

COLÓQUIOS DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA



XII COLÓQUIO DE DIREITO DO TRABALHO

OS NOVOS DESAFIOS DO DIREITO DO TRABALHO

NOVEMBRO 2022

COLEÇÃO LIVROS DIGITAIS DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Esta coleção tem como objectivo principal coligir, de forma sistemática, os textos que resultem das comunicações levadas a efeito no Ciclo de Colóquios do Supremo Tribunal de Justiça, atividade sistémica inserida no Plano de Atividades da atual presidência do Supremo Tribunal de Justiça. Tem por escopo disponibilizar, a toda a comunidade jurídica, o acesso livre e gratuito dos conteúdos dos colóquios, de uma forma universal, potenciada pelo modo de divulgação/disponibilização digital.

Presidente do Supremo Tribunal de Justiça
Juiz Conselheiro Henrique Araújo

Chefe do Gabinete do Presidente do Supremo Tribunal de Justiça
Juíza Desembargadora Gabriela Cunha Rodrigues

Ficha Técnica

Coordenação Científica

Juiz Conselheiro Júlio Gomes

Presidente da Secção Social do Supremo Tribunal de Justiça

Produção Executiva

Juíza de Direito Sandra dos Reis Luís

Adjunta do Gabinete do Presidente do Supremo Tribunal de Justiça

Coordenação Executiva do Colóquio

Gabinete do Presidente do Supremo Tribunal de Justiça

Fotografia

Eduardo Pimenta

Grafismo

Ana Oliveira Pinto, Designer

Esta publicação não adopta o novo Acordo Ortográfico, deixando-se essa opção ao critério dos autores.

Edição Julho de 2023

ISBN

978-989-53058-5-8

Sempre que desejar voltar ao índice, clique



- 05** **Henrique Araújo**
Juiz Conselheiro, Presidente do Supremo Tribunal de Justiça
- 07** **Júlio Gomes**
Juiz Conselheiro,
Presidente da Secção Social do Supremo Tribunal de Justiça
e Coordenador Científico do Colóquio
- 08** **ACIDENTES DE TRABALHO EM TELETRABALHO**
Pedro Romano Martinez
Professor Catedrático,
Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa
- 32** **TRABALHO DIGITAL E PODER DE DIREÇÃO**
Alberto Levi
Professor Catedrático
Universidade de Modena e Reggio Emilia, Itália
- 40** **CONCILIAÇÃO ENTRE A VIDA PROFISSIONAL E A VIDA FAMILIAR:
novos desafios à luz do direito da união europeia**
Joana Nunes Vicente
Professora Auxiliar
Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra
- 54** **ACIDENTES DOS CONDUTORES DE VEÍCULOS EM ACTIVIDADES
DISPONIBILIZADAS POR PLATAFORMAS ELETRÓNICAS, UMA NOVA
REALIDADE NO SÉCULO XXI**
Vera Sottomayor
Juíza Desembargadora
Tribunal da Relação de Guimarães
- 68** **A GREVE E A SUBSTITUIÇÃO DE TRABALHADORES GREVISTAS
POR MEIOS AUTOMÁTICOS**
Luís Gonçalves da Silva
Professor
Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa
- 92** **A EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO TJUE SOBRE SÍMBOLOS
RELIGIOSOS NO LOCAL DE TRABALHO: densificação e convergência
com o TEDH**
Bruno Mestre
Juiz de Direito
- 112** **AS PLATAFORMAS DIGITAIS E O NOVO ART. 12.º-A
DO CÓDIGO DO TRABALHO: Empreendendo ou Trabalhando?**
Leal Amado
Professor Catedrático
Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa
- 132** **DELIMITAÇÃO DO TELETRABALHO, ÂMBITO DE APLICAÇÃO
DO REGIME LEGAL E ACORDO DE TELETRABALHO**
Maria do Rosário Palma Ramalho
Professora Catedrática
Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa





Henrique Araújo

Juiz Conselheiro, Presidente do Supremo Tribunal de Justiça

O Supremo Tribunal de Justiça tem realizado várias conferências e colóquios sobre os mais variados temas ligados ao Direito e à prática judiciária, com a participação de prestigiados juristas e de especialistas em matérias que de algum modo se conexas com a vida nos tribunais.

A valia jurídico-científica das comunicações produzidas impõe-nos o dever de encontrar os meios de divulgação mais expeditos e práticos para fazer chegar esses conhecimentos ao maior número possível de beneficiários.

Os livros digitais (e-books) são uma das ferramentas mais eficazes de divulgação de conteúdos, aliando a vantagem da praticidade ao insignificante encargo financeiro de edição, e permitindo ao beneficiário a consulta gratuita dos textos.

Por isso, esta forma de divulgação dos conteúdos das intervenções em conferências e colóquios passará a estar disponível na página oficial do Supremo Tribunal de Justiça, esperando-se que assim se atinja o objetivo de disponibilizar a toda a comunidade jurídica e aos cidadãos em geral a informação mais atualizada e completa sobre as matérias de interesse jurídico e judiciário.





Júlio Gomes

Juiz Conselheiro

Presidente da Secção Social do Supremo Tribunal de Justiça
e Coordenador Científico do Colóquio

Procurando manter a tradição dos Colóquios de Direito do Trabalho realizados neste Supremo Tribunal de Justiça, o XII Colóquio incidiu sobretudo – embora não exclusivamente, como se verá – sobre temas de atualidade. A pandemia do COVID-19 trouxe à luz da ribalta o teletrabalho, mormente o teletrabalho no domicílio. É possível que regressando a vida à “normalidade”, o teletrabalho continue a ser um instrumento utilizado ainda que, provavelmente, em outras modalidades que não apenas o teletrabalho no domicílio e em alternância com o trabalho presencial. Em todo o caso, temáticas várias, como os acidentes de trabalho no regime do teletrabalho e as alterações no seu regime legal, foram abordadas. A digitalização e o chamado capitalismo cognitivo exprimem-se entre outros fenómenos no trabalho através (e nas) plataformas que suscitam não apenas novos problemas na diferenciação entre trabalho subordinado e trabalho autónomo, mas, inclusive, na necessidade de alguma da tutela jurídico-laboral ser estendida a genuínos trabalhadores independentes desde que economicamente dependentes. Nesta matéria são se referir as temáticas do poder de direção no trabalho digital e o papel, em geral, do direito do trabalho. Também os meios de conflito coletivo evoluem com a digitalização da economia. Falou-se, por exemplo, da substituição de grevistas com o recurso a meios mecânicos ou informáticos. Ao lado destes temas foram ainda tratados outros que têm suscitado um debate intenso designadamente ao nível da jurisprudência do Tribunal de Justiça ou da própria legislação da União Europeia, respetivamente, a liberdade religiosa do trabalhador subordinado e a conciliação da vida profissional e da vida familiar.

Esperamos que as intervenções agora disponíveis neste livro eletrónico sejam úteis aos aplicadores do Direito do Trabalho e proporcionem uma ideia sobre as transformações em curso e o impacto das mesmas num ramo do direito que, em todo o caso, tem no seu ADN uma constante capacidade de adaptação às evoluções tecnológicas e organizacionais.

ACIDENTES DE TRABALHO EM TELETRABALHO



Pedro Romano Martinez¹
Professor Catedrático da Faculdade de Direito,
Universidade de Lisboa

RESUMO: Neste estudo, depois de uma aproximação ao regime jurídico dos acidentes de trabalho, pensado para o trabalho presencial, analisa-se a problemática destes infortúnios que ocorram na prestação de trabalho à distância, fora da empresa, mormente no domicílio do trabalhador, em que o prestador da atividade recorre a tecnologia de informação e de comunicação na realização das tarefas de que foi incumbido. Ainda que estatisticamente, a prestação da atividade em teletrabalho tenha um diminuto impacto no âmbito dos acidentes de trabalho, suscita vários problemas jurídicos que devem ser repensados.

1 | Relevância prática dos acidentes de trabalho 1. Atividades com maior incidência de acidentes

A matéria dos acidentes de trabalho, na prática, ocupa talvez 50% das questões juslaborais suscitadas. De facto, quase metade dos processos dirimidos pelos tribunais de trabalho respeita a acidentes de trabalho; situação que deriva, em particular, da proliferação de tais infortúnios².

Em 1997, os 214.626 acidentes de trabalho registados implicaram amorte de 228 trabalhadores³. Em 2019, foram feitas mais de 255.000 participações de acidentes de trabalho, de que resultaram 148 mortes e 67 trabalhadores

¹ O texto teve por base a conferência proferida na *XII Colóquio de Direito do Trabalho Os Novos Desafios do Direito do Trabalho*, no Supremo Tribunal de Justiça, no dia 17 de novembro de 2022.

² Neste estudo acompanha-se o que consta de *Direito do Trabalho*, 10.^a edição, Coimbra, 2022, do autor, pp. 825-898. Remete-se, assim, para a bibliografia citada nesses §§ 52 e s., em especial para a indicada nas pp. 898 s. A essa bibliografia, acrescenta-se SARA LEITÃO, «Os Acidentes de Trabalho em Teletrabalho», *Prontuário de Direito do Trabalho*, 2021, I, pp. 209-232; MARIA EUNICE LOPES DE ALMEIDA, «O Teletrabalho e o Direito a Teletrabalar», *Questões Laborais*, 56 (2020), pp. 81-123; RAQUEL POQUET CATALÀ, «Accidente de trabajo *in itinere* en el teletrabajo: su difícil conjunción», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 2017, vol. 5, n.º 4 (octubre-diciembre), pp. 41-57; MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, «Delimitação do teletrabalho, âmbito de aplicação do regime legal e acordo de teletrabalho: breves reflexões sobre alguns problemas colocados pelas alterações ao regime do teletrabalho pela Lei n.º 82/2021, de 6 de dezembro», *A Revista do STJ*, Jan a Jun. 2022, pp. 59-75; ALEJANDRA SELMA PENALVA, «El Accidente de Trabajo en el Teletrabajo. Situación actual y nuevas perspectivas», *Temas Laborales*, núm. 134/2016, pp. 129-166; IVÁN VIZCAÍNO RAMOS, *El impacto de la conciliación de la vida personal, laboral y familiar sobre el régimen del accidente de trabajo in itinere*, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2021. No texto utilizam-se as seguintes abreviaturas: CC – Código Civil; CRP – Constituição; CT – Código do Trabalho; LAT – Lei dos Acidentes de Trabalho.

³ Veja-se o quadro estatístico apresentado por RIBEIRO LOPES, «Regime Legal da Prevenção dos Acidentes de Trabalho», *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, Vol. I, Coimbra, 2001, p. 590, com indicação de número de acidentes e de mortes nos anos de 1990 a 1997 e respetivos custos.

com incapacidade permanente absoluta. Por sectores, a incidência foi de 24,8% indústria transformadora, 14,31% comércio por grosso e retalho e reparação de veículos e 13,26% construção. Em 2020 verificou-se uma redução resultante da pandemia, tendo sido feitas cerca de 175.000 participações de acidentes de trabalho, de que resultaram 142 mortes e 58 trabalhadores com incapacidade permanente absoluta. Por sectores, a incidência foi de 24,98% indústria transformadora, 15,47% construção e 14,89% comércio por grosso e retalho e reparação de veículos.

2. Relevo dos acidentes no trabalho presencial

Os números apontados de acidentes de trabalho respeitam ao trabalho presencial: na fábrica, nas obras, etc.

Desde sempre, as preocupantes situações de acidentes de trabalho relatadas desde o final do séc. XIX relacionavam-se com a utilização da máquina pelo trabalhador, obviamente no espaço empresarial, mormente a fábrica. E como resulta dos números constantes do ponto anterior, continua a ser na fábrica (indústria transformadora) onde ocorre a maioria dos acidentes de trabalho graves.

3. Menor ocorrência de acidentes no trabalho à distância

No trabalho à distância, mais concretamente no teletrabalho, recorrendo o trabalhador a tecnologias de informação e de comunicação na realização da sua atividade, as participações de acidentes de trabalho, além de serem em número reduzido, as ocorrências não costumam ter um impacto grave (morte ou incapacidade do trabalhador).

Na realidade, a escassa perigosidade do trabalho no que respeita à prestação de serviços recorrendo a meios informáticos, justifica que, no teletrabalho, os números de acidentes de trabalho sejam de pouco relevo. Esta situação não resulta exclusivamente do teletrabalho, sendo também de pouca incidência os acidentes de trabalho no âmbito do trabalho presencial, em que o trabalhador recorre a meios informáticos para a realização da sua tarefa.

II | Distinção entre acidente de trabalho e doença profissional

1. Previsão no mesmo diploma

Ainda que previstos no mesmo diploma – Lei n.º 98/2009, de 4 de setembro

–, os acidentes de trabalho e as doenças profissionais têm um regime de proteção distinto.

No ordenamento jurídico português, os acidentes de trabalho não se encontram integrados no sistema de proteção da segurança social, como ocorre na maioria dos sistemas jurídicos europeus. Há uma diferença entre a proteção concedida ao trabalhador em caso de acidente de trabalho e a segurança social.

Na sequência do disposto no artigo 63.º, n.os 3 e 4, da CRP, houve uma tentativa de integração dos acidentes de trabalho no regime público da segurança social, através do disposto no artigo 72.º da Lei n.º 28/84, de 14 de agosto (anterior Lei de Bases da Segurança Social), ao estabelecer-se que os acidentes de trabalho iriam ser integrados no regime geral da segurança social, mas tal não ocorreu. Com a mencionada lei pretendia-se transferir o regime vigente, de seguro privado, segundo regras de direito privado, para o regime público da segurança social. Contudo, como é sabido, a segurança social sofre de dois problemas graves: excessiva burocratização, que não existe nos mesmos moldes no seguro privado; e a sua sustentabilidade económica. A estes motivos acresce que o sector segurador passaria por graves dificuldades caso se procedesse à mencionada transferência, derivado do peso significativo do ramo «acidentes de trabalho», ainda que seja, muitas vezes, um ramo deficitário, serve de «âncora» na celebração de outros seguros. Razões pelas quais, hoje, a tendência aponta no sentido de se aliviar a segurança social de algumas das suas tarefas, transferindo-as para entidades privadas, em princípio seguradoras. Exemplo disto é a divulgação dos seguros de saúde, de planos de reforma e de fundos de pensões (estes regulados na Lei n.º 27/2020, de 23 de julho), frequentemente estabelecidos na empresa, de modo unilateral pelo empregador, como modo de compensar os trabalhadores.

2. Proteção privada (seguro)

Tendo em conta a referida inércia, o legislador acabou por não concretizar a substituição prometida, mantendo-se, quanto aos acidentes de trabalho, o regime indemnizatório de direito privado, previsto na Lei dos Acidentes de Trabalho, na base de um seguro privado; o designado seguro de acidentes de trabalho, que integra o extenso rol de seguros obrigatórios estabelecidos na ordem jurídica portuguesa.

O acidente de trabalho pressupõe que seja súbito o seu aparecimento, assenta numa ideia de imprevisibilidade quanto à sua verificação e deriva

de fatores exteriores. O acidente de trabalho é, normalmente, causa de uma lesão corporal, física ou psíquica; mas, em determinados casos, pode estar na origem de uma doença.

3. Proteção pública (Segurança Social)

Quanto às doenças profissionais, progressivamente, a partir de 1962 (Decreto-Lei n.º 44307, de 27 de abril de 1962), a responsabilidade foi sendo transferida das entidades patronais para a, então designada, previdência social. Nos termos do Decreto-Lei n.º 227/81, de 18 de julho (artigo 1.º), as doenças profissionais foram integradas num sistema de proteção público (segurança social), concretamente a Caixa Nacional de Seguros de Doenças Profissionais (substituída pelo Centro Nacional de Proteção contra os Riscos Profissionais).

Estando o regime das doenças profissionais fora do domínio do direito privado, não cabe neste estudo aludir às questões que lhe são inerentes. Todavia, não obstante a integração num sistema de direito público, nalguma medida o seu regime acompanha o que se encontra estabelecido em sede de acidentes de trabalho, até porque a Lei dos Acidentes de Trabalho pretende regular ambas as situações, estabelecendo alguma unidade. É evidente que apesar de o regime jurídico se apelidar dos acidentes de trabalho e doenças profissionais, o legislador só dedica às doenças profissionais os artigos 93.º a 153.º da LAT, aplicando-se-lhes também as disposições gerais (artigos 1.º e 2.º da LAT) e algumas disposições complementares (artigos 155.º ss. da LAT).

As doenças profissionais, que se encontram reguladas nos artigos 93.º ss. da LAT, resultam do exercício de uma atividade profissional. Daí que, por via de regra, a doença profissional é de produção lenta e progressiva surgindo de modo impercetível.

Nos termos Lei dos Acidentes de Trabalho, para efeitos indemnizatórios, só se consideram doenças profissionais as que constam de uma lista periodicamente atualizada (artigo 94.º, n.º 2, da LAT e artigo 283.º, n.os 2 e 3, do CT).

A responsabilidade derivada de doenças profissionais tem vindo, progressivamente, a ser transferida de instituições privadas para instituições públicas; ou seja, foi deixando de estar na órbita de imputabilidade dos empregadores e respetivos seguradores, passando para o sector público. A partir de 1981, com o Decreto-Lei n.º 227/81, de 18 de julho (artigo 1.º), as doenças profissionais ficaram, na sua totalidade, integradas no sistema público da extinta Caixa Nacional de Seguros de Doenças Profissionais

(atual Centro Nacional de Protecção contra os Riscos Profissionais).

Não obstante a figura das doenças profissionais andar associada com a dos acidentes de trabalho, a sua forma de ressarcimento enquadra-se em parâmetros diferentes, de direito público.

III | Regime legal dos acidentes de trabalho

1. Dignidade constitucional

À protecção derivada de acidente de trabalho ou doença profissional, após a revisão de 1997, foi conferida dignidade constitucional. De facto, no artigo 59.º, n.º 1, da CRP acrescentou-se a alínea f), nos termos da qual todos os trabalhadores têm direito a assistência e justa reparação, quando vítimas de acidente de trabalho ou de doença profissional.

2. Lei dos Acidentes de Trabalho

Desde 1 de janeiro de 2010, vigora a Lei n.º 98/2009, de 4 de setembro (Lei dos Acidentes de Trabalho, LAT), que, com pequenas adaptações e resolução de dúvidas, manteve quase inalterado o regime até então vigente. Quanto à noção de acidente de trabalho, reiterando a solução da precedente Lei n.º 100/97, regride em relação ao artigo 284.º do CT2003, por outro lado estabelece novos critérios de cálculo de prestações em dinheiro, assim como encargos, etc. De salientar, ainda, que altera o regime de responsabilidade subsidiária do segurador.

Apesar de a LAT se encontrar datada de 2009, assenta num modelo jurídico de responsabilidade civil dos anos 40 do séc. XX (Lei n.º 1942, de 27 de julho de 1936), sem ter atendido à evolução juscientífica, nomeadamente operada pelo Código Civil, como p. ex. no que respeita aos montantes devidos em sede de responsabilidade pelo risco, que só em alguns casos se encontram limitados por valores máximos, cobrindo até esse montante todos os danos sofridos pelo lesado.

3. Regimes especiais

No âmbito da administração pública, quanto aos acidentes em serviço e doenças profissionais, vigorava o regime instituído pelo Decreto-Lei n.º 38523, de 23 de novembro de 1951, que depois de o legislador ter informado que se encontrava em vias de ser revisto (cf. Lei n.º 105/99, de 26 de julho), foi substituído pelo atual Regime Jurídico dos Acidentes de Trabalho e Doenças Profissionais no âmbito da administração pública, aprovado

pelo Decreto-Lei n.º 503/99, de 20 de novembro.

Sem pretender alterar a estrutura base do regime comum dos acidentes de trabalho, no que respeita à situação especial dos praticantes desportivos profissionais, passou a existir um regime específico constante, primeiro, Lei n.º 8/2003, de 12 de maio e, agora, na Lei n.º 27/2011, de 16 de junho. O novo regime não altera substancialmente as soluções até então vigentes. O direito subsidiário é, agora, o constante da Lei de Acidentes de Trabalho de 2009 (Lei n.º 98/2009), para onde remete o artigo 10.º da Lei n.º 27/2011.

IV | Diferenças no âmbito da tabela nacional de incapacidades

1. Avaliação de incapacidades em Direito civil

Quanto à determinação do montante indemnizatório, é necessário ter em conta o Decreto-Lei n.º 352/2007, de 23 de outubro, que aprovou a Tabela Nacional de Incapacidades.

Há uma dualidade de regimes de responsabilidade objetiva decorrente de acidente de trabalho e de acidente de viação. Dualidade dificilmente compreensível, com dois regimes jurídicos (artigos 503.º ss. do CC e LAT) e duas tabelas para aferição de danos (Tabela Nacional para a Avaliação de Incapacidades Permanentes em Direito Civil e Tabela Nacional de Incapacidades por Acidentes de Trabalho ou Doenças Profissionais, previstas no mesmo diploma, Decreto-Lei n.º 352/2007), que conduz a soluções iníquas e criando especial dificuldade na conjugação da responsabilidade, v. g., em caso de acidente simultaneamente de viação e de trabalho. A iniquidade da existência de duas tabelas para cálculo de danos leva a que situações idênticas sejam decididas de modo diverso.

A isto acresce que o acidente de trabalho pode ser, simultaneamente, acidente de viação e o valor indemnizatório é diverso (superior, por via de regra).

2. Avaliação de incapacidades em acidente de trabalho

A Tabela Nacional de Incapacidades por Acidentes de Trabalho teve por base os limites indemnizatórios próprios deste regime (LAT), concretamente a tipificação de danos ressarcíveis, como previsto no artigo 8.º, n.º 1, da LAT.

Deste preceito resulta que a indemnização por acidente de trabalho pressupõe a existência de uma lesão corporal, de uma perturbação funcional ou morte do trabalhador. Com efeito, o ressarcimento relaciona-se

com a redução da capacidade de trabalho ou diminuição da capacidade de ganho do trabalhador sinistrado. Há, portanto, uma delimitação do dano em função da incapacidade do trabalhador para a realização da atividade.

Esta delimitação – expressa na Tabela Nacional de Incapacidades por Acidentes de Trabalho – não tem a mesma concretização na Tabela Nacional para a Avaliação de Incapacidades Permanentes em Direito Civil, aplicável nomeadamente a acidentes de viação; criando uma dualidade de regimes com dificuldade de justificação.

3. Função indemnizatória e responsabilidade civil objetiva

A responsabilidade civil objetiva emergente de acidentes de trabalho terá surgido na Alemanha, com a lei de 6 de julho de 1884. Em Portugal, a primeira regulamentação aparece com a Lei n.º 83, de 24 de julho de 1913 (regulada pelos Decretos n.º 182, de 18 de outubro de 1913 e n.º 183, de 24 de outubro de 1913), em que se estabelecia uma responsabilidade sem culpa, em particular, quando os acidentes eram causados por máquinas. A solução manteve-se nos subsequentes diplomas, mormente na LAT (2009) – ainda que sem uma referência explícita à responsabilidade sem culpa ou pelo risco –, vigorando, com respeito aos acidentes de trabalho, um regime de responsabilidade civil objetiva, pelo risco. Só que, contrariamente ao estabelecido no Código Civil em termos de responsabilidade civil objetiva (artigos 499.º ss. do CC), em que, por vezes, se determinam limites máximos do montante indemnizatório (p. ex., artigo 508.º do CC, relativo a acidentes de automóveis), em sede de acidentes de trabalho os limites são determinados pela tipificação de danos – na Tabela Nacional de Incapacidades – e pelo estabelecimento de regras para o apuramento da indemnização.

V | Conceito de acidente de trabalho

1. Determinação do lesado

a) Trabalhador subordinado

Nos termos do artigo 3.º, n.º 1, da LAT, o lesado será um trabalhador por conta de outrem, com subordinação jurídica, tal como vem estabelecido no artigo 11.º do CT. E tanto pode ser um trabalhador português que desenvolva a sua atividade em Portugal, como um trabalhador estrangeiro que preste serviço em Portugal (artigo 5.º da LAT) e ainda um trabalhador português (ou estrangeiro) residente em Portugal, ao serviço de uma empresa portuguesa, que trabalhe no estrangeiro (artigo 6.º da LAT).

Para efeitos de acidente de trabalho não é sequer necessário que o lesado seja parte num contrato de trabalho válido. Mesmo na hipótese de o contrato ser inválido, tal como dispõe o artigo 122.º do CT, basta que o trabalhador tenha desenvolvido a sua atividade para que os efeitos emergentes da relação laboral se produzam como se ela fosse válida; entre esses efeitos incluem-se os relativos à responsabilidade do empregador por acidentes de trabalho. De igual modo, apesar de ter havido suspensão do contrato de trabalho com base em fundamento relacionado com o empregador, como no caso de suspensão preventiva, nos termos do artigo 354.º do CT, se ocorre um sinistro relacionado com o contrato de trabalho é de qualificar como acidente de trabalho.

Em princípio, uma empresa não responde pelo acidente de trabalho ocorrido com o trabalhador contratado por outra empresa ainda que se encontre a desenvolver uma atividade de que a primeira beneficia. Por isso, é a empresa de trabalho temporário que tem de transferir a responsabilidade emergente de acidentes de trabalho dos trabalhadores cedidos a uma empresa utilizadora mediante a celebração de seguro (artigo 177.º, n.º 3, do CT e artigo 79.º, n.º 2, da LAT). Excepcionalmente, a empresa beneficiária pode ser responsabilizada pelo acidente que ocorra no desempenho de uma atividade em seu benefício, mormente se teve culpa no desrespeito de regras de segurança.

b) Trabalhador em dependência económica

No artigo 3.º, n.º 2, da LAT alarga-se o conceito de acidente de trabalho aos infortúnios que ocorram com quem não seja trabalhador por conta de outrem, de modo a abranger aqueles que tenham contratos equiparados (como o caso do trabalho no domicílio), os praticantes, aprendizes e demais formandos, bem como outros trabalhadores, sem contrato de trabalho, mas que prestem uma atividade na dependência económica da pessoa servida. Neste contexto, incluem-se na previsão do preceito os administradores, diretores e gerentes societários, quando remunerados (como se previa na anterior LAT, Lei n.º 100/97, artigo 3.º, n.º 3), atenta a lógica abrangente e inclusiva do preceito, mesmo que não se demonstre a dependência económica dos referidos titulares de órgãos sociais.

O problema reside em saber quando se deve considerar que existe dependência económica nos termos do artigo 3.º, n.º 2, da LAT. Por um lado, a dependência económica pressupõe a integração do prestador da atividade no processo empresarial de outrem e, por outro, o facto de a atividade desenvolvida não poder ser aproveitada por terceiro. Já não parece de aceitar

que se enquadre na noção de dependência económica o facto de o prestador da atividade carecer da importância auferida para o seu sustento ou o da sua família.

A integração no processo produtivo da empresa beneficiária, que será talvez o fator relevante para a existência de dependência económica, pode ser coadjuvada com a continuidade no exercício da atividade, pois, por via de regra, não haverá integração num processo produtivo empresarial se a atividade é desenvolvida de forma esporádica.

Não sendo o empregador uma empresa, dificilmente quem prestar serviços com autonomia poderá considerar-se na dependência económica da pessoa servida, até porque o legislador pretendeu, de algum modo, excluir do âmbito da LAT os acidentes ocorridos na execução de trabalhos de curta duração fora do seio empresarial (artigo 16.º, n.º 1, da LAT).

Por outro lado, a dependência económica pressupõe que a atividade desenvolvida por quem presta o serviço só aproveite ao seu beneficiário, de molde a não poder conferir quaisquer vantagens a terceiros. Será o que ocorre no caso de o trabalhador autónomo realizar certa atividade, cujo resultado, sendo rejeitado pelo beneficiário, não poderá ser aproveitado por outrem.

Neste âmbito, para analisar a existência de dependência económica, releva sobremaneira a jurisprudência sobre a questão⁴.

Na dúvida em relação a dada atividade, presume-se que o trabalhador se encontra na dependência económica da pessoa em proveito da qual o serviço é prestado (artigo 3.º, n.º 2, da LAT).

2. Local de trabalho

A noção de acidente de trabalho relaciona-se com o local e o tempo de trabalho.

O local de trabalho é entendido num sentido amplo, pois compreende, para além do sítio onde o trabalhador desenvolve efetivamente a sua atividade, «todo o lugar em que o trabalhador se encontra ou deva dirigir-se em virtude do seu trabalho e em que esteja direta ou indiretamente sujeito ao controlo do empregador» (artigo 8.º, n.º 2, alínea a), da LAT). Esta área geográfica de implantação ou de exploração da empresa abrange não só espaços dessa mesma empresa, nomeadamente o átrio ou a cantina, como também locais onde são prestados serviços aos trabalhadores, ainda que fora da empresa, como seja serviços médicos numa clínica privada contratada pelo empregador. É acidente de trabalho aquele que ocorra nos tratamentos a que o trabalhador seja submetido, desde que relacionados com a atividade laboral, tais como inspeções médicas periódicas ou tratamentos

⁴ Veja-se, nomeadamente, Ac. STJ de 27/5/2004 (FERNANDES CADILHA), www.dgsi.pt, e Ac. STJ de 30/3/2022 (BRANQUINHO DIAS), CJ (STJ), 2022, T. I, p. 256.

em consequência de lesão de trabalho. Será, assim, local de trabalho qualquer sítio onde o trabalhador tenha de ir relacionado com a realização da sua atividade, desde que sujeito, direta ou indiretamente, ao controlo do empregador.

O controlo direto verificar-se-á, em particular, na típica relação laboral em que, durante o horário de trabalho, o trabalhador está sujeito ao poder direção do empregador. O controlo indireto poderá existir em relações laborais em que a prestação é realizada fora da empresa (p. ex., trabalho no domicílio ou teletrabalho) e com respeito a trabalhadores com alguma independência na execução da atividade laboral, nomeadamente aqueles que desempenham as tarefas fora do espaço geográfico de implantação da empresa (v. g., vendedores externos). Sem que fosse necessário explicitar, aquando da (precipitada) alteração do regime do teletrabalho (Lei n.º 83/2021), acrescentou-se a alínea c) ao n.º 2 do artigo 8.º da LAT, indicando que o local de trabalho será aquele que conste do acordo de teletrabalho, estreitando as hipóteses de aplicação da alínea a) do mesmo preceito, essencialmente no que respeita ao controlo indireto do empregador.

3. Tempo de trabalho

O tempo de trabalho a que alude o artigo 8.º, n.º 1, da LAT abrange o período normal de trabalho (artigo 198.º do CT), bem como os espaços de tempo que o precedem e que se lhe seguem, estando com ele relacionados tanto em atos de preparação como de ulatimação, e ainda as interrupções normais – os chamados intervalos de descanso (artigo 213.º CT), por exemplo, a pausa para almoço – ou forçosas de trabalho, como as que decorrem de uma avaria das máquinas (artigo 8.º, n.º 2, alínea b), *in fine*, da LAT).

Não se enquadram nas interrupções, as suspensões do contrato de trabalho, como a que advém de uma situação de greve (artigo 536.º do CT). Mas se durante a suspensão do contrato, o trabalhador se tem de dirigir à empresa, o sinistro então ocorrido pode ser qualificado como acidente de trabalho.

Os acidentes enquadrados nesta noção ampla de tempo de trabalho, caso se verifiquem fora do local de trabalho não consubstanciam um acidente para efeitos de aplicação da LAT. Assim, se numa interrupção do trabalho, o trabalhador se ausentar da empresa para ir comprar cigarros, o desastre então ocorrido não se qualifica como acidente de trabalho, porque ele se encontra fora do controlo, direto ou indireto, do empregador; sem prejuízo de tais deslocações durante a pausa poderem consubstanciar acidente *in itinere*.

4. Acidentes de percurso

Relacionado com o tempo de trabalho, em particular com os períodos que antecedem e que se seguem à efetiva laboração, há que aludir aos acidentes de percurso, também designados de trajeto ou *in itinere*. Sobre este ponto há uma jurisprudência abundante, até porque a figura dos acidentes *in itinere*, não obstante encontrar hoje regulamentação expressa, teve uma origem jurisprudencial⁵. Estão em causa os acidentes que ocorrem, em especial, quando o trabalhador se desloca para o local de trabalho ou regressa a casa.

Nos termos do artigo 9.º, n.º 1, alínea a), e n.º 2, da LAT, retira-se que o acidente *in itinere* tem de corresponder a um percurso normal, devendo enquadrar-se num dos vários tipos de trajeto previstos na lei. Primeiro, o percurso de ida e volta entre a residência do trabalhador e o local de trabalho; segundo, o trajeto de ida e volta entre a residência do trabalhador e o local de pagamento da retribuição; terceiro, o percurso de ida e volta entre o local de trabalho e o local de pagamento da retribuição; quarto, o trajeto de ida e volta entre a residência do trabalhador e o local onde lhe deva ser prestada assistência médica ou realizados quaisquer outros exames; quinto, o percurso de ida e volta entre o local de trabalho e o local onde deva ser prestada ao trabalhador assistência médica ou realizados quaisquer outros exames; sexto, o trajeto entre o local de trabalho e o local de refeição, de reunião, etc.; sétimo, o percurso entre o local de trabalho habitual e o lugar onde o trabalhador tiver de prestar uma atividade por determinação do empregador ou por ele consentida e ainda de procura de emprego.

A residência do trabalhador, como se refere o artigo 9.º, n.º 2, alínea b), da LAT, tanto pode ser a habitual, como uma ocasional (p. ex., de fim de semana), mas o trajeto a partir da residência só se conta depois de transposta a «porta de acesso para as áreas comuns do edifício ou para a via pública»⁶; a responsabilidade por acidentes de percurso não abrange situações em que o trabalhador se encontra num espaço por ele controlado, em particular na sua vida privada.

Poder-se-á questionar se os trajetos indicados nas alíneas do n.º 1 do artigo 9.º da LAT são taxativos ou simplesmente indicativos. Numa interpretação extensiva do artigo 9.º, n.º 2, da LAT incluir-se-iam nos acidentes *in itinere* outros percursos, designadamente o realizado pelo trabalhador para tomar café em qualquer pausa que lhe seja concedida ou, tendo duas ocupações, quando se desloca de uma empresa para outra. Esta interpre-

⁵ A análise legal e jurisprudencial dos acidentes de percurso foi feita por JÚLIO GOMES, O Acidente de Trabalho. O acidente *in itinere* e a sua descaracterização, Coimbra, 2013, em especial pp. 161 ss.

⁶ Como se referia no Parecer da Procuradoria-Geral da República n.º 38/76, de 16/6/1976, BMJ 262, p. 81, as partes comuns dos edifícios não apresentam qualquer intimidade com o habitante do apartamento, pelo que o desastre aí verificado deve ser acidente de trabalho; a contrario sensu, se o infortúnio ocorre na intimidade não é acidente de trabalho.

tação extensiva tem de ser apreciada com a devida prudência, pois está-se perante uma exceção introduzida num regime, já de si, excepcional; de facto, a responsabilidade objetiva corresponde a um regime excepcional (artigo 483.º, n.º 2, do CC) e os acidentes de percurso, também por via de exceção, alargam o campo de aplicação desta responsabilidade.

Para que se esteja perante um acidente de trajeto torna-se necessário que se encontrem preenchidos dois requisitos (artigo 9, n.os 2 e 3, da LAT). É imperioso que o acidente se verifique no trajeto normalmente utilizado – o designado percurso normal – e durante o período de tempo ininterrupto habitualmente gasto pelo trabalhador.

O trajeto normal será aquele que, objetivamente, for considerado ideal, mesmo que não seja o mais curto, nem o realizado a diário. Considera-se normal o percurso em que haja desvios determinados pela satisfação de necessidades atendíveis do trabalhador, bem como por motivo de força maior ou caso fortuito (artigo 9.º, n.º 3, da LAT). Os desvios determinados por motivo de força maior (v. g., enxurrada que levou a um corte de estrada) ou caso fortuito (p. ex., avaria mecânica que implicou uma ida à oficina) não carecem de maiores explicações. Mas os desvios ditados pela satisfação de necessidades atendíveis do trabalhador têm de ser concretizados; se o trabalhador se afasta diariamente do caminho ideal para ir levar os filhos à escola compreende-se que se enquadre no percurso normal para efeito de tutela legal, diversamente, quando se desvia do trajeto ideal para almoçar num restaurante da sua predileção, não se pode considerar que a situação esteja abrangida no conceito de percurso normal.

Não obstante a letra da lei («trajetos normalmente utilizados (...) pelo trabalhador»), poder-se-á questionar do fundamento para responsabilizar o empregador por um acidente ocorrido num trajeto desrazoável que o trabalhador habitualmente percorre.

Exige-se igualmente o carácter consecutivo do percurso, de modo que se o desastre ocorrer depois de uma interrupção do trajeto, o acidente não será ressarcido nos termos da LAT. Contudo, tal como os desvios, aceitam-se interrupções do trajeto para satisfação de necessidades atendíveis do trabalhador (p. ex., tomar o pequeno-almoço quando se dirige para o trabalho), bem como por motivos de força maior ou caso fortuito.

