecer comportamentos ilícitos pelos quais o empregador é responsável (como sejam, o assédio moral, vertical ou horizontal, que deverá, aliás, de algum modo, caber na violação das condições de segurança previstas no art. 374.º n.º 4). Importa, ainda, ter em conta que as várias situações de redução continuada de produtividade ou de qualidade, de avarias repetidas, de riscos para a segurança e saúde do trabalhador devem permitir um juízo de prognose sobre o seu carácter definitivo. Ora, muitas vezes, esse juízo não será razoável em função de situações temporárias que o trabalhador atravessa: a doença prolongada de um familiar, um processo de divórcio particularmente doloroso, uma doença diagnosticada ao próprio trabalhador (ainda que não seja necessariamente uma doença crónica) podem determinar que, sendo os trabalhadores também pessoas, a sua produtividade seja afetada, sem que, no entanto, isso legitime uma prognose quanto ao carácter definitivo daquelas situações.

Nesta hipótese, a lei passou a prever que o empregador deve informar o trabalhador, juntando cópia dos documentos relevantes da apreciação da atividade antes prestada e com descrição circunstanciada dos factos demonstrativa da modificação substancial da prestação, podendo o trabalhador pronunciar-se por escrito em prazo não inferior a cinco dias úteis. Nesta hipótese em que não há modificação do posto de trabalho, assumirão, por isso, grande relevância os resultados das avaliações passadas referentes à produtividade do trabalhador. Infelizmente, tais métodos de avaliação frequentemente pouco têm de objetivo e a lei vem agora suscitar a questão de saber se o trabalhador não os poderá impugnar, precavendo-se contra um possível despedimento por inadaptação — aliás, tais avaliações serão agora perigosas não apenas quando negativas ou quando atribuem ao trabalhador uma classificação que sugere uma redução sensível da qualidade da prestação, mas também quando empoladas, porque a atribuição de uma classifica-

ção muito alta pode ser precisamente o primeiro passo para, posteriormente, se verificar a “redução” da produtividade ou qualidade. Os sistemas de avaliação de desempenho passam, por isso, a ter uma importância legal acrescida, justificando-se, no nosso entender, que os trabalhadores fiquem muito mais atentos à sua implementação^(36/37).

6. Enquanto em matéria de tempo de trabalho e mesmo em sede de cessação do contrato de trabalho, a Lei n.º 23/2012 introduziu alterações sensíveis, as alterações em matéria de relações coletivas não apenas são muito modestas, mas contrastam com as modificações que foram introduzidas na matéria por outras legislações recentes e ficam muito aquém do diagnóstico que foi realizado, a este respeito, no Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica.

Antes de apreciar, mais detidamente, as (parcas) inovações em matéria de contratação coletiva, não queremos deixar de fazer um esboço, necessariamente muito sucinto, da evolução verificada neste domínio desde 2003. Como tentaremos demonstrar, trata-se de uma evolução que não é linear e que só na aparência redundou em um menor intervencionismo estatal. Além disso, essa análise permite-nos denunciar as razões de uma estranha inércia legislativa.

7. O sistema de relações coletivas português tem sofrido desde o Código do Trabalho de 2003 uma evolução significativa,

⁽³⁶⁾ Devendo, porventura, admitir-se mesmo que possam recorrer a providências cautelares quando considerem que a sua classificação é falaciosa e que os critérios adotados são discriminatórios ou opacos, já que esse poderá ser o primeiro passo para preparar um despedimento por inadaptação.

⁽³⁷⁾ Esta nova modalidade de despedimento — a dos despedimentos por redução de produtividade sem necessidade de demonstrar a culpa do trabalhador — vem acompanhada de um mecanismo que parece ser, até certo ponto, um estímulo à denúncia do contrato pelo trabalhador alvo de um procedimento de despedimento por inadaptação. Com efeito, no caso de despedimento por inadaptação, mas apenas nas hipóteses previstas no art. 374.º n.º 2 e 375.º n.º 3 alínea b) — ou seja, no despedimento por inadaptação de trabalhadores afetos a cargos de complexidade técnica ou de direção quando não cumpram os objetivos previamente acordados, por escrito, e quanto aos trabalhadores despedidos por inadaptação sem modificação do posto de trabalho, o trabalhador poderá denunciar o contrato, após a comunicação a que se refere, pensamos nós, o art. 378.º n.º 2.

associada ao que pode verdadeiramente designar-se como uma revolução em matéria de fontes⁽³⁸⁾. É típico dos tempos de revolução ou, se se preferir, de substituição de paradigmas, que quem os vive nem sempre se apercebe para onde é que a corrente revolucionária o arrasta, quais os remoinhos e os pontos de viragem cruciais. As revoluções apreciam-se melhor a muitos anos de distância, quando o rio da existência volta a correr aparentemente tranquilo. Mas nem por isso algumas considerações necessariamente provisórias serão desprovidas de utilidade.

Até 2003 se pretendesse descrever o nosso sistema de relações coletivas a um jurista estrangeiro, o jurista português, provavelmente, referiria a liberdade sindical como direito fundamental reconhecido pela Constituição, o pluralismo sindical, o papel central dos sindicatos pelo menos no exercício do direito de greve, o monopólio dos sindicatos na contratação coletiva, o princípio da filiação como determinando, em regra, a eficácia pessoal direta da convenção colectiva. Para dar uma visão mais completa, o nosso hipotético jurista nacional deveria mencionar o duplo sistema de representação e as comissões de trabalhadores, embora soubesse que na prática o papel destas últimas era muito reduzido.

Referiria, igualmente, a respeito da convenção coletiva o princípio da sua vigência indeterminada até à substituição por outra, a relação entre a convenção coletiva e a lei, de acordo com o princípio do tratamento mais favorável. Poderia, ainda, dar uma visão mais completa da contratação coletiva, mencionando, por exemplo, que o principal nível de contratação coletiva era o mais geral, sendo o contrato coletivo a convenção coletiva por assim dizer “dominante”.

Explicaria, também, que, apesar da relativamente baixa taxa de filiação sindical (já em 2002 só cerca de 20% dos trabalhadores subordinados é que se encontravam filiados em associações sindicais), a taxa de cobertura das convenções coletivas era muito elevada (80% ou mais), por força do mecanismo administrativo das

(38) LUIGI MARIUCCI, *Le Fonti del Diritto del Lavoro*, Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale, 2008, parte I, págs. 323 e segs., pág. 359, prefere usar a imagem de uma espécie de fibrilação sistémica das relações entre lei, contratação coletiva, contrato individual e poder determinativo do empregador.

portarias de extensão⁽³⁹⁾. Teria assim de mencionar — o que não seria de fácil compreensão para um jurista norte-americano, inglês, sueco ou italiano, mas seria facilmente inteligível para um jurista francês, por exemplo — que o Ministério do Trabalho podia estender administrativamente convenções coletivas a empregadores e trabalhadores não filiados nas entidades outorgantes.

Por outro lado, e a este respeito, deveria acrescentar que o Ministério do Trabalho gozava (como, aliás, continua a suceder) de uma absoluta discricionariedade quanto à escolha da convenção coletiva a estender. E isto por força de um dos aspectos mais característicos de todo o nosso regime de contratações coletivas: a falta de critérios de representatividade sindical. Em Portugal não apenas todos os sindicatos podem outorgar convenções coletivas, mas qualquer uma dessas convenções pode ser estendida pelo Ministério do Trabalho. O sindicato que a outorgou pode representar algumas poucas dezenas de trabalhadores, enquanto outro sindicato que outorgou outra convenção (ou não outorgou convenção alguma) pode representar centenas ou milhares de trabalhadores; mas tal é irrelevante, porque o Ministério do Trabalho escolherá com total discricionariedade qual a convenção colectiva que pretende estender^(40/41).