5. Danos típicos

I. No artigo 8.º, n.º 1, da LAT, o legislador relaciona este infortúnio com o local e o tempo de trabalho, por um lado, e com a produção dire-

ta ou indireta de lesões corporais, perturbações funcionais ou doenças de que resulte a morte ou a redução na capacidade de trabalho ou de ganho, por outro.

O acidente de trabalho corresponde a uma determinada situação jurídica, legalmente delimitada e geradora de responsabilidade do empregador; a responsabilidade civil objetiva da entidade patronal – bem como a situação especial de responsabilidade baseada na culpa, prevista no artigo 18.º da LAT – tem como único facto gerador o acidente de trabalho, e só é acidente de trabalho aquele infortúnio que corresponda à definição legal.

Por outro lado, como decorre do artigo 20.º da LAT, são unicamente ressarcíveis em sede de responsabilidade por acidentes de trabalho os danos constantes da Tabela Nacional de Incapacidades (Decreto-Lei n.º 352/2007).

II. Tendo em conta estes dados e o conceito do artigo 8.º, n.º 1, da LAT, parece poder concluir-se que o legislador caracteriza o acidente de trabalho em função dos danos. Assim, numa primeira delimitação do conceito de acidente de trabalho, que não parece correta, este infortúnio corresponde ao sinistro que causar algum dos danos taxativamente indicados na Tabela Nacional de Incapacidades, nos termos previstos nos artigos 23.º ss. da LAT.

Mas qualificar o acidente em função do dano causado implica uma inversão conceptual: o facto gerador não pode ser definido atendendo à consequência. Nestes termos, a parte final do n.º 1 do artigo 8.º da LAT, ao pretender definir o acidente de trabalho em função dos danos causados, tem de ser corrigida por via interpretativa. Com esta referência, o legislador pretendeu esclarecer que na responsabilidade emergente de acidentes de trabalho os danos são típicos; não é que o prejuízo conforme a noção do facto gerador da responsabilidade, mas como o dano corresponde a um dos requisitos da responsabilidade, sendo eles típicos, fica delimitado o âmbito do instituto, concretamente o valor indemnizatório.

6. Causalidade

a) Presunção de causalidade

Do artigo 10.º, n.º 1, da LAT consta uma presunção de causalidade, pois se a lesão corporal, perturbação ou doença for reconhecida a seguir a um acidente presume-se consequência deste. É o que ocorre se o trabalhador

cai de um andaime e o empregador (ou o encarregado da obra) providencia que lhe sejam prestados os primeiros socorros e o transporte para o hospital. Esta presunção de nexa causal consta do artigo 10.º, n.º 1, da LAT. Deste modo, tendo sido a «lesão constatada no local e no tempo de trabalho» presume-se consequência do acidente de trabalho; ou seja, presume-se a existência da causalidade adequada, cabendo ao empregador provar a falta de nexa causal.

Importa, porém, esclarecer que a observação ou o reconhecimento da lesão só poderá constituir presunção de nexa causal no caso de ter sido feito pelo empregador ou por um seu representante — que poderá ser, por exemplo, o médico da empresa; em princípio, sendo a lesão constatada por qualquer outra pessoa (nomeadamente estranha à empresa), mesmo a seguir a um acidente ocorrido no local e no tempo de trabalho, não funcionará a presunção de causalidade. Não será curial, até atendendo a regras de boa fé, que o trabalhador, tendo sofrido um acidente, cuja gravidade não obste a um contacto, não se apresente de imediato junto da entidade competente da empresa, para que esta verifique a situação e tome as providências necessárias, mormente ministrando os primeiros socorros. Contudo, principalmente quando a atividade é desenvolvida fora da empresa, a verificação da lesão poderá ser feita por pessoa inclusive estranha à empresa.

b) Prova

Nas demais situações não incluídas no artigo 10.º, n.º 1, da LAT, a determinação da existência de nexa causal é feita nos termos gerais, cabendo a respetiva prova ao sinistrado ou aos seus familiares (artigo 10.º, n.º 2, da LAT).

Deste modo, não tendo havido reconhecimento do acidente nos termos indicados na alínea anterior, valem as regras gerais de repartição do ónus da prova.

7. Regras pensadas para o trabalho presencial

Todo o regime dos acidentes de trabalho, desde a primeira lei de 1913, está pensado para o trabalho presencial, em particular para o trabalho em que o trabalhador manuseia fontes de risco, como a máquina na fábrica.

No fundo, tal como o direito do trabalho se desenvolveu tendo por base a prestação da atividade de modo presencial, também o regime dos acidentes de trabalho parte do pressuposto de que o trabalhador realiza a atividade no local de trabalho (fábrica, loja ou escritório).

VI. Regime do teletrabalho

1. O teletrabalho nos termos da regulamentação prevista no Código do Trabalho, em 2003

A regulamentação do teletrabalho surgiu com o Código do Trabalho de 2003 (artigos 233.º ss.), tendo o regime passado, sem alterações de relevo para o Código do Trabalho de 2009 (artigos 165.º ss.)⁷.

Tal como resultava da versão inicial do artigo 165.º do CT, o teletrabalho pressupõe que a prestação laboral seja realizada com subordinação jurídica, em local não determinado pelo empregador, e através do recurso a tecnologias de informação e de comunicação. Com efeito, estipulava-se no preceito:

«Considera-se teletrabalho a prestação laboral realizada com subordinação jurídica, habitualmente fora da empresa e através do recurso a tecnologia de informação e de comunicação».

Sendo a prestação de trabalho realizada com subordinação jurídica quer dizer que não está em causa a realização de uma atividade que não seja qualificada como contrato de trabalho. O teletrabalhador, neste contexto, tem um contrato de trabalho; pelo que o regime instituído nos artigos 166.º e ss. do CT não se aplicava a outros prestadores de atividade, que recorressem a tecnologias de informação e de comunicação na realização da sua tarefa, sem se encontrarem vinculados pelo regime laboral. Assim, um prestador de serviços, ou mesmo um trabalhador com contrato equiparado (artigo 10.º do CT), independentemente do modo como realizava a sua atividade, não se qualificava como teletrabalhador para efeitos do disposto nos artigos 165.º ss. do CT.

2. Necessidade de adaptar o regime dos acidentes de trabalho ao teletrabalho

O teletrabalho, pese embora as vantagens para as empresas e trabalhadores, tinha em Portugal uma expressão muito reduzida. Mas, tendo-se verificado um aumento exponencial deste modo de prestar trabalho durante a pandemia – em que foi obrigatório o teletrabalho em determinados períodos e depois recomendado até 19 de fevereiro de 2022 – impunha-se adaptar alguns aspetos deste regime jurídico.

Até porque, findo o período de recomendação, verifica-se que são muitas as empresas e os trabalhadores que preferem continuar em teletrabalho, por vezes intermitente. Pode dizer-se que em Portugal, com a pandemia, o teletrabalho veio para ficar.

⁷ Segue-se o texto do autor incluído em Direito do Trabalho, 10.ª edição, Coimbra, 2021, pp. 675 ss., sobre teletrabalho.

Neste contexto, ainda que de um modo pouco ponderado e sem a suficiente distância relativamente às situações de teletrabalho geradas pela pandemia, o legislador decidiu intervir, publicando a Lei n.º 83/2021, de 6 de dezembro.

3. Alteração ao regime do teletrabalho introduzida pela Lei n.º 83/2021

a) Alargamento do âmbito

A Lei n.º 83/2021, determinou, a aplicação de certas regras do regime de teletrabalho (artigos 168.º, 169.º-A, 169.º-B, 170.º e 170.º-A), na parte compatível, a todas as situações de trabalho à distância sem subordinação jurídica, mas em regime de dependência económica.

Importa atender à nova redação do artigo 165.º do CT, agora com dois números:

«1. Considera-se teletrabalho a prestação de trabalho em regime de subordinação jurídica do trabalhador a um empregador, em local não determinado por este, através do recurso a tecnologias de informação e comunicação».

Comparando com a versão inicial, excluindo alterações irrelevantes, verifica-se que a frase «habitualmente fora da empresa» foi substituída por «em local não determinado por este (empregador)». Sem prejuízo de se compreender mal o sentido desta alteração e de a mesma poder suscitar dúvidas relativamente ao tema em análise dos acidentes de trabalho, desta modificação do texto resulta que se pretende indicar que relativamente ao local de trabalho não há um controlo direto por parte do empregador.

Seguidamente, no n.º 2 do mesmo preceito estatui-se:

«As disposições contidas nos artigos 168.º, 169.º-A, 169.º-B, 170.º e 170.º-A aplicam-se, na parte compatível, a todas as situações de trabalho à distância sem subordinação jurídica, mas em regime de dependência económica».

O teletrabalho pressupõe que a atividade seja prestada à distância com recurso a meios telemáticos. Estando, assim, excluída desta realidade jurídica, a prestação de trabalho à distância sem recurso a estas tecnologias.

O alargamento constante do n.º 2 do artigo 165.º do CT ocorre em duas vias: por um lado, o trabalho à distância é mais amplo do que o teletrabalho, podendo não haver recurso a tecnologia de informação e de comunicação, admitindo-se igualmente o trabalho manual realizado fora da empresa beneficiária; por outro lado, além do trabalho subordinado, aplica-se igualmente a prestadores de atividade em regime de dependência jurídica, nos termos previstos no artigo 10.º do CT. Este alargamento tem

especial relevo no que respeita a acidentes de trabalho, porquanto, como indicado, o sinistro ocorrido em relação a trabalhador que presta a atividade em dependência económica é abrangido pela proteção do regime de acidentes de trabalho, sendo de atender à jurisprudência que, nesta sede, tem concretizado o conceito de dependência económica ⁸.

b) O paradigma do trabalho no domicílio

A segunda diretriz na alteração introduzida pela Lei n.º 83/2021 respeita ao facto de só ter atendido ao trabalho no domicílio, que passou a ser o paradigma do teletrabalho, ignorando outras formas de prestar trabalho à distância recorrendo a tecnologia de comunicação e de informação.

O modo mais generalizado corresponde ao teletrabalho no domicílio, em que a prestação de trabalho é desempenhada no domicílio do trabalhador, ligado à empresa através do recurso a tecnologias de informação e de comunicação. Ainda que se aluda a «domicílio do trabalhador», a expressão não é usada em sentido técnico, podendo ser um local escolhido pelo trabalhador (e acordado com o empregador), mesmo que não tenha lá o seu domicílio. Além de se poder considerar a primeira modalidade de teletrabalho é a que mais se desenvolveu, principalmente em decorrência da pandemia.

Mas há a possibilidade de o teletrabalho ser prestado em centro satélite da empresa, ficando os trabalhadores normalmente deslocalizados geograficamente, por vezes num espaço jurídico distinto. Como terceira modalidade, refira-se o centro comunitário de teletrabalho, onde os trabalhadores prestam trabalho para distintas empresas. Sem carácter exaustivo, pode ainda aludir-se à modalidade de trabalho móvel, em que a prestação de trabalho é realizada à distância por trabalhadores itinerantes, que recorrem a meios tecnológicos para se contactarem com a empresa.

c) As remissões descoordenadas para local de trabalho

i. Local de trabalho no artigo 165.º, n.º 1, do CT

As alterações legislativas introduzidas pela Lei n.º 83/2021, no que respeita ao local de trabalho, introduziram alguma confusão, que importa resolver para efeito da noção de acidente de trabalho.

No n.º 1 do artigo 165.º do CT indica-se que o teletrabalho é prestado em local não determinado pelo empregador. Desta expressão pode entender-se que se pretende indicar que o empregador não tem o controlo direto

⁸ Cf. arestos citados na nota 5.

sobre o local de trabalho, pois o legislador tinha como paradigma o trabalho no domicílio, onde o empregador tem de respeitar a reserva da vida privada do trabalhador. Mas tratando-se de um trabalhador subordinado (e até de um trabalhador em dependência económica), nomeadamente para efeito da aplicação das regras de segurança e saúde no trabalho, o empregador terá um controlo indireto sobre o local de trabalho. Razão pela qual este tem de ficar identificado.

ii. Local de trabalho no artigo 166.º, n.º 4, alínea b), do CT

O n.º 4 do artigo 164.º do CT prescreve que:

«O acordo de teletrabalho deve conter e definir, nomeadamente:»

Releva, pois, o que conste do referido acordo.

Seguidamente, na alínea b) do mencionado preceito dispõe-se:

«O local em que o trabalhador realizará habitualmente o seu trabalho, o qual será considerado, para todos os efeitos legais, o seu local de trabalho».

O preceito compreende-se mal. Definir o local de trabalho como aquele onde o trabalhador habitualmente realiza o seu trabalho, poderia entender-se que o local de trabalho seria escolhido pelo trabalhador, estando indefinido à data em que se inicia a prestação de teletrabalho. Não faz sentido, não só porque deve constar do acordo de teletrabalho o local de trabalho (n.º 4 do artigo 166.º do CT), como não pode o empregador exercer o controlo, ainda que indireto do local de trabalho, se este só vai ser determinado pela habitualidade da prestação de atividade.

Por outro lado, o termo «habitualmente» poderia ser entendido no sentido de o local de trabalho poder ser, esporadicamente, num outro espaço; ou seja, que ao trabalhador seria dada a possibilidade de, em determinados dias ou horas, prestar a atividade noutra local. Esta interpretação não se coaduna bem com a certeza quanto à identificação do local de trabalho. E para efeito de acidente de trabalho causa alguma perplexidade tal incerteza, que, por certo, seria dificilmente aceite pelo segurador no contrato de seguro de acidente de trabalho.

iii. Local de trabalho no artigo 170.º-A, n.º 5, do CT

Só a precipitação legislativa permite que, no mesmo diploma (Lei n.º 83/2021), haja diferentes noções de local de trabalho, como principalmente que se remeta para a escolha do trabalhador, quando o teletrabalho assenta num acordo.

Dispõe o artigo 170.º-A, n.º 5, do CT que:

«O regime legal de reparação dos acidentes de trabalho e doenças profissionais aplica-se às situações de teletrabalho, considerando-se local de trabalho o local escolhido pelo trabalhador para exercer habitualmente a sua atividade (...).»

Refira-se que este preceito, na parte final, ao indicar que:

«(...) tempo de trabalho [considera-se] todo aquele em que, comprovadamente, esteja a prestar o seu trabalho ao empregador»

contradiz o disposto nas alíneas c) e d) do artigo 166.º do CT, na medida em que estas alíneas – corretamente – relacionam o tempo de trabalho com o período normal de trabalho diário e semanal e o horário de trabalho. A solução constante do n.º 5 do artigo 170.º-A do CT, tanto quanto ao local de trabalho como com respeito ao tempo de trabalho, está em desacordo com a necessidade de determinação, por acordo, do local de trabalho (artigo 193.º do CT e artigo 8.º, n.º 2, alínea a), da LAT), como não se enquadra na noção de tempo de trabalho, tanto do regime geral (artigos 197.º ss. do CT), como do prescrito em sede de teletrabalho na própria Lei n.º 83/2021 (alíneas c) e d) do artigo 166.º do CT) e ainda do disposto no artigo 8.º, n.º 2, alínea b), da LAT. Uma verdadeira norma anómala.

iv. Local de trabalho em resultado da alteração introduzida pela Lei n.º 83/2021 no artigo 8.º da LAT

Já se analisou o disposto no artigo 8.º da LAT, de onde consta a noção de acidente de trabalho. No artigo 4.º da Lei n.º 83/2021 acrescentou-se a alínea c) ao sobredito artigo 8.º da LAT nos seguintes termos: *«No caso de teletrabalho ou trabalho à distância, considera-se local de trabalho aquele que conste do acordo de teletrabalho»*.

A solução legal é compreensível e adequada no âmbito dos acidentes de trabalho.

Confrontando com as previsões anteriormente referidas de «local de trabalho» na Lei n.º 83/2021, no que respeita aos acidentes de trabalho – incluindo a previsão legal do artigo 170.º-A, n.º 5, do CT – tem de prevalecer a solução de o local de trabalho resultar do acordo de teletrabalho. Não pode depender da habitualidade nem da escolha por parte do trabalhador, pois o local de trabalho tem de ser determinado por acordo entre as partes.

Esta interpretação sistemática da Lei n.º 83/2021 resulta do facto de a mesma conter soluções contraditórias, que têm de ser resolvidas dentro do espírito do sistema jurídico. Para efeito de acidente de trabalho, o local de trabalho deve ser unicamente o que resulta do acordo de teletrabalho.

4. A questão do seguro aplicável ao teletrabalho

a) Extensão do local de trabalho

i. Controlo indireto

Numa relação de teletrabalho e mesmo tratando-se de teletrabalho no domicílio, com a limitação decorrente da reserva da vida privada – o empregador tem de manter o controlo sobre o local de trabalho. Trata-se, porém, de um controlo indireto, em que deve ser identificada a concreta morada – pode ser um domicílio profissional e não o habitacional –, não só para inclusão no acordo de teletrabalho, como para informação a entidades que carecem desse dado, como o segurador de acidentes de trabalho ou a entidade que verifica a situação de segurança e saúde no trabalho.

Na eventualidade de o trabalhador prestar a atividade presencialmente e, por acordo, passar a ser teletrabalhador, o empregador tem de comunicar ao segurador de acidentes de trabalho a alteração indicando uma morada concreta, que será, para este efeito, o local de trabalho acordado entre as partes.

ii. Conciliação com a vida privada

A conciliação com a vida privada tem especial relevo no caso de teletrabalho no domicílio (habitacional) do trabalhador; mas noutras modalidades de teletrabalho também se coloca a questão, especialmente no que respeita a contacto fora do tempo de trabalho. Esta questão surge, com especial ênfase, no artigo 199.º-A do CT, impondo que:

«O empregador tem o dever de se abster de contactar o trabalhador no período de descanso, ressalvadas as situações de força maior».

Mas com respeito ao trabalho no domicílio, especialmente sendo este a habitação do trabalhador, o controlo do empregador é muito limitado. Cabe ao trabalhador, dentro da sua habitação, escolher o local concreto para desempenhar a atividade (no quarto, na sala, no escritório, na cozinha, etc.) e, dentro da habitação – considerada no todo como local de trabalho –, o trabalhador pode mudar de local ao longo do dia, nada tendo a comunicar ao empregador ou ao segurador.

b) Risco do empregador e atos da vida privada do trabalhador

O acidente de trabalho é assumido como um risco do empregador, que tem de arcar com as suas consequências indemnizatórias, devendo transferir a obrigação de pagamento para um segurador.

Mesmo que o acidente de trabalho ocorra no domicílio do trabalhador continua a ser um risco do empregador. Contudo, o regime dos acidentes

de trabalho, pensado para o trabalho presencial, tem de sofrer um ajustamento para se conjugar com a realidade do teletrabalho, tendo especialmente em conta que há acidentes que podem resultar de atos da vida privada do trabalhador. Dentro do seu domicílio o trabalhador gere a sua atividade e o controlo por parte do empregador é mínimo.

Daí a difícil conjugação entre o risco do empregador e a inviabilidade de se imiscuir na vida privada do trabalhador.

c) Acidente de trabalho e acidente doméstico

O sinistro ocorrido no domicílio do teletrabalhador pode consubstanciar um acidente de trabalho como corresponder a um acidente doméstico.

Mesmo que o acidente ocorra na morada identificada no acordo de teletrabalho como sendo o local de trabalho e que tenha ocorrido no tempo de trabalho – integrando os dois elementos principais da qualificação do acidente de trabalho –, pode considerar-se que se trata, antes, de um acidente doméstico. Entende-se que o acidente doméstico é o que ocorre no domicílio do trabalhador, não se relacionando com a prestação da atividade laboral.

Mas, na prática, esta distinção pode ser complexa atento o facto de, na realização da prestação laboral ou nas pausas, poderem ser praticados atos da vida privada – em princípio identificáveis como acidente doméstico, p. ex., fazer um café ou uma torrada – que estão igualmente relacionados com a realização da atividade laboral. Se o trabalhador presencial, na empresa onde presta a atividade, durante uma pausa vai tirar um café na máquina disponibilizada pelo empregador e sofre um acidente decorrente um curto-circuito, o sinistro é qualificado como acidente de trabalho, pois o risco da máquina de café da empresa é assumido pelo empregador. De molde diferente, quanto à máquina de café do teletrabalhador, que lhe causou danos quando preparava um café, dificilmente se pode integrar no risco do empregador.

Sendo acidente doméstico, não ficará coberto pelo regime dos acidentes de trabalho.

d) Acidente de percurso em teletrabalho

Em princípio, o trabalhador que presta a sua atividade em teletrabalho, permanece no seu domicílio, pelo que se pode questionar em que medida se justifica analisar o acidente *in itinere*. Porquanto, não se encontram abrangidos no conceito de acidente de percurso os sinistros ocorridos nas deslocações dentro do espaço privado do trabalhador. De facto, como tem

decidido maioritariamente a jurisprudência, o acidente de percurso só se inicia depois de o trabalhador transpor a porta de sua casa para o exterior, seja o espaço comum do condomínio ou a rua ⁹. Assim sendo, as deslocações dentro do domicílio não se enquadram no âmbito dos acidentes *in itinere*.

Mas do exposto não se pode concluir que não pode haver acidentes de percurso em relação a teletrabalhador. Além de o teletrabalhador se deslocar, por vezes, à empresa, para reuniões, receber trabalho, etc., tem-se divulgado a figura do teletrabalho intermitente, em que o trabalhador, em determinados dias da semana, presta a sua atividade presencialmente, permanecendo, nos restantes dias da semana, a desempenhar o trabalho no seu domicílio.

Nestes casos, as deslocações do teletrabalhador enquadram-se no âmbito comum do acidente de percurso.

A dificuldade reside em saber se, permanecendo o trabalhador no seu domicílio a realizar a atividade em teletrabalho, pode ainda assim haver acidente de percurso. A resposta encontra-se no disposto no artigo 9.º, n.º 3, da LAT, devendo apurar-se se a deslocação é para a satisfação de necessidades atendíveis do trabalhador.

Tendo por base o carácter excecional dos acidentes de percurso, importa verificar se o trajeto realizado pelo teletrabalhador e a necessidade de o realizar se enquadra na satisfação das mencionadas necessidades atendíveis.

Deste modo, se o teletrabalhador, antes de iniciar o trabalho no seu domicílio, vai levar os filhos à escola, o trajeto em questão enquadra-se no âmbito da satisfação de necessidades atendíveis. De igual modo, se o teletrabalhador, durante a pausa para almoço, sai de casa e vai almoçar a um restaurante próximo, o acidente ocorrido pode integrar o conceito de acidente de percurso, por se considerar que essa deslocação corresponde à satisfação de necessidades atendíveis do trabalhador.

VII. Análise casuística de acidentes de trabalho em teletrabalho

1. Casos analisados em países estrangeiros

Um tribunal alemão (1.ª instância) qualificou como acidente de trabalho uma queda ocorrida quando o trabalhador descia as escadas de casa, do quarto para o escritório, onde desempenhava a sua atividade laboral em teletrabalho. A decisão veio a ser revogada pelo tribunal de 2.ª instância, por considerar que o acidente de percurso não se verifica dentro do domicílio do trabalhador.

Um tribunal canadiano concluiu que era acidente de trabalho o que

⁹ Cf. Ac. STJ de 5/12/2018 (LEONES DANTAS), www.dgsi.pt, que cita jurisprudência no mesmo sentido.

ocorreu quando a trabalhadora, durante a pausa para almoço, tendo encomendado comida para lhe entregarem em casa, caiu a descer a escada no interior da sua moradia para ir à porta receber a entrega do almoço. Discutiu-se se, estando em pausa para almoço – fora do tempo de trabalho – a queda se poderia qualificar como acidente de trabalho. O tribunal entendeu que sim, mas, tal como no caso anterior, é duvidoso que se possa considerar acidente de trabalho o que ocorre nas deslocações dentro da habitação do trabalhador.

Um tribunal de Cáceres (Espanha) entendeu que se tratava de acidente de trabalho aquele em que a teletrabalhadora caiu dentro de casa, quando saía do quarto de banho e regressava ao trabalho.

2. Casos ocorridos em Portugal

Os tribunais portugueses ainda não terão sido confrontados com situações de acidentes de trabalho em teletrabalho, mas em informação prestada por um segurador foram relatados casos de teletrabalhadores que se deslocaram para levar os filhos à escola, tendo sido qualificados como acidentes de percurso, e de um caso de uma queda no domicílio por ter tropeçado num brinquedo do filho, também admitido como sendo acidente de trabalho.

Ainda que este último caso pudesse discutir-se se não seria, antes, um acidente doméstico, é presumível que o valor indemnizatório não justificasse a demanda.

Os casos referenciados de deslocação do teletrabalhador para levar os filhos à escola enquadram-se na exceção referida de satisfação de necessidades atendíveis. •



SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA



TRABALHO DIGITAL E PODER DE DIREÇÃO



Alberto Levi
Professor Catedrático da Universidade de Modena
e Reggio Emilia, Itália

Os processos de transformação que o trabalho digital experimenta afetam profundamente a fisionomia clássica das duas categorias jurídicas do local de trabalho, por um lado, e do tempo de trabalho, por outro.

A tecnologia, de facto, permite uma progressiva desmaterialização física da empresa, com a possibilidade de desagregar a contextualidade física do “onde” se trabalha e muitas vezes também do “quando” se trabalha, pelo que o espaço físico em que tradicionalmente se produz, ou seja, a empresa em seu sentido clássico, tende a dissolver-se, libertando-se da sua componente física e tornando-se cada vez mais “virtual”.

Por conseguinte, e este é o aspeto que queremos focar, se o poder diretivo do empregador é funcionalizado para fixar e organizar as três coordenadas de como, quando e onde se trabalha, torna-se evidente como a doutrina juslaborista tem a necessidade de avaliar em detalhe as transformações da época induzidas pela digitalização, através de plataformas, algoritmos e robótica inteligente ¹.

O ponto focal do qual parece oportuno partir para compreender a renovada necessidade de redimensionar as proteções da pessoa que trabalha diz respeito à inversão da relação tradicional homem-máquina, sendo que hoje já não é a máquina que faz o que o homem quer, mas, ao contrário, é a máquina inteligente que sugere ao homem o que ele deve fazer. Tal acarreta, inevitavelmente, a necessidade de proteger valores fundamentais como a dignidade e a liberdade da pessoa humana, tendo que “começar a pensar em limites e salvaguardas em termos de confronto relacional, entre trabalhador e robô” ², bem como valores como o da transparência, perseguido a nível europeu e implementado no ordenamento jurídico italiano na sequência do recente decreto legislativo n.º 104 de 2022.

¹ TREU TIZIANO, La digitalizzazione del lavoro: proposte europee e piste di ricerca, <https://www.bollettinoadapt.it/wp-content/uploads/2021/10/Tiziano-Treu-La-digitalizzazione-del-lavoro-Conversazioni-sul-lavoro-a-distanza-definitivo-05-10-2021-1.pdf>, 5.

² MAIO VALERIO, Il diritto del lavoro e le nuove sfide della rivoluzione robotica, *Argomenti di Diritto del lavoro*, 2018, 1441.

De acordo com este decreto, designadamente, e como referiremos adiante, o empregador é obrigado a informar o trabalhador de qualquer utilização de sistemas automatizados de tomada de decisão ou de monitorização destinados a fornecer informação relevante para efeitos de contratação, gestão ou cessação de vínculo laboral, afetação de tarefas ou funções, bem como indicações incidentais sobre a vigilância, avaliação, desempenho e cumprimento das obrigações contratuais dos trabalhadores³.

Assim, paralelamente ao fenómeno da desmaterialização da empresa, é a própria figura patronal que é afetada por essas profundas mudanças na organização do trabalho. A fisionomia – se não a própria essência – do empregador é tradicionalmente construída sobre as posições jurídicas de poder diretivo, de controle e disciplinar, das quais deriva aquela posição jurídica de sujeição que se consubstancia na subordinação.

Pois bem, a tecnologia digital torna a figura do empregador algo evanescente, tanto que na doutrina italiana se afirmou que o empregador poderia ser identificado, por exemplo, com a arquitetura funcional da plataforma⁴, ou com o algoritmo matemático que toma as decisões e, portanto, determina as diretivas a serem dadas em nível organizacional. As plataformas, obviamente, não esgotam o amplo e variado panorama do trabalho digital, que diz respeito a situações de aplicação que podem ir desde um uso “soft” de tecnologias digitais até um uso “strong” de inteligências artificiais. No entanto, quando pensamos em plataformas digitais, a questão da identificação do empregador torna-se ainda mais complexa pelo aparecimento de uma terceira figura, a do cliente-utilizador, amplamente valorizada ao ponto de a customer satisfaction por vezes ter um peso significativo, um impacto na execução da relação de trabalho, quando não em certos casos, mesmo, na sua continuação regular. Esta última circunstância levou alguns a acreditar que pode surgir uma espécie de contitularidade substancial, que implicaria a existência já não de um, mas de dois co-empregadores, incluindo, de facto, também o cliente da plataforma⁵.

³ Assim o artigo 1bis, par. 1, do decreto legislativo n.º 152 de 1997, introduzido pelo decreto legislativo n.º 104 de 2022.

Cfr. PROIA GIAMPIERO, *Le novità sistemiche e di dettaglio, del Decreto Trasparenza*, in *Massimario di Giurisprudenza del lavoro*, 2022, 584; ZILLI ANNA, *La trasparenza nel lavoro subordinato. Principi e tecniche di tutela*, Pisa, 2022, 143 e ss.

⁴ Sobre o tema: BANO FABRIZIO, *Il lavoro on demand nella gig economy*, Aa.Vv., *Il diritto del lavoro e la sua evoluzione*. Scritti in onore di Roberto Pessi, Bari, 2021, 101; MAINARDI SANDRO, *Rivoluzione digitale e diritto del lavoro*, *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, 2020, n.º 2, 350 e ss.; SANTORO PASSARELLI GIUSEPPE, *Il lavoro mediante piattaforme digitali e la vicenda processuale dei riders*, *Diritto delle relazioni industriali*, 2021, n.º 1, 112; VOZA ROBERTO, *Il lavoro reso mediante piattaforme digitali tra qualificazione e regolazione*, Aa.Vv. *Il lavoro nelle piattaforme digitali. Nuove opportunità, nuove forme di sfruttamento, nuovi bisogni di tutela*, *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza sociale*, *Quaderno n.º 2/2017*, 73.

⁵ Sobre o tema LAI MARCO, *Evoluzione tecnologica e tutela del lavoro: a proposito di smart working e di crowd working*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2017, 997. Em sentido contrario, VOZA ROBERTO, *Il lavoro reso mediante piattaforme digitali tra qualificazione e regolazione*, *cit.*, 80.

Sem esquecer que, de acordo com possíveis sugestões minimalistas, a plataforma – longe de assumir o papel de empregador – pode ser concebida como limitando-se a desempenhar uma função de mera intermediação entre o trabalhador por conta própria e o próprio utilizador do serviço ⁶.

Ou, em uma tentativa de exemplificar ainda mais o efeito desestruturante sobre a estrutura geral alcançado pela construção do direito do trabalho, uma incursão poderia ser feita nesse caso particular de trabalho digital que é o *crowd-working*. Neste sentido, a oferta de emprego digital lançada online evoca a ideia de um trabalhador que, antes mesmo de o ser, é utilizador da rede. Uma circunstância que sugeriu a oportunidade de avaliar se o trabalhador digital pode ser considerado uma espécie de consumidor, a fim de invocar as proteções que a regulação legal europeia do consumo reconecta à posição de contratante fraco ⁷.

Como se vê, portanto, são transformações que atingem o coração do direito do trabalho, reformulando os fundamentos fisionómicos da empresa e do empregador e justificando plenamente aquelas demandas regulatórias para equilibrar as diferentes necessidades antagónicas.

Em particular, nesse contexto evolutivo geral, o exercício do poder de direção está sujeito a tensões evidentes em relação à sua estrutura classicamente formada. Tensões de natureza qualitativa, antes mesmo que quantitativa. Como já se antecipou, de facto, “a utilização dos recursos informáticos até à inteligência artificial em sentido forte dá ou pode dar origem a novas formas de exercício dos poderes de gestão da empresa”, tanto mais que o trabalhador pode encontrar-se a interagir, em vez de com um empreendedor humano, com uma “gestão automática” que atribui tarefas, determina o ritmo de trabalho, estabelece a duração e o local das pausas” ⁸. Uma circunstância que abre cenários futuristas de certa forma preocupantes, em que a inteligência artificial, “graças aos dados processados e aos ditames da psicologia comportamental”, seria capaz de “exercer habilmente um poder indutivo sobre os trabalhadores” ⁹.

Este é um perfil de evolução procedimental, ou seja, diz respeito ao procedimento pelo qual uma decisão organizacional é tomada. Em particular, o poder diretivo é exercido pela ferramenta tecnológica, não apenas como intermediária, mas muitas vezes também em termos de elaboração e explicação da decisão organizacional subjacente que é tomada de quando em quando.

Esta referência ao perfil procedimental permite-nos destacar como, na

⁶ Ainda BANO FABRIZIO, *Il lavoro on demand nella gig economy*, cit., 101.

⁷ Cfr. PESSI ROBERTO, *Il diritto del lavoro e la Costituzione: identità e criticità*, Bari, 2019, 147 e ss.

⁸ MAINARDI SANDRO, *Rivoluzione digitale e diritto del lavoro*, cit., 350.

⁹ MAIO VALERIO, *Il diritto del lavoro e le nuove sfide della rivoluzione robotica*, cit., 1441.

nossa opinião, se é verdade que existem potenciais negativos que devem ser evitados, a digitalização do poder diretivo traz consigo também potenciais absolutamente positivos. Pense-se na questão da segurança no trabalho, onde muitas vezes a lesão está ligada ao erro humano, situação em que a procedimentalização do exercício do poder pode ser muito útil para eliminar esse erro.

A contaminação entre direito e tecnologia torna-se, deste modo, muito intensa. Ao ponto de a máquina se tornar a dona da posição legal de poder. Uma espécie (pode dizer-se) de subjetividade jurídica digital, uma subjetividade do direito em todos os aspetos.

A este respeito, gostaria de abrir um parêntesis sobre o direito de desconexão, um direito legal em Itália de acordo com a Lei n.º 81 de 2017, que rege o trabalho ágil, ou seja, uma modalidade de execução do trabalho semelhante ao smart work, em que o trabalhador alterna o trabalho interno dentro da empresa com o trabalho realizado fora, sem restrições específicas de tempo e lugar de trabalho. A Lei n.º 81 estabelece que o acordo individual entre o empregador e o trabalhador ágil identifica “as medidas técnicas e organizacionais necessárias para garantir a desconexão do trabalhador das ferramentas tecnológicas de trabalho” (artigo 19, § 1.º). Na negociação coletiva não é incomum que os parceiros sociais tenham decidido aplicar o art. 19 identificando, na prática, medidas organizacionais e informáticas destinadas a garantir (tecnológica e organizacionalmente) que o trabalhador não possa de facto usar as ferramentas tecnológicas fora do horário de trabalho. Considere-se, por exemplo, uma medida da empresa impossibilitando entrar no servidor da mesma das 20h às 8h da manhã seguinte. Desta forma, toma corpo a ideia de que, para efetivar o direito de desconexão, o empregador deve adequar a sua organização, possivelmente também por meio da implementação de dispositivos, de modo a impor o uso da desconexão de forma tecnológica, ou seja de forma coerciva, no sentido de prevenir – graças à tecnologia – comportamentos de sinal contrário, possivelmente até mesmo desejados apenas pelo trabalhador.

Da mesma forma, o exercício do poder diretivo assume a mesma conotação de ordem procedimental, no sentido de que é a inteligência artificial que processa a situação e ao final do procedimento algorítmico, que hoje também é constituído de autoaprendizagem, chega à decisão final.

Claramente, esta é uma etapa marcante no desenvolvimento da ciência organizacional, também por suas reflexões sobre o conceito de subordinação. Em particular, assim como no trabalho no domicílio do trabalhador, a subordinação evolui para o conceito de subordinação “técnica”, começando

hoje a tomar forma uma noção de subordinação digital, o que implica a sujeição tecnológica a um decisor digital.

Como já foi mencionado, a digitalização também envolve tensões de natureza quantitativa para o poder diretivo. Em particular, com exceção daqueles casos particulares e limitados em que a autonomia do trabalhador digital na execução do trabalho é reduzida ao mínimo, devido à necessidade de cumprir rigorosamente o procedimento que o computador impõe¹⁰, tanto que mesmo o mais banal dos desvios impossibilitaria o “sucesso final” do procedimento propriamente dito, na maioria das situações a implementação da tecnologia (não apenas a digital) implica, de certo ponto de vista, uma inegável restrição das intervenções da autoridade do empregador, resultando em uma redução do poder diretivo, pelo menos como tem sido tradicionalmente entendido.

Em suma, o trabalho digital implica uma maior e inegável autonomia do trabalhador digital na gestão de onde e quando trabalhar, o que se reflete em uma atenuação do poder diretivo do empregador. Também é verdade que a organização do trabalho caminha para cenários em que o trabalhador digital deve ser cada vez mais smart, no sentido de possuir aquela marcada capacidade de autodeterminação sobre como trabalhar, que a transformação da organização do trabalho agora parece impor. Mas esta evolução quantitativa é em todo o caso menos impactante do que a outra, a qualitativa acima referida, resultando de uma tendência transversal que, em bom rigor, não se limita ao trabalho digital, generalizando-se agora no sentido de reconhecer ao trabalhador uma cada vez maior autonomia operacional.

Pois bem, à luz das considerações acima mencionadas, fica claro que a Inteligência Artificial em seu impacto sobre o trabalho implica a necessidade de avaliar quais as normas e garantias legais capazes de proteger adequadamente a pessoa do trabalhador.

A este respeito, como pudemos antecipar, um primeiro pilar importante sobre o qual assentar um processo tão epocal diz respeito à transparência dos mecanismos de tomada de decisão com os quais a inteligência artificial atinge uma determinada determinação, no nosso caso o exercício do poder diretivo¹¹.

A proposta de Diretiva europeia de 9 de dezembro de 2021, sobre o trabalho em plataformas digitais, por exemplo, destaca a natureza fundamental do cânone da transparência, prevendo um conjunto articulado de informa-

¹⁰ Sobre o tema FABOZZI RAFFAELE, *Il diritto del lavoro nell'era della digital economy*, in Aa.Vv., *Il diritto del lavoro e la sua evoluzione*. Scritti in onore di Roberto Pessi, Bari, 2021, 938.

¹¹ A este propósito já existe uma referência no Acordo-Quadro europeu de junho de 2020.

ções a favor dos trabalhadores e permitindo a possibilidade de um controle transparente do processo de tomada de decisão do algoritmo.

O tema que também ressurgue aqui não é apenas aquele relacionado à arquitetura inicial do algoritmo, mas ao processo de aprendizagem automático da inteligência artificial. Um caso de teste, nesse sentido, diz respeito àqueles que foram definidos na doutrina como o *algorithmic bias*¹², cuja imprevisibilidade e gravidade potencial derivam da natureza involuntária de quem desenhou as regras de funcionamento do algoritmo.

Nesse sentido, como tivemos a oportunidade de antecipar, no ordenamento jurídico italiano foi adotado o decreto legislativo n. 104, que estabeleceu que as informações a serem prestadas ao trabalhador devem ser extremamente detalhadas e que o próprio trabalhador deve ter o direito de acesso aos dados, bem como o direito de solicitar mais informações. Na doutrina italiana, destacou-se, portanto, como “em decorrência da nova disciplina, as escolhas que inspiram a organização do trabalho, mesmo aquelas que habitualmente se formam e permanecem mantidas na esfera de privacidade dos interna corporis da empresa, estão hoje sujeitos a uma obrigação de “disclosure” total quando essas escolhas forem incorporadas nos critérios de definição e operação dos sistemas automatizados de tomada de decisão ou monitoramento”¹³. Como se vê, portanto, a formulação textual do decreto n. 104 demonstra claramente que o legislador italiano se baseia explicitamente na Proposta de Diretiva Europeia¹⁴, mesmo que – uma vez que esta ainda não concluiu o seu processo de aprovação – na doutrina jurídica tenha sido observado que o legislador italiano poderia ter esperado pelo texto final da Diretiva, para evitar o risco de eventuais desalinhamentos¹⁵.

Numa perspectiva de *iure condendo*, outra regra a ser implementada deverá ser a eventual constituição de organismos de garantia conjunta, habilitados a intervir para avaliar, e eventualmente corrigir, os excessos decisórios do robô, capazes de ter um impacto profundo nos direitos da pessoa do trabalhador¹⁶.

Desta forma, assume importância fundamental o papel ativo e participativo do sindicato, num momento de transição tão profunda e radical para o trabalho, que já emergiu durante a redação do acordo-quadro europeu sobre digitalização de junho de 2020. Além disso, a fonte contratual-coletiva, especialmente do segundo nível, neste caso, carrega em si uma acentuada adequação regulatória, vinculada à efetividade.

¹² MAINARDI SANDRO, *Rivoluzione digitale e diritto del lavoro*, cit., 358.

¹³ Assim PROIA GIAMPIERO, *Le novità sistemiche e di dettaglio, del Decreto Trasparenza*, cit., 586.

¹⁴ Assim ZILLI ANNA, *La trasparenza nel lavoro subordinato. Principi e tecniche di tutela*, cit., 143.

¹⁵ Ainda PROIA GIAMPIERO, *Le novità sistemiche e di dettaglio, del Decreto Trasparenza*, cit., 586.

¹⁶ MAIO VALERIO, *Il diritto del lavoro e le nuove sfide della rivoluzione robotica*, cit., 1442.

Outra questão fundamental diz respeito às fontes regulatórias da chamada transição digital. A matéria, em particular, tem até agora evidenciado a oportunidade de uma governação multinível cuidadosa e rigorosa, como demonstra a ação da União Europeia, com as várias medidas tomadas, a partir do Livro Branco sobre IA, tanto no que se refere à proposta de Regulamento sobre Inteligência Artificial de 21 de abril de 2021, até à proposta de Diretiva sobre o trabalho em plataformas de dezembro de 2021.

Por fim, deve considerar-se o aspeto transnacional, que, por exemplo, diz respeito às plataformas que envolvem elementos internacionais (as estatísticas dizem que o fenómeno já atinge mais de um terço do total ¹⁷), contexto que volta a ser juridicamente regulável apenas com recurso à ferramenta indispensável da negociação coletiva, dadas as dificuldades do direito internacional do trabalho em impor padrões de proteção globalmente homogéneos. •



¹⁷ TREU TIZIANO, *La digitalizzazione del lavoro: proposte europee e piste di ricerca*, cit., 6.



CONCILIAÇÃO ENTRE A VIDA PROFISSIONAL E A VIDA FAMILIAR: novos desafios à luz do direito da união europeia



Joana Nunes Vicente*
Professora Auxiliar
Faculdade de Direito, Universidade Coimbra

I. A conciliação da vida profissional e da vida familiar é hoje um princípio e um valor fundamental com projecção normativa no plano internacional, europeu e de cada Estado-Membro, tendo-se tornado um objectivo central das políticas nacionais e europeias.

Ao longo das últimas décadas, a União Europeia vem desenvolvendo uma vasta gama de instrumentos políticos e medidas legislativas na área da conciliação entre a vida profissional e a vida privada, tendo esse quadro jurídico começado a ser criado na década de 90 do século passado, com a Directiva 92/85/CEE, de 19 de Outubro de 1992, relativa às trabalhadoras grávidas, que veio conceder pelo menos 14 semanas de licença de maternidade a mães trabalhadoras após o parto, com o objectivo de proteger a saúde e a segurança das mulheres no local de trabalho; com a Directiva 96/34/CE do Conselho, de 3 de Julho de 1996, sobre licença parental, que previa um direito individual a 3 meses de licença parental para cada progenitor para cuidar de um filho até aos 8 anos, e entretanto substituída pela Directiva 2010/18/UE, de 8 de Março de 2010, que estendeu a duração da licença parental para um mínimo de 4 meses, um dos meses não transferível entre os progenitores. Ainda na década de 90 do século XX, o direito social europeu pôs também em prática medidas específicas destinadas a facilitar o acesso ao trabalho a tempo parcial para homens e mulheres, a fim de conciliar a vida profissional e familiar, através da Directiva 97/81/CE, de 15 de Dezembro de 1997, sobre trabalho a tempo parcial. Da mes-

* O presente texto corresponde, com ligeiras alterações, à comunicação proferida pela autora no XII Colóquio do Direito do Trabalho, organizado pelo Supremo Tribunal de Justiça com o apoio da APODIT. À organização deste evento, na pessoa do Senhor Conselheiro Júlio Gomes, renovamos o nosso agradecimento pelo honroso convite e saudamos pela notável iniciativa.

¹ Para uma análise da evolução normativa da tutela da conciliação entre a vida profissional e a vida familiar no plano europeu, veja-se, entre nós, por todos, ROSÁRIO PALMA RAMALHO, “Tempo de trabalho e conciliação entre a vida profissional e a vida familiar – algumas notas”, *Tempo de trabalho e tempos de não trabalho*, Estudos Apodit 4, coord. de Rosário Palma Ramalho/Teresa Coelho Moreira, Associação Académica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2018, pp. 101 e ss..

ma forma, a Directiva 2010/18/UE, de 8 de Março de 2010 viera estabelecer o direito de os progenitores solicitarem acordos de trabalho flexíveis no período em que regressassem ao trabalho após um período de gozo de licença parental¹. Recentemente, o tema do equilíbrio entre a vida profissional e a vida privada foi revisitado e conheceu um novo impulso. Refiro-me à Directiva (UE) 2019/1158, de 20 de Junho de 2019, sobre o equilíbrio entre vida profissional e familiar, uma das três directivas adoptadas pelo Conselho e pelo Parlamento Europeu, tendo em vista a implementação do Pilar Europeu dos Direitos Sociais, o qual, justamente, no seu capítulo II sobre condições de trabalho justas, (ponto 9) enuncia o princípio do equilíbrio entre a vida profissional e a vida privada, mais concretamente, o direito dos trabalhadores e trabalhadoras com filhos e familiares dependentes a beneficiar de licenças adequadas, de regimes de trabalho flexíveis e aceder a serviços de acolhimento, em condições de igualdade, devendo ser incentivados a utilizá-las de forma equilibrada.

De todo o modo, o que me parece importante reter, antes de mais, a respeito deste princípio, é a evolução que o mesmo tem sofrido ao longo das últimas décadas, do ponto de vista da *terminologia*, dos *objectivos* a que se propõe, dos *beneficiários* e dos *instrumentos* promotores dessa conciliação.

Do ponto de vista da terminologia, embora o título desta intervenção adopte a designação tradicional – conciliação entre a vida profissional e a vida familiar – a verdade é que esta expressão vem acusando algum desgaste e é, em alguns contextos, substituída por expressões como “equilíbrio entre a vida profissional e a vida privada” ou “equilíbrio Trabalho-Vida” – que não só apontam para uma linguagem mais neutral do ponto de vista do género bem como para uma área mais abrangente, não limitada à dimensão familiar².

No tocante aos objectivos, se, numa primeira fase, o princípio da conciliação entre a vida profissional e a vida familiar foi marcadamente assumido com o propósito de facilitar o acesso ao mercado de trabalho das mulheres, mantendo estas as responsabilidades familiares, é notório que, a dada altura, a promoção da conciliação entre a vida profissional e familiar passou a afirmar-se também como um instrumento para aumentar a igualdade entre homens e mulheres no mercado de trabalho³. E isto

² Cf. ELISA CHIEREGATO, “A work-life balance for all? Assessing the inclusiveness of EUDirective 2019/1158”, *The International Journal of Comparative Law and Industrial Relations*, v. 36, 2020, p. 62.

³ Fala-se, por isso, em políticas de conciliação de primeira e segunda geração. Nestes termos, MARTA FERNANDEZ PRIETO, “Conciliación de responsabilidades de progenitores Y cuidadores y igualdad de oportunidades en la Directiva (UE) 2019/1158”, *Revista de Derecho Social y Empresa*, n.º 12, 2020, p.9.

porque se tornou evidente que a circunstância de as mulheres assumirem de forma preponderante a maioria dos cuidados e responsabilidades e de recorrerem a essas medidas de conciliação é um factor que as impede e penaliza de participarem plenamente no mercado de trabalho⁴. E daí que as políticas de conciliação entre a vida profissional e a vida privada tenham passado a estar voltadas para esse outro objectivo, o de valorizar e apoiar adequadamente os trabalhadores que têm responsabilidades familiares, mas desencorajando as mulheres de assumirem essas responsabilidades de forma exclusiva ou preponderante ou, por outras palavras, encorajando os homens a participar nessas tarefas⁵. Mais recentemente, a conciliação entre a vida profissional e familiar obedece também a outro tipo de motivações empresariais/económicas e políticas/de interesse público. É vista como uma forma de melhorar o desempenho profissional – de diminuição do absentismo, aumento da produtividade, retenção de talentos – e como forma de combater o envelhecimento – políticas de conciliação da vida profissional e familiar promovem/estimulam a natalidade, e contribuem para a sustentabilidade demográfica.

Do ponto de vista dos beneficiários das medidas de conciliação entre a vida profissional e familiar, regista-se também um alargamento, deixando as medidas de serem vistas apenas como destinadas a mulheres trabalhadoras, mas dirigidas a trabalhadores progenitores (homens ou mulheres) e por outro lado, passando algumas medidas a abranger não apenas os progenitores, mas também trabalhadores com outras responsabilidades familiares ao longo da vida.

Por último, verifica-se *uma diversificação das medidas/instrumentos* promotores dessa conciliação. A par das licenças são hoje promovidas outro tipo de medidas sobretudo relacionadas com a organização do tempo de trabalho – desde a implementação do trabalho a tempo parcial ou de horários flexíveis, o teletrabalho, a dispensa de certas formas de organização flexível do tempo de trabalho, etc.

II. Isto dito, parece-me importante identificar as diferentes soluções avan-

⁴ No caso da realidade portuguesa, essas assimetrias podem ser comprovadas através de um dos mais recentes estudos *Assimetrias entre Homens e Mulheres em Portugal – Equality Platform and Standard*, CITE, 2022 – disponível em: <https://www.cig.gov.pt/2022/07/projeto-equality-platform-and-standard-lanca-brochura-sobre-as-assimetrias-entre-mulheres-e-homens-em-portugal/>. Apesar de Portugal ter uma das taxas mais elevadas de empregabilidade das mulheres na Europa do Sul (bastante superior à média europeia), apontam-se vários aspectos preocupantes: (i) a taxa de desemprego das mulheres é maior do que a dos homens; (ii) a taxa de emprego a tempo parcial das mulheres é superior à dos homens; (iii) mantém-se a sub-representação das mulheres em lugares de liderança e de tomada de decisão; (iv) a partilha da licença parental inicial entre homens e mulheres mantém-se abaixo dos 50%; (v) os agregados monoparentais são maioritariamente formados por mulheres.

⁵ Esta intersecção nem sempre é fácil, pois, como bem sublinha CHRISTINA HIESSL, “*Work-life balance – Introduction*”, *The International Journal of Comparative Law and Industrial Relations*, v. 36, 2020, p. 56, as políticas de promoção da conciliação entre a vida profissional e a vida privada têm de estar conscientes do equilíbrio delicado a alcançar entre dois objectivos que, em certa medida, se excluem mutuamente.

çadas pela Directiva mais recente, a Directiva 2019/1158, e simultaneamente traçar os desafios que se colocam ao legislador português na sua transposição. Para o efeito irei atender ao direito positivo actual, que conta já com as alterações introduzidas pela Lei n.º 83/2021, de 6 de Dezembro, que alterou o regime do teletrabalho, mas também, quando pertinente, à Proposta de Lei 15/XV, que se encontra actualmente em discussão no Parlamento e que procede à alteração da legislação laboral no âmbito da Agenda de Trabalho Digno.

Ora, um dos traços mais originais da Directiva em questão reside na intersecção que aí se estabelece entre o direito social europeu e o direito da igualdade e da não discriminação⁶. Por um lado, temos uma directiva que cria direitos para os trabalhadores, homens e mulheres, no sentido de facilitar a conciliação entre a vida profissional e privada de todos os trabalhadores. Desse ponto de vista, o equilíbrio entre a vida profissional e a vida privada emerge como um objectivo cujos beneficiários são os trabalhadores, homens ou mulheres, pois todos têm interesse em alcançar esse equilíbrio. Mas por outro, estamos perante uma directiva cunhada pela perspectiva de género, concebida e desenhada para aumentar a igualdade entre homens e mulheres no mercado de trabalho. Nesta óptica, o objectivo da Directiva, mais do que a conciliação propriamente dita, é a consecução da igualdade através da individualização de direitos de conciliação e fórmulas de trabalho flexível para alcançar uma distribuição equitativa dessas responsabilidades. E nesse contexto, a Directiva previu *dois eixos de reforma*.

Um primeiro eixo estreitamente relacionado com a preocupação de reconhecer direitos ao trabalhador pai.

Em primeiro lugar, a Directiva reconheceu, pela primeira vez, aos pais ou, a um segundo progenitor equivalente⁷, o direito a uma licença de paternidade exclusiva, de 10 dias úteis, a ser gozada por ocasião do nascimento da criança do trabalhador e que não exige requisitos de antiguidade mínima ou períodos de trabalho mínimos (art. 4.º). Trata-se de uma licença independente do estado civil ou familiar e que reconhece o direito a uma remuneração ou subsídio que seja, pelo menos, equivalente ao que o trabalhador em causa receberia em caso de suspensão da sua actividade por razões relacionadas com o seu estado de saúde, o que se afigura fundamental para incentivar os homens a gozar a referida licença.

⁶ Assim, ÁLVARO OLIVEIRA; MIGUEL DE LA CORTE-RODRÍGUEZ; FABIAN LÜTZ, “The New Directive on Work-Life Balance: Towards a New Paradigm of Family Care and Equality?”, *European Law Review*, 2020, p. 317.

⁷ Esta formulação foi adoptada na sequência de uma alteração introduzida pelo Parlamento Europeu, tendo em vista clarificar a elegibilidade dos pais adoptantes no acesso à licença de paternidade. Assim sendo, nos sistemas jurídicos em que casais do mesmo sexo têm acesso à adopção, tais casais podem ter acesso à referida licença. Ver ELISA CHIEREGATO, “A work-life balance for all? ...”, *cit.*, p.71.

Deste ponto de vista, a solução actual prevista na legislação portuguesa (art. 43.º do Código do Trabalho) cumpre com os objectivos da Directiva. A nossa lei prevê já uma licença parental exclusiva de 20 dias úteis, a gozar nas 6 semanas seguintes ao nascimento da criança (ao que acrescem 5 dias úteis, desde que gozados em simultâneo com a mãe), licença essa que não exige requisitos de antiguidade mínima, é independente do estado civil ou familiar e é paga com um subsídio de valor igual a 100% da remuneração. Trata-se, pois, de uma solução mais favorável do que aquela que consta da Directiva. Ainda assim, a proposta de lei, introduz alterações no teor redaccional do artigo 43.º, embora de cunho meramente formal, ao substituir 20 dias úteis por 28 dias, a gozar nos 42 dias seguintes ao nascimento da criança, ao que acrescem 7 dias de licença, seguidos ou interpolados, em vez dos actuais 5 dias úteis⁸.

Em segundo lugar, são tomadas algumas medidas eficazes para incentivar os trabalhadores-pais a gozar licenças já existentes, como a licença parental. Assim, a Directiva, embora mantendo o direito de cada progenitor ao mínimo de quatro meses de licença parental, como se encontrava previsto na Directiva 2010/18/UE, alarga de um para dois meses, no mínimo, o período de licença parental que não pode ser transferido de um progenitor para o outro, o que incentiva ambos os progenitores a gozar a licença se a quiserem usar em toda a extensão (art. 5.º). Por outro, de modo a tornar a licença mais atractiva, prevê-se que o período de licença intransferível de dois meses seja pago de forma adequada, embora deixando margem aos Estados membros para definir o montante exacto. Por fim, os pais terão o direito de solicitar o gozo da licença parental de forma flexível, ou seja, a tempo inteiro ou a tempo parcial, ou em blocos de licença, por exemplo alternando semanas consecutivas de trabalho separadas por períodos de não trabalho, ou outras formas flexíveis.

No caso do sistema português, de acordo com o art. 51.º do Código do Trabalho, pai e mãe têm direito, para assistência a filho com idade não superior a seis anos, a licença parental complementar numa de três modalidades: (i) licença parental alargada até três meses; (ii) trabalho a tempo parcial durante 12 meses; (iii) períodos intercalados de licença alargada e trabalho a tempo parcial. Em qualquer das modalidades, trata-se de um direito de cada trabalhador que não pode ser transferido para o outro. Podem gozá-lo simultaneamente, de forma alternada ou consecutiva, mas não podem consumir o direito do outro⁹. A proposta de lei em discussão no parlamento pretende introduzir uma alteração nesta matéria, acrescen-

⁸ O mesmo se verifica em relação à licença parental exclusiva da mãe que a proposta altera de 6 semanas para 42 dias (cf. art. 41.º da Proposta de Lei 15/XV).

tando uma nova modalidade, a modalidade de trabalho a tempo parcial durante 6 meses, mas só se ambos os progenitores gozarem, cada um, três dos seis meses em questão, na mira de incentivar a partilha de responsabilidades parentais entre os progenitores.

III. O segundo eixo de reforma, e que é também a perspectiva inovadora, é a adopção de uma abordagem baseada no ciclo de vida no que diz respeito aos problemas relacionados com a conciliação entre a vida profissional e a vida privada. Ao invés do anterior quadro legislativo, focado nos pais, ou melhor nas responsabilidades dos pais que trabalham e nos cuidados que estes têm de prestar aos seus filhos menores, a Directiva 2019/1158, admite que os trabalhadores possam ter essas necessidades de conciliação a todo o momento das suas vidas profissionais, não apenas com as crianças. Ou seja, as situações de cuidado deixam de estar centradas no cuidado parental com crianças, mas estendem-se às relações complexas e contínuas de cuidado que as pessoas que trabalham experimentam ao longo de suas vidas, o que é particularmente relevante quando analisamos as mudanças demográficas verificadas na Europa nas últimas décadas, e a necessidade de prestação de cuidados de saúde junto de uma população cada vez mais envelhecida.

Esta mudança de perspectiva na Directiva materializa-se, fundamentalmente, em dois aspectos.

Em primeiro lugar, na instituição de uma licença de pelo menos 5 dias para trabalhador que detenha estatuto de cuidador (art. 6.º). Trata-se de uma licença que a Directiva não obriga a que seja remunerada, ao contrário daquela que era a intenção original e que também não se deve confundir com a possibilidade reconhecida ao trabalhador de faltar ao trabalho por motivo de força maior relacionado com razões familiares urgentes (art. 7.º). Embora a nova Directiva não regule detalhadamente a licença, parece-nos que o seu escopo ou *ratio* é mais abrangente. Podem estar em causa ausências que não têm de ser motivadas pela urgência na prestação de cuidados, mas que podem ocorrer para tratar de questões relacionadas com esses cuidados ou apenas para prestar assistência à pessoa cuidada.

Ora, esta é de facto uma novidade que vai obrigar o legislador português a adaptar o direito nacional ao direito europeu, uma vez que até ao

⁹ No que diz respeito ao suporte financeiro, existe, entre nós, um subsídio da segurança social correspondente a 25% do salário médio do trabalhador, mas que só é devido no caso de a licença tomar a forma de licença parental alargada até três meses e for gozada logo a seguir à licença parental inicial. É, porventura, este último aspecto que irá obrigar o estado português a modificar o direito actual, já que a directiva prevê que o gozo de, pelo menos dois meses, seja remunerada de forma adequada, sem qualquer restrição quanto ao momento em que os pais decidem utilizá-la – sobre o ponto, ver CATARINA CARVALHO, “Conciliar vie professionnelle et vie familiale pour promouvoir l’égalité entre les femmes et les hommes au Portugal: considérations et perspectives à la lumière de la Directive 2019/1158 sur l’équilibre entre vie professionnelle et vie privée des parents et des aidants”, *Revue de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale*, n.º 3, 20220, p. 87.

momento não há qualquer licença com este recorte subjectivo. Em bom rigor, a transposição imporá que se acautelem dois aspectos.

Por um lado, a introdução de um conceito operativo de trabalhador cuidador. Na Directiva, cuidador é definido, no art. 2.º, como “um trabalhador que presta cuidados pessoais ou apoio a um familiar ou a uma pessoa que vive no mesmo agregado familiar que o trabalhador e que necessita de cuidados ou de assistência significativos por uma razão médica grave, conforme definido por cada Estado-Membro”. Actualmente o Código do Trabalho ainda não contém uma noção de trabalhador cuidador. No entanto, a densificação desta categoria dever ser feita à luz do Estatuto do Cuidador Informal, aprovado pela Lei n.º 100/2019, de 6 de Setembro, e complementado pelo Decreto-Regulamentar n.º 1/2022, de 10 de Janeiro. De acordo com ambos os diplomas, cuidador informal não principal será “o cônjuge ou unido de facto, parente ou afim até ao 4.º grau da linha reta ou da linha colateral da pessoa cuidada, que acompanha e cuida desta de forma regular, mas não permanente, podendo auferir ou não remuneração de atividade profissional ou pelos cuidados que presta à pessoa cuidada.” E é justamente o que consta da actual proposta de alteração ao Código do Trabalho, que propõe a inserção de um novo artigo, o art. 101.º-A onde se remete para o conceito de cuidador informal não principal, nos termos da legislação aplicável.

Por outro lado, a transposição da Directiva impõe que o direito português passe a reconhecer ao trabalhador cuidador a licença de cuidador propriamente dita. Na proposta de lei, essa adaptação consta do n.º 1 do art. 101.º-B, nos termos do qual “O trabalhador cuidador tem direito, para assistência à pessoa cuidada, a uma licença anual de cinco dias úteis, que devem ser gozados de modo consecutivo”, direito que o trabalhador poderá exercer, comunicando ao empregador com uma antecedência de 10 dias e informando-o ainda de que outros membros do agregado familiar do trabalhador ou da pessoa cuidada, não gozam da mesma licença no mesmo período, ou estão impossibilitados de prestar assistência.

IV. A abordagem baseada no ciclo de vida tem também reflexos no capítulo dos chamados regimes flexíveis de trabalho. A previsão de regimes flexíveis de trabalho como mecanismo de conciliação entre a vida privada e profissional não é uma novidade total da Directiva 2019/1158. Em bom rigor, o que a Directiva contém é uma extensão e um reforço de direitos de certa forma já contemplados na anterior directiva, a Directiva 2010/18/

UE. Se já antes se previa o direito de os pais-trabalhadores, aquando da situação de regresso do gozo de licença parental, solicitarem alterações no horário e organização do trabalho como forma de acomodar as responsabilidades familiares e profissionais, esta possibilidade de solicitar regimes de trabalho flexíveis – onde hoje se incluem o trabalho a tempo parcial, os horários flexíveis mas também, de forma explícita, formas de trabalho à distância – passou a estar prevista de forma mais abrangente (isto é, como direito independente e não vinculado à situação de regresso de gozo de licença parental) para os pais trabalhadores, com filhos até uma determinada idade, de pelo menos 8 anos, e também para os trabalhadores cuidadores¹⁰. Paralelamente, regista-se uma preocupação de índole procedimental, impondo-se ao empregador, diante de um pedido formulado pelo trabalhador, a obrigação de considerar esse pedido e emitir uma decisão, dentro de um prazo razoável (art. 9.º).

Ora, se olharmos para a legislação portuguesa, facilmente nos damos conta de que os três regimes flexíveis indicados pela Directiva, já se encontravam, de alguma forma, previstos no Código do Trabalho, como medidas facilitadoras da conciliação: (i) o recurso ao trabalho a tempo parcial tinha consagração no art. 55.º; (ii) regime de horário flexível estava previsto no art. 56.º; (iii) e por fim, o direito ao exercício de funções em regime de teletrabalho era, desde 2009, reconhecido aos trabalhadores com filhos até 3 anos de idade. Ora, tudo isto não quer dizer que a adopção da Directiva não tenha tido impacto nas regulamentações nacionais vindas de enunciar.

V. A primeira medida de transposição foi adoptada, em matéria de teletrabalho, com a aprovação da Lei n.º 83/2021, de 6 de Dezembro. Na verdade, como no ordenamento jurídico português o recurso ao teletrabalho como medida de conciliação apenas estava prevista para trabalhadores progenitores com filhos até 3 anos de idade, o Estado português procedeu, através da referida lei à transposição da Directiva nesta matéria,

¹⁰ A adaptação à nova categoria do trabalhador-cuidador implicou ainda um ajustamento num outro ponto. Na verdade, a Directiva prevê ainda o direito dos trabalhadores com responsabilidades familiares – trabalhadores-pais e trabalhadores cuidadores – faltarem ao trabalho por motivo de força maior por razões familiares urgentes em casos de doença ou acidente que tornem indispensável a presença imediata do trabalhador (art. 7.º). Trata-se de um direito que já constava da anterior directiva e que se mantém na actual Directiva e cuja concretização a directiva remete em grande parte para os Estados membros. No que diz respeito ao direito português, este já admite ausências motivadas por força maior em dois tipos de situações cujo regime varia em função da ligação familiar. No primeiro caso, o trabalhador é autorizado a faltar ao trabalho para assistência inadiável e imprescindível em caso de doença ou acidente até 30 dias por ano a filho menor de 12 anos (ou independentemente da idade a filho com deficiência ou doença crónica) ou até 15 dias por ano em caso de filho com mais de 12 anos (art. 49.º). No segundo, o trabalhador é autorizado a faltar ao trabalho para prestar assistência a outros membros da família (cônjuge ou pessoa que viva em união de facto, ou economia comum com o trabalhador, parente ou afim na linha recta ascendente ou no 2.º grau da linha colateral) até 15 dias por ano (art. 252.º). Muito embora esta última hipótese, atento o seu universo subjectivo, já permitisse abranger parcialmente a categoria do trabalhador-cuidador, a verdade é que o seu recorte é mais limitado do que aquele que o conceito operativo de cuidador informal não principal encerra entre nós. Assim, na proposta de alteração do Código é introduzido um novo inciso no art. 252.º, no qual se estende este direito de faltar até 15 dias por ano ao cuidador informal não principal, em caso de doença ou acidente da pessoa cuidada.

ampliando o universo subjectivo dos trabalhadores com responsabilidades familiares com direito de requerer a prestação em regime de teletrabalho.

O universo subjectivo dos trabalhadores com responsabilidades familiares passou, portanto, a compreender duas categorias¹¹: por um lado, a categoria dos trabalhadores progenitores; por outro, a dos trabalhadores cuidadores informais não principais.

Em relação ao primeiro universo, o direito ao exercício de funções em regime de teletrabalho é reconhecido a trabalhadores com filhos numa de duas situações. Em primeiro lugar ao trabalhador com filho até 3 anos de idade, desde que verificados dois requisitos: (i) compatibilidade do teletrabalho com a actividade desempenhada; (ii) existência de recursos e meios por parte do empregador. Em segundo lugar, a trabalhadores com filhos até 8 anos de idade¹², exceto se estiverem em causa micro-empresas (art. 166.º-A, n.º 8)¹³, desde que, no caso de ambos estarem em condições de exercer a actividade em regime de teletrabalho, exerçam tal direito em períodos sucessivos de igual duração num período de referência de 12 meses (art. 166.º-A, n.º 3, a)). Ou seja, constituindo ambos os progenitores um núcleo familiar, juntamente com o(s) seu(s) filho(s) ao cuidado, e estando ambos em condições de exercer a actividade em regime de teletrabalho, é condição para o prolongamento do direito até aos 8 anos de idade do filho, o uso da prerrogativa de modo equitativo (art. 166.º, n.º 3, a)). O direito ao teletrabalho é, pois, aqui concebido como um incentivo à partilha equilibrada das responsabilidades parentais, instrumento de promoção da igualdade entre homens e mulheres em contexto laboral, em conformidade com a Directiva 2019/1158. Excepcionam-se as famílias monoparentais ou aquelas em que apenas um dos progenitores reúne condições para o exercício da actividade em regime de teletrabalho, hipótese em que necessário se torna necessário, para garantir o teletrabalho até ao limite etário dos 8 anos, fa-

¹¹ Para lá da categoria dos trabalhadores vítimas de violência doméstica, que não conhecerá alterações regimentais com a reforma que se avizinha (art. 166.º-A, n.º 1).

¹² A opção pelo limite etário dos 8 anos não merece reparos do ponto de vista da conformidade com o direito da União, já que 8 anos é o limite mínimo imposto pela Directiva. O que já poderá parecer menos coerente é a escolha do limite etário dos 8 anos no contexto do nosso direito interno. Se atentarmos em outras normas que atribuem regimes especiais a trabalhadores com responsabilidades familiares, esse limite situa-se nos 12 anos de idade (v.g. art. 55.º e 56.º do Código do Trabalho). Mais questionável, será outra opção do legislador português. A lei nacional faz referência a trabalhador com filho o que pode suscitar a questão de saber qual a situação dos trabalhadores que não sendo progenitores são adoptantes, tutores, ou cônjuges ou pessoas em união de facto com o progenitor. Esta questão é expressamente resolvida para outros regimes de conciliação entre a vida profissional e a vida familiar – nomeadamente o direito ao horário flexível, o direito ao trabalho a tempo parcial (de novo, arts. 55.º e 56.º do Código do Trabalho). Nesses casos, o art. 64.º consagra uma extensão desses direitos para aquelas categorias de trabalhadores. No caso do teletrabalho a lei é omissa. Ora, mesmo a Directiva, não impondo nenhuma extensão, estabelece que compete aos Estados-Membros avaliarem se as condições de acesso aos regimes de trabalho flexíveis deverão ser adaptadas a necessidades específicas, tais como as de pais solteiros, pais adotivos, pais com deficiência, pais de crianças com deficiência ou vítimas de doença prolongada, ou pais em circunstâncias especiais, como as relacionadas com nascimentos múltiplos e nascimentos prematuros, aspecto que não terá recebido total atenção do legislador nacional.

¹³ Esta restrição encontra suporte no Considerando 48 da Directiva, que reconhece aos Estados-Membros a possibilidade de avaliar pormenorizadamente o impacto do seu acto de transposição, a fim de garantir que as PME, e em particular, as microempresas não sejam afetadas de forma desproporcionada pelas medidas, evitando eventuais encargos administrativos desnecessários. Presume-se que o Estado português terá feito essa avaliação, tendo optado por excluir a categoria dos trabalhadores que laboram em micro-empresas.

zer prova da impossibilidade do outro membro do agregado exercer a sua actividade em regime de teletrabalho, ora porque a actividade é incompatível com o teletrabalho ora porque a entidade empregadora não dispõe de meios e recursos para o efeito (art. 166.º, n.º 3-b)).

O segundo círculo de trabalhadores com direito a solicitar a prestação de trabalho em regime de teletrabalho corresponde à categoria dos trabalhadores que titulem e comprovem o estatuto de cuidador informal não principal (art. 166.º-A, n.º 5). E se olharmos para o mencionado preceito, depressa concluiremos que não estamos aqui perante uma transposição, sem mais, do regime já previsto para os trabalhadores progenitores. Decerto, também aqui, à semelhança do que vimos para a respeito dos trabalhadores progenitores, o empregador terá margem para recusar, se a actividade em questão não for suscetível de ser realizada em regime de teletrabalho ou o empregador não dispuser de recursos e meios. Registam-se, porém, diferenças. Em primeiro lugar, reconhece-se uma maior margem de liberdade ao empregador. Este pode opor-se não apenas por não verificação dos referidos requisitos, mas independentemente disso, quando “imperiosas exigências do funcionamento da empresa o justifiquem”. Em segundo lugar, o empregador, embora menos onerado do ponto de vista substantivo, fica mais onerado do ponto de vista procedimental tendo que seguir o procedimento previsto no art. 57.º do CT, com as necessárias adaptações. Assim, quando o trabalhador com estatuto de cuidador informal não principal solicite prestar actividade em regime de teletrabalho, o empregador deve transmitir-lhe, no prazo de vinte dias, a sua decisão, por escrito; pretendendo responder negativamente, deve fundamentar essa intenção; o trabalhador pode pronunciar-se, igualmente por escrito, sobre essa posição da entidade empregadora, dispondo de 5 dias para o efeito, a contar da data de receção da resposta; findo este período de 5 dias, o empregador remete o processo à CITE, que, no prazo de 30 dias, deve declarar se o seu parecer é ou não favorável à recusa do pedido; sendo desfavorável, o empregador apenas pode manter a posição de recusa se se munir de uma sentença judicial que lhe reconheça fundamento bastante para tal.

Em face do exposto, a pergunta que se impõe é a seguinte: terá o legislador português com as referidas alterações realizado adequadamente a transposição da Directiva em questão?

Em primeiro lugar, importa perceber que regime flexível foi reconhecido aos trabalhadores no Código do Trabalho. O art. 166.º-A atribui aos trabalhadores com responsabilidades familiares o direito a teletrabalhar e

não mais amplamente o direito a trabalhar à distância. Como é sabido, teletrabalho e trabalho à distância não são sinónimos. Em termos doutrinários, o trabalho à distância, também apelidado de trabalho remoto, compreende todo o trabalho que é realizado fora das instalações do empregador, com ou sem recurso às tecnologias de informação e comunicação. Trata-se, portanto, de uma noção mais ampla, sendo o teletrabalho subordinado uma subespécie de trabalho à distância cujos traços distintivos serão a existência de subordinação jurídica e o recurso a tecnologias de informação, elementos que podem ou não estar presentes noutras situações de trabalho à distância¹⁴. E a Directiva, o que dispõe? A versão portuguesa da Directiva menciona “regimes de teletrabalho” Parece haver, pois, perfeita sintonia entre o direito interno e o Direito da União. Ainda assim, parece-me que o ponto deveria ter merecido maior atenção por parte do nosso legislador. É que se olharmos, por exemplo, para a versão inglesa e espanhola da Directiva, estas aludem respectivamente a “remote work arrangements” e a “trabajo a distancia”. Ora, se se concluir que a Directiva pretendia, como parece, reconhecer, em termos mais abrangentes, o direito dos trabalhadores com responsabilidades familiares a trabalhar à distância, isso significa que a opção do nosso legislador foi, desse ponto de vista, menos ampla, ficando limitada ao teletrabalho *hoc sensu*.