⁽³⁹⁾ JACQUES BARTHÉLÉMY/GILBERT CETTE, *Réformer et simplifier le droit du travail via un rôle accru du droit conventionnel*, Droit Social 2006, págs. 24 e segs. De todos os países da OCDE a França é o que conhece a mais fraca taxa de sindicalização dos trabalhadores: 10%; os seis países com uma taxa de sindicalização superior a 50% são a Bélgica, a Noruega, a Dinamarca, a Finlândia, a Suécia e a Islândia. A taxa de cobertura das convenções colectivas, pelo contrário, é bastante elevada situando-se perto dos 90% (em Portugal em 2000 a taxa de filiação sindical rondava os 20% e a taxa de cobertura os 80%). “Estes dois indicadores de presença sindical (a taxa de sindicalização e a taxa de cobertura das convenções colectivas) fornecem à primeira vista uma informação contraditória. Essa discrepância existe porque o Ministro do Trabalho em França como em Portugal pode estender a convenção, por exemplo, a empregadores não filiados. No entanto a França é o único país dos mais desenvolvidos da OCDE em que existe esta grande discrepância entre taxa de filiação sindical e taxa de cobertura. Os autores defendem a transferência significativa da lei para a contratação colectiva, assim como um direito mais sofisticado do diálogo social.

⁽⁴⁰⁾ Sobre este tema cf. o notável estudo de ROBERT REBHahn, *Collective Labour Law in Europe in a Comparative Perspective Collective Agreements, Settlement of Disputes and Workers' Participation*, (Part I), The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations 2003, págs. 271 e segs. e The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations 2004, págs. 107 e segs (Part II), pág. 293.

O sistema não era, nem é, coerente, mas há poucas coisas coerentes no mundo do direito coletivo do trabalho⁽⁴²⁾, e era o sistema possível em torno do nó górdio que ninguém queria cortar: a questão da representatividade das associações sindicais.

Em 2003 o edifício começou a abrir fissuras que se foram alargando, também em 2009, ao ponto de se converterem em fendas muito significativas. Em primeiro lugar, em 2003, como é sabido, a convenção coletiva passou a poder afastar-se da lei em sentido mais desfavorável para os trabalhadores⁽⁴³⁾, como regra, a não ser que o contrário resultasse da própria lei e da existência de uma norma claramente imperativa. Pese embora a diferença de estilo e de estrutura entre o art. 3.º do Código de 2009 e o art. 4.º do Código de 2003 nada de significativo mudou neste domínio: em todas as matérias não enumeradas no art. 3.º n.º 3 as convenções coletivas continuam a poder afastar-se *in pejus*. Esta evolução foi e é muito aplaudida — e corresponde, aliás, a uma evolução paralela em outros sistemas, por exemplo, o francês — porque, diz-se, permite uma muito melhor adaptação do direito do trabalho à diversidade de situações, de cada sector, e até de cada empresa, ou, por que não, de cada estabelecimento. Verificou-se, assim, uma deslocação do pólo gravitacional, por assim dizer, em matéria de fontes, da lei para o IRCT, ainda que inteiramente desacompanhada, entre nós, da introdução de critérios de representatividade. Sublinhe-se que em França, por exemplo, o peso crescente da contratação cole-

O autor destaca que, de entre todos os Estados Membros da União só em Portugal é que a lei não coloca quaisquer exigências materiais ao regulamento de extensão, deixando total discricionariedade ao Governo.

(41) JOÃO REIS, *Troika e Alterações no Direito Laboral Coletivo*, in O Memorando da “Troika” e as Empresas, IDET, Almedina, Coimbra, 2011, págs. 133 e segs., pág. 140, refere-se a um “considerável subjectivismo”.

(42) Parece-nos poder dizer-se do direito coletivo do trabalho em geral o que LUIGI MENGONI, *Il contratto collettivo nell'ordinamento giuridico italiano*, JUS, Rivista di Scienze Giuridiche, 1975, págs. 167 e segs., pág. 172, afirmou a respeito do contrato coletivo: trata-se de uma instituição originária e fundamentalmente política.

(43) UMBERTO CARABELLI/VITO LECCESE, *Una Riflessione sul Sofferto Rapporto tra Legge e Autonomia Collettiva: Spunti dalla Nuova Disciplina dell'Orario di Lavoro*, Studi in Onore di Giorgio Ghezzi, Cedam, Padova, 2005, vol. I, págs. 345, falam das novas “relações perigosas” entre lei e autonomia coletiva. Falam também da necessidade de reabrir um debate jurídico e político sobre questões essenciais como a eficácia subjetiva dos contratos coletivos e a representação democrática dos interesses dos trabalhadores.

tiva no domínio das fontes foi acompanhado de uma revisão dos critérios de representatividade para permitir atribuir maior legitimidade às associações sindicais^(44/45) outorgantes.

A mudança de paradigma teve também, como é sabido, consequências quanto ao âmbito temporal da convenção coletiva: como já dissemos, trata-se hoje de uma realidade considerada na sua essência evanescente e efêmera. Associado a esta evolução está, com efeito, um modelo da contratação coletiva como uma realidade dúctil em contínua mutação e adaptação: a convenção coletiva que nasce e desabrocha por um breve lapso de tempo⁽⁴⁶⁾. Com efeito, com a entrada em vigor do Código de 2003 findou o sistema anteriormente vigente em que as convenções coletivas só cessavam a sua vigência quando substituídas por outras, passando as convenções coletivas a poder caducar, sem que, em um primeiro momento, o legislador se preocupasse sequer com as consequências da referida caducidade. Mais tarde, no entanto, introduziu-se e desenvolveu-se um sistema de “pós eficácia” que não deixa de sus-

(44) Como destaca MARIE-ARMELLE SOURIAU, *Les reformes de la négociation collective*, Revue de Droit du Travail 2009, págs. 14 e segs., pág. 19, o acesso de cada sindicato à mesa de negociações fica subordinado ao reconhecimento da sua qualidade representativa e à prova que satisfaz sete critérios cumulativos, entre os quais entre 8 e 10% de votos ao nível das eleições, seja qual for o número de votantes. A validade de uma convenção fica subordinada à sua assinatura por uma ou mais organizações sindicais que recolheram pelo menos 30% dos votos expressos nas eleições profissionais. Como se vê não se exige a maioria absoluta e nem sequer relativa. Por outro lado reconhece-se um direito de oposição às organizações representativas que recolheram a maioria dos votos. A representatividade de cada organização é colocada em jogo de quatro em quatro anos.

(45) JACQUES BARTHÉLÉMY/GILBERT CETTE, ob. cit., pág. 34: “Enquanto a negociação só podia concretizar-se em medidas mais favoráveis do que a lei, a simples representatividade era suficiente; agora exige-se mesmo uma legitimidade”. A legitimidade poderia concretizar-se através de um direito de oposição; mas os autores consideravam preferível um acordo maioritário. Aceitavam também processos de ratificação pela maioria do pessoal através de procedimentos de referendo. Reconheciam, contudo, que “a representação dos interesses da coletividade dos trabalhadores poderia realizar-se directamente pelo referendo ou indirectamente pela negociação colocando a questão do primado de uma ou de outra”.

(46) Sobre esta mudança de paradigma e a introdução de um modelo de contratação coletiva instável cf. ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *A Convenção Colectiva segundo o Código do Trabalho*, Estudos de Direito do Trabalho em Homenagem ao Prof. Manuel Alonso Olea, coord. por António Monteiro Fernandes, Almedina, Coimbra, págs. 77 e segs., págs. 94 e segs.

citar sérios problemas^(47/48). Com o Código de 2009 desapareceu também a exigência legal de um prazo mínimo de vigência para as convenções coletivas, seguindo um paradigma que as concebe como uma realidade tão fugaz e efêmera como as bolhas de sabão ou as moscas da Primavera⁽⁴⁹⁾. Não se tem questionado, contudo, de que depende, a final, a eficácia da contratação coletiva, a começar pela qualidade dos próprios contraentes. Mas o recuo da lei — ela própria cada vez mais contratualizada e concertada — suscita outras questões.