Por outro lado, importa cotejar a Directiva com a solução portuguesa, da perspectiva da posição subjectiva que é reconhecida ao empregador. Se olharmos para a Directiva, em termos rigorosos, esta não reconhece ao trabalhador com responsabilidades familiares um direito de acesso ao teletrabalho ou trabalho à distância, mas tão somente um direito de formular um pedido junto do empregador, podendo o empregador, apreciando o pedido num prazo razoável, aceitá-lo ou recusá-lo. E mesmo em caso de recusa, a Directiva não chega a tipificar os fundamentos de recusa nem mesmo o critério que poderá servir de base a essa recusa¹⁵. De certa maneira, a Directiva impõe apenas ao empregador aquilo que alguma doutrina estrangeira chama de “dever de adaptação procedimental”¹⁶, ou

¹⁴ Sobre a distinção, ver, por exemplo, ROSÁRIO PALMA RAMALHO, “Delimitação do teletrabalho, âmbito de aplicação do regime e acordo de teletrabalho: breves reflexões sobre alguns problemas colocados pelas alterações ao regime do teletrabalho introduzidas pela Lei n.º 83/2021, de 6 de Dezembro”, A Revista – Supremo Tribunal de Justiça, n.º 1, 2022, pp. 6 e ss.. Por exemplo, no direito espanhol, o diploma que, recentemente, veio regular o trabalho à distância - através da Ley 10/2021, de 9 de julho - define «trabajo a distancia» como: *forma de organización del trabajo o de realización de la actividad laboral conforme a la cual esta se presta en el domicilio de la persona trabajadora o en el lugar elegido por esta, durante toda su jornada o parte de ella, con carácter regular, distinguido-o do «teletrabajo»: «aquél trabajo a distancia que se lleva a cabo mediante el uso exclusivo o prevalente de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación»*.

¹⁵ Pese embora o preâmbulo da Directiva (Considerando 36) mencione alguns factores a ter em conta na tomada de decisão: a duração do regime flexível solicitado; os recursos da entidade empregadora; a capacidade operacional, entre outros.

¹⁶ Classificação formulada por MARK BELL, “Adapting work to the worker: The evolving EU legal framework on accommodating worker diversity”, *International Journal of Discrimination and the Law*, n.º 18, 2018, p. 124, que contrapõe “procedural accommodation duties” e “substantive accommodation duties”, e desenvolvida por LISAWADDINGTON/MARK BELL, “The right to request flexible working arrangements under the Work-life Balance Directive – A comparative perspective”, *European Labour Law Journal* 2021, p. 10, <https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1177/20319525211038270>.

seja, concede-se ao trabalhador o direito de fazer um determinado tipo de pedido e, em resposta, este desencadeia uma obrigação legal para o empregador de considerar esse pedido e emitir uma decisão, obedecendo a um determinado procedimento. O empregador tem o dever de participar nesse processo, mas é-lhe reconhecida a possibilidade de atender ou recusar o pedido, desde que fundamente por escrito.

Ora, desse ponto de vista, a resposta do legislador português parece ter sido mais ambiciosa. Se confrontarmos a solução europeia com aquela prevista na legislação nacional, o empregador enfrenta, à luz do Código, maiores constrangimentos materiais para recusar, apenas podendo afastar o teletrabalho com base num certo tipo de fundamentos: no caso de trabalhadores progenitores, se a actividade em questão não for suscetível de ser realizada em regime de teletrabalho ou o empregador não dispuser de recursos e meios daqueles dois tipos de motivos; no caso dos trabalhadores cuidadores, ainda por razões imperiosas de funcionamento da empresa. Em todo o caso, a margem de apreciação do empregador é mais estreita do que aquela que decorre da Directiva.

Fica, no entanto, por perceber por que razão o legislador português impôs a observância de um determinado procedimento, em caso de pedido formulado por trabalhador cuidador, mas já não no caso de trabalhadores progenitores com filhos até 3 (ou 8) anos de idade. Também em relação a esta categoria de trabalhadores – dir-se-ia, até, por maioria de razão – haveria vantagem em estabelecer este *iter* procedimental. Tal teria não só um efeito dissuasor sobre a entidade empregadora, como permitiria um melhor controlo externo sobre os motivos de oposição¹⁷.

V. A segunda etapa de transposição da Directiva diz respeito ao alargamento do universo de trabalhadores com direito a solicitar a prestação de trabalho em regime de tempo parcial e horário flexível. Até ao momento estas duas medidas de conciliação eram apenas reconhecidas, na legislação portuguesa, aos trabalhadores progenitores, devendo, portanto, ser estendidas, com adaptações, à categoria dos trabalhadores cuidadores. Para o efeito, a proposta de lei de alteração ao Código do Trabalho introduz os artigos 101.º-C, 101.º-D e 101.º-E, que alargam, com as devidas adaptações, aos trabalhadores cuidadores, o regime previsto para os trabalhadores progenitores. Do ponto de vista da tutela da posição do empregador, não se antevê necessidade de qualquer adaptação adicional do nosso direito interno. À semelhança do que foi dito a respeito do teletrabalho, também aqui me parece que a lei portuguesa vai mais longe do que o exigido

¹⁷ Críticas certas assinaladas por MILENA ROUXINOL, “O direito ao teletrabalho após a Lei 83/2021, de 6/12”, *Questões Laborais*, n.º 60, 2022, p. 94.

pela Directiva, já que restringe as possibilidades de recusa do empregador a dois tipos de fundamentos – exigências imperiosas de funcionamento da empresa e impossibilidade de substituição do trabalhador no caso deste se mostrar indispensável – e em caso de intenção de recusa, o empregador é obrigado a encetar um processo de envio do pedido para a CITE, cumprindo as exigências previstas no art. 57.º do Código do Trabalho¹⁸.

VI. Por fim, a Directiva dá ainda alguns passos no que diz respeito à protecção que os trabalhadores com responsabilidades familiares deverão ter contra actos discriminatórios.

Decerto, a directiva não vai ao ponto de afirmar que a mera recusa ou não concessão de uma licença ou regime de trabalho flexível por parte do empregador constitui *per se* um acto discriminatório. O que a Directiva prevê é que os trabalhadores que exercem os seus direitos conforme previstos na presente directiva, deverão beneficiar de protecção contra o despedimento ou qualquer tratamento menos favorável que o empregador lhes possa vir a dar e que tenha sido fundado no facto de requererem ou gozarem uma tal licença ou um regime de trabalho flexível (art. 11.º). No caso de serem alvo de um despedimento, os trabalhadores que considerem ter sido despedidos pelo exercício de direitos previstos na Directiva deverão poder exigir ao empregador que fundamente adequadamente esse despedimento. O ónus da prova de que o despedimento não foi motivado por razões relacionadas com o pedido de gozo ou com o gozo, pelo trabalhador, de alguma licença ou regime flexível de trabalho, deverá recair sobre o empregador quando os trabalhadores apresentem, em juízo ou a outra autoridade competente, factos dos quais se possa presumir que foram despedidos por esses motivos (art. 12.º).

Trata-se de uma tutela que, até certo ponto, pouco ou nada acrescentará ao actual quadro normativo português. Com efeito, à luz do nosso ordenamento, o art. 35.º-A do Código do Trabalho, consagra, em termos gerais, uma proibição de discriminação em função do exercício pelos trabalhadores dos seus direitos de maternidade e paternidade, onde se inclui, o gozo das licenças e o recurso a formas de organização flexível do trabalho. Especificamente no que concerne o despedimento, e atendendo ao quadro limitado de hipóteses em que, por força de imperativos constitucionais, se admite o despedimento individual entre nós, *rectius*, apenas fundado numa justa causa (art. 351.º do Código do Trabalho), um despedimento motivado pelo gozo de licença ou exercício de direitos de conciliação sem-

¹⁸ Cf. o art. 101.º-E da Proposta.

pre se presumirá sem justa causa e ilícito¹⁹. A isto acresce a tutela reforçada deferida a trabalhadores que, no gozo de licença parental, sejam alvo de um despedimento, tutela ínsita no art. 63.º e ainda aquela outra prevista para esta categoria de trabalhadores em caso de denúncia do contrato de trabalho durante o período experimental (art. 114.º, n.º 5). Perante um quadro normativo como este, assaz completo, e apenas porque, nos termos da Directiva, a protecção adequada abrange trabalhadores pais e trabalhadores cuidadores, a Proposta de lei XV/15 estende estas duas últimas manifestações da tutela ao trabalhador cuidador, como resulta dos art. 101.º-F e 114.º, n.º 5, respectivamente. •



¹⁹ Mais. O Código do Trabalho estabelece uma presunção de exercício abusivo do poder disciplinar sempre que a aplicação da sanção (designadamente o despedimento) tenha lugar até seis meses após o exercício desses direitos pelo trabalhador ou até 1 ano após a denúncia do impedimento do exercício desses direitos (art. 331.º, n.os 1 e 2).

ACIDENTES DOS CONDUTORES DE VEÍCULOS EM ACTIVIDADES DISPONIBILIZADAS POR PLATAFORMAS ELETRÓNICAS, UMA NOVA REALIDADE NO SÉCULO XXI



Vera Sottomayor
Juíza Desembargadora, Tribunal da Relação de Guimarães

Antes de mais não posso deixar de agradecer o honroso convite que me foi endereçado pelo Supremo Tribunal de Justiça, na pessoa do Senhor Presidente da Secção Social, Juiz Conselheiro Dr. Júlio Gomes, felicitando toda a Secção Social deste Tribunal e a Direção da Associação Portuguesa de Direito do Trabalho, na pessoa da sua Presidente a Sr.ª Prof.ª Maria do Rosário Palma Ramalho, pela organização destes colóquios a que já nos acostumamos e que nos deixam mais enriquecidos quer no que respeita à atualização de conhecimentos, quer à troca de experiências de quem se dedica às questões do foro laboral.

Cumprimento especialmente o moderador deste debate o senhor Juiz Conselheiro Dr. Júlio Gomes, bem como a colega de mesa Prof.ª Joana Nunes Vicente.

Enquadramento

Como é sobejamente sabido os **ACIDENTES DE TRABALHO** constituem um problema de saúde pública por todo o mundo daí a importância da sua contínua reflexão designadamente tendo em atenção as novas realidades do mundo laboral.

Tenha-se presente que os acidentes de trabalho estão diretamente relacionados quer com a forma como a actividade laboral é exercida, quer com os perigos e riscos que caracterizam cada posto de trabalho.

Segundo as estimativas da **ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT)** todos os dias morrem em média 6300 pessoas em virtude de acidente ou doença relacionada com o trabalho e 313 milhões de trabalhadores anualmente sofrem lesões profissionais não fatais. Entende esta organização que a forma eficaz de fazer face aos novos e antigos riscos passa essencialmente pelo enquadramento dos dispositivos legais e por cultivar nas diversas actividades uma forte cultura de segurança.

Em simultâneo com esta realidade apraz dizer que o mundo do trabalho

está a atravessar, o que já vem sendo conhecido como uma “Quarta Revolução Industrial” que está a ser impulsionada pela digitalização da informação. A digitalização e as TIC (Tecnologias de Informação e Comunicação) a par da IA (inteligência artificial) estão a tornar-se cada vez mais num lugar comum.

A par de todas estas mudanças somos confrontados com novas realidades laborais associadas à precarização dos vínculos laborais, às mudanças na organização dos processos produtivos e ao aumento do trabalho ilegal ou clandestino que muitas das vezes são também acompanhados de novos problemas em matéria de segurança e saúde no trabalho.

Especialmente desde o início do sec. XXI temos assistido ao crescimento do trabalho em plataformas digitais de trabalho, que operam em diversos sectores, quer a nível regional, nacional e internacional, designadamente as relacionadas com o serviço de transporte efectuado por um motorista e o serviço de entregas ao domicílio efectuado por um estafeta. Estas plataformas são baseadas na *web* em que o trabalho é externalizado por meio de convite aberto a uma multidão geograficamente dispersa (*crowdwork*), em aplicações baseadas em localizações (*apps*), que atribuem trabalho a indivíduos numa região geográfica específica. Esta modalidade de trabalho tem a particularidade de ter uma ferramenta digital como intermediária.

As plataformas geram novas oportunidades do ponto de vista da criação de emprego, com regimes de trabalho flexível que, contudo, comportam alguns riscos, quer quanto ao vínculo contratual, quer quanto às garantias de rendimento adequado, quer quanto à segurança e saúde ocupacional.

A prestação de serviços com recurso a plataformas digitais é uma realidade que se vem generalizando nos últimos anos, suscitando assim inúmeras dúvidas quanto à qualificação dos contratos celebrados entre os indivíduos que prestam os seus serviços remunerados – *riders*/estafetas/motoristas – e a empresa que opera através da plataforma. Referimo-nos às aplicações digitais que operam no mercado nacional prestando transporte de passageiros e entregando refeições e outros bens, tais como a UBER, a GLOVO, a CABIFY, DELIVEROO, a BOLT etc. Não nos iremos debruçar sobre qualificação de tais contratos, que podem assumir várias formas, desde o trabalho ocasional, temporário, economicamente dependente ou quase independente, à peça etc. Mas iremos analisar as questões decorrentes de acidentes de trabalho/serviço sofridos pelos estafetas/condutores dos veícu-

los que prestam a sua actividade para as empresas que operam nas plataformas.

Os dois anos de pandemia da Covid 19 deram lugar a um aumento abrupto das entregas de refeições em casa através de estafetas ao serviço de aplicações digitais, que se intensificou durante os confinamentos, tendo-se espalhado pelo país inteiro a prestação deste tipo de serviços, não se vislumbrando que a população portuguesa deles venha a prescindir. A crise económica e empresarial provocada pela pandemia obrigou a que os trabalhadores procurassem trabalho noutras áreas, passando o trabalho por meio de plataformas digitais a ser descrito não como um trabalho secundário que representava uma fonte de rendimento extra, para se assumir como a principal fonte de rendimento para muito daqueles que o realizam.

Por outro lado, o hábito do pedido de refeições através de aplicações informáticas “é um hábito que veio para ficar”, pois são cada vez mais o número de mochilas coloridas que circulam pelas cidades, pertencentes a diversos operadores, que também se encontram a crescer.

Em Portugal não existe lei específica para o serviço prestado pelas plataformas de entregas – nas quais os estafetas – são designados normalmente por “parceiros”, trabalhando por sua conta e risco, mas que de parceiros têm pouco...

Todavia com a publicação da Lei n.º 45/2018, de 10 de Agosto que estabelece o regime jurídico da actividade de transporte individual e remunerado de passageiros em veículos descaracterizados a partir de plataformas electrónicas (TVDE), deu-se um passo, ainda que muito pequeno na regulamentação das actividades das plataformas, já que as plataformas digitais de modo algum se esgotam nesta actividade específica. Contudo ali se estabelece que, além de ser necessário contrato escrito assinado pelas partes (o operador TVDE e o motorista) é ainda aplicável o art.º 12.º do CT, de acordo com o prescrito no art.º 10.º, n.º 10, da citada Lei, ou seja, prevê-se a possibilidade de os motoristas serem classificados como trabalhadores subordinados se preencherem pelo menos dois dos indícios a que alude o art.º 12 do Código do Trabalho.

Por outro lado, em 9 de Dezembro de 2021, a Comissão Europeia propôs um conjunto de medidas para melhorar as condições de trabalho nas plataformas e apoiar o crescimento destas em toda a União Europeia, através de uma directiva para a promoção de melhores condições de trabalho em plataformas digitais intitulada “Directive of the European Parliament and of the Council on improving working conditions in platform work”, que tem

precisamente como objectivo melhorar as condições de trabalho nas plataformas digitais, nelas se incluindo medidas para determinar corretamente o estatuto profissional das pessoas que trabalham através de plataformas digitais de trabalho e os novos direitos, tanto dos trabalhadores por conta de outrem como dos trabalhadores independentes, no que diz respeito à gestão algorítmica. Caso venha a ser adotada os estados membros irão dispor de 2 anos para a transpor para o respectivo ordenamento jurídico.

No caso português, antecipando a adopção da Directiva, foi já aprovado pelo Parlamento, na generalidade a Proposta de Lei 15/XV/1 (GOV), que visa proceder à alteração de legislação laboral no âmbito da agenda do trabalho digno, na qual se prevê a criação de uma presunção de existência de contrato de trabalho com a plataforma ou com a empresa que nela opere, com base em critérios substantivos, ilidível nos termos gerais mediante demonstração de que o prestador da atividade não é trabalhador subordinado. Ao mesmo tempo são também reforçados os deveres de informação e transparência no que ao uso de algoritmos e de outros sistemas de inteligência artificial em contexto laboral diz respeito.

Atualmente uma das grandes preocupações dos condutores de veículos em actividades disponibilizadas por plataformas digitais são as condições de trabalho e a falta de amparo, por parte do empregador que frequentemente não assume as suas responsabilidades, ficando estes entregues a si próprios cada vez que surge um acidente.

Assim iremos abordar em particular os acidentes que ocorrem com os condutores de veículos que prestam atividade com recurso a plataformas digitais, ou seja, com aquelas que permitem encomendar almoço ou jantar ou até o nosso próprio transporte através de uma aplicação informática acessível a qualquer individuo, ou seja “à distância de um clique”.

Condições de trabalho e saúde dos condutores de veículos que prestam a sua actividade nas plataformas digitais

Os estafetas ou *riders* e os motoristas que trabalham nas plataformas digitais, como a UBER, a GLOVO e a UBER EATS, cujo trabalho é necessariamente territorializado, pois exige a co-presença física com o cliente, e que no nosso país já são mais de 80 mil que fazem deste trabalho nas plataformas a sua actividade principal ou única, confrontam-se diariamente com vários problemas de ordem profissional e de segurança e saúde no trabalho.

Tais problemas relacionam-se preponderantemente com o vínculo labo-

ral e com as condições de trabalho e segurança.

A indefinição do vínculo contratual destes indivíduos que trabalham em plataformas digitais é uma realidade, já que não estando reconhecidos como trabalhadores juridicamente subordinados, os impossibilita de serem assegurados uma série de direitos, onde se destaca o direito à retribuição mínima mensal, o direito a férias pagas e o direito aos subsídios de férias e de natal, direito a um seguro de acidentes de trabalho, etc, etc.

Importa assim frisar que estes indivíduos que trabalham nas plataformas estão numa situação de grande instabilidade e precariedade em relação aos trabalhadores subordinados, no que respeita à proteção social.

Sabemos bem que tem sido através de decisões jurisprudenciais que o reconhecimento dos direitos dos trabalhadores das plataformas tem ido mais longe, qualificando tais relações laborais como de trabalho subordinado ao qual corresponde um contrato de trabalho por conta de outrem. A título meramente exemplificativo referimos as decisões tomadas em 2016 no Reino Unido, designadamente aquela que reconheceu que os motoristas da Uber não são empresários, nem estão em condição paritária com a Uber, ao invés fazem parte integrante da organização empresarial da prestação de serviços de transporte que a Uber representa, desenvolvendo a sua actividade em benefício da Uber, ao abrigo de um contrato qualificado em tal decisão como “worker contract”. Mais recentemente também no Reino Unido no Acórdão de 20.02.2021, (caso Uber BV and others v. Aslam and Others) 136, o Supremo Tribunal Britânico reconheceu, por unanimidade, que os motoristas deveriam ser classificados como *workers* (trabalhadores economicamente dependentes), mas não *employees* (trabalhadores subordinados), ao serviço da Uber, e isto atendendo ao grande controlo dos motoristas por parte da plataforma.

Em Itália, em decisão proferida pelo Tribunal de Palermo, no final de 2020, foi reconhecido um estafeta da GLOVO como trabalhador subordinado e em Fevereiro de 2021, nesta sequência a inspecção de trabalho italiana determinou que as plataformas de distribuição de comida deveriam fazer contratos de trabalho e reconhecer a relação de subordinação jurídica a mais de 60 mil estafetas.

Em Espanha a decisão proferida pelo Supremo Tribunal deste país, datada de 25 de Setembro de 2020 (sentença n.º 805/2020), deu razão aos trabalhadores da GLOVO, reconhecendo serem estes trabalhadores subordinados, devendo por isso a plataforma assumir as responsabilidades do empregador para com eles e estabelecer contratos de trabalho. Esta decisão

teve o condão de contribuir de forma determinante para que o Governo Espanhol tenha aprovado “Lei *Rider*”, que veio dar forma de lei àquela decisão. O “Real Decreto-Ley 9/2021, de 11 de mayo”, que é aplicável aos estafetas que trabalham para as plataformas digitais de entregas no qual se definem quatro condições ou indícios que determinam o reconhecimento da relação laboral subordinada, nomeadamente a entrega de comida a cliente final, o exercício de poderes de direcção pela plataforma ou a utilização do algoritmo para gerir a actividade e determinar as condições da sua prestação.

Cabe ainda frisar que em Portugal, em termos jurisprudenciais, até ver, não existem decisões relativas aos estafetas que trabalham com plataformas digitais em Portugal, designadamente no âmbito dos acidentes de trabalho bem como quanto à qualificação da sua relação laboral.

Ora, em regra estes estafetas/*riders* sendo considerados de trabalhadores autónomos ou independentes, no que respeita à sua protecção relativa a acidentes de trabalho e doença, têm necessariamente a seu cargo o seguro de acidentes de trabalho, bem como as consultas e os exames médicos. Mas será que tal se revela de justo e adequado à situação? Importa indagar do acidente.

Do acidente

O acidente faz parte dos eventos ocorridos na vida em sociedade e pode ocorrer nos mais diversos locais, em diversas circunstâncias e ter origem em inúmeras causas. Trata-se de uma fatalidade social, a qual todos estamos sujeitos dependendo dos riscos e dos perigos que corremos ao longo da vida.

Acidente significa um qualquer evento fortuito imprevisto fruto de um acaso, algo maléfico que provoca danos e/ou prejuízos.

É de salientar que o acidente é um acontecimento súbito – de duração curta e limitada – inesperado, de origem externa e violenta que provoca direta ou indiretamente lesão corporal, sendo certo que quando ocorre por ocasião do trabalho, em regra estamos perante o acidente de trabalho.

Importa referir que para que seja aplicável o regime legal de reparação dos danos sofridos em consequência de acidentes de trabalho é necessário que o acidente se enquadre na definição legal de acidente de trabalho que está atualmente consagrada no art.º 8.º da Lei n.º 98/2009, de 4/09, (dora-vante NLAT), no qual se define o acidente de trabalho como sendo “aquele que se verifique no local e no tempo de trabalho e produza direta ou indiretamente lesão corporal, perturbação funcional ou doença de que resulte redução na capacidade de trabalho ou de ganho ou a morte.”

Esta definição, aliás como é sobejamente sabido, assenta em quatro critérios: a) o subjectivo, assente na determinação do lesado, que em regra é o trabalhador por conta de outrem; o geográfico, ligado ao local de trabalho que deve ser conjugado com o critério de autoridade, fazendo apelo ao controlo do empregador sobre o trabalhador; c) o temporal associado ao tempo de trabalho em termos amplos e extensos abrangendo assim os acidentes ocorridos fora do tempo de trabalho, mas no desenvolvimento de actividades que beneficiem ou possam vir a beneficiar o empregador – art.º 9.º als. b) e h) da NLAT.; d) e o dano típico que necessariamente tem de resultar do evento.

Quanto à determinação do lesado prescreve o n.º 1 do art.º 3 da NLAT que nele se incluem os trabalhadores subordinados (por conta de outrem) independentemente da actividade que exerçam, seja ou não explorada com fins lucrativos. Mas não são só estes os abrangidos por este regime especial de protecção, já que os ns.º 2 e 3 do citado preceito preveem o alargamento da aplicação deste regime aos trabalhadores autónomos que se encontrem na dependência económica dos beneficiários da actividade (neles se incluindo assim, os contratos equiparados ao contrato de trabalho), aos aprendizes ou estagiários, e ainda se pode estender ao trabalhador independente, desde que efectue um contrato de seguro para o efeito, tal como resulta do prescrito no n.º 2 do art.º 4 da Lei n.º 7/2009 de 12/02 (Lei que aprovou a revisão do Código do Trabalho), do prescrito no art.º 184.º da NLAT e do próprio regime jurídico do seguro de acidentes de trabalho dos trabalhadores independentes estabelecido pelo DL n.º 159/99, de 11 de Maio.

Quanto ao local de trabalho a definição que consta do regime de acidentes de trabalho abrange qualquer sítio ou local onde o trabalhador se encontre ou tenha de se dirigir relacionado com a realização da sua actividade, desde que sujeito ao controlo do empregador, direta ou indiretamente respeitando este às situações em que o empregador controla a actividade do trabalhador enquanto manifesta o seu poder de direcção – cfr. al. a) do n.º 2 do art.º 8.º da NLAT.

Quanto ao tempo de trabalho a definição que consta do regime de acidentes de trabalho é mais ampla do que aquela que consta do regime geral, designadamente do prescrito no art.º 197.º do CT, pois compreende o período normal de trabalho, bem como os espaços de tempo anteriores ou posteriores a este, quer para preparação do trabalho, quer para a terminação do mesmo e compreende também as interrupções normais (intervalo para refeição) ou pausas forçadas de trabalho – cfr. al. b) do n.º 2 do art.º 8.º da NLAT.

Por fim, para que haja lugar à reparação do acidente de trabalho impu-

tável ao empregador é necessário que o trabalhador sofra danos e que entre estes e o evento em si exista um nexó de causalidade, sendo certo que o art.º 10.º n.º 1 da NLAT consagra uma presunção de causalidade, ao determinar que a lesão constatada no local e no tempo de trabalho ou nas circunstâncias elencadas no artigo 9.º da NLAT se presume consequência de acidente de trabalho.

Da aplicação do regime de reparação de acidentes de trabalho aos estafetas e motoristas que trabalham para as plataformas

Será que os estafetas e os motoristas que trabalham com as plataformas digitais podem beneficiar do regime de reparação de acidentes de trabalho?

Sem nos comprometermos com a natureza dos contratos celebrados entre estes e os detentores/operadores das plataformas diremos que na grande maioria dos casos será possível aplicar a estes colaboradores/parceiros o prescrito no regime dos acidentes de trabalho.

A Lei n.º 7/2009, de 12/02 que aprovou a revisão do Código do Trabalho estabelece um conjunto de princípios, alargando o âmbito da aplicabilidade do regime de acidentes de trabalho e doenças profissionais, quer ao prestador de trabalho sem subordinação jurídica que desenvolva a sua actividade na pendência económica do beneficiário da actividade, quer ao trabalhador que exerça a sua actividade por conta própria que deve efetuar um seguro que garanta o pagamento das prestações previstas na Lei dos Acidentes de Trabalho – cfr. artigo 4.º n.ºs 1 al. c) e 2 da Lei n.º 7/2009, de 12/02.

Por outro lado, o artigo 10.º do CT a que se alude a alínea c) do n.º 1 do artigo 4.º da Lei n.º 7/2009, de 12/02 que aprovou a revisão do Código do Trabalho prescreve o seguinte:

“As normas legais respeitantes a direitos de personalidade, igualdade e não discriminação e segurança e saúde no trabalho são aplicáveis a situações em que ocorra prestação de trabalho por uma pessoa ou outra, sem subordinação jurídica, sempre que o prestador de trabalho deva considerar-se na dependência económica do beneficiário da actividade.”

Nem o Código do Trabalho, nem a NLAT (lei que regula o regime legal de reparação dos danos sofridos em consequência de acidentes de trabalho) fornecem a noção de “dependência económica” para efeitos da sua aplicação nos termos neles estabelecidos.

Contudo o art.º 3.º n.º 2 da NLAT, com a epígrafe “Trabalhador Abrangido” estipula a presunção da dependência económica do prestador de ser-

viços, ao dispor o seguinte:

«2. Quando a presente lei não impuser entendimento diferente, presume-se que o trabalhador está na dependência económica da pessoa em proveito da qual presta serviços».

Daqui resulta que o conceito de dependência económica abrange os casos em que a remuneração do trabalho representa para o trabalhador o seu exclusivo ou principal meio de subsistência, ficando o sinistrado dispensado do ónus de alegação e prova da dependência económica, onerando o beneficiário do serviço com a prova da inexistência daquela subordinação (económica).

Parafraseando o Conselheiro António Leones Dantas, no Acórdão do STJ de 22-01-2015, proc. n.º 481/11.7TTGMR.P1.S1, disponível em www.dgsi.pt “*a extensão do regime de protecção de acidentes de trabalho consagrado na Lei n.º 98/2009, de 4 de Setembro, decorrente da alínea c) do n.º 1 do artigo 4.º da Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro, reporta-se a situações em que existe uma prestação de trabalho, sem subordinação jurídica, mas em que o trabalhador se encontra economicamente dependente daquele que recebe o produto da sua actividade.*”

Sintetizando, o regime dos acidentes de trabalho previsto na Lei dos Acidentes de Trabalho (NLAT) é também aplicável ao indivíduo que preste o seu serviço numa situação de dependência económica do beneficiário do serviço prestado, quando essa prestação ocorra numa situação de ausência de subordinação jurídica, representando tal rendimento um contributo necessário ao orçamento familiar, atento o padrão de vida do indivíduo. Contudo, não é esta a única dimensão relevante de dependência económica que fundamenta o alargamento do regime de protecção de acidentes de trabalho.

Aqui chegados importa dilucidar o sentido e o alcance da expressão “dependência económica”. Segundo o Prof.º Monteiro Fernandes haverá dependência económica nos casos de debilidade contratual do prestador de serviços (exclusividade de emprego e de salário na esfera económica de outrem) e em que o processo produtivo do prestador de serviços esteja incorporado no processo produtivo da pessoa servida.

A dependência económica pressupõe a integração do prestador da actividade no processo empresarial de outrem, a que acresce o facto da actividade desenvolvida não poder ser aproveitada por terceiro, ou seja, só aproveita ao seu beneficiário de molde a não poder conferir qualquer vantagem a terceiros. Na dúvida opera a presunção a favor do trabalhador sinistrado, que faz decorrer da mera prestação de trabalho a demonstração da sua dependência económica relativamente ao beneficiário da prestação e dessa forma

beneficia o trabalhador da protecção decorrente do regime de acidentes de trabalho. Tudo isto sem esquecer que estamos perante uma presunção legal que pode ser ilidida mediante prova em sentido contrário (cfr. art.º 350.º n.º 2 do C.C.).

Importar salientar que esta extensão ou alargamento do regime de protecção dos acidentes de trabalho visa precisamente prevenir as situações que não se encontrem juridicamente bem definidas como de contrato de trabalho ou como de contrato de prestação de serviços para que possam igualmente ser enquadradas no regime indemnizatório previsto na NLAT.

Assim sendo, podemos concluir que os sinistrados estafetas ou *riders* ou motoristas que trabalhem em situação de autonomia jurídica, mas com uma acentuada dependência económica da pessoa em proveito da qual prestam serviços – como apelida o Prof.º Leal Amado aqueles que prestam o seu trabalho em situação de parassubordinadaçãõ –, ou seja aqueles que não têm outra fonte de rendimento que não seja a resultante dos serviços prestados para as plataformas digitais e em que o seu processo produtivo esteja integrado no processo produtivo do beneficiário da prestação, caso sofram um acidente por ocasião da prestação da sua actividade estão cobertos pela NLAT, beneficiando assim do seu regime.

Numa outra perspectiva, o beneficiário do serviço ou o operador da plataforma é assim o responsável pela reparação dos danos derivados de acidentes ocorridos na sua realização, já que a entidade por conta de quem o trabalho é prestado, de acordo com a lei, assume o risco pela reparação das consequências que derivem do acidente, estando assim obrigada a transferir a responsabilidade pela reparação prevista na lei dos acidentes de trabalho para entidade legalmente autorizada a realizar este tipo de seguro – cfr. art.º 79.º n.º 1 da NLAT-.

Importa esclarecer que se o contrato celebrado entre o estafeta/*rider*/motorista for assumidamente tido como de prestação de serviços, o beneficiário da prestação/serviço não é o responsável pela reparação dos danos resultantes dos acidentes ocorridos por ocasião da prestação do serviço. Neste caso, por estarmos perante trabalhadores independentes, que por exercerem a sua actividade por conta própria estão obrigados a munir-se do respectivo seguro de acidentes de trabalho para os trabalhadores independentes, em conformidade com o regime decorrente do DL n.º 159/99, de 11/05. Este regime veio regulamentar a obrigatoriedade de seguro de acidentes de trabalho para os trabalhadores independentes, o qual garante, com as devidas adaptações, as prestações definidas pela Lei n.º 98/2009, de 4 de Setembro, (NLAT) remetendo para ela (por força do disposto na norma remissiva do

art.º 181.º da NLAT) muitos dos aspectos de regulamentação do regime de acidentes de trabalho dos trabalhadores por conta de outrem.

É ponto assente que é ao trabalhador independente que compete não só a organização da sua atividade, como a sua proteção contra os riscos laborais.

Cabe-nos ainda referir que nos casos em que a relação contratual estabelecida entre os estafetas ou os motoristas e as empresas detentoras/operadoras das plataformas digitais, tem a natureza de relação laboral subordinada, nessa medida não surge qualquer dúvida quanto ao regime aplicável em sede de acidente de trabalho, que é obviamente o que decorre da Lei dos Acidentes de Trabalho.

Por fim, cumpre referir que a competência para conhecer dos acidentes sofridos, por ocasião do trabalho, pelos estafetas/*riders* ou motoristas que prestam serviço para as plataformas digitais será, em regra, dos juízos do trabalho, de acordo com o prescrito no art.º 126.º n.º 1 al. c) da Lei n.º 62/2013, de 26.08.2013, (Lei da Organização do Sistema Judiciário (LOSJ)).

Do seguro

Grande parte das empresas detentoras ou operadoras de plataformas digitais, tais como a UBER EATS e a GLOVO, oferecem um seguro sem custos para os parceiros de entregas – estafetas – este seguro, em regra, cobre acidentes, doenças graves e ferimentos, pagamentos por maternidade ou paternidade, despesas de funeral em caso de morte e outras situações, tais como a impossibilidade de trabalhar por infecção por covid 19. Contudo não deixa de ser um seguro de acidentes pessoais com coberturas diferentes e em regra menos vantajosas do que as coberturas resultantes da aplicação do regime de acidentes de trabalho.

A oferta deste tipo de seguro é sustentada pelos operadores/detentores das plataformas com o facto de terem a intenção de ajudar os estafetas a “protegerem-se contra o risco de custos elevados ou perda de rendimentos.”

Em regra, não é reconhecido pelos beneficiários da prestação, aos estafetas/*riders* que trabalham na área das entregas de comida e de outros serviços para as plataformas digitais, qualquer vínculo de natureza laboral, razão pela qual o seguro oferecido por estas empresas aos estafetas não substitui o seguro de acidentes de trabalho, nem garante a amplitude dos riscos, sendo muito limitado.

Urge assim consciencializar/sensibilizar os operadores e detentores das plataformas digitais, para a necessidade dos prestadores de actividade nas plataformas (estafetas e motoristas) se munirem de seguro de acidentes de

trabalho, pois atentos os riscos reais que correm com a realização do transporte/entregas só assim estarão suficientemente protegidos.