Em primeiro lugar, mesmo quem acredite, como nós, que os sindicatos são absolutamente indispensáveis na defesa dos direitos dos trabalhadores e até de um interesse geral da coletividade em que o trabalhador seja respeitado como cidadão e pessoa no seu trabalho, não pode deixar de se inquietar com alguns fenómenos: o primeiro é, simplesmente, o de que não são muitas vezes os trabalhadores mais débeis e vulneráveis aqueles que são defendidos pelos sindicatos mais poderosos⁽⁵⁰⁾ ou que podem recorrer à greve com efeitos mais devastadores⁽⁵¹⁾.

(47) Quando, em 2003, o legislador introduziu o sistema da caducidade das convenções criou um problema novo que estamos ainda a tentar resolver através do sistema da pós-eficácia. Se a convenção colectiva quer fazer as vezes de lei não parece que possa ser em tudo um contrato ou, melhor, não parece que possa deixar de ter alguns dos traços característicos da lei: a lei não pode desaparecer sem mais nem menos e deixar um vazio normativo. Se isso acontecer, de resto, o intérprete terá que esforçar-se por preencher esse vazio. Se a convenção coletiva pretende produzir efeitos em vez da lei ou mesmo supri-la não parece que possa simplesmente desaparecer quando as partes assim o desejam, sem consideração pelos direitos ou expectativas de terceiros.

(48) É claro que, de certa perspectiva, a manutenção de alguns efeitos (designadamente salariais) da convenção coletiva, mesmo após a caducidade desta, pode revelar-se um contra-incentivo à negociação de uma nova convenção coletiva. Sobre o tema *vide* FRANCISCO PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL e JAVIER THIBAUT ARANDA, *Claves para la reforma legal de la negociación colectiva*, in *Libro Homenaje a Abdón Pedrajas Moreno*, coord. por Tomás Sala Franco, tirant lo blanch, Valencia, 2012, págs. 443 e segs., pág. 446.

(49) Desde logo, sublinhe-se que nesta conceção dificilmente se compreendem aspetos que tradicionalmente constavam do conteúdo de uma convenção que se destinava a perdurar, como por exemplo a previsão de fundos de pensões, dificilmente compatível com a convenção colectiva “bolha de sabão”.

(50) Basta pensar nas dezenas de milhares de trabalhadores economicamente dependentes, mas juridicamente autónomos, que não podem aparentemente constituir sindicatos (pense-se, entre nós, nos trabalhadores no domicílio da indústria do calçado). E mesmo quando se trata de trabalhadores subordinados, podemos questionar se o poder

Em suma, existe uma tutela mínima particularmente em certos domínios como os direitos de personalidade, a proteção contra o assédio, mas também regras mínimas de segurança e de saúde, inclusive em matéria de tempo de trabalho, a qual tem que ser conferida por lei, como, aliás, já sucede entre nós, ainda que só em certa medida⁽⁵²⁾.

O próprio sentido das portarias de extensão é, de algum modo, transformado pela circunstância de que as convenções coletivas podem desviar-se em múltiplos aspetos da lei, *in pejus*. Antes de 2003, as portarias de extensão não representavam uma ameaça

dos sindicatos se faz sentir mais precisamente nas áreas de atividade em que os trabalhadores porventura carecem de maior tutela. O poder dos sindicatos depende de múltiplos fatores, entre os quais se conta a taxa de filiação e a capacidade de mobilização, tradicionalmente mais altas no setor público do que no setor privado e menores nas atividades económicas em que há maior risco de perseguições (mais ou menos camufladas) a quem tem a coragem de se filiar, perseguições facilitadas pela crescente precariedade do emprego. Mas esse poder oscila também em função da sua capacidade de financiamento e das quotizações sindicais que permitem, aliás, pagar pareceres, honorários de advogados e peritos, ao que acresce que o próprio impacto de uma greve é muito variável consoante o setor económico em jogo. Desta ótica, sindicatos de médicos, pilotos de avião, controladores aéreos, quadros superiores, contar-se-ão provavelmente entre os sindicatos poderosos — mas, pergunta-se, serão esses os trabalhadores que necessitarão de maior tutela?

⁽⁵¹⁾ Cf., por todos, ULRICH ZACHERT, *Autonomia individuale e collettiva nel diritto del lavoro. Alcune riflessioni sulle sue radici e sulle sua reale importanza*, *Lavoro e Diritto* 2008, 2, págs. 327 e segs., pág. 333. O autor refere que a distância entre os grupos mais débeis e os grupos mais fortes no âmbito da representação sindical tem aumentado e não diminuído e conclui que “o Estado não deve apenas estabelecer as condições de base necessárias para promover a autonomia coletiva (...) o Estado deve também criar standards mínimos para todos, especialmente para aqueles que não são tutelados por contratos coletivos ou que não o são de modo adequado” (ob. cit., pág. 334). De modo ainda mais incisivo se pronuncia JACQUES ROJOT, *The Right to Bargain Collectively: an International Perspective on its Extent and Relevance*, *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 2004, págs. 513 e segs., pág. 531, que afirma que as convenções colectivas podem satisfazer e promover os interesses dos empregadores e dos trabalhadores filiados nas respectivas associações, mas pode questionar-se se não esquecem as necessidades dos desempregados, reformados, trabalhadores empregues em sectores não lucrativos em que frequentemente a taxa de sindicalização é muito baixa e dos trabalhadores autónomos.

⁽⁵²⁾ Acresce que nos parece que esta nova visão sobre a articulação entre Lei e contratação colectiva torna mais premente a análise de certos problemas como sejam: a possível existência de um domínio intrinsecamente individual que deveria ser subtraído à autonomia colectiva fosse ela qual fosse (e esse domínio já existe, ainda que de modo larvar: pense-se nas cláusulas de não concorrência) ou qual o valor a atribuir a cláusulas da convenção colectiva que se limitam a reproduzir a lei (meramente pedagógico ou informativo ou uma outra forma, acessória ou de reserva, de vinculação?).

para os trabalhadores não filiados, muito embora já fossem um instrumento de legitimidade muito duvidosa que tinha, frequentemente, o efeito prático de falsear a concorrência.

Com efeito, já podia afirmar-se, no nosso entender, que a celebração de contratos coletivos e a sua extensão, através de portarias, mecanismo que estabelece condições que não foram voluntariamente aceites pelas empresas a quem o conteúdo do contrato coletivo é assim imposto⁽⁵³⁾, redundava (e redundava) frequentemente em um meio de falsear a concorrência, impondo a micro e pequenas empresas (aliás menos representadas frequentemente nas associações de empregadores outorgantes) condições que elas não estavam (nem estão) em condições de observar⁽⁵⁴⁾ e impondo-lhes o ônus de se oporem à extensão em tempo útil⁽⁵⁵⁾.

Mas a partir de 2003 as portarias de extensão passaram a ter como resultado que convenções celebradas por associações sindicais com uma representatividade desconhecida passaram, através do mecanismo das portarias de extensão, a aplicar-se a trabalhadores não filiados, mesmo quando contêm cláusulas menos favoráveis para os trabalhadores do que resultaria da lei, comprometendo, no nosso entender, a liberdade sindical negativa que não deveria ser reduzida à mera liberdade de não pagar quotas e representando, de algum modo, um dos múltiplos sinais de uma mudança de natureza das próprias associações sindicais⁽⁵⁶⁾.