Nota Final

Em jeito de nota final cabe-nos referir o seguinte:

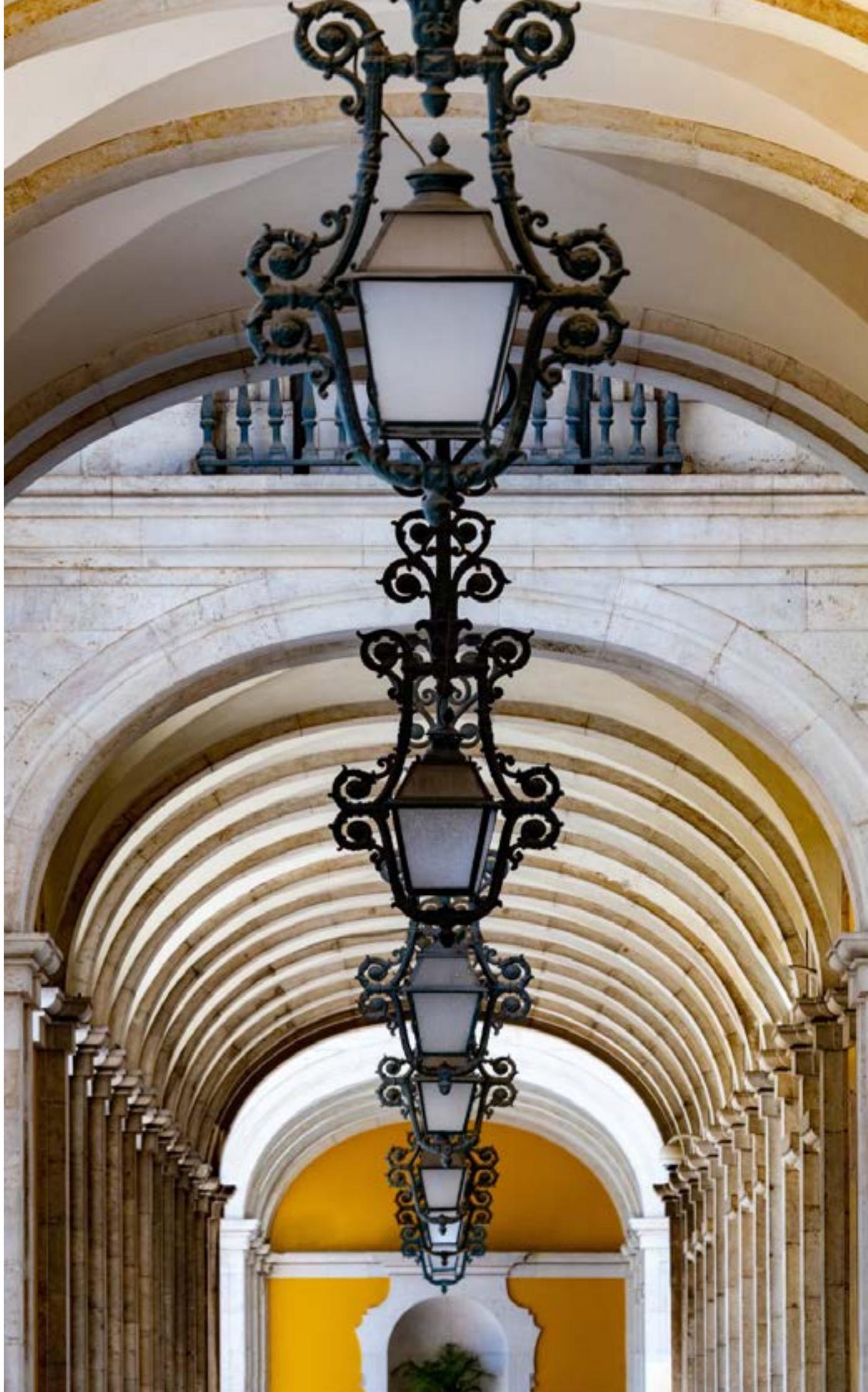
- As plataformas digitais vieram gerar novas oportunidades do ponto de vista da criação do emprego, com regimes de trabalho flexível e com múltiplos riscos designadamente quanto ao vínculo contratual e acesso à proteção social.
- O trabalho nas plataformas digitais tende a atrair pessoas mais vulneráveis, que precisam de ganhar dinheiro imediatamente para fazer face às suas mais básicas despesas. Imigrantes brasileiros, paquistaneses e nepaleses e, com a crise, também muitos portugueses recorrem a este tipo de trabalho.
- Os estafetas recebem diariamente mensagens das plataformas para executarem várias tarefas quer seja de encomendas, de viagens ou serviços ao domicílio. Quer estejam ou não a trabalhar estão ligados a um aparelho de comunicação – telemóvel, *tablet* ou outro.
- Em Portugal não existe uma lei específica para os parceiros/prestadores de entrega das plataformas digitais, que trabalham sobretudo por conta própria, como trabalhadores autónomos e independentes, ficando frequentemente a seu cargo o seguro de acidentes de trabalho.
- Apesar, de inúmeros estafetas defenderem ser desnecessária uma revisão laboral sobre estas matérias revelando estes ter interesse em que a atual situação se mantenha, pois a flexibilidade e a adaptabilidade na realização da sua actividade é o valor que os rege e que permite que queiram continuar a ser trabalhadores independentes/autónomos, muitos outros reclamam a necessidade de regular a sua actividade, designadamente celebrando contratos de trabalho com as plataformas.
- Há reivindicações que todos têm em comum – querem uma protecção mais abrangente no seguro contra acidentes e canais mais diretos de comunicação com as empresas beneficiárias dos serviços prestados.

- Como trabalhadores autónomos e independentes o seguro de acidentes de trabalho ficará frequentemente sempre a seu cargo.

- Contudo como acima defendemos preponderantemente estaremos perante trabalhadores parassubordinados ou economicamente dependentes, que por isso beneficiam da proteção da Lei dos Acidentes de Trabalho, incumbindo a obrigação de zelar pela proteção do risco de acidente aos operadores das plataformas digitais ou aos seus beneficiários que nela operem, que por isso estão obrigados a transferir a responsabilidade pela reparação de tais acidentes para as entidades legalmente autorizadas a realizar este tipo de seguro.

Agradeço a toda atenção dispensada na partilha destas notas. •





A GREVE E A SUBSTITUIÇÃO DE TRABALHADORES GREVISTAS POR MEIOS AUTOMÁTICOS^{1/2}



Luís Gonçalves da Silva

Professor da FDUL

Vice-Presidente do Instituto de Direito do Trabalho da FDUL

Investigador do Centro de Investigação de Direito Privado da FDUL

Advogado e Consultor da Abreu Advogados

1 | Política, Constituição e Greve

I. A relação entre o direito e a política é antiga e a influência desta sobre aquele é reconhecida. De facto, como ensina FREITAS DO AMARAL, “todo o ato legislativo é um ato político e, como tal, tem na sua génese um pressuposto ideológico ou, pelo menos, uma dada orientação política”³.

No caso do Direito do Trabalho, a permeabilidade assume especial relevância⁴, em particular no direito colectivo – e, mais ainda, na temática da greve –, tendo as concepções políticas vigentes em cada momento histórico acrescida relevância. Com efeito, como poderemos confirmar, desde logo, em termos de análise histórica⁵, os fenómenos colectivos foram sendo regulados de forma muito díspar consoante os sistemas políticos e até, dentro do democrático, as ideologias maioritárias foram determinantes nas opções legislativas⁶. Mesmo perante regimes normativos, poder-se-á dizer que se mantém (genericamente) actual a posição de GIUSEPPE PERA, para quem “a luta social que se exprime na greve corre sempre no fio da navalha entre legalidade e ilegalidade, sujeita à dialéctica entre as massas e as minorias combativas”⁷.

¹ O presente texto tem por base a conferência proferida, com o mesmo título, no XII Colóquio de Direito do Trabalho do STJ – Os Novos Desafios do Direito do Trabalho, em Novembro de 2022, organizado pelo Supremo Tribunal de Justiça e pela Apodit.

Agradecemos ao Senhor Presidente do Supremo Tribunal de Justiça, Senhor Conselheiro Henrique Araújo, e ao Senhor Presidente da Secção Social do Supremo Tribunal de Justiça, Senhor Conselheiro Júlio Gomes, o honroso convite.

² Todos os artigos sem indicação da fonte referem-se ao Código do Trabalho (versão actual).

A jurisprudência (nacional) está disponível em www.dgsi.pt.

³ FREITAS DO AMARAL com a colaboração de GOMES DE CASTRO, *Manual de Introdução ao Direito, volume II*, Almedina, Coimbra, 2019, p. 131, analisando a relação entre o direito e a política e a sua relevância em matéria interpretativa (pp. 131 e ss).

⁴ Neste sentido, WILHELM REUB, “Juristische Begriffsmanipulationen, dargelegt an Beispielen aus dem Arbeitsrecht”, *Arbeit und Recht (AuR)*, 1972, n.º 7, pp. 193 e ss, salientando exactamente a influência da política no direito laboral.

⁵ Sobre a evolução histórica dos fenómenos colectivos, em particular a greve, GONÇALVES DA SILVA, *Direito do Trabalho. Greve e Lock-Out*, «Manuais da Clássica», Imprensa FDUL e AAFDL, 2023, pp. 33 e ss (enquadramento comparatístico) e 171 e ss (nacional).

⁶ PALOMEQUE LÓPEZ, *Direito do Trabalho e Ideologia*, Almedina, Coimbra, 2001 (tradução António José Moreira, *Derecho del Trabajo e Ideologia*), pp. 141 e ss.

⁷ GIUSEPPE PERA, “Il Diritto di Sciopero”, *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 1986, n.º 3, p. 440.

E, por isso, como bem observa KAHN-FREUND, “esta separação do mundo político e do mundo industrial pertence ao domínio útil dos mitos que nós, juristas, usamos para alcançar um certo grau de clareza na apresentação do assunto, mas cujo caráter artificial não ignoramos”⁸.

Compreende-se, deste modo, que, se há matéria onde a divisão doutrinária se manifesta com especial intensidade, essa matéria é a greve, cuja “juridificação total... assemelhar-se-á à quadratura do círculo”⁹; e, portanto, “é muito difícil cultivar a ilusão de poder identificar uma interpretação omni-compreensiva e omni-explicativa, que contraste com qualquer outra como a única totalmente certa”¹⁰.

II. A greve, instituto central na temática da conflitualidade laboral¹¹, “como toda a liberdade pública colectiva, pode ter um perfume revolucionário e de questionamento radical das relações laborais e das relações de produção”¹²; é, portanto, nas palavras de CASTANHEIRA NEVES, uma “rebelião sem armas”¹³.

O regime ou mesmo o reconhecimento da greve constitui uma matéria “fracturante” e fortemente politizada¹⁴, o que pode explicar a inexistência de uma consagração expressa em diversos textos externos. É o caso da Organização Internacional do Trabalho, em que a temática dos conflitos colectivos está excluída dos documentos internacionais, o que, no entanto, não impediu que o direito à greve fosse reconhecido com base na liberdade sindical (artigos 3.º e 10.º da Convenção n.º 87)¹⁵.

⁸ KAHN-FREUND, “Quelques Réflexions sur le Règlement des Conflits Collectifs du Travail au Point de Vue du Droit Comparé”, *Revue Internationale de Droit Comparé*, 12e. année, 1960, n.º 2, p. 326.

⁹ JÚLIO GOMES, “Algumas Breves Notas sobre o Piquete de Greve e a Responsabilidade Civil da Associação Sindical pela sua Atuação”, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, 2019, n.os 1-4, p. 58.

¹⁰ FRANCO CARINCI, LUCA TAMAJO, PAOLO TOSI e TIZIANO TREU, *Diritto del Lavoro, 1. Il Diritto Sindacale*, 8.ª edizione, Utet, Milano, 2018, p. 350.

¹¹ Sobre a noção e modalidades de conflitos laborais, GONÇALVES DA SILVA, *Direito do Trabalho. Greve e Lock-Out*, cit., pp. 25 e ss.

¹² JEAN-CLAUDE JAVILLIER, *Droit du Travail*, 7e. édition, L. G. D. J., Paris, 1999, p. 715.

¹³ CASTANHEIRA NEVES, *Considerações a Propósito do Direito de Greve*, AAVV, Temas de Direito do Trabalho - Direito do Trabalho na Crise, Poder Empresarial, Greves Atípicas, IV Jornadas Luso-Hispano-Brasileiras de Direito do Trabalho, Coimbra Editora, 1990, p. 449.

¹⁴ JÚLIO GOMES, “Algumas Breves Notas sobre o Piquete de Greve e a Responsabilidade Civil da Associação Sindical pela sua Atuação”, cit., p. 58, escrevendo que “... muitas das questões jurídicas mais importantes que a greve suscita ... são também questões políticas”. Veja-se também as observações de GIOVANNI TARELLO, *Teorie e Ideologie nel Diritto Sindacale. L'Esperienza dopo la Costituzione*, 2.ª edizione, Edizione di Comunità, Milano, 1972, em especial, pp. 140 e ss.

¹⁵ R. BELLACE, “L'OIT et le Droit de Grève”, *Revue Internationale du Travail*, vol. 153, 2014, n.º 1, em especial, pp. 33 e ss, com elementos históricos; BERNARD GERNIGON, ALBERTO ODERO e HORACIO GUIDO, *Ilo Principles Concerning the Right to Strike*, *International Labour Office, Geneva, passim*; ILO, *Freedom of Association. Compilation of Decisions of the Committee on Freedom of Association*, sixth edition, International Labour Organization, Geneva, 2018, §§ 751 e ss.

Igual omissão se verifica nos tratados da União Europeia. Não obstante o artigo 28.º da *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia* referir que os trabalhadores e empregadores têm o direito de recorrer a acções colectivas, tal sucede em conformidade com o direito da União e as legislações nacionais, retendo-se ainda que

“as disposições da presente Carta têm por destinatários as instituições, órgãos e organismos da União, na observância do princípio da subsidiariedade, bem como os Estados-Membros, apenas quando apliquem o direito da União. Assim sendo, devem respeitar os direitos, observar os princípios e promover a sua aplicação, de acordo com as respetivas competências e observando os limites das competências conferidas à União pelos Tratados” (artigo 51.º, n.º 1).

Por sua vez, o artigo 153.º, n.º 5, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, continua a excluir a greve e o lock-out das competências da União, remetendo para a legislação de cada Estado¹⁶.

Diversamente, os conflitos colectivos constam, por exemplo, da Carta Social Europeia, pioneira na matéria (artigo 6.º, n.º 4), que se refere tanto à autotutela dos trabalhadores como dos empregadores; de acordo com a Resolução da Assembleia da República n.º 64-A/2001, “[a] República Portuguesa declara o seguinte: b) A vinculação ao artigo 6.º não afecta, no que respeita ao parágrafo 4.º, a proibição do lock out, estabelecida no n.º 4 do artigo 57.º da Constituição”; os conflitos colectivos constam ainda do *Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais* (artigo 8.º, n.º 1, alínea d)) e da *Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores* (§ 13, ainda que sem vinculatividade), de que Portugal é signatário¹⁷.

III. A Lei Fundamental protege, entre as diversas situações colectivas¹⁸, o direito à greve (e proíbe o lock-out, artigo 57.º), opção constitucional que não constitui uma originalidade nacional¹⁹.

A noção de greve é essencial para compreendermos o exacto alcance de qualquer debate sobre o tema. Como assertivamente foi notado, definir a greve “é a primeira tarefa do professor e do magistrado”²⁰.

A greve tem-se revelado um fenómeno refractário a qualquer definição, sendo comum, nos diversos ordenamentos, uma omissão definitiva; os pe-

¹⁶ Cfr. JÚLIO GOMES, “Algumas Notas sobre o Direito à Greve e a sua Evolução ao Nível Europeu”, *Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, volume 7, 2017, pp. 157 e ss, tendo presente, desde logo, a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (Acs. *Viking e Laval*) e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

¹⁷ Com desenvolvimentos, relativamente a diversos textos internacionais, GONÇALVES DA SILVA, *Direito do Trabalho. Greve e Lock-Out*, cit., pp. 449 e ss, nota 1381.

¹⁸ Para uma análise dos fenómenos colectivos na Constituição, GONÇALVES DA SILVA, *Direito do Trabalho. Greve e Lock-Out*, cit., em especial, pp. 406 e ss.

¹⁹ Para uma apreciação de outros ordenamentos, GONÇALVES DA SILVA, *Direito do Trabalho. Greve e Lock-Out*, cit., pp. 377 e ss.

²⁰ JEAN-CLAUDE JAVILLIER, *Droit du Travail*, cit., p. 731.

rigos de encerrar um mecanismo como a greve numa formulação legal são evidentes, porquanto dificilmente se atingiria um consenso, e conseqüente estabilização de elementos, e, deste modo, afectar-se-ia qualquer utilidade na intervenção legal²¹. Compreende-se, por isso, que nem a Lei Fundamental, nem a ordinária definam o conceito de greve.

A sua definição também releva para efeitos de delimitação, pois a extensão de um direito subjectivo possui “um limite «lógico» que deriva da definição do seu conteúdo”²². Por outro lado, é importante reter, como incisivamente observou PIERO CALAMANDREI, que “o direito é por natureza pré-fixação de limites; e que, por consequência, desde o momento em que a greve aceitou tornar-se num direito, ficou necessariamente sujeita ao estabelecimento de condições e restrições de exercício que, se não forem estabelecidas por lei, terão, sem falta, de ser traçadas, antes ou depois, pela jurisprudência, na base ... da Constituição”²³. É, portanto, inerente à natureza de qualquer direito a sua limitação; esta limitação tanto resulta da área de protecção da norma, ou seja, das diversas situações jurídicas que constituem o seu conteúdo e, conseqüentemente, das que são exteriores à área tutelada (*limites internos*)²⁴, como da coexistência com outros direitos de igual ou superior dignidade (*limites externos*); podemos ainda aditar os limites impostos pelo legislador, que, naturalmente, terá de harmonizar, desde logo, os limites internos e externos, intervenção cuja competência é da Assembleia da República (artigo 165.º, n.º 1, alínea b), da CRP); igualmente podem relevar os limites convencionais (v.g., artigo 542.º).

É, assim, essencial responder à tradicional questão: “di che cosa parliamo quando parliamo di sciopero”²⁵, tendo presente que “a técnica definitória ... não pode ser desconsiderada e rejeitada: o ordenamento jurídico não admite a presença de direitos que não possuem características específicas como um titular, uma estrutura, um efeito”²⁶.

IV. Atendendo ao quadro constitucional e legal e, por outro lado, ao labor realizado pela doutrina e jurisprudência, a greve é genericamente reconhecida

²¹ Sobre os vários significados possíveis da omissão do elemento definitório, MONTEIRO FERNANDES, *A Lei e as Greves – Comentários a Dezasseis Artigos do Código do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 21 e ss.

²² GIOVANNI TARELLO, *Teorie e Ideologie nel Diritto Sindacale. L'Esperienza dopo la Costituzione*, cit., 1972, p. 59.

²³ PIERO CALAMANDREI, “Significato Costituzionale del Diritto di Sciopero”, 1952, *Opere Giuridiche*, volume III, *Diritto e Processo Costituzionale*, «La Memoria del Diritto», Roma Tre-Press, 2019, p. 468.

²⁴ FRANCO CARINCI, LUCA TAMAJÓ, PAOLO TOSI e TIZIANO TREU, *Diritto del Lavoro, 1. Il Diritto Sindacale*, cit., pp. 337-338, depois de distinguirem entre “limiti coessenziali”, que se referem ao seu reconhecimento como conceito e dentro do texto do constitucional e do ordenamento, e “limiti d’esercizio”, que, como o nome indica, se referem ao exercício do direito e são regulados pelo legislador, destringam também entre “limiti interni” e “limiti esterni”. Sobre os limites dos direitos, liberdades e garantias, na doutrina portuguesa, por exemplo, VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 6.ª edição, Almedina, Coimbra, 2019, pp. 261 e ss.

²⁵ ROBERTO ROMELI, “Di Che Cosa Parliamo Quando Parliamo di Sciopero”, *Lavoro e Diritto*, 1999, n.º 2, pp. 221 e ss.

²⁶ VALENTE SIMI, “Sui Limiti all’Esercizio del Diritto di Sciopero”, *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro* ano LIII, 1980, pp. 181-182.

“como a abstenção concertada da prestação de trabalho a efetuar por uma pluralidade de trabalhadores com vista à obtenção de fins comuns”²⁷. Dir-se-á que, entre os poderes compreendidos no direito à greve, está a possibilidade de o trabalhador aderir ou não à greve²⁸, de forma livre e sem fundamentação; por outro lado, está a actuação unilateral do aderente, produzindo consequências inelutáveis na esfera jurídica do empregador, de forma a descharacterizar a omissão da prestação devida como violação contratual²⁹, e, nestes termos, estamos perante um *direito fundamental potestativo*³⁰; ainda coberto pelo direito, considerando que se trata de um direito dos trabalhadores, está a irrelevância da filiação, uma vez que o “título habilitante” é situação de trabalhador subordinado³¹; também a qualificação do direito à greve como um direito, liberdade e garantia dos trabalhadores, mais concretamente, como um direito subjectivo negativo, determina que os seus titulares não possam ser impedidos de exercer este direito nem obrigados a cessar o seu exercício³².

V. O direito à greve torna lícitos actos que, no quadro geral, constituiriam violações grosseiras da lei e importariam o desrespeito dos princípios *pacta sunt servanda* (incumprimento do contrato), da *imodificabilidade unilateral do contrato* (o trabalhador introduz alterações no vínculo contratual, em especial, suspende o mesmo sem carecer de consentimento do empregador) e da *proibição da prática de actos danosos* (o trabalhador provoca prejuízos ao empregador)³³. Dito de outra forma: a greve constitui um meio de pressão, que tem um duplo objectivo: a) imediato – causar prejuízo ao empregador ;

²⁷ ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, 10.ª edição, Instituto de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito de Lisboa, Almedina, Coimbra, 2022, p. 1208. Sobre a noção de greve, GONÇALVES DA SILVA, *Direito do Trabalho. Greve e Lock-Out*, cit., pp. 423 e ss, nota 1423.

²⁸ Naturalmente, incluindo os teletrabalhadores, caso em que, na expressão de GOERLICH PESET, “Digitalización y Derecho de Huelga”, *Temas Laborales*, n.º 155, 2020, p. 102, teremos uma “«telehuelga»”.

²⁹ MONTEIRO FERNANDES, “Reflexões sobre a Natureza do Direito à Greve”, *Estudos sobre a Constituição*, coord. de Jorge Miranda, 2.º volume, Petrony, Lisboa, 1978, p. 326.

³⁰ VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, cit., pp. 166-167. Também destacando o carácter de direito potestativo, por exemplo, NUNES ABRANTES, *Direito do Trabalho II (Direito da Greve)*, Almedina, Coimbra, 2012, p. 82; MENEZES CORDEIRO, *Direito do Trabalho*, volume I, Almedina, Coimbra, 2018, p. 839.

³¹ Assim, relativamente ao quadro da greve, entre outros, LEAL AMADO, “O Direito à Greve e os seus Limites: o Caso da Greve na Ryanair”, *Questões Laborais*, n.º 54, 2019, p. 26. Incluindo, reconhecida que seja a natureza de vínculo laboral, os trabalhadores que realizam a sua actividade com recurso a plataformas digitais, embora surjam diversos problemas na aplicação do regime, nomeadamente, em matéria de constituição de piquetes ou controlo da substituição de aderentes à greve. Sobre o tema, por exemplo, GOERLICH PESET, “Ejercicio del Derecho de Huelga en el Contexto de la Descentralización Productiva”, *XXVIII Congreso AEDTSS*, 2018, <https://www.aedtss.com>, pp. 6 e ss.

³² GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, volume I, 4.ª edição, Coimbra Editora, 2007, p. 751. Para mais desenvolvimentos, GONÇALVES DA SILVA, *Direito do Trabalho. Greve e Lock-Out*, cit., pp. 472 e ss.

³³ PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte III – Situações Laborais Colectivas*, 3.ª edição, Almedina, Coimbra, 2020, p. 546, sublinhando a singularidade do instituto.

³⁴ Como incisamente se afirmou no Ac. da Rel. de Lisboa, de 2 de Outubro de 2016, processo n.º 622/16.SYRLSB-4, § III., B., b): “o prejuízo, a perturbação, o incómodo ou transtorno, causados ao empregador e aos utentes do serviço paralisado são, pois, inerentes à própria noção de greve. Sublinhe-se ainda que também o trabalhador sofre um dano, que consiste na perda de retribuição (artigo 536.º, n.º 1), como melhor analisaremos. Salientando também este ponto, por exemplo, LEAL AMADO, “O Direito à Greve e os seus Limites: o Caso da Greve na Ryanair”, cit., 2019, p. 28.

b) mediato – alcançar as reivindicações proclamadas³⁵; o primeiro é, portanto, instrumental para obter a satisfação das exigências em causa. Trata-se, numa frase, de um “instrumento de «parificação substancial» dos trabalhadores”³⁶.

VI. A compreensão constitucional do fenómeno da greve não pode ficar imune, quer às revisões constitucionais³⁷, quer à evolução conceptual de que muitos dos institutos com assento na Lei Fundamental foram objecto.

Na verdade, a Constituição tem de ser vista hoje com outros “olhos”, assente numa democracia consolidada e longe dos excessos ideológicos de outros tempos; e, por muito que se queira resistir, o direito à greve também foi influenciado pelas mutações internas e externas do quadro constitucional, pois, caso contrário, qualquer interpretação se ficaria pelo elemento histórico, sendo certo que, em diversos casos, este não nos elucida, devendo, no entanto, reter-se a observação que, em matéria de greve, não foi “neutra a opção do legislador constitucional em consagrar como um direito dos trabalhadores o direito à greve, ao mesmo tempo que proíbe o recurso ao lock-out como meio de ação coletiva”³⁸.

VII. A previsão constitucional da greve possui quatro vectores (artigo 57.^o), cuja delimitação tem de ter presente o quadro constitucional, sob pena de inverter a hierarquia das fontes e constituir a lei ordinária o elemento decisivo da fixação do conteúdo do regime fundamental: a) direito e garantia (n.^o 1); b) definição do âmbito e interesses a defender através deste instrumento (n.^o 2); c) remissão para a lei ordinária das condições de prestação dos serviços mínimos em sentido amplo (ou seja, os que visam a satisfação de necessidades impreteríveis e os necessários à segurança e manutenção de equipamentos e instalações) (n.^o 3); d) proibição do lock-out (n.^o 4)³⁹. Em suma: trata-se de, através da hermenêutica, extrair das diversas regras o bem protegido e os instrumentos ao serviço dessa protecção, salientando que, em última instância, o direito à greve se fundará na dignidade da pessoa humana⁴⁰.

³⁵ Assim, por exemplo, PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte III – Situações Laborais Colectivas*, cit., pp. 481-482; LOBO XAVIER, com a colaboração de FURTADO MARTINS, A. NUNES DE CARVALHO e JOANA VASCONCELOS, *Manual de Direito do Trabalho*, 4.^a edição, Rei dos Livros, Lisboa, 2020, p. 278.

³⁶ PALOMEQUE LÓPEZ, “Sulla Titolarità del Diritto di Sciopero (Note per una Relazione)”, *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, 2018, n.^o 1, p. 176.

³⁷ Sobre o ponto, GONÇALVES DA SILVA, *Direito do Trabalho. Greve e Lock-Out*, cit., pp. 357 e ss.

³⁸ JÚLIO GOMES, “Algumas Breves Notas sobre o Piquete de Greve e a Responsabilidade Civil da Associação Sindical pela sua Atuação”, cit., pp. 59-60.

³⁹ Para uma análise pormenorizada, GONÇALVES DA SILVA, *Direito do Trabalho. Greve e Lock-Out*, cit., pp. 459 e ss.

⁴⁰ MELO ALEXANDRINO, “A Greve dos Juizes – Segundo a Constituição e a Dogmática Constitucional”, AAVV, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no Centenário do seu Nascimento*, volume I, Coimbra Editora, 2006, p. 765, nota 90, “do ponto de vista axiológico, a articulação do direito à greve com a norma da dignidade da pessoa humana vem a fazer-se por intermédio da igualdade (numa das suas dimensões) e da conexão com figuras mais amplas, como o direito de associação e a liberdade de expressão, donde a corresponde perda de peso axiológico final”.

2 | Direitos fundamentais do empregador

I. O direito à greve encontra correspondência na proibição de lock-out imposta aos empregadores (artigo 57.º, n.º 4, da CRP e artigo 544.º)⁴¹.

Inversamente aos trabalhadores, o outro sujeito da situação jurídica laboral – o empregador – não tem, nessa qualidade e em matéria laboral, quaisquer regras específicas que confirmem direitos, ao nível da Constituição, nomeadamente em matéria de criação ou existência de associações, usufruindo do quadro geral (artigo 46.º); não foram igualmente consagradas normas particulares relativamente à contratação colectiva, o que não impedirá que o exercício deste direito tenha fundamento constitucional⁴².

Deve, portanto, reconhecer-se que “a ênfase dada aos direitos fundamentais e aos direitos dos trabalhadores tem possibilitado construções excessivas no sentido da absolutização, ilimitação e eficácia «erga omnes» dos mesmos direitos. O conflito necessário emergente da existência de *outros* direitos e de direitos dos outros tem de temperar um visionamento aparentemente generoso”⁴³; por outro lado, não é por os empregadores (e respectivas associações) não terem sido objecto de normas expressas e especiais, que os seus direitos não têm tutela constitucional. Na verdade, tem de se ter presente que, além do quadro geral do direito de associação, os empregadores – não apenas eles, mas também eles e que podem não ter natureza empresarial – são titulares de diversas situações jurídicas activas. Com efeito, entre elas, podemos identificar o princípio da autonomia privada⁴⁴, direito fundamental ao desenvolvimento da personalidade (artigo 26.º, n.º 1)⁴⁵, a liberdade de escolha de profissão (artigo 47.º, n.º 1)⁴⁶, a liberdade de iniciativa económica (artigo 61.º, n.º 1)⁴⁷, o di-

⁴¹ Sobre o lock-out, GONÇALVES DA SILVA, *Direito do Trabalho. Greve e Lock-Out*, cit., em especial, pp. 657 e ss.

⁴² Cfr. GONÇALVES DA SILVA, *Da Eficácia da Convenção Colectiva*, volume II, «Teses de Doutoramento», Imprensa FDUL, 2022, em particular, pp. 1238 e ss.

⁴³ LOBO XAVIER, “A Jurisprudência Constitucional Portuguesa e o Direito do Trabalho”, AAVV, *XXV Anos de Jurisprudência Constitucional Portuguesa*, Coimbra Editora, 2009, pp. 228-229, itálico no original, referindo-se o Autor a uma “discriminação positiva ... em favor dos trabalhadores subordinados” (p. 220).

⁴⁴ Como bem se escreve no Ac. do Tc. n.º 299/2020, de 16 de Junho, § 15, “ora, o princípio da autonomia privada tem dignidade constitucional, podendo ser inferido dos preceitos que consagram a liberdade no desenvolvimento da personalidade (artigo 26.º), a liberdade de iniciativa privada (artigo 61.º) e o próprio direito constitucional à propriedade, pois – como se refere no Acórdão n.º 421/2009 – a «propriedade» também é «um pressuposto da autonomia das pessoas». Na doutrina, por exemplo, VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, cit., p. 240, itálico no original, defendendo que a Constituição “recebe, como princípio de valor, a autonomia privada, não deixando dúvidas de que não quer destruir nem apoucar o livre desenvolvimento da personalidade, a livre iniciativa económica, a liberdade negocial, a propriedade privada, ...”.

⁴⁵ Ac. do Tc. n.º 299/2020, de 16 de Junho, § 13, salientando a importância da propriedade privada para o desenvolvimento da personalidade, considerando que “na verdade, a dimensão de protecção contra a privação da propriedade ... não pode deixar de integrar o conteúdo da propriedade que o legislador não pode desvirtuar, sob pena de não respeitar o mínimo da liberdade de apropriação que permita o desenvolvimento da personalidade individual”; acrescentando: “Por conseguinte, atenta a dimensão de espaço de liberdade e autonomia individual, de liberdade geral de acção do proprietário face aos poderes públicos (artigo 26.º, n.º 1, da CRP), o direito de propriedade privada configura um direito de defesa, com estrutura análoga à dos direitos, liberdades e garantias”. Com desenvolvimentos, GONÇALVES DA SILVA, *Direito do Trabalho. Greve e Lock-Out*, cit., pp. 432-433, nota 1347.

⁴⁶ Neste caso não aplicável às associações de empregadores.

⁴⁷ Sublinhe-se que esta liberdade integra a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, juridicamente vinculativa após o Tratado de Lisboa (artigo 6.º, n.º 1, 1.º §, do TUE), estabelecendo: “é reconhecida a liberdade de empresa, de acordo com o direito comunitário e as legislações e práticas nacionais” (artigo 16.º), consagrando-se, deste modo, como um direito fundamental dos cidadãos europeus.

reito de propriedade privada (artigo 62.º, n.º 1, da CRP)⁴⁸ e a liberdade de gestão das empresas privadas (artigos 80.º, alínea c), e 86.º, n.º 2, da CRP), preceitos que radicam, em última instância, na dignidade da pessoa humana⁴⁹.

II. Detenhamo-nos especialmente, pela sua relevância para o nosso tema, na *liberdade de iniciativa económica*. Começamos por notar que esta tem a sua base sensível na liberdade de empresa, mais precisamente nas suas três vertentes: 1) liberdade de investimento ou de acesso (direito à empresa); 2) liberdade de organização; 3) liberdade de contratação ou negocial (direito de empresa)⁵⁰. Nesta liberdade está, desde logo, presente a possibilidade de o empresário⁵¹ escolher os seus fornecedores, a mão-de-obra e a fixação de salários e de outras condições de trabalho⁵². Encontra-se, assim, de forma clara, no âmbito da liberdade de contratação, a faculdade de o empregador (empresário) fixar as condições de trabalho dos trabalhadores; a liberdade de contratação está, portanto, ancorada no quadro constitucional (artigo 61.º, n.º 1) integrando o princípio da autonomia privada, aqui se identificando, por exemplo, o seu fundamento⁵³, bem como na liberdade de gestão das empresas privadas (artigos 80.º, alínea c), e 86.º, n.º 2, da CRP). Nestes termos, como elemento especialmente relevante da liberdade de iniciativa económica encontra-se naturalmente a possibilidade de o empregador adaptar

⁴⁸ Trata-se de dois direitos fundamentais com natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias e, portanto, usufruindo do regime constante do artigo 18.º da CRP, por força do artigo 17.º do mesmo diploma, cfr. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, volume I, cit., pp. 789 (II) e 800 (I), respectivamente; JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, volume I (artigos 1.º a 79.º), 2.ª edição, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2017, pp. 856-857 (anotação de FERREIRA MENDES) e 905 e ss (anotação de RUI MEDEIROS), respectivamente. No mesmo sentido se pronunciou o Tribunal Constitucional, i.e., que quer o direito de iniciativa económica, quer o direito de propriedade privada são também considerados como direitos, liberdades e garantias de natureza análoga, cfr. por exemplo, aresto n.º 76/85, de 6 de Maio, Acórdãos do Tribunal Constitucional, 1985, 5.º volume, p. 222. Sublinhe-se que não é, para o Tribunal Constitucional, toda a liberdade de iniciativa económica que usufrui da analogia, afirmando este, no Ac. n.º 289/2004, de 27 de Abril, § 7: “Mais limitado será, todavia, o domínio no qual este direito fundamental beneficia de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias e, portanto, da sua específica protecção. Este domínio mais restrito diz respeito apenas aos «quadros gerais e aos aspectos garantísticos» da liberdade de iniciativa económica (cfr. Acórdão n.º 329/99, Acórdãos do Tribunal Constitucional, 44.º vol., pág. 129), que digam respeito à liberdade de iniciar empresa e de a gerir sem interferência externa. É, pois, apenas quanto a este núcleo da liberdade de iniciativa económica privada que, por aplicação do regime dos direitos, liberdades e garantias, e por revestir a natureza de direito de natureza análoga, existe uma reserva de lei parlamentar”. Veja-se também, sobre o assunto, FERREIRA MENDES, op. cit., pp. 868 e ss, em sentido crítico.

⁴⁹ Assim, por exemplo, JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, volume I (artigos 1.º a 79.º), cit., pp. 856 e 879 (anotação de FERREIRA MENDES).

⁵⁰ AFONSO VAZ, *Direito Económico – A Ordem Económica Portuguesa*, 4.ª edição, Coimbra Editora, 1998, p. 165.

⁵¹ Como é inequívoco, e o Tribunal Constitucional – aresto n.º 585/2009, de 18 de Novembro, § II. 3 – sublinhou, “... o direito de iniciativa económica privada, na vertente de liberdade empresarial ..., enquanto direito fundamental reconhecido constitucionalmente, não se encontra na titularidade do trabalhador da empresa, mas é antes um direito institucional, e, portanto, um direito da própria empresa”.

⁵² AFONSO VAZ, *Direito Económico – A Ordem Económica Portuguesa*, cit., pp. 165-166. Veja-se também FERREIRA MENDES, em JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, volume I (artigos 1.º a 79.º), cit., pp. 885 e ss, que afirma: “a liberdade de empresa, em particular, abarca, mais especificamente, a liberdade de estabelecimento em sentido restrito ou acesso à actividade, a liberdade de configuração da empresa e de escolha do modelo de negócio, a livre opção por um exercício singular ou colectivo, a livre escolha das respectivas formas jurídicas de enquadramento, a liberdade de conformação jurídica destas, a liberdade de investir e desinvestir, de exercício e gestão sem interferências por parte do Estado ou de outras entidades públicas, a liberdade de contratar, nomeadamente com os fornecedores de recursos ou factores produtivos e os destinatários da oferta empresarial de bens e/ou serviços ...” (p. 862).

⁵³ Assim, AFONSO VAZ, *Direito Económico – A Ordem Económica Portuguesa*, cit., pp. 164 e ss; AMARAL NETO, “A Autonomia Privada como Princípio Fundamental da Ordem Jurídica. Perspectivas Estrutural e Funcional”, AAVV, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Ferrer Correia*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, número especial, volume II, Coimbra, 1989, por exemplo, pp. 28 e 34.

a sua estrutura a novos contextos⁵⁴.