(53) Ou seja um mecanismo obviamente heterónomo. Não deixa, por isso, de ser curioso que algumas associações sindicais denunciem a não publicação de portarias de extensão como um atentado à autonomia negocial coletiva...

(54) Este aspeto é sublinhado com vigor, por exemplo, por GREGOR THÜSING, *Ein besseres Arbeitsrecht, in Gegen den Streich, Festschrift für Klaus Adomeit, Luchterhand, Köln, 2008*, págs. 757 e segs., pág. 761, que sublinha que a extensão das convenções coletivas não deve servir para que uma minoria de empresas imponha as condições que pratica à generalidade dos seus concorrentes, o que se traduzirá, frequentemente, em grandes empresas, já implantadas no mercado, tentarem, por este meio, sufocar potenciais concorrentes, eliminando vantagens competitivas em termos salariais: “Grundlage der Tarifers-treckung ist die Überlegung, dass die Tarifbindung der Mehrheit auch einer Minderheit zugemutet werden können: Es ist nicht gewollt, dass eine Minderheit der Arbeitgeber der Mehrheit ihre Vorstellung aufdrängt”.

(55) Para uma visão diferente, ou mesmo oposta, cf. JOÃO REIS, *ob. cit.*, pág. 141.

(56) Abandonando os mecanismos de representação próprios do direito privado e evoluindo para formas de representação mais afins da representação “política”. Sobre o tema cf. o notável estudo de MARIO GRANDI, *In Difesa della Rappresentanza Sindacale*,

O nosso diagnóstico no atinente à ausência de critérios de representatividade e aos perigos conexos com a utilização arbitrária das portarias de extensão coincide, em larga medida, com o que está expresso no Memorando celebrado entre Portugal, a Comissão Europeia, o Banco Central Europeu e o Fundo Monetário Internacional, vulgarmente designados por “Troika”⁽⁵⁷⁾.

No Memorando referia-se, designadamente, a necessidade de o Governo português definir critérios a seguir para a extensão das

Studi in Onore di Giorgio Ghezzi, Cedam, Padova, 2005, vol. I, págs. 871 e segs. Como o autor refere, em vez de ser apresentado como um exemplo de livre associação, o sindicato é apresentado, em alguma doutrina, como tendo uma espécie de prioridade natural, “expressão de interesses solidários já pela sua natureza coletivos e indivisíveis” embora o sindicato seja apenas uma das formas, ainda que historicamente a principal, de gestão coletiva dos interesses dos trabalhadores. Nas palavras do autor, verifica-se assim uma permanência da ideologia corporativa que aqui curiosamente converge com o pensamento marxista sobre “a objectividade das condições laborais como condições de exploração da classe operária” (ob. cit., pág. 873). E vale a pena transcrever as suas palavras que nos parecem particularmente felizes e certeiras: “O problema crítico da representação, caso se queira recuperar o seu autêntico significado de liberdade e a sua efectiva fonte de legitimação, deve ser reposicionado na área da associação sindical e reconduzido à estrutura própria dos organismos que se formam e operam com base em opções associativas voluntárias e pessoais. Nesta óptica deve ser reconstituído o circuito interrompido entre associativismo e representação, entre representação e representatividade, entre representação e autonomia privada, caso se queira evitar que esta última desapareça, o que acontecerá na lógica da racionalização do pluralismo sindical, da seleção política dos representantes sindicais, da conversão do sindicato em órgão para-estadual. O problema crítico da representação é um problema fundamental da liberdade: liberdade das pessoas que se associam nos sindicatos, liberdade dos sindicatos não considerados como algo de diferente do conjunto dos trabalhadores organizados, de organizar no seu interior a vida associativa e de agir segundo as regras de autonomia privada” (ob. cit., pág. 874). E o autor acrescenta que “trata-se de recuperar na teorização da representação sindical dos trabalhadores a dimensão realisticamente individualista ou melhor personalista que é a componente essencial do associativismo voluntário, mas que uma certa tradição do pensamento funcionalista e corporativo deixa na sombra, em nome de uma concepção massificante do coletivo em que toda a aspiração individual se dissolve e se nega” (ob. cit., pág. 875).

⁽⁵⁷⁾ De maneira porventura algo surpreendente, o Memorando tem um mérito, quanto a nós inegável: o de nos confrontar diretamente com os vícios e as contradições de um sistema de relações coletivas como o nosso, que tutela de maneira mínima a liberdade sindical negativa (e a liberdade de associação negativa dos empregadores), não conhece critérios de representatividade, alça certos parceiros (os que participam na concertação social) a órgãos paraestaduais e atores políticos, e tem muito pouco de genuína autonomia negocial coletiva e muito de autoritarismo estatal, o qual se manifesta quer através da discricionariedade na emissão de portarias de extensão, quer de múltiplas intervenções do legislador para “corrigir” os resultados da negociação coletiva...

convenções coletivas, sendo que entre esses critérios deveriam figurar a representatividade das associações outorgantes e as implicações da extensão das convenções para a posição competitiva das empresas não afiliadas. Acrescentava-se, ainda, que a representatividade das associações outorgantes deveria ser aferida com base em indicadores quantitativos e qualitativos. O legislador português assumiu o compromisso de propor legislação a fixar os critérios para a extensão das convenções coletivas durante o segundo quadrimestre de 2012⁽⁵⁸⁾.

8. Como dissemos, a convenção coletiva parece ganhar uma crescente importância entre as fontes de Direito do Trabalho, substituindo a intervenção direta do legislador ou prevalecendo sobre esta.

No entanto, a revolução verificada nas fontes de direito laboral é, bem vistas as coisas, mais subtil e ambígua. É certo que a contratação coletiva é guindada ou alçada a novos píncaros na sua relação com a lei, mas esta “irresistível ascensão” é controlada de perto pelo legislador que espera da contratação coletiva resultados muito concretos, sob pena de o próprio legislador violar, sem qualquer reboço ou pudor, a autonomia coletiva que aparentemente tanto quer promover. A liberdade concedida à contratação coletiva acaba, em boa medida, por ser uma liberdade vigiada ou até uma liberdade que só é louvada (e tutelada) na medida em que permite obter os resultados desejados pelo legislador⁽⁵⁹⁾. Em suma, o recuo da lei pode acarretar uma redução da tutela dos direitos dos trabalhadores, mas não, por paradoxal que pareça, uma redução do intervencionismo público e estatal.

(58) Quando este trabalho já se encontrava no essencial concluído, tivemos conhecimento da Resolução do Conselho de Ministros n.º 90/2012, publicada no Diário da República n.º 211, de 31 de Outubro de 2012, I Série, 6265-6266. Estabelece-se que quando o pedido de extensão abranja as micro, pequenas e médias empresas, não se confiando tal pedido aos empregadores outorgantes ou filiados na parte empregadora subscriitora da convenção, a referida parte empregadora “deve ter ao seu serviço, pelo menos, 50% dos trabalhadores do sector de actividade, no âmbito geográfico, pessoal e profissional de aplicação pretendido” (art. 1.º, al. d). Significativo é o total silêncio sobre a representatividade das associações sindicais outorgantes...

(59) Assim, por exemplo, é o próprio legislador que impede que uma cláusula de perpetuidade possa ter esse alcance, mesmo que a cláusula tenha sido negociada e querida pelas partes.

Como já vimos, o legislador permitiu, também, num primeiro momento que figuras como o banco de horas fossem introduzidos apenas por contratação coletiva, para agora (com a Lei n.º 23/2012) permitir que o banco de horas seja objeto de acordo individual entre o empregador e o trabalhador, retirando assim boa parte do interesse que da ótica do empregador se poderia revestir a contratação coletiva. Atitude do legislador que parece corresponder também a uma reação face ao que considera ser um insucesso da contratação coletiva na introdução em alguns sectores desta figura. O que denota também que o respeito do legislador pela autonomia negocial coletiva só existe se e enquanto esta produzir determinados resultados que o legislador considera desejáveis. Se não os produzir, a lei intervirá em substituição do acordo⁽⁶⁰⁾...