Em suma, nas palavras do Tribunal Constitucional:

“a liberdade de iniciativa privada tem um duplo sentido. Consiste, por um lado, na liberdade de iniciar uma actividade económica (direito à empresa, liberdade de criação de empresa) e, por outro lado, na liberdade de gestão e actividade da empresa (liberdade de empresa, liberdade de empresário)”⁵⁵.

III. Prescreve ainda a Constituição que a iniciativa económica privada se exerce livremente

“nos quadros definidos pela Constituição e pela lei e tendo em conta o interesse geral” (artigo 61.º, n.º 1)⁵⁶.

Ressalta, então, do preceito citado que a liberdade de iniciativa económica se realiza livremente ainda que num espaço hetero-regulado⁵⁷. Significa isto que não estamos naturalmente perante um direito absoluto e que o legislador tem a seu cargo um relevante poder harmonizador que, independentemente da amplitude, terá sempre de salvaguardar o conteúdo útil da liberdade de iniciativa⁵⁸. E entre os limites da liberdade de iniciativa económica⁵⁹, mais precisamente na liberdade de contratação, encontram-se, desde logo, os direitos dos trabalhadores (por exemplo, artigos 53.º, 57.º e 59.º)⁶⁰.

Importa, no entanto, deixar claro que o facto de a Constituição determinar que o exercício da iniciativa económica deve ter “em conta o interesse

⁵⁴ ROMANO MARTINEZ, “Trabalho e Direitos Fundamentais, Compatibilização entre Segurança no Emprego e a Liberdade Empresarial”, *Separata de Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, 2010, p. 284.

⁵⁵ No Ac. do Tc. n.º 76/85, de 6 de Maio, cit., p. 245.

⁵⁶ Como escreve AFONSO VAZ, *Direito Económico – A Ordem Económica Portuguesa*, cit., p. 135, “este feixe de valores ou interesses de sociedade constitucionalmente protegidos [refere-se a interesse ou valores próprios da vivência em sociedade] designa-o também a Constituição por interesse geral (art. 61.º, n.º 1) ou interesse colectivo (art. 47.º, n.º 1)”, itálico no original.

⁵⁷ FERREIRA MENDES, em JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, volume I (artigos 1.º a 79.º), cit., p. 865.

⁵⁸ Acerca dos limites à liberdade de iniciativa económica e da amplitude de intervenção atribuída ao legislador, vd. a posição do Tribunal Constitucional, expressa, por exemplo, no Ac. do Tc. n.º 76/85, de 6 de Maio, cit., p. 215, no qual foi defendido que as duas vertentes do direito de iniciativa económica privada (liberdade de iniciar a actividade económica e, por outro lado, liberdade de gestão e actividade da empresa) “... podem ser objecto de limites mais ou menos extensos. Com efeito, esse direito só pode exercer-se «nos quadros definidos pela Constituição e pela lei» (n.º 1, in fine), não sendo portanto um direito absoluto, nem tendo sequer os seus limites constitucionalmente garantidos, salvo no que respeita a um mínimo de conteúdo útil constitucionalmente relevante, que a lei não pode aniquilar, de acordo, aliás, com a garantia de existência de um sector económico privado”; ou ainda no Ac. n.º 199/2005, de 19 de Abril, com diversas referências a outras decisões, e na qual se escreveu: “Sobre os quadros definidos pela lei, disse-se no citado Ac. n.º 328/94 que «(...) o direito de liberdade de iniciativa económica privada, como facilmente deflui do aludido preceito constitucional, não é um direito absoluto (ele exerce-se, nas palavras do Diploma Básico, nos quadros da Constituição e da lei, devendo ter em conta o interesse geral). Não o sendo – e nem sequer tendo limites expressamente garantidos pela Constituição (muito embora lhe tenha, necessariamente, de ser reconhecido um conteúdo mínimo, sob pena de ficar esvaziada a sua consagração constitucional) – fácil é concluir que a liberdade de conformação do legislador, neste campo, não deixa de ter uma ampla margem de manobra» (§ 10.2.). Para mais desenvolvimentos, GONÇALVES DA SILVA, *Da Eficácia da Convenção Colectiva*, volume II, cit., pp. 1251-1252, nota 3380.

⁵⁹ Além de, por exemplo, a subordinação do poder económico ao poder político (artigo 80.º, alínea a)) ou a reserva de domínio público (artigo 84.º).

⁶⁰ Neste sentido, por exemplo, ROMANO MARTINEZ, “Trabalho e Direitos Fundamentais, Compatibilização entre Segurança no Emprego e a Liberdade Empresarial”, cit., pp. 241 e ss, referindo-se também ao direito de propriedade; FERREIRA MENDES, em JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, volume I (artigos 1.º a 79.º), cit., pp. 872 e 874-875, que se refere aos limites à liberdade reguladora do legislador; AFONSO VAZ, *Direito Económico – A Ordem Económica Portuguesa*, cit., pp. 166-167.

geral” não prejudica nem visa impedir que os empregadores e respectivas associações defendam os seus interesses (ali, individuais, aqui colectivos). O que se pretendeu com a referência a esta cláusula foi atenuar – substituindo a do “... instrumento do progresso colectivo” – uma visão dirigista da economia⁶¹ e não, seguramente, impedir que os empregadores protejam as suas posições jurídicas e adoptem os comportamentos que melhor prossigam, em cada momento, os seus objectivos.

Note-se, aliás, que interpretação diferente teria como consequência uma restrição intolerável da actividade empresarial na determinação do regime laboral dos seus recursos humanos, vedando ao empregador a defesa dos seus interesses (fossem eles individuais ou colectivos).

IV. Uma nota adicional para uma breve referência ao direito de propriedade privada (artigo 62.º, n.º 1, da CRP)⁶², verdadeiro “pressuposto da autonomia das pessoas”⁶³.

Como tem sido destacado, a norma constitucional consagra uma dupla garantia:

a) institucional, que consiste na tutela da propriedade privada como instituto jurídico;

b) *individual*, que protege “posições jurídicas sobre bens de valor patrimonial”⁶⁴. Na *vertente objectiva (ou institucional)*, estamos, desde logo, perante comandos dirigidos ao legislador, o que impede que este possa afectar o núcleo essencial da propriedade (*vertente negativa*) e, por outro lado, impõe à lei o dever de conformar o instituto atendendo aos demais princípios do sistema constitucional (*vertente objectiva*); na dimensão subjectiva (*ou individual*), a garantia da propriedade privada inclui tanto o direito de propriedade em sentido jurídico-real, como os direitos de conteúdo patrimonial⁶⁵.

⁶¹ Considerava então o Deputado ANTÓNIO VITORINO, que a expressão “instrumento do progresso colectivo” é “... um conceito algo estéril em termos de interpretação constitucional, e que inclusivamente tem um pendor negativo porque inculca uma leitura vocacionalmente dirigista da economia”, *Diário da Assembleia da República*, de 30 de Junho de 1988, *Reunião da Comissão Eventual para a Revisão Constitucional*, de 24 de Maio de 1988, V legislatura, 1.ª sessão legislativa (1987-1988), II série, número 21-RC, p. 623.

⁶² E para um confronto entre a liberdade de empresa e a propriedade privada, FERREIRA MENDES, em JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, volume I (artigos 1.º a 79.º), cit., pp. 878 e ss. No âmbito da jurisprudência constitucional, em articulação com a greve, por exemplo, Ac. n.º 15/2005, de 18 de Janeiro.

⁶³ Entre outros, Acs. do Tc. n.os 695/2022, de 22 de Outubro, § 6.1.; 299/2020, de 16 de Junho, § 13; 421/2009, de 13 de Agosto, § 12.

⁶⁴ Por exemplo, Acs. do Tc. n.os 695/2022, de 22 de Outubro, § 6.1.; 299/2020, de 16 de Junho, § 12, notando ainda: “... através da propriedade privada confere-se aos indivíduos um conjunto indefinido de poderes e faculdades, incluindo poderes de transmissão, que aumentam as suas possibilidades de atuação. Desse modo, a garantia constitucional da propriedade privada cumpre a função de assegurar ao respetivo titular um espaço de liberdade na esfera jurídico-patrimonial, através do reconhecimento de pretensões jurídicas individuais de uso, aproveitamento e fruição, numa base exclusiva, possibilitando, assim, uma formação responsável da vida” (§ 13).

⁶⁵ Nomeadamente, Acs. do Tc. n.os 695/2022, de 22 de Outubro, § 6.1.; 299/2020, de 16 de Junho, § 12; 421/2009, de 13 de Agosto, § 12; 496/2008, de 9 de Outubro, § 10.1..

Relativamente ao conteúdo, com base no seu valor jusfundamental, têm sido identificados quatro elementos: a) adquirir bens; b) usar e fruir os bens de que se é proprietário; c) não ser arbitrariamente privado da propriedade; d) transmissão de bens⁶⁶.

VI. Face ao exposto, fica demonstrado que, desde logo, a nossa Lei Fundamental tem uma pormenorização regulatória que permite identificar uma tutela constitucional da posição de empregador e dos instrumentos ao serviço da actividade económica, nomeadamente com base na liberdade de iniciativa económica e na propriedade privada⁶⁷.

Esta tutela conferida ao empregador não deve ignorar que a Constituição, ao tratar diferentemente as situações dos trabalhadores e empregadores, pretendeu expressar a diversidade existente, tanto mais que os direitos colectivos dos trabalhadores não devem ser isolados dos individuais, ambos integrando o bloco de protecção que a Lei Fundamental consagra. Note-se, no entanto, que isso não legitima uma perspectiva unidireccional e estatutária da temática laboral, nem a interpretação redutora dos direitos fundamentais conferidos ao empregador, impondo-se, por isso, uma interpretação actualista do quadro constitucional e do qual flui a diversidade e riqueza de direitos fundamentais.

3 | Restrições ao poder de gestão

3.1. Considerações gerais

I. As principais formas de reacção à greve reconduzem-se a duas medidas: a) *lock-out*;

⁶⁶ Acs. do Tc. n.os 695/2022, de 22 de Outubro, § 6.1.; 496/2008, de 9 de Outubro, § 10, itálico no original, salientando: “... de acordo com o princípio da não identificação entre o conceito civilístico de propriedade e o seu correspondente conceito constitucional. Com efeito, o bem jurídico que a Constituição protege no artigo 62º é um bem diverso daquele outro que é tutelado pela lei civil, quando configura tipicamente os direitos reais ou, em especial, o direito real máximo. Ao «garantir» a existência da propriedade, a Constituição protege antes do mais a faculdade que têm os particulares de aceder a bens susceptíveis de apropriação (*res intracommercium*), e de usar e dispor deles nos termos fixados por toda a ordem jurídica, constitucional e infraconstitucional”; 225/2000, de 5 de Abril, § 12.

⁶⁷ Na verdade, com base no quadro normativo referido, cremos não se justificar “importar” a construção da jurisprudência e doutrina alemãs sobre a existência de um direito subjectivo à empresa (*Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb*), cfr. GÜNTER DÜRIG, ROMAN HERZOG e RUPERT SCHOLZ, *Grundgesetz-Kommentar*, II, 98 Auflage, C. H. Beck, München, 2022, § 200, sublinhando que a protecção inclui empresa em sentido amplo, ou seja, “empresa criada pela combinação de meios materiais e pessoais (v.g., consultório médico, escritório de advocacia)” (§ 203). Por exemplo, na jurisprudência ordinária, BAG, 25.08.2015 - 1 AZR 875/13, <https://openjur.de>, § II, 1., na qual se defende que “os «outros direitos» protegidos por responsabilidade civil de acordo com a § 823, 1, do BGB incluem o direito do empresário à empresa comercial estabelecida e exercida. Destina-se à operação e desenvolvimento sem perturbações do seu negócio e inclui tudo o que compõe o valor económico do negócio como uma unidade existente ...”; na mesma linha, CLEMENS HÖPFNER e JAKOB SCHNECK “Die Rechtmäßigkeit von Arbeitskämpfen am Beispiel des Tagesstreiks – Teil II”, *Recht der Arbeit* (RdA), 2022, n.º 3, p. 210. Para uma análise evolutiva do ordenamento alemão, no quadro da responsabilidade civil, SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações*, Almedina, Coimbra, 1989, pp. 206 e ss, com diversas indicações jurisprudenciais sobre o boicote. Esta posição tem seguidores em Portugal, no quadro do artigo 483.º, n.º 1, do CC, por exemplo, SINDE MONTEIRO, op. cit., 1989, em especial, p. 222; MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, volume I, 16.ª edição, Almedina, Coimbra, 2021, pp. 289-290. Contra a influência da orientação alemã, que visa suprir as suas “insuficiências” no quadro da responsabilidade aquiliana, MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, volume VIII, Almedina, Coimbra, 2014, reimpressão da edição de 2010, p. 447. E para uma análise da teoria da empresa, MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, volume III, 4.ª edição, Almedina, Coimbra, 2020, pp. 263 e ss.

b) substituição dos grevistas por trabalhadores (ou empresas) contratados para o efeito. A primeira foi, como vimos, constitucionalmente vedada (artigo 57.º, n.º 4, da CRP), proibição essa concretizada ordinariamente (artigos 544.º e 545.º); a segunda foi objecto de regulação legal (artigo 535.º)⁶⁸.

Na verdade, tendo presente o intuito de prevenir o aniquilamento do direito à greve (artigo 57.º, n.os 1, 2 e 4) e a afectação da paz laboral e da comunidade⁶⁹, o Código do Trabalho consagrou um conjunto de limitações – *rectius*, restrições –, atendendo, desde logo, aos princípios constitucionais da liberdade de iniciativa económica (artigo 61.º, n.º 1, da CRP), da propriedade privada (artigo 62.º, n.º 1, da CRP) e da livre organização empresarial (artigos 80.º, alínea c), e 86.º da CRP).

Este entendimento não permite transformar o empregador em agente passivo ou num colaborador da paralisação dos trabalhadores, uma vez que este não tem um dever de neutralidade perante o conflito, podendo, por exemplo, utilizar instrumentos de comunicação para divulgar a sua posição, desde logo, ao abrigo da liberdade de expressão (artigo 37.º da CRP e artigo 14.º)⁷⁰. Com efeito, como bem sublinhou o Tribunal Constitucional – que qualifica de limitação ao referir-se ao artigo 6.º da Lei da Greve –

“estamos colocados perante uma limitação ao direito de iniciativa económica privada, na sua vertente de direcção e gestão da actividade da empresa, consistente numa redução – mas não exclusão – do poder do empregador de decidir sobre a afectação dos meios humanos de que dispõe para o exercício da sua actividade”⁷¹.

II. Concentrando-nos na temática da substituição dos grevistas, da leitura do quadro constitucional e do Código do Trabalho consideramos que o empregador mantém, em regra, os seus poderes de gestão. Dito de outra forma: a igualdade de armas foi afastada pela consagração do direito à greve e pela proibição do lock-out (artigo 57.º da CRP); complementarmente, foram fixadas diversas restrições (v.g., artigo 535.º), mas fora destas o empregador mantém a direcção da empresa e dos trabalhadores e consequentes responsabilidades, considerando que entendimento contrário

⁶⁸ Recorde-se que a violação do artigo 535.º, além de constituir contra-ordenação muito grave (artigo 535.º, n.º 3), gera responsabilidade penal (artigo 543.º).

⁶⁹ ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, cit., p. 1241-1242, referindo também os riscos para a empresa decorrentes da contratação de trabalhadores inexperientes, mas cremos que esse seria um acto, caso não fosse proibido, que se subsumiria na liberdade de gestão, razão pela qual não acompanhamos o Professor relativamente a esta finalidade da norma. Observa LOBO XAVIER, *Direito da Greve*, Verbo, Lisboa, 1984, p. 194, que a proibição “envolve uma protecção especial da situação dos grevistas, restringindo as alternativas empresariais em situação de greve. Supomos que esse especial apoio à greve se explicará ainda por outros motivos. Desde logo, enquanto se propicia uma igualização de situações, porque se abrem possibilidades à greve em conjuntura de desemprego e se removem dificuldades de greve de trabalhadores indiferenciados. Finalmente, porque se evitam os múltiplos problemas de ordem pública que se criam com os confrontos entre grevistas e trabalhadores substitutos”.

⁷⁰ Com desenvolvimentos e indicações jurisprudenciais, CALVO GALLEGO, “Las Comunicaciones Empresariales a la Plantilla en Situaciones de Conflicto”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 199, 2017, pp. 23 e ss.

⁷¹ Ac. do Tc. n.º 15/2005, de 18 de Janeiro, § 5.

significaria conferir primazia à greve em detrimento de outros direitos fundamentais, sem que para isso se identifique um suporte normativo expresso ou teleológico; devemos, nestes termos, reter que não existe uma hierarquia entre o direito de liberdade de iniciativa económica, propriedade privada e o direito à greve, notando-se que “a liberdade contratual no direito do trabalho só deve ser coarctada na estrita medida do necessário”⁷².

Consideramos, por isso, que o artigo 535.º constitui uma norma excepcional, na medida em que contém um conjunto de restrições do poder de gestão, contrariando, portanto, o quadro geral normativo; restrições que decorrem de uma harmonização normativa entre os direitos fundamentais acima referidos.

Não se trata, como já foi sublinhado, de sustentar que o que não foi legalmente proibido ao empregador deve entender-se como permitido⁷³, uma vez que tal posição significaria ignorar o elemento teleológico da hermenêutica, além de não se poder escamotear as limitações do argumento *a contrario*⁷⁴.

Em face do exposto, cremos que não há uma garantia (constitucional nem legal) de uma eficiência (plena) dos objectivos da greve em detrimento (absoluto) da liberdade de iniciativa económica e da propriedade privada, mas sim um intuito preventivo de esvaziamento dos diversos direitos em colisão⁷⁵.

3.2. Substituição de trabalhadores grevistas

I. As restrições constantes do artigo 535.º têm naturalmente subjacente a licitude da greve⁷⁶, uma vez que está em causa a tutela de um direito, o que pressupõe a sua conformidade com a ordem jurídica.

Tendo eleito, com elemento temporal, a data do aviso prévio – *rectius*, da sua produção de efeitos, notando-se que se trata de uma declaração receptícia (artigo 224.º do CC) – a lei vedou a substituição dos aderentes

⁷² ROMANO MARTINEZ, “Trabalho e Direitos Fundamentais, Compatibilização entre Segurança no Emprego e a Liberdade Empresarial”, cit., p. 284.

⁷³ Por exemplo, Sentencia do Tc. n.º 123/1992, de 28 de septiembre, www.boe.es, § II., 2. e ss.

⁷⁴ Sobre a norma excepcional (formal e substancial), por exemplo, OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito – Introdução e Teoria Geral*, 13.ª edição, Almedina, Coimbra, 2010, reimpressão da edição de 2005, em especial, pp. 448 e ss, 470 e ss e 527-528; MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, volume I, 4.ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 761 e ss; ROMANO MARTINEZ, *Introdução ao Estudo do Direito*, «Manuais da Clássica», Imprensa da FDUL e AAFDL, 2021, pp. 238-239; TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Direito*, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 226-227 e 399 e ss, para quem “a excepcionalidade formal é aquela que contraria uma regra geral sem contrariar quaisquer valores fundamentais do sistema jurídico ou que, apesar de contrariar os valores fundamentais da regra geral, se apoia em outros valores fundamentais”, enquanto que “a excepcionalidade substancial é aquela que constrói um *ius singularare*, ou seja, um direito que é introduzido por razões de utilidade particular contra a razão geral ...” (p. 400, itálico no original). De acordo com este critério, estaremos perante uma norma excepcional formal.

⁷⁵ O tema da substituição de grevistas – e sem prejuízo do incumprimento dos serviços mínimos – tem sido objecto de debate noutros ordenamentos, sem, como seria previsível, atingir qualquer unanimidade. Sobre a matéria, GONÇALVES DA SILVA, *Direito do Trabalho. Greve e Lock-Out*, cit., pp. 571 e ss, nota 1673.

⁷⁶ Assim, JÚLIO GOMES, “Da Proibição de Substituição de Grevistas à Luz do Artigo 535.º do Código do Trabalho”, *Questões Laborais, Vinte Anos de Questões Laborais*, n.º 42, 2013, p. 72, nota 18.

à greve por pessoas que não trabalhavam no respectivo estabelecimento ou serviço; vedou igualmente a admissão de novos trabalhadores para efeitos de substituição (artigo 535.º, n.º 1), bem como a contratação de empresa para substituir a tarefa a cargo de trabalhador em greve (artigo 535.º, n.º 2, 1.ª parte), constituindo contra-ordenação muito grave a violação das referidas proibições (artigo 535.º, n.º 3).

A norma delimita o âmbito da proibição gestonária através de dois critérios cumulativos: a) *temporal* (data do aviso prévio); b) e *finalidade* (substituição dos grevistas); em termos de objecto, regula a *substituição interna e externa*.

II. Relativamente à *substituição interna*, está vedado ao empregador a mobilidade geográfica (artigo 194.º), a afectação de trabalhadores a serviços diferentes, proceder a uma transferência de uma actividade realizada no estabelecimento em greve para outro não afectado pelo mesmo evento, a utilização do trabalho temporário (artigos 172.º e ss, em especial, artigo 175.º, n.º 5)⁷⁷ e a cedência ocasional (artigos 288.º e ss); naturalmente que assume especial relevância saber quando estamos perante unidades que constituem estabelecimentos ou serviços diferentes, o que tem sido entendido que se verifica existindo, pelo menos, “uma autonomia económica e administrativa entre eles”⁷⁸.

Inversamente, o empregador não está impedido de proceder a adaptações da estrutura (empresa, estabelecimento ou serviço) através da prestação dos trabalhadores não grevistas, com vista a atenuar os danos da greve, por exemplo, utilizar a “elasticidade” do objecto do contrato de trabalho (artigo 118.º, n.º 2)⁷⁹, o *ius variandi* (artigo 120.º)⁸⁰, proceder a

⁷⁷ O ordenamento alemão também veda o recurso ao trabalho temporário em caso de greve, salvo estando em causa uma actividade não exercida pelos grevistas, § 11, n.º 5, da *Arbeitnehmerüberlassungsgesetz – AÜG*, disponível em <https://www.gesetze-im-internet.de>. Com desenvolvimentos, por exemplo, REINHARD RICHARDI e FRANK BAYREUTHER, *Kollektives Arbeitsrecht*, 4. Auflage, Vahlen, Berlin, 2019, pp. 193-194; PETER SCHÜREN e WOLFGANG HAMANN, *Arbeitnehmerüberlassungsgesetz*, «Kommentar», 6 Auflage, C. H. Beck, München, 2022, § 11, § IV, 5. O § 11, n.º 5, foi recentemente objecto de análise por parte do BVerfG, 19.6.2020 – 1 BvR 842/17, <https://www.bundesverfassungsgericht.de>, que considerou não existir violação, desde logo, dos §§ 9, n.º 3, e 12, n.º 1, da Lei Fundamental, continuando, assim, os empregadores impedidos de utilizar este mecanismo de reacção à greve (em especial, §§ 16 e ss).

⁷⁸ ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, cit., p. 1243. Com desenvolvimentos, GONÇALVES DA SILVA, *Direito do Trabalho. Greve e Lock-Out*, cit., pp. 575-576, nota 1676.

⁷⁹ Neste sentido, JÚLIO GOMES, “Da Proibição de Substituição de Grevistas à Luz do Artigo 535.º do Código do Trabalho”, cit., p. 85, referindo-se aos limites do objecto do contrato de trabalho; MENEZES LEITÃO, *Direito do Trabalho*, 7.ª edição, Almedina, Coimbra, 2021, p. 694. Uma visão redutora, e sem apoio legal, foi preconizada no Ac. da Rel. de Coimbra, de 16 de Dezembro de 2015, processo n.º 2509/15.2T8VIS.C1, § IV, tendo-se concluído: “Ou seja, ainda que estes trabalhadores tivessem uma ligação ao estabelecimento em causa, pois aí também exerciam as suas funções, nomeadamente na quinta-feira, dia 1 de maio de 2014, (muito embora não estivessem afetos à loja), o alcance da proibição contida no n.º 1 do artigo 535.º do Código do Trabalho, proíbe-os de substituir os grevistas, pois as funções substitutivas executadas visaram inequivocamente neutralizar o efeito da greve – e tal conduta, se permitida, constituiria uma verdadeira fraude à lei”.

⁸⁰ Assim, por exemplo, LIBERAL FERNANDES, *O Trabalho e o Tempo: Comentário ao Código do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2018, p. 301; MENEZES LEITÃO, *Direito do Trabalho*, cit., p. 694; ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, cit., p. 1243; PALMELA FIDALGO, “A Greve”, AAVV, *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, volume VIII, coord. de Romano Martinez e Gonçalves da Silva, Almedina, Coimbra, 2020, pp. 376-377; LOBO XAVIER, *Direito da Greve*, cit., pp. 191-192. Ac. do STJ (de Uniformização de Jurisprudência), de 30 de Novembro de 2000, processo

alterações do horário de trabalho (artigo 217.º, n.os 2 e 3, sem prejuízo do n.º 4), recorrer ao trabalho suplementar (artigo 227.º, em especial, n.º 2)⁸¹, acordar modificações contratuais⁸², desde que, naturalmente, verificados os respectivos pressupostos. Como foi observado, “a manutenção da atividade produtiva durante a greve, se por um lado é consubstancial ao exercício do direito à greve dos grevistas, por outro é instrumental ao direito ao trabalho dos não grevistas”⁸³. Ou seja: o empregador mantém, salvo as exceções legalmente previstas, os seus poderes de gestão relativamente aos não grevistas, em nome, desde logo, da liberdade de iniciativa económica (artigo 61.º, n.º 1, da CRP) e da propriedade privada (artigo 62.º, n.º 1, da CRP).

III. No que respeita à *substituição externa* (artigo 535.º, n.os 1, *in fine*, e 2, 1.ª parte), entendemos que, no caso de admissão de novos trabalhadores, a proibição não abrange aqueles que já estavam contratados e cuja execução contratual se inicia após o aviso prévio; não abrange também trabalhadores que estejam em processo de recrutamento e que posteriormente celebrem contrato de trabalho, desde que o fim não seja a substituição dos grevistas, assumindo, em ambas as situações, o elemento teleológico particular relevância; igualmente não preenche a previsão proibitiva o recurso a trabalhadores (ou empresas), que incida em período temporal diverso do constante do aviso prévio, com o intuito de atenuar ou evitar a acumulação de trabalho decorrente da greve, uma vez que não estando em causa a mesma fracção de tempo abrangida por aquela, inexistente substituição de grevistas⁸⁴.

n.º 00S086, § III – B, afirmando: “a proibição constante deste dispositivo [artigo 6.º da LG] refere-se, em primeiro lugar, à substituição dos trabalhadores em greve por trabalhadores ligados ao mesmo empregador, tratando-se, neste caso, de uma movimentação interna de pessoal. Mas, a aplicação deste preceito reveste determinadas dificuldades, designadamente em empresas que se não encontrem organizadas em termos que possibilitem a distinção de «estabelecimentos» ou «serviços»; e por o objectivo do legislador não ser, de forma clara, o de assegurar em pleno o não preenchimento do posto de trabalho do grevista, na medida em que este o resultado pode vir a ser conseguido pela afectação temporária de um trabalhador do mesmo «estabelecimento» ou «serviço». Assim, a lei admite que o trabalho dos grevistas seja assegurado por trabalhadores que não aderiram a essa forma de luta da mesma unidade funcional, mas já não aceita que o efectivo da unidade funcional seja alterado - quer através de transferências, quer por admissões – em consequência da paralisação, e com a finalidade de atenuar ou neutralizar os efeitos da greve”.

⁸¹ Tanto pode surgir em virtude de um acréscimo eventual e transitório de trabalho, por exemplo, uma fábrica que produz fardas e recebe um novo pedido, com um prazo curto de entrega (artigo 227.º, n.º 1), como pode igualmente fundamentar-se o recurso ao trabalho suplementar numa situação de força maior – que não é o caso da greve e, portanto, exterior a esta – e, ainda, caso seja indispensável para prevenir ou reparar prejuízo grave para a empresa ou para a sua viabilidade (artigo 227.º, n.º 2). Contra a utilização do trabalho suplementar dos não aderentes, bem como de mecanismos de flexibilização que permitam o aumento do tempo de trabalho (banco de horas, horário concentrado e regime de adaptabilidade), LIBERAL FERNANDES, *O Trabalho e o Tempo: Comentário ao Código do Trabalho*, cit., pp. 300-301; admite, no entanto, o Autor que “se, previamente ao pré-aviso de greve, os trabalhadores já laboravam segundo algum daqueles regimes de flexibilidade ou se já prestavam trabalho suplementar, a respectiva aplicação poder-se-á manter durante a paralisação desde que subsistam os respectivos fundamentos e condições” (p. 301).

⁸² DIÉGUEZ CUERVO, “Sustitución «Interna» de Huelguistas (Comentario a la Sentencia 123/1992, de 28 de septiembre, del Tribunal Constitucional)”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 58, 1993, pp. 218-219.

⁸³ Sentencia do Tc. n.º 17/2017, de 2 de febrero, www.boe.es, § II., 7..

⁸⁴ Cfr. as considerações constantes do Ac. da Rel. de Lisboa, de 12 de Julho de 2007, processo n.º 7896/2007-4, § IV, que apreciou, e considerou lícita, a contratação de trabalhadores para o turno não abrangido pela greve, com o objectivo de responder às acumulações resultantes da paralisação do turno em greve.

IV. Questão especialmente relevante – também no âmbito da substituição externa – é a de saber se o empregador está impedido de recorrer a empresas para que realizem, com meios próprios, idêntica actividade no âmbito abrangido pela greve (*substituição empresarial*), tendo presente que “a tarefa a cargo de trabalhador em greve não pode, durante esta, ser realizada por empresa contratada para esse fim” (artigo 535.º, n.º 1, 1.ª parte)^{85/86}.

Recordemos que, na versão do CT 2003, a norma correspondente prescrevia o seguinte:

“A concreta tarefa desempenhada pelo trabalhador em greve não pode, durante esse período, ser realizada por empresa especialmente contratada para o efeito ...” (artigo 596.º, n.º 2).

A eliminação do vocábulo “concreta” poderia suscitar a dúvida sobre uma restrição acrescida dos poderes de gestão⁸⁷. Consideramos, no entanto, que a alteração realizada em 2009 não constitui uma alteração “tão clara que possa, sem mais, falar-se de uma guinada do legislador”⁸⁸, sendo apenas mais um exemplo das alterações sub-reptícias que “invadiram” o Código de 2009⁸⁹, não se modificando a teleologia da norma, na esteira, aliás, das posições que há muito sustentam a possibilidade de recurso a empresas para prestarem a actividade – e atingindo o resultado – que o empregador está impedido de prestar⁹⁰; se fosse essa a intenção do legis-

⁸⁵ Não estão naturalmente em causa actividades que já eram, ao tempo da declaração da greve, realizadas por entidades externas. A externalização produtiva é uma realidade dos nossos dias, que enfraquece, na prática, os efeitos da greve, uma vez que, entre muitas outras consequências, gera “uma fragmentação dos interesses dos trabalhadores, o que constitui uma primeira dificuldade na sua efectividade”, GOERLICH PESET, “Ejercicio del Derecho de Huelga en el Contexto de la Descentralización Productiva”, cit., p. 3, com desenvolvimentos nas pp. subsequentes; veja-se também ESCRIBANO GUTIÉRREZ, “El Derecho de Huelga en el Marco de la Descentralización Empresarial”, *Temas Laborales*, n.º 110, 2011, pp. 195 e ss. No quadro do artigo 6.º da Lei da Greve foi afirmado, no Ac. da Rel. de Lisboa, de 20 de Abril de 2006, § 2, que a “arguida/recorrente, ao contratar os serviços de uma empresa de transportes para efectuar, como efectuou, todo o serviço (transporte de encomendas postais, correio urgente e normal) que estava cometido, nesse dia 20, ao trabalhador em greve, Manuel dos Santos, afrontou claramente a determinação daquela norma, violando inequivocamente o seu comando” (sublinhado no original).

⁸⁶ Em Espanha tem sido defendido que a empresa afectada pela greve não pode recorrer a serviços realizados por empresas do mesmo grupo empresarial, i.e., existindo uma “vinculação especial entre os grevistas e as empresas que realizaram a substituição”; ou seja: “O vínculo especial é, portanto, como também aponta a doutrina mais atenta a essas questões, uma noção vinculada à dinâmica dos grupos e redes empresariais de carácter hierárquico ou hegemónico, caracterizada pela presença de dois elementos diferenciais: a) a existência de um alto grau de integração entre as actividades produtivas e as diferentes empresas que os integram; e b) a submissão de todas à influência dominante de uma delas”, SANGUINETI RAYMON, “El Derecho de Huelga en los Grupos y Redes Empresariales: la Construcción de la Doctrina del Tribunal Supremo”, *Trabajo y Derecho*, n.º 49, 2019, pp. 13 e 14, respectivamente, com indicações jurisprudenciais. Na doutrina portuguesa, em especial, PALMA RAMALHO, *Grupos Empresariais e Societários. Incidências Laborais*, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 719 e ss.

⁸⁷ Foi este o sentido preliminar da interpretação feita por ROMANO MARTINEZ, “O Código do Trabalho Revisto”, *O Direito*, separata, 2009, II, pp. 245 e ss.

⁸⁸ MONTEIRO FERNANDES, *A Lei e as Greves – Comentários a Dezasseis Artigos do Código do Trabalho*, cit., p. 83.

⁸⁹ Como já tinha alertado ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, cit., p. 1244.

⁹⁰ Recorde-se que a Lei da Greve determinava: “A entidade empregadora não pode, durante a greve, substituir os grevistas por pessoas que à data do seu anúncio não trabalhavam no respectivo estabelecimento ou serviço, nem pode, desde aquela data, admitir novos trabalhadores” (artigo 6.º). Com base neste regime, quer a doutrina, quer a jurisprudência, preconizaram a possibilidade de o empregador recorrer a terceiros para assegurar a continuidade do serviço. Na doutrina, registem-se, por exemplo, as palavras de MONTEIRO FERNANDES, *Direito de Greve – Notas e Comentários à Lei n.º 65/77*, de 26 de Agosto, Almedina, Coimbra, 1982, p. 47 – também neste sentido, LOBO XAVIER, *Direito da Greve*, cit., p. 195 – que, falando em práticas defensivas que ocorreram, em especial, no sector público da economia, dada a existência de serviços essenciais susceptíveis de afectar gravemente a vida colectiva, afirmou: “Entre essas práticas, avulta a do recurso a outras empresas para a prestação de serviços inviabilizados pela paralisação: é, nomeada-

lador, seguramente teria substituído a previsão “a tarefa cargo do trabalhador” por uma que se centrasse em qualquer resultado da actividade afectada pela greve, vedando, assim, o recurso a empresas. Deste modo, entendemos que “não há qualquer impedimento quanto a contratar empresas para realizar a mesma tarefa que os trabalhadores grevistas desempenhavam”⁹¹, desde que, note-se, não utilize quaisquer instrumentos de trabalho do empregador.

V. Ainda em matéria de substituição (interna ou externa) releva a análise da substituição dos trabalhadores grevistas por meios tecnológicos, ou seja, a realização da actividade humana (subordinada) pela “máquina”.

O tema não tem merecido especial atenção da doutrina e jurisprudência portuguesas⁹², inversamente do que se passa no ordenamento espanhol que, face a alguma proximidade normativa – ao contrário, por exemplo, do que acontece no ordenamento alemão, onde vigora o princípio da paridade de armas⁹³ –, assume particular relevância. Com efeito, o *esquirolaje tec-*

mente, o caso dos transportes de mercadorias ou de pessoas. Não vemos que a lei oponha alguma barreira a tais práticas, pelo menos enquanto elas se não traduzam na mera utilização de mão-de-obra cedida em regime de trabalho temporário para o preenchimento dos postos de trabalho que os grevistas normalmente detêm na orgânica da empresa. Ressalvada esta hipótese – pois nela concorrem, a nosso ver, as preocupações subjacentes à proibição de substituição imposta por este artigo –, o empresário-empregador é livre de utilizar o recurso acima referido, em regime de prestação de serviço. A greve não coloca o empregador em estado de sujeição no que respeita à inviabilidade do fim técnico-económico da empresa”.