A promoção da contratação coletiva que o legislador tanto proclama revela-se, na realidade, uma ilusão. O que se pretende, na verdade, é antes um sistema de contratação coletiva “teleguiada”, em que a autonomia negocial coletiva, como já dissemos, só é tutelada se produzir os efeitos desejados pelo legislador.

9. A alteração do paradigma da contratação coletiva, ao nível do direito comparado, manifesta-se, também, em outros aspectos, a saber, a crescente reivindicação de capacidade negocial coletiva para outros atores que não as associações sindicais, por um lado, e, por outro, a importância crescente da empresa ou até do estabelecimento como nível da negociação.

O ponto 4.8 do Memorando referia a concretização do acordo tripartido de Março de 2011 através de um sistema de “descentralização organizada” da contratação coletiva que, entre outras linhas de ação, propunha a redução para 250 do número de trabalhadores de uma empresa para que as comissões de trabalhadores pudessem celebrar acordos de empresa e a possibilidade desses acordos de empresa celebrados pelas comissões de trabalhadores incidirem

⁽⁶⁰⁾ Espera-se que à flexibilidade legal a contratação coletiva acrescente uma flexibilidade convencional. Trata-se de um convite que, nas palavras de UMBERTO CARABELLI/VITO LECCESE, ob. cit., pág. 350, não é cordial já que sempre acompanhado da “ameaça” de uma intervenção governamental substitutiva, representando uma pressão anómala sobre o exercício da autonomia coletiva.

sobre matérias relativas ao tempo de trabalho e condições de mobilidade funcional e geográfica. Em um outro parágrafo (4.8. *ii*), previa-se também que deveria ser promovida a inclusão em convenções coletivas de sector, da possibilidade e dos requisitos para que as comissões de trabalhadores pudessem celebrar acordos de empresa **sem a delegação das associações sindicais**.

Parece-nos, pois, ainda que o texto do Memorando não seja inteiramente claro, que uma das exigências da *troika* seria a de um reforço dos poderes negociais da comissão de trabalhadores (ainda que não seja a única será sobretudo esta a estrutura de representação coletiva dos trabalhadores que está em causa). Neste momento, como é sabido, a comissão de trabalhadores não tem, entre nós, o poder autónomo, originário, de celebrar convenções coletivas — quando muito, tal poder pode-lhe ser delegado por um sindicato, mas nessa hipótese a convenção coletiva apenas vinculará os trabalhadores filiados nesse sindicato. Do que se trata agora, aparentemente, é de propostas no sentido de dotar a comissão de trabalhadores de uma capacidade negocial coletiva autónoma, à semelhança do que se passa no direito alemão. Este passo (que já estava contemplado no anteprojeto do Código de 2003) pode, no entanto, ter consequências extremamente graves: as comissões de trabalhadores só têm na Alemanha capacidade negocial coletiva de modo subsidiário, já que se assim não for haverá o perigo de tornarem redundantes os sindicatos porque permitirão aos empregadores ter a vantagem de uma convenção colectiva, sem ter que negociar, por exemplo, com representantes sindicais externos à empresa⁽⁶¹⁾.

(61) Pessoalmente, entendemos que os membros das comissões de trabalhadores são muito mais vulneráveis do que negociadores estranhos à empresa; e para que esta possibilidade fosse introduzida com um mínimo de seriedade seria preciso que na lei se criassem, igualmente, disposições prevendo a formação de negociadores, a interação com os sindicatos (à semelhança do que se passa na Alemanha) e, importa dizê-lo, o próprio financiamento da comissão de trabalhadores, matéria em que a nossa lei é totalmente omissa. Sem meios financeiros para pagar os honorários de um advogado numa ação judicial, como poderia uma comissão de trabalhadores queixar-se de um incumprimento do acordo, para não falar em resolvê-lo, o que parece nem sequer estar previsto na lei? E se a comissão de trabalhadores puder celebrar convenções coletivas não deverá também ser o titular do direito de greve ou, pelo menos, poder exercê-lo no caso de incumprimento da convenção? Embora importe reconhecer que a introdução desta possibilidade de a comissão de

10. Como é fácil verificar, a maior parte destas propostas constantes do memorando não foi implementada. A legislação reduziu, com efeito, o número de trabalhadores de uma empresa necessário para que os sindicatos possam delegar poderes para a negociação coletiva em comissões de trabalhadores⁽⁶²⁾, mas nem criou a possibilidade de as comissões de trabalhadores celebrarem genuínos acordos de empresa sem a referida delegação de poderes, nem articulou a contratação coletiva propriamente dita com os acordos celebrados pelas comissões de trabalhadores.

Nesta matéria pode, pois, afirmar-se, na nossa opinião, que se legislou um pouco “para inglês ver” ou, melhor e de modo porventura mais atual, “para a Troika ver”, criando-se uma mera aparência de cumprimento. E não é de surpreender que assim seja, já que os próprios parceiros sociais, de modo maioritário, não parecem interessados em dotar as comissões de trabalhadores de um poder negocial coletivo originário, isto é, não delegado. Mas, como veremos, também não parece que tenham muito interesse em privilegiar a contratação coletiva ao nível da empresa, isto é, o acordo de empresa.

11. Dentro da genuína contratação coletiva, verifica-se, no plano do direito comparado, uma preferência crescente pelo acordo de empresa relativamente ao contrato coletivo. Mais uma vez esta preferência é justificada por razões de eficiência, de maior proximidade das normas às situações concretas⁽⁶³⁾, permitindo

trabalhadores celebrar convenções coletivas, mesmo sem delegação de poder dos sindicatos, permitiria resolver o problema da representatividade das associações sindicais, à boa maneira portuguesa, ou seja, não o resolvendo, mas fugindo “para a frente”.

⁽⁶²⁾ Em conformidade com o Memorando de entendimento, alterou-se o n.º 3 do art. 491.º, de modo a permitir que uma associação sindical delegue poderes para contratar com a empresa a uma estrutura de representação coletiva dos trabalhadores (normalmente a comissão de trabalhadores), desde que a empresa tenha pelo menos 150 trabalhadores.

⁽⁶³⁾ Em certo sentido, aliás, esta importância crescente, na maior parte dos ordenamentos, revela que a flexibilidade dos sistemas tradicionais de contratação coletiva corresponde, em grande medida, a um mito. Como destacam, referindo-se ao caso espanhol, FRANCISCO PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL e JAVIER THIBAUT ARANDA, ob. cit., pág. 446, o sistema tradicional de contratação coletiva tem-se revelado rígido e resistente à mudança, particularmente inapropriado em situações de crise.

soluções mais dúcteis, mais realistas^(64/65). Esta evolução comporta vantagens e desvantagens e não é inteiramente destituída de perigos: também aqui esta visão do “small is beautiful” transforma a concorrência entre empresas em concorrência entre normas aplicáveis às próprias empresas, constata, mas também reforça a queda dos coletivos, estimula a competição entre os próprios trabalhadores⁽⁶⁶⁾.