Em matéria de jurisprudência, pode, a título exemplificativo, identificar-se o Ac. da Rel. de Lisboa, de 20 de Setembro de 1989, *Colectânea de Jurisprudência*, ano XIV, tomo 4, 1989, p. 179, no qual se pode ler, no respectivo sumário: “I – Não viola o art. 6.º da lei n.º 65/77, de 26-8 (Lei da Greve) a empresa concessionária de transportes públicos, cujos trabalhadores se encontram em greve, que contrata, no intuito de não prejudicar os utentes previamente munidos do título de transporte, os serviços de outra empresa para efectuar os transportes do público. II – Aqueles serviços eram prestados em autocarros da empresa contratada, conduzidos pelos seus motoristas, sob cujas ordens trabalham e por ela são remunerados”. Esta posição jurisprudencial seria seguida, tal como aconteceu no Ac. da Rel. de Lisboa, de 4 de Dezembro de 1996, *Colectânea de Jurisprudência*, ano XXI, tomo V, 1996, p. 179, em que se concluiu o seguinte: “I – O que se pretende com a proibição estatuída no art. 6.º da Lei n.º 65/77, de 26-8, é que a empresa não admita novos trabalhadores depois do anúncio da greve, nem que tenha substituído os grevistas por outras pessoas que, à data, não trabalhassem nos seus serviços. II – Assim não viola aquele art. 6.º a empresa concessionária de transportes públicos, cujos trabalhadores se encontram em greve, que contrata, no intuito de não prejudicar os utentes previamente munidos de título de transportes, os serviços de outra empresa para efectuar os transportes dessa empresa, conduzidos por trabalhadores da mesma e por ela remunerados”.

⁹¹ ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, cit., p. 1245. MONTEIRO FERNANDES, *A Lei e as Greves – Comentários a Dezasseis Artigos do Código do Trabalho*, cit., pp. 82 e ss. Parece ser diversa a posição de MENEZES LEITÃO, *Direito do Trabalho*, cit., p. 694, defendendo que está vedado o recurso “ao out-sourcing para substituição de grevistas”. Sobre o tema veja-se, em especial, JÚLIO GOMES, “Da Proibição de Substituição de Grevistas à Luz do Artigo 535.º do Código do Trabalho”, cit., pp. 61 e ss. Em Espanha, o recurso a empresas externas para a realizar os serviços afectados pela greve tem sido, por diversas vezes, considerado ilícito, cfr., por exemplo, Sentencia do Tribunal Supremo, de 3 de octubre de 2018, unificación doctrina 1147/2017, <https://www.poderjudicial.es>, na qual foi apreciada a conduta de uma empresa (editora de jornal) que incumbiu das tarefas comumente desempenhadas por outra empresa do grupo (impressão) empresas externas devido à greve convocada no fornecedor habitual, tendo-se reiterado a orientação constante da Sentencia de 11 de febrero de 2015 (§ II., quinto); e, na mesma linha, mais recentemente, Sentencia do Tribunal Supremo, 3 de febrero de 2021, processo n.º 36/2019, <http://www.poderjudicial.es>, § II. Cuarto, relativamente a um grupo de empresas.

⁹² Sublinhe-se, no entanto, a análise de JÚLIO GOMES, “Da Proibição de Substituição de Grevistas à Luz do Artigo 535.º do Código do Trabalho”, cit., em particular, pp. 80 e ss; ANA LAMBELHO, “A Substituição de Trabalhadores Grevistas por Robots”, *The Balance between Worker Protection and Employer Powers: Insights from around the World*, coordenação de N. Cerejeira Namora, Mella Méndez, Abrunhosa e Sousa, G. Cerejeira Namora e Castro Henriques, Cambridge Scholars Publishing, Cambridge, 2018, pp. 543 e ss; MARQUES NOSSA, *A Substituição de Trabalhadores Grevistas por Meios Tecnológicos, Questões Laborais*, n.º 58, 2021, em especial, pp. 264 e ss. Para uma apreciação do ordenamento italiano, por exemplo, ANNA ROTA, “Il Crumiraggio Tecnologico: Una Lettura Comparata”, *Labour & Law Issues*, 2018, n.º 1, <https://labourlaw.unibo.it>, em especial, pp. 44 e ss, notando que a matéria não tem merecido especial atenção da doutrina nem surgido na jurisprudência.

⁹³ Sobre o ordenamento alemão, GONÇALVES DA SILVA, *Direito do Trabalho. Greve e Lock-Out*, cit., pp. 377 e ss.

*nológico (ou esquirolaje virtual)*⁹⁴ – qualificado como substituição interna⁹⁵ – foi, por diversas vezes, considerado lícito pela jurisprudência espanhola, sustentando que a emissão de um jogo de futebol sem comentários e sem intervenção de trabalhadores, recorrendo à emissão de sinal de outras estações, não constitui uma substituição de trabalhadores grevistas, permitindo assim a utilização tecnológica durante o conflito, sendo irrelevante se se trata ou não de assegurar serviços essenciais⁹⁶.

Em sentido inverso, pronunciou-se, por exemplo, o Supremo Tribunal (2012), sustentando:

“Em suma, a doutrina que, com carácter geral, formulamos neste acórdão é a seguinte: o direito de greve é violado não só no caso de serem utilizados recursos humanos (trabalhadores cedidos à prestação de serviços mínimos) para a realização de atividades que excedam os serviços decretados como essenciais, mas também quando uma empresa do sector da radiodifusão sonora e televisiva difunde programação ou publicidade por meios automáticos, quando tal actividade empresarial, ainda que seja através de meios mecânicos ou tecnológicos, priva materialmente o trabalhador do seu direito fundamental, esvaziando o seu conteúdo essencial de tal forma que não há espaço para o uso

⁹⁴ Assim, por exemplo, VALLE MUÑOZ, “La Sustitución Tecnológica de Trabajadores Huelguistas”, *Iuslabor*, 2018, n.º 3, p. 189. Cremos, no entanto, que estando em causa, por exemplo, o aluguer de máquinas, o tema deve ser tratado como substituição externa.

⁹⁵ VALLE MUÑOZ, “La Sustitución Tecnológica de Trabajadores Huelguistas”, *cit.*, pp. 190-191, identifica dois requisitos do esquirolaje tecnológico: 1) a greve ocorra em empresas em que sejam utilizáveis meios tecnológicos, diferenciando entre empresas que possuem apenas meios humanos, empresas que funcionem com mão-de-obra e meios tecnológicos e empresas que recorram a instrumentos tecnológicos com o mínimo de intervenção humana, considerando nestes últimos dois casos mais difícil apreciar a violação do direito de greve; 2) exista uma privação material do direito fundamental dos trabalhadores, esvaziando o seu conteúdo essencial ou diminuindo a pressão associada ao seu exercício.

⁹⁶ No final dos anos noventa, o Supremo Tribunal foi chamado a pronunciar-se – Sentencia de 27 de septiembre de 1999, recurso n.º 1825/1998, www.laboral-social.com, sobre o esquirolaje tecnológico, assente na seguinte facticidade: ocorrência de uma greve na televisão da Catalunha durante um jogo da Taça do Rei, existindo um contrato entre a Liga de Futebol Profissional e as televisões autonómicas do Estado, em que aquela cede em exclusivo a estas os direitos de retransmissão televisiva das partidas de futebol; face à greve da TVE Catalunha, S.A., que coincidia com o dia e hora de um jogo, este foi transmitido pelas estações autonómicas não catalãs e por outra empresa catalã, que utilizou todos os seus meios, incluindo as suas câmaras que estão colocadas no estádio, com excepção dos quadros eléctricos para as ligar, que pertenciam a TVE Catalunha. E, com este enquadramento, entendeu o Supremo Tribunal ser “claro que, quando uma empresa prestadora de serviço público é palco de uma greve, o titular do serviço tem plena liberdade para utilizar os serviços de outra empresa que concorra com aquela que não pode prestar o serviço. Outra interpretação jurídica do alcance do direito à greve suporia que a situação de conflito não era dirigida apenas contra a própria empresa, mas também contra os utilizadores dos seus serviços; e é claro que tal abrangência é absolutamente desproporcional, pois poderia até ser levada ao ponto de nem mesmo um utilizador poder substituir o serviço que lhe foi negado pela empresa que habitualmente utilizava, quando houvesse paralisação colectiva de trabalho Aqui o que os grevistas deveriam ter tido presente é que a conduta em relação à sua empresa não poderia afectar os demais titulares do direito de retransmissão, a menos que dependessem necessariamente dos serviços que foram omitidos, o que, obviamente, não foi o caso, tendo em conta os termos do referido contrato e o estabelecimento do direito de retransmissão a favor de «todas e cada uma» das estações de televisão autónomas ...” (§ segundo).

Veja-se também a Sentencia do Tribunal Supremo, de 11 de junio de 2012, recurso n.º 110/2011, <https://www.laboral-social.com>, que, declarada uma greve geral para as Comunidades Autónomas do País Vasco e Navarra (2010), apreciou a emissão televisiva de publicidade (paga), pré-programada, de forma automática e sem intervenção humana directa, decidindo (com um voto de vencido), na linha da jurisprudência do Supremo – Sentencias de 4 de julio de 2000, recurso n.º 75/2000, 9 de diciembre de 2003, recurso n.º 41/2003, e 15 de abril de 2005, recurso n.º 133/2004, <https://app.vlex.com> –, “que não há preceito que proíba o empregador de utilizar os meios técnicos que normalmente estão disponíveis na empresa, para mitigar as consequências da greve e que se as transmissões pré-programadas foram realizadas sem interrupção, «sem que os grevistas fossem substituídos por outros trabalhadores, por estranhos à empresa ou do próprio quadro, o direito fundamental não foi violado» e isso porque o direito à greve «garante que os grevistas possam fazer paralisações sem serem penalizados», mas «não garante o seu sucesso, nem a prossecução dos objetivos pretendidos, nem a cessação total da actividade empresarial». Posteriormente, Sentencia do Tribunal Supremo, de 13 de julio de 2017, processo n.º 25/2017, <http://www.poderjudicial.es>, § segundo, preconizou que, no âmbito de uma empresa de telecomunicações, estando em causa o funcionamento de um dispositivo automático de distribuição de atendimento de chamadas pelas subcontratadas, anterior ao conflito, não há violação do direito da greve.

de prerrogativas empresariais, mesmo protegidas pela liberdade empresarial, para impedir a efetivação do direito de greve, e isso pela própria natureza desse direito e também da liberdade de empresa, que não incorpora no seu conteúdo faculdades de reação contra a paralisação”⁹⁷.

A utilização de meios tecnológicos é, deste modo, ilícita ao minimizar os efeitos da greve.

Mais tarde, a orientação no sentido da licitude de utilização de meios tecnológicos seria sustentada pelo Tribunal Constitucional (2017). Trata-se da emissão da final dos campeões europeus (2010), no âmbito de uma greve geral dos trabalhadores do Estado; estava em causa a substituição de trabalhadores grevistas por não aderentes, que realizaram funções inseridas na sua categoria e, por outro lado, a utilização de meios técnicos de uso excepcional. Com base neste quadro, o Tribunal concluiu que não houve violação do direito de greve, porquanto o empregador fez um exercício regular do poder de organização:

“a transmissão do jogo foi possível porque a empresa tinha meios técnicos que o permitiram e porque vários trabalhadores não apoiaram a greve. Os meios técnicos já existiam – não foram adquiridos expressamente para lidar com os efeitos da greve – e os trabalhadores que não apoiaram a greve não exerceram outras funções para além daquelas que lhes correspondiam”⁹⁸.

3.4. Posição adoptada

I. Importa salientar na actualidade a existência de meios tecnológicos dotados de inteligência artificial e autonomia (robô), ou seja, “máquinas inteligentes e autónomas, com capacidade de pensar e de tomar decisões de forma independente”⁹⁹ e, portanto, susceptíveis de (eventualmente) ter

⁹⁷ Sentencia do Tribunal Supremo, de 5 de diciembre de 2012, recurso n.º 265/2011, <https://www.poderjudicial.es>, § tercero, 6; notando-se, no entanto, que perante os factos (emissão de publicidade pré-programada e sem intervenção humana) e a inexistência de prova de ter ocorrido um esvaziamento do direito de greve ou afectação do seu exercício, a conduta do empregador encontra base na liberdade de empresa (§ tercero, 7.), posição que foi objecto de dissenso de vários magistrados. Veja-se também a orientação do Tribunal Constitucional, Sentencia do Tc. n.º 183/2006, de 19 de junio, § II., ainda que abordando mais directamente a temática dos serviços mínimos, que defendeu: “nem toda programação televisiva tem a ver com o direito constitucional à informação (artigo 20, n.º 1, alínea d), da CE), havendo também puro espaço de entretenimento, pelo que a “actividade televisiva anteriormente gravada, desprovida de qualquer conteúdo e interesse informativo, ainda que respaldada por um interesse legítimo manifesto tanto do operador como dos telespectadores” não exige o sacrifício do direito de greve para a transmissão da referida programação gravada; ou seja, a ausência de interrupção do serviço de radiodifusão e televisão priva de repercussão relevante a greve, retirando-lhe a sua virtualidade de meio de pressão e de inequívoca exteriorização dos efeitos de paralisação, produzindo uma aparência de normalidade do serviço contrária ... ao direito da greve”. Na mesma linha, Sentencias do Tc. n.os 184/2006 (§ II., 8), 191/2006 (§ II., 7) e 193/2006 (§ II., 7), todas do mesmo dia e disponíveis em <https://www.boe.es>, relativas aos serviços mínimos declarados no quadro da greve geral, de 20 de Junho de 2002, das rádios e televisões (públicas e privadas).

⁹⁸ Sentencia do Tc. n.º 17/2017, de 2 de febrero, cit., § II., 7.. Esta Sentencia contou com um contundente voto de vencido (VALDÉS DAL-RÉ, ao qual outros Conselheiros aderiram), que defendeu a existência de substituição (interna – divergindo da interpretação dos factos – e tecnológica) ilícita, uma vez que “as renovadas fontes de incidência empresarial na efectividade dos direitos fundamentais, sob a protecção dos novos meios técnicos a que se recorre para tornar mais penetrante a sua actuação limitativa e impeditiva da tutela constitucional, exigem também novas respostas constitucionais, que garantam a protecção dos direitos dos trabalhadores em grau comparável ao oferecido pela nossa jurisprudência no passado, quando esses meios tecnológicos careciam de desenvolvimento e da potencialidade restritiva que agora possuem” (§ 7.).

⁹⁹ Considerando G da Resolução do Parlamento Europeu, de 16 de Fevereiro, que contém recomendações à Comissão sobre disposições de Direito Civil sobre Robótica (2015/2013 (INL)). Neste instrumento, aquele órgão “Insta a Comissão a explorar, analisar e ponderar, na avaliação de impacto que fizer do seu futuro instrumento legislativo, as implicações de todas as soluções jurídicas possíveis, tais como: Criar um estatuto jurídico específico

“personalidade electrónica”¹⁰⁰, uma vez que, “graças aos impressionantes avanços tecnológicos da última década, não só os robôs de hoje conseguem efetuar atividades que, regra geral, costumavam ser exclusivamente realizadas por humanos, como também o desenvolvimento de certas características autónomas e cognitivas - por exemplo, a capacidade de aprender com a experiência e de tomar decisões quase independentes - os tornaram cada vez mais similares a agentes que interagem com o seu ambiente e conseguem alterá-lo de forma significativa”¹⁰¹.

para os robôs a longo prazo, de modo a que, pelo menos, os robôs autónomos mais sofisticados possam ser determinados como detentores do estatuto de pessoas eletrónicas responsáveis por sanar quaisquer danos que possam causar e, eventualmente, aplicar a personalidade eletrónica a casos em que os robôs tomam decisões autónomas ou em que interagem por qualquer outro modo com terceiros de forma independente” (§ 59, alínea f)). Para mais desenvolvimentos, por exemplo, MIRANDA BARBOSA, “Inteligência Artificial, E-Persons e Direito: Desafios e Perspetivas”, *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, 2017, n.º 6, pp. 1475 e ss; PINTO MONTEIRO, “«Qui Facit per Alium, Facit per se» – Será ainda assim na Era da Robótica?”, AAVV, *Direito e Robótica, Estudos de Direito do Consumidor (número especial)*, Instituto Jurídico Centro de Direito do Consumo, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2020, pp. 11 e ss; PATRICK SAERENS, “Le Droit des Robots, un Droit de l’Homme en Devenir?”, *Communication, Technologies et Développement*, n.º 8, 2020, <https://journals.openedition.org>, pp. 1 e ss; NUNO SOUSA E SILVA, “Direito e Robótica: Uma Primeira Aproximação”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 2017, volume I-II, pp. 487 e ss. E, com especial enfoque na área laboral, LEAL AMADO, “Os Robôs e o Direito do Trabalho: o Desafio Final?”, AAVV, *Direito e Robótica, Estudos de Direito do Consumidor (número especial)*, Instituto Jurídico Centro de Direito do Consumo, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2020, pp. 33 e ss; MARCO ISCERI e ROBERTO LUPPI, “L’Impatto dell’Intelligenza Artificiale nella Sostituzione dei Lavoratori: Riflessioni a Margine di una Ricerca”, *Lavoro Diritti Europa – Revista Nuova di Diritto del Lavoro*, 2022, n.º 1, www.lavorodirittieuropa.it, pp. 1 e ss; FRANK MEIK, “Herausforderung Digitale Transformation und Arbeit 4.0”, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA Beilage)*, 2017, n.º 2, pp. 43 e ss; SIMON TAES, “Robotisation and Labour Law. The Dark Factory: the Dark Side of Work?”, AAVV, *Artificial Intelligence and the Law*, coord. de Jan de Bruyne e Cedric Vanleenhove, Cambridge University Press, 2021, pp. 285 e ss.

¹⁰⁰ Como bem observa PINTO MONTEIRO, “«Qui Facit per Alium, Facit per se» – Será ainda assim na Era da Robótica?”, cit., p. 12: “Ainda que esta «personalidade electrónica» dos robôs seja (ou fosse) uma personalidade jurídica específica só para efeitos de responsabilidade civil — não os tornando sujeitos de direito mas tratando-se, apenas, de um meio para ultrapassar alguns problemas relativos à obrigação de indemnização —, ainda assim, porém, outros problemas surgiriam...”. Sobre o estatuto do robô, por exemplo, MIRANDA BARBOSA, “Inteligência Artificial, E-Persons e Direito: Desafios e Perspetivas”, cit., em especial, pp. 1480 e ss; NUNO SOUSA E SILVA, “Direito e Robótica: Uma Primeira Aproximação”, cit., pp. 505 e ss; ABRUNHOSA E SOUSA, “São os Robots um Mero Instrumento de Trabalho ou Verdadeiros «Trabalhadores»”, cit., § 5 e ss.

¹⁰¹ Considerando Z da Resolução do Parlamento Europeu, de 16 de Fevereiro, cit.. De acordo com esta Resolução, “a autonomia de um robô pode ser definida como a capacidade de tomar decisões e de as aplicar no mundo exterior, independentemente do controlo ou da influência externa; considerando que esta autonomia é de natureza puramente tecnológica e que o seu grau depende do modo como o nível de sofisticação da interação do robô com o seu ambiente foi concebido” (§ AA). Para uma delimitação da figura do robô, NUNO SOUSA E SILVA, “Direito e Robótica: Uma Primeira Aproximação”, cit., pp. 498 e ss, afirmando que “a grande diferença dos robots em relação à chamada inteligência artificial reside na actividade física, na interacção mais directa e corpórea com a realidade. Fazendo da autonomia um carácter definidor da robótica, este terá necessariamente alguma componente de inteligência artificial. Dito de outra forma, um robot é uma das várias aplicações da inteligência artificial. É a inteligência artificial que confere autonomia a uma máquina e faz desta um robot. Um robot é «software encarnado»” (p. 500); ou seja, de modo mais sumário: “A robótica caracteriza-se pela combinação de software (em especial a chamada inteligência artificial) com hardware móvel, isto é, com capacidade de intervir directamente e de forma significativa na realidade física” (p. 495, nota 19, itálico no original). Diferente e assertivamente nota ABRUNHOSA E SOUSA, “São os Robots um Mero Instrumento de Trabalho ou Verdadeiros «Trabalhadores»”, cit., § 2: “o problema de promover a concretização de uma realidade tão dispersa e em intensa evolução traduz-se no sério risco de se desatualizar de forma rápida. Deste modo, em vez de promover uma definição de robot, optamos por identificar um conjunto de pistas que servirão de indicador da sua realidade: (i) objeto criado pelo homem – associado ao controlo humano na origem da criação do robot; (ii) capacidade de resposta sem estímulo externo – o robot pode não requerer qualquer ação humana para responder a um impulso; e (iii) ausência de vida biológica – pressupondo que não estamos perante um ser vivo, mas inanimado”; acrescentando: “enquanto o robot é um mero objeto com capacidade para responder a estímulos externos, a inteligência artificial é a técnica que lhe permite ter autonomia na reação a estes mesmos estímulos. Deste modo, podemos ter um robot sem inteligência artificial e inteligência artificial sem robot. A junção dos dois permite estarmos perante um robot com inteligência artificial, situação que equivale ao esplendor da ideia pré-concebida que temos de um robot” (§ 3).

II. Consideramos que, como princípio orientador, o recurso a meios tecnológicos na área de actividade dos grevistas não colide nem com o quadro constitucional, nem com o legal¹⁰².

Ou seja:

1) Recordamos, como vimos, que a greve gera, por natureza, uma restrição dos poderes do empregador (*v.g.*, proibição de substituição de grevistas e de *lock-out*), mas não, em caso algum, um aniquilamento da liberdade de iniciativa económica (artigo 61.º, n.º 1, da CRP) e da propriedade privada (artigo 62.º, n.º 1, da CRP), o que colidiria com a Constituição, na qual se tutela a empresa;

2) Esta restrição tem de se realizar, desde logo, com base no princípio da proporcionalidade (artigo 18.º, n.º 2, da CRP);

3) Inexiste qualquer dever de colaboração do empregador ou dos não grevistas para o êxito da greve, embora se tenha de reconhecer que, desde logo, no quadro do princípio da boa fé (artigo 522.º), e apesar de ser lícito ao empregador “minimizar os danos, não deverá atuar de molde a inviabilizar o exercício do direito de greve”¹⁰³;

4) A proibição legal refere-se a “pessoas” e “empresas” devendo ser recusada qualquer assimilação – que é indevida – entre aquelas (artigo 535.º, n.os 1 e 2, 1.ª parte) e os meios tecnológicos (*v.g.*, robôs), que são instrumentos de trabalho, o que significa que o *elemento literal* depõe no sentido sufragado;

¹⁰² ANA LAMBELHO, “A Substituição de Trabalhadores Grevistas por Robots”, *cit.*, em especial, pp. 555 e ss, começando por considerar lícita a utilização pelo empregador de meios tecnológicos de que já dispunha (p. 562), conclui que está vedado a este “- alugar ou comprar, durante a greve, meios tecnológicos para desempenharem as tarefas dos grevistas; - alugar robots para melhorar a produtividade dos períodos não abrangidos pela greve e, com isso, aniquilar os efeitos da greve, pelo facto de o trabalho já ter sido realizado antecipadamente” (p. 564), acrescentando ainda que o empregador também não pode “deslocar os equipamentos tecnológicos entre serviços/estabelecimentos ou entre empresas do grupo ou que tenham estruturas organizativas comuns, por forma a substituírem os trabalhadores em greve; - reorganizar a produção, fazendo um uso extraordinário dos meios tecnológicos de que a empresa dispõe, nomeadamente reprogramando os robots” (p. 565). Por sua vez, sustenta ABRUNHOSA E SOUSA, “São os Robots um Mero Instrumento de Trabalho ou Verdadeiros «Trabalhadores»”, *cit.*, § 4, na senda do Tribunal Constitucional Espanhol (Sentença n.º 17/2017, *cit.*), que “o mero recurso a uma ferramenta tecnológica já detida pelo empregador não parece ferir o princípio geral de proibição da substituição de grevistas... Assim, transportando esta discussão para a introdução da robótica nas relações de trabalho, o problema apenas se poderia colocar no caso de os robots serem considerados como verdadeiros trabalhadores ou se fossem adquiridos com o objetivo de fazer face aos problemas causados pelo exercício do direito à greve”. Já MARQUES NOSSA, A Substituição de Trabalhadores Grevistas por Meios Tecnológicos, *cit.*, em especial, pp. 279 e ss, defende, com base numa interpretação extensiva do artigo 535.º, n.os 1 e 2, 1.ª parte, que o empregador não pode “deslocar equipamentos tecnológicos de um serviço ou estabelecimento para outro, ou adquiri-los, por qualquer meio, após a recepção do pré-aviso de greve” (p. 284), admitindo, no entanto, que aquele “reorganize os meios tecnológicos que dispõe na empresa, cujo uso é habitual, de modo a mitigar as consequências ocasionadas pela greve” (p. 285).

¹⁰³ ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, *cit.*, p. 1217.

¹⁰⁴ Veja-se as observações de LEAL AMADO, *Contrato de Trabalho – Noções Básicas*, 4.ª edição, Almedina, Coimbra, 2022, pp. 27-28, contrapondo os robôs colaborativos aos substitutos da actividade do trabalhador.

5) O *elemento teleológico* traduz-se na proibição de o empregador utilizar mecanismos que afetem indelevelmente o exercício do direito à greve, salientando-se que os meios tecnológicos (colaborativos ou substitutivos da actividade humana¹⁰⁴) não geram necessariamente esse efeito;

6) Atendendo ao elemento *histórico*, não se pode ignorar que, aquando da elaboração do CT de 2009 e suas subsequentes alterações, em especial da *Agenda para o Trabalho Digno*, o tema já era uma realidade da temática laboral, mas tal assunto não mereceu a atenção do legislador;

7) Em face do exposto:

a. *Se o empregador já utilizava esses meios no momento do decretamento da greve*, poderá reorganizá-los, tal como, por maioria de razão, fará com os trabalhadores não grevistas, para realizarem a “actividade” dos grevistas, sem, no entanto, se aplicarem os limites funcionais ou territoriais que regulam a prestação humana, uma vez que não estamos perante situações idênticas;

b. *Maiores reservas poderão colocar-se face à situação em que o empregador aluga ou adquire instrumentos tecnológicos após o decretamento da greve*, caso em que assume especial relevância analítica diversos elementos concretos – por exemplo, o uso quotidiano de meios tecnológicos por parte da empresa e a sua relevância no funcionamento desta, o tempo de utilização durante o conflito, os efeitos desses meios no exercício do direito à greve, o direito à realização da prestação dos não grevistas, a satisfação das necessidades sociais e os serviços de segurança e manutenção de equipamento e instalações – para uma conclusão mais segura;

c. Relevará também se os meios tecnológicos funcionam normalmente com apoio e supervisão humana – por exemplo, por razões de segurança ou de maior eficiência no resultado – ou em situação de plena autonomia¹⁰⁵;

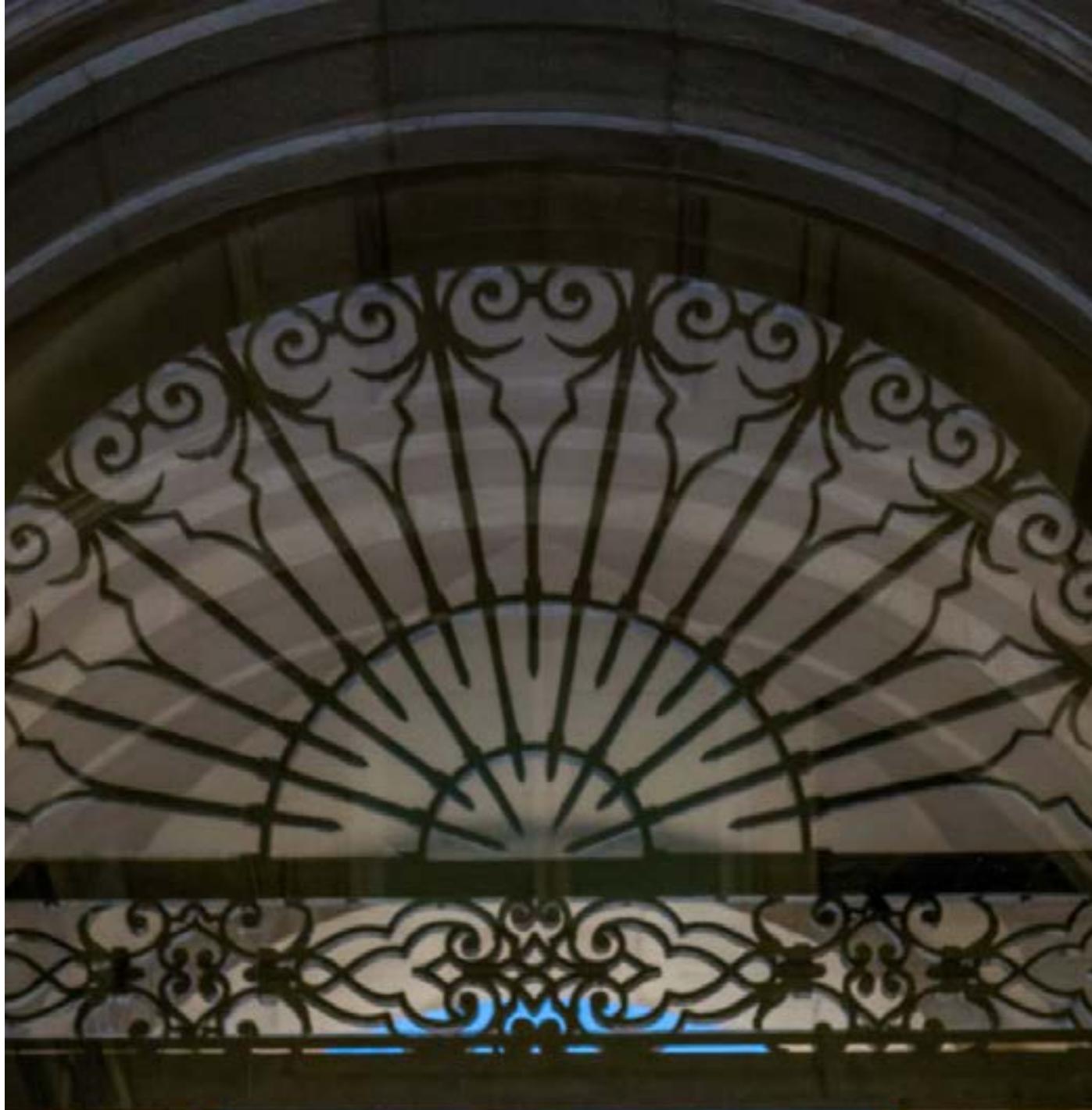
8) Em qualquer caso, em particular neste último, devemos ter sem-

¹⁰⁵ Analisando diversas hipóteses, por exemplo, CORDERO GORDILLO, “La Sustitución de los Trabajadores Huelguistas por Medios Tecnológicos”, *Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, 2017, n.º 1, pp. 350 e ss.

pre presente os institutos gerais, em especial, o abuso de direito, que assume, uma vez mais, uma importante função de delimitação do exercício de direitos em matéria de greve, nesta situação, relativamente ao empregador¹⁰⁶. •



¹⁰⁶ JÚLIO GOMES, “Da Proibição de Substituição de Grevistas à Luz do Artigo 535.º do Código do Trabalho”, cit., p. 85, nota 42, admitindo haver abuso se o recurso a meios tecnológicos gerar “um completo esvaziamento dos efeitos da greve”.



SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO TJUE SOBRE SÍMBOLOS RELIGIOSOS NO LOCAL DE TRABALHO: densificação e convergência com o TEDH



Bruno Mestre¹
Juiz de Direito

RESUMO: : com o presente trabalho, pretendemos apresentar uma análise da evolução da jurisprudência do TJUE sobre a liberdade religiosa no local de trabalho após os acórdãos “Wabe” (C-804/18) e “MH Müller” (C-341/19). Acreditamos que o TJUE densificou o conceito de discriminação e a identificação de um elemento de comparação nas situações de discriminação religiosa e desenvolveu o seu teste de justificação em situações de discriminação indirecta, colocando requisitos acrescidos para a avaliação da proporcionalidade. Clarificou também a relação entre a ordem jurídica europeia e nacional, admitindo a consideração das normas constitucionais nacionais no teste de proporcionalidade e reconhecendo uma margem de discricionariedade aos estados membros, embora sempre sujeita a revisão judicial. Consideramos que esta posição contribuiu para a aproximação com a jurisprudência do TEDH e que a proteção da liberdade religiosa no local de trabalho é abrangente e equivalente em ambos os Tribunais europeus.

I | Introdução

Nos últimos 10 anos, os mais altos Tribunais das jurisdições nacionais e internacionais tiveram de lidar com a complexa questão do conflito entre as exigências dos trabalhadores de manifestação das suas crenças religiosas no local de trabalho (sobretudo o véu muçulmano) em face dos desejos dos empregadores de implementar uma política de neutralidade religiosa. E.g: o TEDH emitiu vários acórdãos nesta matéria, nomeadamente os casos *Eweida e outros contra Reino Unido* (n.º 48420/10, 59842/10, 51671/10 e 36516/10) e *Ebrahimian contra França* (n.º 64846/11); o SCOTUS também se pronunciou sobre este tema mais recentemente no caso *EEOC contra Reino Unido. Abercrombie & Fitch Stores* (575 US_(2015)); a *Cour de Cassation* francesa também emitiu uma declaração nos casos conhecidos como “*Baby Loup*” (*Cassation de 19/03/2013, proc n.º 11-28845 e 25/06/2014, proc n.º 13-28369*); a *decisão do BverfG alemão*

¹Mestre e Doutor em Direito (PhD) em Direito do Trabalho Europeu e Comparado pelo Instituto Universitário Europeu de Florença.

de 27/01/2015 (BvR 71/10 e BvR 118/10) contribuiu ainda para a extensão jurisprudência deste país sobre o assunto;² finalmente, o TJUE teve a oportunidade de declarar o seu entendimento sobre o assunto nos acórdãos “*Samira Achbita*” (C-157/15), “*Asma Bougnaoui*” (C-188/15), “*Vera Egenberger*” (C-414/16), “*IR v. IQ*” (C-68/17) e mais recentemente nos processos apensos “*Wabe*” (C-804/18) e “*MH Müller*” (C-341/19).³

Como ponto preliminar, afigura-se necessário referir que, para qualquer pessoa interessada na evolução do fenómeno religioso nas sociedades contemporâneas, este não é um desenvolvimento surpreendente. Muitos pensadores de renome — sobretudo o filósofo alemão Jürgen Habermas — chamaram a atenção para a imprecisão das premissas passadas de raiz marxista que vaticinavam que o desenvolvimento económico, educacional e social levaria a um processo de secularização progressiva da sociedade e reduziria lentamente o significado das expressões religiosas⁴. A realidade demonstrou o contrário: a **emergência de conflitos e a sua judicialização revelaram que os Estados secularizados não implicam populações secularizadas**; a religião é um fenómeno civil emergente que deve ser equilibrado com os valores constitucionais que subjazem à maioria das sociedades modernas. Isto levanta vários problemas e preocupações porquanto a regulamentação das questões religiosas dentro de um determinado Estado sofre em grande medida de um fenómeno conhecido como *path dependency* (no sentido da influência da inserção histórica e cultural na evolução de certas regulamentações) que não pode ser descurada na análise. Com este documento pretendemos tentar demonstrar como a jurisprudência do TJUE evoluiu, quando confrontada com o extenso conjunto de casos emitidos pelo TEDH e como conseguiu esse equilíbrio em relação aos Estados membros modernos.

II | Breve resumo dos acórdãos: regulamentos vs instruções e discriminação directa vs discriminação indirecta

O TJUE teve a oportunidade de expor a sua compreensão da questão do

² (Adam, 2013; Leiss, 2015; Mahlmann, n.d.; Mestre, 2020)

³ Samira Achbita e Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v G4S Secure Solutions NV, 14/03/2017 (C-157/15); Asma Bougnaoui, Association de défense des droits de l’homme (ADDH) v. Micropole SA, antiga Micropole Univers SA, 14/03/2017 (C-188/15); Vera Egenberger v. Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung eV, 17/04/2018 (C-414/16); IR v. JQ, 11/09/2018 (C-68/17); IX v WABE eV (C-804/18), e MH Müller Handels GmbH v MJ (C-341/19), 15/07/2021.

⁴ (Habermas, 2009)

uso de símbolos religiosos no contexto das relações laborais num conjunto de casos compostos pelas decisões “*Samira Achbita*” (C-157/15), “*Asma Bougnaoui*” (C-188/15), “*Vera Egenberger* (C-414/16)”, “*IR v. IQ* (C-68/17)” e, mais recentemente, nos processos apensos “*Wabe*” (C-804/18) e “*MH Müller*” (C-341/19); em todos estes processos, que devem ser analisados em conjunto, as questões prejudiciais foram legalmente enquadradas à luz da **Directiva 2000/78/CE (Directiva-Quadro)**. Com excepção dos casos “*Vera Egenberger* (C-414/16)” e “*IR v. IQ* (C-68/17)” que tratam do problema sensível do emprego em organizações religiosas, os restantes casos ocupam-se do véu de mulheres muçulmanas no local de trabalho; no entanto, alguns pequenos pormenores, não insignificantes, influenciariam consideravelmente as questões referidas e as decisões tomadas.

No acórdão “*Asma Bougnaoui*” (C-188/15), a questão em discussão tratava de uma *instrução interna* (no sentido de uma ordem directa dada a uma trabalhadora subordinada) para que uma trabalhadora retirasse um lenço; a empresa explicou que, uma vez que o seu trabalho envolveria contacto directo com clientes, tanto interna como externamente, o uso do lenço islâmico não seria permitido devido à preferência do empregador em manter uma imagem de neutralidade em relação aos clientes.