Importa, contudo, reconhecer que esta mudança de plano, privilegiando-se a negociação ao nível da empresa permite — o que é particularmente importante em tempos de crise como os que vivemos — adaptar aspetos fundamentais do regime laboral, como por exemplo, a organização do tempo de trabalho ou os salários praticados, à situa-

(64) JACQUES BARTHÉLÉMY/GILBERT CETTE, ob. cit., pág. 33: “A autonomia do acordo de empresa relativamente à convenção de setor é factor de enriquecimento do tecido convencional, facilitando a optimização das normas”. Os autores defendem mesmo uma diferente natureza do acordo de empresa: “A coabitação das convenções de sector e de empresa supõe que a natureza da lei profissional da primeira seja estruturada em torno do seu carácter normativo, mas que a da segunda tenha uma natureza pura de contrato”. Os autores acabavam mesmo por perguntar se a natureza puramente contratual do acordo de empresa não exigiria a integração ou incorporação dos direitos dele decorrentes no contrato de trabalho. Por outro lado afirmavam também que “um direito social mais contratual exige uma maior competência no plano jurídico dos negociadores”.

(65) MARIE-ARMELLE SOURIAU, *Les réformes de la négociation collective*, Revue de Droit du Travail 2009, págs. 14 e segs., pág. 18: “Figura ascendente da negociação colectiva o acordo de empresa prossegue a sua ascensão jurídica mediante uma acção corrosiva sobre os acordos de sector”. O primado do acordo de empresa representa também uma concorrência mais viva entre empresas em que as condições de emprego e de trabalho se tornam uma variável importante. “A atomização do direito, a perda de pontos de referência e das identidades profissionais comuns, a derrota dos mais fracos foram há muito anunciadas. Proximidade com as necessidades das empresas, flexibilidade, competitividade, justificam todas estas transformações? E será que o acordo de empresa não acabará por ceder ao contrato individual de trabalho simplesmente?”.

(66) Sobre o tema cf. PAUL-HENRI ANTONMATTEI, *Quelques propos sur la promotion de l'accord d'entreprise*, Droit Social 2009, págs. 883-884. Falando sobre o primado do acordo de empresa, o autor (ob. cit., pág. 883) sem negar as qualidades desse nível de negociação, sublinha que seria ingénuo limitarmo-nos a contemplar com êxtase a promoção do acordo de empresa. A qualidade da regra negociada depende da existência de negociadores bem formados e com competência. Por outro lado, o risco é o de criar as condições para que o acordo de empresa se limite às grandes empresas, gerando ou aumentando o perigo de um abismo social fundado na dimensão da própria empresa. O autor sublinha também (ob. cit., pág. 884) a grande complexidade de conteúdo dos acordos de empresa.

ção concreta de cada empresa. Nesta sede, todavia, a nova legislação traz um contributo muito modesto e até, em rigor, como adiante tentaremos demonstrar, algo ambíguo ou contraditório.

A este propósito, a exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 46/XII referia que “no âmbito dos IRCT são implementadas medidas de descentralização organizada, que se traduzem, por um lado, na possibilidade de os contratos coletivos estabelecerem que determinadas matérias, tais como a mobilidade geográfica e funcional, a organização do tempo de trabalho e a retribuição, podem ser reguladas por outra convenção coletiva, contribuindo desse modo para uma melhor articulação entre os instrumentos de regulamentação coletiva e, de um modo geral, para a promoção da contratação coletiva”.

Daí que tenha sido modificada a redação do n.º 5 do art. 482.º do Código do Trabalho. Como veremos, contudo, esta alteração, ou é destituída de sentido prático, ou vai a contracorrente ao nível do direito comparado e não realiza, no nosso entender, os objetivos previstos no Memorando de entendimento.

A redação anterior do n.º 5 do art. 482.º do CT dispunha que “os critérios de preferência previstos no n.º 1 podem ser afastados por instrumento de regulamentação coletiva negocial, designadamente através de cláusula de articulação entre convenções coletivas de diferente nível, nomeadamente interconfederal, sectorial ou de empresa”. A atual redação, introduzida pela Lei n.º 23/2012, reza assim: “os critérios de preferência previstos no n.º 1 podem ser afastados por instrumento de regulamentação coletiva negocial, designadamente através de cláusula de articulação de: *a)* convenções coletivas de diferente nível, nomeadamente interconfederal, sectorial ou de empresa; *b)* contrato coletivo que estabeleça que determinadas matérias, como sejam a mobilidade geográfica e funcional, a organização de tempo de trabalho e a retribuição, sejam reguladas por convenção coletiva”.

Como se vê do simples cotejo entre as duas redações, a anterior e a atual do n.º 5 do art. 482.º, a novidade está na alínea *b)* do n.º 5. Esta alínea é, contudo, de interpretação delicada, até porque parece, à primeira vista, nada acrescentar ao que já era perfeitamente possível face à redação anterior.

Para o compreendermos melhor importa fazer uma referência breve à concorrência de convenções coletivas e ao que, otimisticamente, se designa por articulação^(67/68) de convenções coletivas. Como é sabido, no nosso sistema não há matérias reservadas a um dos vários “tipos” de convenção coletiva (contratos coletivos, acordos coletivos e acordos de empresa), sendo que tudo é negociável aos vários “níveis”⁽⁶⁹⁾. Na realidade parece-nos inteiramente correta (ou parecia-nos até esta última alteração legislativa) a afirmação de LUÍS GONÇALVES DA SILVA⁽⁷⁰⁾ de que não há uma hierarquia entre as várias modalidades ou tipos de convenções⁽⁷¹⁾. A hipótese

(67) PIERRE RODIÈRE, *Accord d'entreprise et convention de branche ou interprofessionnelle ; négociation indépendante, subordonnée, «articulée»?*, Droit Social 1982, págs. 711 e segs., pág. 711, a palavra “articulação” “sugere uma ideia de harmonia, uma combinação que permite às negociações na empresa, no sector, no plano interprofissional completarem-se mutuamente desempenhando cada uma no seu nível o papel que é o seu, mas sem perturbar ou interferir com a negociação aos outros níveis”. Mas como o autor sublinha esta noção de harmonia é, na realidade, ambígua. Poderia existir uma regra que distribuisse temas de negociação entre os diferentes níveis: ora essa regra não existe.

(68) Em França a doutrina tem destacado que os problemas colocados pela articulação dos vários níveis de negociação são “extremamente sofisticados” (MICHEL DESPAX, *La place de la convention d'entreprise dans le système conventionnel*, Droit Social 1988, págs. 8 e segs., pág. 10), importantes, mas perturbadores (MARIE-ARMELLE SOURIAU, *L'articulation des niveaux de négociation*, Droit Social 2004, págs. 579 e segs., pág. 579), obscuros e técnicos, mas sem solução segura (MARIE-LAURE MORIN, *L'articulation des niveaux de négociation dans l'accord interprofessionnel sur la politique contractuelle du 31 octobre 1995*, Droit Social 1996, págs. 11 e segs., pág. 12), complexos (HÉLÈNE TISSANDIER, *L'articulation des niveaux de négociation: à la recherche de nouveaux principes*, Droit Social 1997, págs. 1045 e segs., pág. 1045: “o direito francês optou por uma pluralidade de níveis de negociação e a articulação destes níveis é uma questão complexa”).

(69) PIERRE RODIÈRE, ob. cit., pág. 712, observava, referindo-se ao direito francês, que a lei permite que tudo seja negociado a todos os níveis. Parece-nos ser esse também o sistema português.

(70) LUÍS GONÇALVES DA SILVA, Anotação ao artigo 482.º, in Código do Trabalho Anotado, PEDRO ROMANO MARTINEZ *et al.*, Almedina, Coimbra, 8.ª ed., 2009, pág. 1165: “entre instrumentos de regulamentação colectiva não há hierarquia”.

(71) Parece-nos, efetivamente, que, como destacou MARIE-LAURE MORIN, ob. cit., pág. 12, a liberdade de negociar e de concluir convenções coletivas a cada nível (sem que haja, de resto, qualquer conteúdo reservado a um dos níveis) exclui a existência de uma hierarquia dos níveis de negociação. Uma parte da doutrina francesa defende também a inexistência de uma hierarquia, ainda que em termos, por vezes, não muito claros ou mesmo equívocos: assim, enquanto MICHEL DESPAX, ob. cit. pág. 9, considera que se partiu de uma conceção hierárquica e piramidal para chegar a um sistema mais horizontal que vertical, sem qualquer hierarquia bem definida, EMERIC JEANSEN, *L'articulation des sour-*

de concorrência entre várias convenções coletivas é resolvida no nosso direito, em primeira linha, por um princípio de especialidade⁽⁷²⁾, já que, de acordo com o n.º 1 o acordo de empresa prevalece sobre o acordo coletivo e sobre o contrato coletivo e o acordo coletivo prevalece sobre o contrato coletivo. O art. 482.º, n.º 5 permitia, todavia, que este princípio de especialidade fosse afastado por uma cláusula de articulação o que sugeria que um contrato coletivo já poderia conter uma cláusula que validamente estabelecesse que as suas disposições, por exemplo em matéria de retribuição, prevaleceriam sobre cláusulas de um acordo de empresa nessa matéria (pressupondo, é claro, a existência de concorrência de convenções) ou que só cederiam perante cláusulas mais favoráveis do acordo de empresa. Não nos parecia, contudo, muito claro que os contratos coletivos pudessem proibir que certas matérias fossem incluídas em acordos de empresa⁽⁷³⁾ ou até qual seria a situação se o próprio acordo de empresa contivesse ele próprio uma cláusula dita de articulação a reafirmar a sua aplicação prioritária.

ces du droit, Essai en droit du travail, Economica, Paris, 2008, depois de num primeiro momento (ob. cit., pág. 80) negar a existência de uma hierarquia, acaba por aceitar o que designa de uma hierarquia flexível e funcional e de uma supremacia do acordo mais amplo que poderia fixar o seu próprio carácter imperativo (ob. cit., pág. 82). Também YVES CHARLON, *Négociations et accords collectifs de branche et d'entreprise. Problèmes d'articulation*, Le Droit Privé Français à la Fin du XXe Siècle, Études offertes à Pierre Catala, Litec, Paris, 2001, págs. 883 e segs., pág. 884, depois de afirmar que cada nível tem uma autonomia contratual idêntica, acaba, no entanto por concluir que as convenções coletivas estão naturalmente inclinadas a hierarquizar-se, já que convenção de nível superior “aspira a sê-lo tanto em direito face aos negociadores dos níveis inferiores como face ao juiz”. No entanto, o autor afirma, também, que “a autonomia contratual do empregador e do seu pessoal não pode ser confiscada” (ob. cit., pág. 885).

⁽⁷²⁾ Como bem refere., MARIE-ARMELLE SOURIAU, *L'articulation...*, cit., pág. 583, a regra de que o especial afasta o geral tem, pelo menos, a vantagem de “oferecer um princípio de solução claro e simples”.

⁽⁷³⁾ Parece-nos que vale entre nós o que EMERIC JEANSEN, *L'articulation des sources du droit, Essai en droit du travail*, Economica, Paris, 2008, pág. 79, escreveu a propósito do sistema francês: “a ausência de relação hierárquica entre convenções coletivas manifesta-se relativamente à questão da validade dos acordos perfeitos, acordos que proíbem aos negociadores de níveis menos amplos de negociar sobre o mesmo tema (...) se um acordo proíbe a um acordo de empresa negociar sobre os temas obrigatórios da contratação coletiva a irregularidade de tal cláusula é flagrante. Sobre os outros temas uma tal limitação é ineficaz, porque o princípio da liberdade de negociação vale para todos os níveis”.

É neste contexto que surge a nova alínea *b)* do n.º 5 do art. 482.º. Em certo sentido, esta nova alínea parece não acrescentar nada de novo: as matérias nela referidas podem obviamente constar de uma qualquer convenção coletiva (e, portanto, também, de um acordo de empresa) e a lei já permitia que uma cláusula de articulação contida em um contrato coletivo atribuísse preferência na aplicação das cláusulas do contrato coletivo ao acordo de empresa.

No entanto, tal conclusão é, quanto a nós, duvidosa. Quando se afirma que o contrato coletivo pode estabelecer que determinadas matérias podem ser reguladas por convenção coletiva, parece que estas últimas convenções serão sobretudo contratos coletivos e acordos coletivos (já que a aplicação dos acordos de empresa já resultaria do n.º 1 e não corresponderia propriamente a um afastamento dos critérios de preferência) e, sobretudo, parece atribuir-se agora uma proeminência ao contrato coletivo (o qual terá a última palavra quanto ao nível de contratação que prevalecerá) que corresponde, quanto a nós, a uma tentativa mais ou menos dissimulada e incipiente, de introduzir uma hierarquia entre os vários “tipos” ou modalidades de convenções coletivas⁽⁷⁴⁾.

Em todo o caso, o que parece poder afirmar-se, com alguma segurança, é que a presente lei, ainda que tenha de comum com outras reformas laborais, como a espanhola, a italiana ou a grega, ter-nos sido imposta pelos nossos credores⁽⁷⁵⁾, está muito longe de

(74) São sugestivas, a este propósito, as palavras de FRANCISCO PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL e JAVIER THIBAUT ARANDA, ob. cit., pág. 447: “Quien negocia ejerce poder y, por tanto, quiere seguir negociando”...

(75) JESÚS CRUZ VILLALÓN, *Acordes y desacordes de dos reformas de la negociación colectiva: España e Italia*, Revista de Derecho Social 2011, n.º 56, págs. 11 e segs., pág. 12: “Em grande medida tais reformas não são autónomas [o autor refere-se às reformas espanhola e italiana, mas também à grega e à portuguesa] no sentido de que não respondem exclusivamente às dinâmicas políticas e sindicais de cada um destes países, mas apresentam-se no contexto de propostas, sugestões ou pressões que partem do exterior e, em especial, de diversos âmbitos das instituições europeias ou de “conselhos” formulados por alguns dos países hoje em dia mais influentes da União Europeia”. O autor acrescentava que um elemento comum nas várias reformas seria o de atribuir um papel preponderante ao âmbito de negociação empresarial, partindo da premissa de que o acordo de empresa constitui o instrumento mais adequado para conseguir adaptar as condições de trabalho às especificidades de cada organização produtiva e “em especial por tratar-se do

privilegiar a negociação coletiva ao nível da empresa. Basta, para o efeito, comparar as soluções encontradas pela lei espanhola que, além de outras novidades como a possibilidade de o empregador suspender a aplicação da convenção coletiva, prevê que certas matérias são primordial ou prioritariamente negociadas em sede de acordo de empresa, sem que a isso se possam opor convenções coletivas mais gerais⁽⁷⁶⁾.

nível negocial mais propício para atender às exigências atuais de flexibilidade das empresas”. Neste aspeto discordamos do autor porque não nos parece que a alteração legislativa verificada em Portugal assente verdadeiramente nessa premissa: os parceiros sociais não parecem ter tido um propósito genuíno de promover os acordos de empresa.

⁽⁷⁶⁾ O art. 84.2 ET na nova redação que lhe foi dada pelo art. 14.2 do Real Decreto-Ley 3/2012 estabelece a prioridade do acordo de empresa [convénio de empresa] numa extensa série de matérias, designadamente a retribuição base e complementos salariais; compensação pelo trabalho extraordinário e pelo trabalho por turnos; horário e distribuição do tempo de trabalho, regime do trabalho por turnos e planificação anual das férias; adaptação no âmbito da empresa do sistema de classificação profissional dos trabalhadores; medidas para favorecer a conciliação entre o trabalho e a vida familiar e pessoal. Sobre esta importante alteração legislativa cf., por todos, AMPARO MERINO SEGOVIA, *La reforma de la negociación colectiva en el RDL 3/2012: las atribuciones al convenio de empresa y novedades en la duración y vigencia de los convenios colectivos*, Revista de Derecho Social n.º 57 (número monográfico dedicado à La Reforma Laboral), 2012, págs. 249 e segs. A autora (ob. cit., pág. 252) refere-se à reforma laboral espanhola de 2012, como realizando uma alteração radical do modelo de negociação coletiva, garantindo a independência da empresa, com vista a facilitar uma negociação das condições laborais em um nível mais próximo e mais adequado à realidade da empresa e dos seus próprios trabalhadores. Certas matérias são agora preferencialmente negociadas no acordo de empresa sem que a isso se possam opor contratos coletivos de outro nível mais amplo. A construção legal aponta para uma estrutura negocial em dois níveis: o exterior à empresa pensado sobretudo para ser aplicado em empresas (sobretudo micro empresas ou pequenas e médias empresas) desprovidas de acordo de empresa e o segundo, o acordo de empresa pensado para dotar as empresas de “amplíssimas competências de adaptação” permitindo-lhes melhorar a sua competitividade e produtividade. Em toda esta construção, é muito clara a ideia de tornar dependentes os salários da produtividade e reforçar o papel do acordo de empresa (ob. cit., pág. 256). Sobre a reforma laboral espanhola de 2012 cf., também, de entre a numerosa bibliografia já surgida, MARÍA DEL CARMEN LÓPEZ ANIORTE, *La Reforma de la Negociación Colectiva como Mecanismo de Adaptación de las Condiciones Laborales*, in La Reforma Laboral de 2012, Análisis del Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de Febrero, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado Laboral, coord. por Faustino Cavas Martínez, Ediciones Laborum, Murcia, 2012, págs. 149 e segs., pág. 168, que sublinha que a finalidade da lei foi a de atribuir prioridade absoluta aos acordos de empresa face a todos os restantes convénios coletivos, CARLOS HUGO PRECIADO DOMÈNECH, *Una Primera Aproximación al Real Decreto-Ley 3/2012, de Reforma Laboral*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2012, pág. 45, que fala de uma prioridade aplicativa indisponível do acordo de empresa e EDUARDO ORTEGA PRIETO/EDUARDO ORTEGA FIGUEIRAL, *La Reforma Laboral 2012*, Wol-

12. Outras medidas com impacto na contratação coletiva visam, fundamentalmente, a redução de custos salariais, impondo mais dias de trabalho (com supressão de feriados ou cortes nas férias) ou reduzindo tanto o descanso compensatório, como o acréscimo de pagamento por trabalho suplementar e por trabalho normal prestado em dia feriado ou em dia de descanso compensatório⁽⁷⁷⁾.

Para este efeito, a Lei n.º 23/2012, no seu artigo 7.º, n.º 2, estabelece uma nulidade superveniente das disposições de IRCT's e das cláusulas de contratos de trabalho celebrados antes da entrada em vigor da alteração legislativa, ou seja, antes de 1 de Agosto de 2012, que disponham sobre o descanso compensatório por trabalho suplementar prestado em dia útil, em dia de descanso semanal complementar ou em feriado.

Estabelece-se também, no n.º 1 do art. 7.º, uma nulidade superveniente das disposições de IRCT's celebrados antes da mesma data que prevejam montantes superiores aos previstos no Código do Trabalho relativamente à compensação por despedimento coletivo (ou situações em que se aplica igualmente a mesma compensação) e valores ou critérios de definição da compensação por cessação de contrato de trabalho prevista no art. 6.º. Nestes

ters Kluwer España/La Ley/CISS, Valencia e Madrid, 2012, muito embora estes autores se revelem céticos quanto al alcance prático da norma, porquanto consideram que face à estrutura “vertical” dos sindicatos não será normal que no âmbito da empresa se acordem condições distintas e inferiores às contidas nas convenções de âmbito “superior”, prevendo por isso que a norma terá uma escassa utilização (ob. cit., pág. 184).

⁽⁷⁷⁾ Para nós, a norma mais surpreendente é a que consta do n.º 5 do art. 7.º: “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”. Como se vê, o legislador arroga-se o direito de reduzir para metade os valores acordados pelas partes na negociação coletiva, fazendo tábuas rasas da circunstância de que a convenção coletiva é um contrato em que as partes encontraram um determinado equilíbrio negocial entre, não apenas as obrigações das partes da convenção coletiva, mas também os direitos e deveres de empregadores e trabalhadores. O escasso respeito de que o legislador dá mostras pela autonomia negocial coletiva leva-o a substituir-se às partes na fixação de tais valores, pouco lhe importando se assim compromete o referido equilíbrio negocial. No limite, a solução poderá passar para uma das partes da convenção coletiva pela resolução da mesma pela alteração superveniente das circunstâncias representada aqui por um “facto do príncipe”.

casos de nulidade superveniente a Lei parece-nos clara no sentido de que apenas são nulas as disposições de IRCT's (e quanto ao n.º 2 do art. 7.º as cláusulas do contrato de trabalho) celebrados antes de 1 de Agosto de 2012⁽⁷⁸⁾.

13. Em suma, a Lei n.º 23/2012, tendo como principal escopo reduzir os custos com o trabalho, elimina feriados, majorações de férias e acréscimos compensatórios por trabalho suplementar, reduz compensações pela cessação do contrato de trabalho e introduz novas causas de cessação do contrato de trabalho (porque é nisso que se traduz a inadaptação sem modificação do posto de trabalho). Do mesmo passo, multiplica os elementos não contratuais no contrato de trabalho — lembre-se o banco de horas grupal — e as interferências na autonomia negocial coletiva. Mas não bule, minimamente, em alguns aspetos estruturantes do nosso sistema de relações coletivas, corretamente denunciados pelo Memorando, como sejam a falta de critérios de representatividade ou a proliferação de portarias de extensão com os seus possíveis efeitos de distorção da concorrência...

⁽⁷⁸⁾ Já não nos parece tão inequívoco o regime a aplicar na situação prevista no n.º 4 do art. 7.º. Este preceito, como é sabido, estabelece a suspensão durante um período de 2 anos a contar de 1 de Agosto de 2012 das disposições de IRCT's e cláusulas de contrato de trabalho que dispõem sobre acréscimos de pagamento de trabalho suplementar superiores ao estabelecido pelo Código do Trabalho e retribuição do trabalho normal prestado em dia feriado ou descanso compensatório por essa mesma prestação. Pode perguntar-se se a suspensão das disposições de IRCT's e cláusulas de contratos individuais de trabalho só se aplica a disposições e cláusulas anteriores à entrada em vigor da lei ou, se deverá aplicar-se, mesmo, a disposições e cláusulas negociadas após a entrada em vigor da presente lei. A resposta é delicada porquanto, por um lado, pode argumentar-se, a favor da aplicação da norma também às disposições e cláusulas posteriores à entrada em vigor a Lei n.º 23/2012, quer com o elemento literal (não há neste número idêntica ressalva à que consta do n.º 2), como com os elementos histórico e teleológico. No entanto, a norma não alterou, nem suspendeu o artigo 3.º do Código do Trabalho do qual resulta, para alguns autores, quase uma espécie de presunção de que as normas legais podem ser afastadas por IRCT. Exigir-se-ia, assim, que uma norma legal absolutamente imperativa o fosse de modo inequívoco. Além disso, o próprio n.º 5 do art. 7.º prevê que as disposições ou cláusulas podem ser alteradas durante o tal período em que estariam suspensas (embora se possa dizer que esta alteração não visa produzir efeitos imediatos, mas tão só evitar a redução para metade ex lege dos valores antes previstos).