Em “*Samira Achbita*” (C-157/15), “*Wabe*” (C-804/18) e “*MH Müller*” (C-341/19), o problema dizia respeito a um *regulamento interno* que impedia os trabalhadores de usarem símbolos religiosos no local de trabalho. Contudo, existem várias diferenças não negligenciáveis entre estes casos: no acórdão “*MH Müller*” (C-341/19), a proibição só se aplicava a símbolos religiosos ostensivos, enquanto que em todos os outros casos, a proibição se estendia a todo o tipo de artigos religiosos. Nos casos “*Samira Achbita*” (C-157/15) e “*Wabe*” (C-804/18), os empregadores justificaram o regulamento devido ao interesse de preservar uma imagem de neutralidade face aos clientes (*neutralidade externa*) enquanto que em “*MH Müller*” (C-341/19), o objectivo do regulamento era manter a neutralidade no local de trabalho, no meio dos trabalhadores, a fim de preservar a paz social na empresa (*neutralidade interna*).

Em contraste, nas decisões “*Vera Egenberger* (C-414/16)” e “*IR v. IQ* (C-68/17)”, o problema respeitava ao direito das organizações religiosas empregarem somente pessoas que aderem ao seu ethos. Em “*Vera Egenberger*”, o caso discutia o direito de uma *Diakonie* alemã (uma organização protestante) publicar um anúncio de emprego onde se esperava que o candidato revelasse a sua confissão religiosa e contratasse uma pessoa da sua

fé; em **“RI v. IQ (C-68/17)”**, a discussão tratava do direito de um hospital despedir um médico que se tivesse divorciado e casado novamente em termos civis.

Como podemos ver, as questões levantadas em todos estes casos foram consideravelmente diferentes. A começar pelos casos do **véu muçulmano**, em **“Asma Bougnaoui” (C-188/15)**, o TJUE teve de responder se um empregador podia dar uma ordem directa a um empregado para remover um véu; em todos os restantes casos, a questão residia em determinar se uma empresa podia manter um regulamento interno que impedisse os trabalhadores de usar símbolos religiosos (ostensivos ou discretos) devido ao desejo de impor uma política de neutralidade interna e externa em matéria de fé. As questões remetidas ao TJUE podiam ser resumidas da seguinte forma: o Tribunal tinha de responder **(a)** se a proibição de usar símbolos religiosos no local de trabalho, através de um regulamento ou instrução, equivalia a uma **discriminação directa ou indirecta**, à luz do **artigo 2.º, n.º 1, a) e b) da Directiva 2000/78/CE**, **(b)** se as preferências dos clientes por trabalhadores neutros do ponto de vista religioso podiam ser consideradas um **requisito profissional genuíno** à luz do **artigo 4.º, n.º 1 da Directiva 2000/78/CE**, **(c)** se o desejo do empregador de manter uma política de neutralidade interna e/ou externa puder ser considerado como uma **justificação legítima** para a proibição do uso de símbolos religiosos no local de trabalho e **(d)** como conciliar a sua compreensão da **Directiva 2000/78/CE** com as disposições constitucionais nacionais que regem a liberdade de religião. Nos casos de **organizações religiosas**, a questão referida poderia ser resumida como **(e)** determinar em que termos poderia a religião ser um requisito profissional genuíno para um determinado trabalho, nos termos do **artigo 4.º, n.º 2 da Directiva 2000/78/CE**.

As respostas dadas revelam um refinamento da interpretação do conceito de discriminação consubstanciado na Directiva 2000/78/CE, bem como uma convergência progressiva com a jurisprudência do TEDH sobre a liberdade religiosa nas relações de trabalho.

III | Convergência com o TEDH (I): significado de “religião e crença”

Em primeiro lugar, é importante observar como o TJUE começou por enquadrar legalmente a questão em causa em todos estes casos, porque seguiu uma abordagem muito consistente, susceptível de influenciar jurisprudên-

cia posterior. Neste contexto, o TJUE recordou que, apesar da **Directiva 2000/78/CE** reconhecer “religião e crença” como um motivo proibido de discriminação, não definiu o que se entende por esse conceito; tomando então como fonte interpretativa o considerando (1) da Directiva, que apela à **arte. 6.º do TUE**, o qual, por sua vez, vincula a UE aos direitos fundamentais tal como são protegidos na CEDH e nas tradições constitucionais comuns dos Estados Membros, entre outros instrumentos, como princípios jurídicos, o TJUE importou esta definição da **arte. 9.º da CEDH** e do **art 10.º, n.º 1 da CFREU**; relativamente a este último, é de notar que, de acordo com o seu Preâmbulo, a CFREU *reafirma* os direitos fundamentais tal como resultam das tradições constitucionais comuns dos Estados Membros, referidos no considerando (1) da Directiva 2000/78/CE, bem como da CEDH, entre outros; o TJUE concluiu então sublinhando que, em virtude das explicações contidas no preâmbulo e das disposições do **art. 52.º, n.º 3 da CFREU**, os direitos garantidos no **art. 10.º, n.º 1 da CFREU** e do **art. 9.º da CEDH** devem ter o mesmo conteúdo e alcance.

Em segundo lugar, esta integração em branco da jurisprudência do TEDH em matéria de religião não é de forma alguma insignificante porque clarificou a relação entre ambas as ordens jurídicas e forneceu uma pista sobre a possível evolução da jurisprudência do TJUE. Uma vez que todos os Estados-membros da UE são igualmente membros da CEDH, a relação entre ambos os Tribunais não tem sido sempre confortável, especialmente desde que o TJUE emitiu o seu acórdão no **Parecer n.º 2/13 (18/12/2014)**, o qual declarou que o acordo sobre a adesão da União Europeia à CEDH não era compatível com o **artigo 6.º, n.º 2 do TUE** ou com o **Protocolo n.º 8 relativo ao artigo 6.º, n.º 2 do TUE**. Interpretando o significado de “religião e crença” à luz do **artigo 10.º** e utilizando a cláusula prevista no **artigo 52.º, n.º 3 da CFREU** como um cânone interpretativo, na realidade o TJUE contornou o obstáculo e incorporou todo o corpo de jurisprudência desenvolvido pelo TEDH no âmbito da ordem jurídica europeia. Uma vez que o conceito de “religião e crença” deve ser interpretado à luz da CFREU, e se os direitos consagrados na última têm o mesmo significado e alcance que os previstos na CEDH, deve ter-se em conta todo o corpo de jurisprudência desenvolvido na segunda para determinar correctamente o conteúdo da primeira, que deve ser considerado na interpretação da Directiva 2000/78/CE.

Este raciocínio não é tão complexo como parece inicialmente se se contemplar uma perspectiva integrada sobre a protecção dos direitos fundamentais à medida que estes emergem de vários instrumentos jurídicos.

Uma vez que os Estados membros estão vinculados à protecção da liberdade dos direitos fundamentais e emergem das suas tradições constitucionais comuns, a CFREU e a CEDH, utilizando o artigo 52.º, n.º 3 da CFREU como meio de integrar a interpretação do TEDH sobre os direitos previstos na CEDH, o TJUE evitou a possibilidade de contradição entre os dois Tribunais superiores e de um conflito entre as duas ordens jurídicas⁵.

Em terceiro lugar, a posição adoptada pelo TJUE é também muito significativa porque abriu as portas à possibilidade de introduzir restrições no exercício desses direitos sem correr o risco de um conflito entre as duas ordens jurídicas. O TJUE afirmou repetidamente em todos os casos que, da forma idêntica à jurisprudência relativa ao artigo 9.º da CEDH, o termo “religião e crença” utilizado na Directiva deve ser interpretado num sentido lato, abrangendo tanto o chamado *forum internum* (o direito a ter crenças religiosas) como o *forum externum* (o direito a manifestar essas crenças). O Tribunal acrescentou ainda no acórdão “Wabe” (C-804/18) que este entendimento estendeu-se tanto às crenças religiosas como às crenças filosóficas ou espirituais (§§49). Isto é muito importante porque enquanto o *forum internum* é inatingível, o *forum externum* pode ser regulado e sujeito a várias restrições: por outras palavras, enquanto ninguém pode interferir com o direito de possuir uma crença religiosa, a manifestação dessas crenças pode estar sujeita a várias restrições impostas pelo Estado tendo em conta a necessidade de salvaguardar outros interesses. A legitimidade dessas restrições é verificada através de uma *análise de proporcionalidade* utilizada no contexto da compressão dos direitos fundamentais. Isto proporciona uma margem de manobra considerável para que o TJUE faça uma avaliação sem estar demasiado vinculado ao TEDH, porquanto essas restrições devem ser consideradas à luz dos direitos e obrigações previstos no contexto de um instrumento jurídico específico da UE. O TJUE disse-o claramente nas decisões “Wabe” (C-804/18) e “MH Müller” (C-341/19), quando se referiu repetidamente à análise de proporcionalidade realizada no acórdão *Centraal Israëlitisch Consistorie van België e Outros* (C-336/19), o qual dizia respeito a um conflito entre as leis de bem-estar animal e o abate ritual; o TJUE destacou as obrigações emergentes para os Estados membros da primeira quando examinou a restrição que impuseram ao exercício das crenças religiosas. Isto é conhecido no Direito Constitucional comparado como “concordância prática”, o que significa que todos os direitos fundamentais em conflito devem ser interpretados de uma forma que proporcione a cada um deles o máximo grau de expressão. Ao fazê-lo, o TJUE abriu as portas à

⁵ (Witte, 2005)

consideração das regras que emanam da ordem jurídica da UE, ao avaliar a legitimidade das restrições.

Em quarto lugar, esta posição adoptada pelo TJUE foi também extremamente relevante porque, tal como o TEDH, permitiu a possibilidade de reconhecer uma *margem de apreciação* aos Estados membros em matéria de religião. Como veremos mais adiante, isto foi conseguido ao abrir as portas à contemplação dos valores constitucionais nacionais no contexto da análise de proporcionalidade levada a cabo pelo TJUE. Isto é muito importante porque os Estados membros têm regulamentações muito divergentes em matéria de religião na esfera pública, as quais são fortemente influenciadas por factores históricos e sociais. A tradição francesa de laicidade e a tradição alemã de *neutralidade* não são equivalentes e nenhuma é melhor do que a outra, foram os meios que cada Estado desenvolveu para regular questões religiosas tendo em conta a sua evolução cultural.

IV | Variedades de discriminação: discriminação directa vs indirecta

O TJUE também fez várias considerações nestes casos que, lidas em conjunto, equivalem a um refinamento do conceito de discriminação consubstanciado na **Directiva 2000/78/CE**, no que diz respeito à religião, como um motivo de discriminação. Como ponto preliminar, é de salientar que o conceito de discriminação previsto no **artigo 2.º, n.º 2, a) e b) da Directiva 2000/78/CE** consiste numa codificação da jurisprudência desenvolvida pelo TJUE (então TJUE) no contexto do artigo 157.º TFUE (antigo artigo 141.º TEC), que por sua vez foi fortemente influenciado pelas decisões do tribunal anglo-americano sobre discriminação.

Em primeiro lugar, começando pelo conceito de discriminação directa, o TJUE fez algumas observações interessantes sobre se e em que termos uma regra interna de uma organização poderia ser considerada directa ou indirectamente discriminatória em matéria de símbolos religiosos. O TJUE considerou que se as regras de uma organização interna exigiam que todos os trabalhadores se vestissem de forma neutra, independentemente da religião e crença ou falta delas, então não se podia dizer que essa regulamentação interna introduzisse uma diferença de tratamento devido à religião, pelo que não havia discriminação directa (ver §§22-32 do processo “**Samira Achbita**” (C-157/15) e §§43-55 do processo “**Wabe**” (C-804/18)).

Algumas palavras de esclarecimento: o conceito de *discriminação directa* consubstanciado no **artigo 2.º, n.º 2, a) da Directiva 2000/78/CE** e

a jurisprudência que a influenciou exige a verificação de uma *relação de causalidade* entre o tratamento efectuado e o motivo de discriminação; nos seus termos, isto impõe a existência de um *elemento de comparação*, real ou hipotético: alguém é discriminado se for tratado de forma diferente do que alguém foi ou teria sido se não fosse devido a um motivo de discriminação (*X foi discriminado porque foi ou teria sido tratado de forma diferente de Y por motivos religiosos*). O TJUE esclareceu em §§49-52 de “Wabe” (C-804/18) a identidade do comparador em casos de discriminação: considerando que a regra em questão não limita o círculo de pessoas em relação às quais pode ser feita uma comparação a fim de identificar discriminação com base na religião ou crença, não protege os direitos dos crentes em relação aos não-crentes, protege a crença ou falta dela como um motivo de discriminação em si mesma. Por outras palavras: *não é correcto dizer que o regulamento em questão discrimina entre crentes e não crentes porque todos eles são abrangidos pela mesma proibição (o uso de símbolos que revelam a sua crença ou falta dela)*; a única exigência feita pelo TJUE foi que a regra fosse aplicada de uma forma *geral e indiferenciada*, o que significa que deveria aplicar-se igualmente a todos os trabalhadores (§§52).

A este respeito, é de salientar que o raciocínio do TJUE foi fortemente influenciado pelo conceito de religião corporizado no **artigo 9.º da CEDH**, o qual abrange expressamente o direito de não ter uma religião ou crença (o que significa que crentes e não crentes são colocados numa posição equivalente). O motivo de discriminação “religião e crença” protegido na **Directiva 2000/78/CE** protege os direitos de todos a ter ou não ter uma crença. Uma vez que se depreende dos factos do caso que os sinais que promovem ou revelam ateísmo, agnosticismo, sentimentos irreligiosos e tais também não seriam permitidos, o TJUE concluiu que o regulamento em questão se aplicava de forma geral e indiferenciada a todos os trabalhadores, independentemente da crença ou falta dela e, por conseguinte, não havia discriminação directa porque não havia tratamento diferenciado devido à religião.

Em segundo lugar, é também importante compreender o raciocínio do TJUE em “MH Müller” (C-341/19), onde analisou um regulamento que proibia somente os símbolos religiosos ostensivos (§§71-78). Nesta situação, o TJUE concluiu que, quando o critério de usar sinais ostensivos e de grande dimensão de crenças políticas, filosóficas ou religiosas estiver inextricavelmente ligado a uma ou mais religiões ou crenças específicas, a proibição imposta por um empregador aos seus trabalhadores de usar esses sinais com base nesse critério significará que alguns serão tratados menos favora-

velmente do que outros com base na sua religião ou crença, e que a discriminação directa, na acepção do **artigo 2.º, n.º 2, alínea a), da Directiva 2000/78**, pode, portanto, ser estabelecida.

Tendo em conta as explicações acima expostas, este raciocínio do TJUE torna-se mais fácil de compreender. Uma vez que a Directiva **2000/78/CE** proíbe qualquer tratamento diferenciado *devido à* religião, se a regra em questão só se aplica a certos símbolos religiosos ostensivos, então deve-se concluir que é directamente discriminatório porque introduz um tratamento diferente directamente baseado na religião ou crença: *se a pessoa não fosse de uma determinada religião, então ter-lhe-ia sido permitido usar um sinal religioso discreto*. Contudo, poderíamos também responder que todas as fés ou falta delas eram igualmente proibidas de usar sinais ostensivos da sua crença. Aqui reside a originalidade da questão: a discriminação directa só ocorre quando o uso de tais sinais ostensivos fizer parte *integrante da religião ou crença em questão* (o Tribunal utilizou a expressão “*está indissociavelmente ligado a uma ou mais religiões ou crenças específicas*”). Por outras palavras: se a religião exige o uso de sinais ostensivos indicativos da sua fé, então a proibição de tais sinais implica uma discriminação directa porque o crente é colocado numa posição menos favorável do que outros crentes cuja fé lhe permite o uso de sinais religiosos mais discretos.

Isto levanta uma série de questões: em primeiro lugar, uma discussão teológica sobre se certos comportamentos por parte dos crentes estão intimamente ligados à sua religião ou equivalem simplesmente a uma manifestação voluntária da sua fé: o Islão exige realmente que as mulheres usem um véu ou se é antes um fenómeno cultural, por parte de algumas comunidades de fé predominantemente islâmica ou mesmo um sinal voluntário de modéstia, inspirado mas não necessariamente comandado por sentimentos religiosos? Por outro lado, esta posição do TJUE ecoa a adoptada pelo TEDH nos processos apensos ***Eweida e outros contra o Reino Unido (n.º 48420/10, 59842/10, 51671/10 e 36516/10)***, onde o TEDH considerou que o Estado tinha dado demasiada relevância ao desejo de uma empresa de prosseguir uma política de neutralidade *em relação aos clientes*, exigindo a um trabalhador que removesse uma cruz cristã, ao passo que permitia aos trabalhadores muçulmanos e sikh ou vestir as vestes de cabeça se estas correspondessem a um comando religioso.

Em terceiro lugar, o TJUE também considerou que mesmo que formulados de forma neutra, os regulamentos que proíbem o uso de símbolos religiosos no local de trabalho poderiam equivaler a uma *discriminação indirecta*. Isto foi respondido em **§§33-34 “Samira Achbita” (C-157/15)** e **§§59 de**

“**Wabe**” (C-804/18). É importante notar que o TJUE não se declarou expressamente que tais regras eram indirectamente discriminatórias mas assentou nessa premissa para analisar as possíveis justificações para a restrição. Por outras palavras, embora tenha relegado para o tribunal de reenvio a decisão final quanto ao carácter indirectamente discriminatório da regra em causa, o restante do seu raciocínio foi sustentado no pressuposto de que essa regra era efectivamente discriminatória, uma vez que afectava sobretudo as mulheres de uma determinada religião. Este é um segmento importante das decisões porquanto o TJUE não disse que as regras que proíbem o uso de símbolos religiosos no local de trabalho eram discriminatórias *per se*, limitando-se a dizer que podiam ser discriminatórias em certas situações, que cabia aos Tribunais nacionais determinar. Uma questão importante a avaliar seria se as ditas regras eram discriminatórias em termos de género — porque em todos os casos de “*véu muçulmano*”, os queixosos eram mulheres — mas uma vez que o “*sexo*”, como motivo de discriminação, se encontra fora do âmbito da **Directiva 2000/78/CE**, não podia examinar essa questão (§§58 de **Wabe**” (C-804/18)). Talvez tenha sugerido uma outra referência preliminar.

IV | Justificar a discriminação: a neutralidade religiosa como um requisito profissional genuíno, como um interesse legítimo e avaliações de proporcionalidade

Uma das partes mais importantes das decisões consistiu na análise da possibilidade de justificação de regras e comportamentos discriminatórios porque o TJUE usou a possibilidade de desenvolver a sua interpretação de alguns conceitos-chave comuns a todas as directivas sobre discriminação, tais como os **requisitos profissionais genuínos** e a ponderação de valores conflituosos na **avaliação da proporcionalidade** em situações de discriminação indirecta.

Em primeiro lugar, quanto à justificação da discriminação directa, as decisões “**Asma Bougnaoui**” (C-188/15), “**Vera Egenberger** (C-414/16)” e “**IR v. IQ** (C-68/17)” levantam questões muito diferentes. No sistema da **Directiva 2000/78/CE**, a discriminação directa pode ser justificada em várias circunstâncias: se ignorarmos os motivos de discriminação “deficiência” e “idade”, que têm regras próprias (arts. 5.º e 6.º da **Directiva 2000/78/CE**), na “religião” um tratamento desigual poderá teoricamente ser justificado através da chamada cláusula geral de “**exigência profissional genuína e determinante**”, que tem uma regra complementar que prevê a

situação específica das organizações religiosas (**ponto 23 e art. 4.º, n.º 1 e n.º 2 da Directiva 2000/78/CE**). Em qualquer destes casos, existe a possibilidade de justificar um tratamento directamente discriminatório se este puder ser objectiva e proporcionalmente justificado em virtude da natureza das actividades particulares em causa ou do contexto em que são realizadas. O TJUE também decidiu que não é o motivo em que se baseia a diferença de tratamento mas uma característica relacionada com esse motivo que deve constituir uma exigência profissional genuína e determinante (ver §§37 de “**Asma Bougnaoui**” (C-188/15) e a jurisprudência citada). Apesar da aparente abertura da disposição (porque se estende tanto à *natureza* como ao *contexto das actividades* e tem em conta as características relacionadas com o motivo de discriminação), o TJUE tem vindo a interpretá-lo de forma tão restritiva a ponto de a sua invocação se tornar uma tarefa difícil.

O TJUE tem um extenso corpo de jurisprudência sobre “idade” como um requisito profissional genuíno e tem interpretado consistentemente o **artigo 4.º, n.º 1 da Directiva 2000/78/CE** de uma forma restritiva: nos acórdãos **Collin Wolf (C-229/08)**, **Vital Pérez (C-416/13)**, **Salaberria Sorondo (C-258/16)** e **Prige (C-447/19)**, o TJUE admitiu que a idade poderia constituir uma exigência profissional genuína para algumas profissões em que se pudesse demonstrar que exigiam um certo grau de aptidão física que se iria deteriorar com o tempo; a medida em que essas exigências podiam ser impostas dependia de uma avaliação da proporcionalidade, que variava de acordo com as circunstâncias de cada um desses casos.

No que diz respeito à “religião” como um *requisito profissional genuíno*, em termos do **artigo 4.º, n.º 1 da Directiva 2000/78/CE**, o TJUE rapidamente afastou a possibilidade de invocar as **preferências dos clientes** para sujeitar os trabalhadores a um tratamento díspar devido à religião nos §§34-41 de “**Asma Bougnaoui**” (C-188/15). Isto não constituirá surpresa para ninguém que tenha acompanhado a jurisprudência do TJUE sobre discriminação por duas razões: por um lado, as “preferências do cliente” não são uma característica relacionada com a religião; por outro lado, o TJUE já tinha posto de lado esse argumento no acórdão “**Firma Feryn**” (C-54/07), em termos de “raça e origem étnica” como motivo de discriminação. Não havia razão para decidir aqui de forma diferente, pelo que o TJUE manteve uma interpretação consistente.

Esta interpretação foi mantida quando o TJUE considerou os direitos das organizações religiosas: o **artigo 4.º, n.º 2 da Directiva 2000/78/CE** regula a “religião” como um requisito profissional genuíno no contexto das organizações religiosas: os requisitos da excepção são essencialmente os

mesmos que os previstos no **n.º 1**, com a nota adicional de que a disposição também exigia que a diferença de tratamento fosse implementada tendo em conta as disposições e princípios constitucionais dos Estados membros, bem como os princípios gerais do Direito da União Europeia, não devendo justificar a discriminação por outro motivo. Isto é muito importante para Estados membros como a Alemanha, onde as disposições constitucionais nacionais proporcionaram uma considerável margem de manobra às organizações religiosas sob os auspícios da chamada “lei da igreja” (*Kirchenrecht*).

O TJUE manteve essa interpretação restritiva nos acórdãos “**Vera Egenberger (C-414/16)**” e “**IR v. QI (C-68/17)**”, exigindo essencialmente uma *razão preponderante objectivamente verificável* para que uma organização religiosa utilize a “religião” como um motivo justificativo para um tratamento díspar. O TJUE densificou a disposição e colocou vários requisitos para que os Tribunais nacionais pudessem utilizar esta excepção: começou por exigir a existência de uma *ligação directa objectivamente verificável* entre a religião como requisito profissional exigido pelo empregador e a natureza das actividades em causa, a qual poderia decorrer tanto da *natureza* da actividade, como do contexto em que é exercida; exigiu ainda que a pertença a uma determinada comunidade de credo fosse considerada *necessária* devido à importância da actividade profissional em causa para a afirmação dessa ética do exercício pela organização da sua autonomia religiosa; no que respeita aos requisitos de *legitimidade e justificação*, o TJUE impôs ainda que a excepção religiosa não fosse invocada para justificar objectivos que ultrapassassem a protecção da sua ética e que o ónus da prova do cumprimento destas condições prévias recaísse sobre a organização religiosa, a qual deveria demonstrá-las de forma objectivamente verificável (ver §§42-60 de “**Vera Egenberger (C-414/16)**” e §§38-61 de “**IR v. IQ (C-68/17)**”).

Esta interpretação extremamente restritiva levou a algumas críticas, especialmente por parte da doutrina alemã, devido à percepção de que o TJUE não tomou em consideração o **artigo 17.º do TFUE**, o qual constitucionaliza o reconhecimento pela UE do estatuto das igrejas e associações ou comunidades religiosas nos Estados Membros ao abrigo das suas respectivas legislações nacionais. Isto é particularmente verdade face ao **§9º, n.º 2 da Lei Geral de Igualdade alemã (*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*)**, a qual concedeu às organizações religiosas o direito de exigir um comportamento “leal e sincero” (*loyales und aufrichtiges Verhalten*) aos seus trabalhadores, uma disposição que tem sido utilizada generosamente pelos Tribunais alemães para dar às organizações religiosas algum grau de liberdade nas suas exigências aos seus subordinados. O TJUE também

declarou nos §§56-58 de “Vera Egenberger (C-414/16)” e §48 de “IR v. IQ (C-68/17)” que o artigo 17º do TFUE (correspondente à Declaração n.º 11.º sobre o estatuto das igrejas e organizações não confessionais, anexado à Acta Final do Tratado de Amesterdão) tinha sido contemplado na elaboração da **Directiva 2000/78/CE**, como se depreende do seu considerando 24 e que a autonomia das organizações religiosas não as isenta de cumprir as exigências de um controlo judicial efectivo.

Contudo, as dúvidas permanecem: tendo em conta a jurisprudência remanescente sobre o **artigo 4.º, n.º 1 da Directiva 2000/78/CE**, fica-se com a sensação de que o TJUE essencialmente tornou o **n.º 2** redundante porque uma interpretação tão restritiva tornou a sua aplicação fundamentalmente idêntica àquela que poderia ser alcançada através do **n.º 1**. Qual a finalidade de ter dois parágrafos e prever a situação específica das organizações religiosas se os requisitos de ambos os parágrafos forem idênticos? Por outro lado, temos algumas dúvidas sobre até que ponto esta restrição respeita as autonomias das igrejas nacionais, uma matéria em que os Estados membros têm regulamentações e tradições muito divergentes moldadas por um conjunto de circunstâncias históricas únicas a cada Estado membro. Uma interpretação mais benevolente não impediria os Estados membros mais secularistas de imporem requisitos mais rigorosos para a activação dessa cláusula; é um princípio do Direito da UE que os Estados membros podem sempre implementar e aplicar disposições mais favoráveis, enquanto que o contrário não é verdade. A jurisprudência futura dará uma resposta a estas questões⁶.

Em segundo lugar, no que respeita à justificação da *discriminação indirecta*, o TJUE empreendeu uma análise de proporcionalidade e concluiu que o desejo dos empregadores de implementar uma política de neutralidade em relação aos clientes (*neutralidade externa*) e dentro da força de trabalho (*neutralidade interna*) poderia ser reconhecido como um objectivo legítimo capaz de justificar um tratamento indirectamente discriminatório, desde que fossem preenchidas algumas condições. É manifesta uma evolução na fundamentação do TJUE de “**Samira Achbita**” para “**Wabe**”: enquanto no primeiro, o TJUE ficou convencido de que a política de neutralidade do empregador era protegida pela liberdade de conduzir um negócio prevista no artigo 16.º do CFREU, no segundo, o TJUE desenvolveu esta jurisprudência e ***impôs ao empregador o ónus de demonstrar uma necessidade genuína da sua parte de implementar tal política de neutralidade***, tendo em conta os desejos legítimos desses clientes ou utilizadores e as con-

⁶ (Jacobs, 2018; Mestre, 2020)

sequências adversas que esse empregador sofreria na ausência dessa política, dada a natureza das suas actividades e o contexto em que são levadas a cabo; as palavras do TJUE não deixam dúvidas quanto à evolução da sua jurisprudência quando afirmou no **§§64** de “**Wabe**” que “*o mero desejo de um empregador de prosseguir uma política de neutralidade — embora em si mesmo um objectivo legítimo — não é suficiente, enquanto tal, para justificar objectivamente uma diferença de tratamento indirectamente baseada na religião ou crença, uma vez que tal justificação só pode ser considerada como objectiva quando existe uma necessidade genuína por parte desse empregador, o que cabe a esse empregador demonstrar*”.

Tendo isto em mente, o TJUE procedeu a fazer recair sobre o empregador o ónus de demonstração de que essa política de neutralidade é adequada ao objectivo perseguido, o que significava que o empregador tem ainda o ónus de provar que tal política é implementada de uma forma coerente e sistemática; finalmente, no que respeita ao critério da *proporcionalidade* (no sentido da proibição do excesso), o empregador precisa ainda de demonstrar que a proibição em questão não vai além do estritamente necessário, tendo em conta a escala real e a gravidade das consequências adversas que procura evitar ao adoptar essa proibição (“**Samira Achbita**” (C-157/15) (§§36-43), “**Wabe**” (C-804/18) (§§56-70) e “**MH Müller**” (C-341/19) (§74-78)).

Podemos observar aqui uma evolução clara na interpretação do TJUE no sentido de impor um ónus mais pesado de justificação para as políticas de neutralidade. Estas decisões não passaram um cartão em branco aos empregadores para implementar políticas de neutralidade externa e interna, porque *criaram um ónus de prova do seu lado de demonstração de uma necessidade real de tais políticas*. Isto não é totalmente original porquanto espelha o entendimento da jurisprudência alemã sobre liberdade religiosa no local de trabalho, que exige dos empregadores a demonstração de uma *necessidade real* de interferir com o direito constitucionalmente protegido à liberdade religiosa por parte dos trabalhadores. Este é um encargo muito pesado para o empregador, porque a redacção dos casos tornou muito difícil distinguir quando essas necessidades são consideradas legítimas.

Temos de ter em mente que o TJUE acrescentou ainda que estas situações não reflectem as encontradas em “**Asma Bougnaoui**” (C-188/15) e “**Firma Feryn**” (C-54/07), ambas lidando com situações de discriminação directa, em que o TJUE estabeleceu que as “preferências do cliente” não eram uma justificação suficiente para a discriminação directa com base na religião e raça. Por outro lado, em “**MH Müller**” (C-341/19), o TJUE deu

uma resposta que ficou em aberto em “**Samira Achbita**” (C-157/15) de saber se as políticas de neutralidade religiosa podiam ser implementadas dentro da empresa. Neste sentido, o TJUE parece ter ido além da jurisprudência do TEDH na sua avaliação da proporcionalidade, colocando requisitos mais rigorosos para o teste da discriminação indirecta. Consequentemente, parece que o TJUE optou por ir além do limiar oferecido pela interpretação do **artigo 9.º da CEDH** e oferecer um maior grau de protecção à luz do direito da UE.

Várias questões permanecem: quando é legítimo para um empregador satisfazer o desejo dos seus *stakeholders* de um local de trabalho sem manifestações religiosas? Como pode um empregador demonstrar uma necessidade real de implementar uma política de neutralidade? Em “**Asma Bougnaoui**” (C-188/15) e “**Firma Feryn**” (C-54/07), as preferências dos clientes foram consideradas uma justificação ilegítima porque se tratava de situações de discriminação directa (os clientes não desejavam trabalhar com pessoas de uma determinada religião ou etnia). Contudo, em “**Wabe**” (C-804/18), o TJUE reconheceu como objectivo legítimo o direito dos pais a assegurar que a educação e ensino dos seus filhos, de acordo com as suas crenças religiosas, filosóficas e pedagógicas reconhecidas no art 14º CFREU ou o seu desejo de ter os seus filhos supervisionados por pessoas que não manifestam a sua religião ou crença quando estão em contacto com as crianças, com o objectivo de garantir o desenvolvimento livre e pessoal das crianças no que diz respeito à religião, crença e política. Isto levanta mais questões do que aquelas que resolvem porque, no final, a questão reside na legitimidade do desejo de qualquer pessoa de um ambiente profissional livre de religião. Se os pais podem querer educar os seus filhos num ambiente sem religião, é legítimo, *apropriado e proporcional* que um empregador não corra o risco de ofender as crenças de ninguém e, portanto, introduza uma política de neutralidade religiosa em relação aos clientes e outros trabalhadores da sua força de trabalho? Qualquer uma destas questões dificilmente passaria no teste de proporcionalidade mas o mesmo se poderia dizer sobre os “casos do jardim de infância” (“**Wabe**” (C-804/18) e **Dahlab v. Suíça** (n.º 42393/98)): o Tribunal Constitucional alemão decidiu no seu acórdão de 27/01/2015 (**BvR 471/10 e BvR 118/10**) que uma simples ostentação de símbolos religiosos por professores não poderia ser considerada como pondo em perigo *per se* o princípio da neutralidade do Estado em termos de educação religiosa; pelo contrário, era uma manifestação da pluralidade da sociedade civil que os estudantes deveriam ser capazes de enfrentar e, portanto, não deveria ser permitida se não fosse demonstrada a existência de um

perigo concreto para os estudantes. Poder-se-ia discutir que tanto o TEDH como o TJUE deram muita margem de manobra aos desejos dos pais por uma educação sem religião? Acreditamos que isto terá de ser respondido em mais referências preliminares e, por conseguinte, a discussão está longe de estar concluída.

V | Variedades de discriminação: valores constitucionais nacionais e convergência com o TEDH (II):

O TJUE forneceu igualmente uma resposta, nos processos apensos “**Wabe**” (C-804/18) e “**MH Müller**” (C-341/19), à difícil questão da relação entre as disposições constitucionais nacionais e a interpretação que fez da **Directiva 2000/78/CE (§§79-90)**. Quanto à questão de determinar se os comandos constitucionais nacionais poderiam ser considerados no teste de proporcionalidade, o TJUE começou por observar que quando o tribunal nacional inicia tal teste em casos de discriminação indirecta, deve necessariamente ter em conta os vários direitos, liberdades e interesses envolvidos no caso e limitar a restrição ao mínimo possível, estabelecendo um justo equilíbrio entre os vários direitos e interesses em conflito. Quanto à questão específica referida pelo tribunal nacional, o TJUE declarou simplesmente que essa necessidade já tinha sido estabelecida na avaliação da proporcionalidade imposta pela Directiva 2000/78/CE, deixando assim a questão sem resposta. Em relação à questão de saber se as disposições nacionais poderiam ser consideradas “disposições mais favoráveis” à luz do **artigo 8.º, n.º 1 da Directiva 2000/78/CE**, o TJUE forneceu uma resposta redonda: considerou que a própria Directiva 2000/78/CE regulou a questão relativa aos conflitos entre a liberdade de pensamento, consciência e religião e os objectivos legítimos que podem ser invocados para justificar um tratamento desigual; na ausência de um consenso a nível da UE sobre essa matéria, optou por prever uma margem de discricionariedade para os Estados membros, que poderia ser sujeita a revisão judicial pelo TJUE; terminou concluindo que as disposições nacionais que protegem a liberdade de religião poderiam ser tidas em conta como disposições mais favoráveis, na acepção do art. 8.º, n.º 1, no contexto do teste de adequação.

Algumas palavras: *em primeiro lugar*, constitui um princípio estabelecido do Direito da União Europeia que quaisquer medidas relativas à política social adoptadas a nível da UE equivalem simplesmente a requisitos mínimos, a fim de assegurar condições equitativas (*floor of rights, level playing*

field): os Estados membros são livres de adoptar disposições mais favoráveis desde que compatíveis com os Tratados (art. 154.º, n.º 4º, §2 do TFUE). Se a lei constitucional nacional coloca requisitos mais exigentes para passar no teste de proporcionalidade, então devem ser tidas em conta essas disposições desde que sejam aplicadas de forma consistente com o direito da UE. Embora tal pareça um truísmo, era extremamente importante que o TJUE o dissesse expressamente, especialmente após o acórdão do **Tribunal Constitucional alemão de 05/05/2020**, o qual lançou um terramoto em toda a Europa quando questionou a primazia dos Tratados e a jurisdição do TJUE. Não existe conflito entre o nível de protecção proporcionado pelo Direito da União Europeia e o direito nacional, porque os estados membros devem sempre aplicar o regime mais protector. Isto é muito importante porque contribuiu ainda mais para a discussão em curso sobre a protecção dos direitos fundamentais em regimes a vários níveis.

Em segundo lugar, no que diz respeito à escolha das palavras pelo TJUE quando confrontado com regulamentações nacionais muito divergentes relativas à liberdade religiosa, a expressão “**margem de discricionarie-dade**” faz estranhamente lembrar a doutrina da “margem de apreciação” adoptada pelo TEDH no contexto da CEDH. Aqui podemos observar uma tentativa explícita de convergência entre a jurisprudência e as abordagens empreendidas por ambos os Tribunais internacionais em matéria de religião. A ideia principal é que os Estados membros são livres de regular as questões religiosas nas relações laborais no contexto da CEDH e da CDFUE e que o TEDH e o TJUE realizariam simplesmente um acto de revisão judicial a fim de colocar limites.

Assumindo os rigorosos requisitos de justificação colocados pelo TJUE em “**Wabe**” (C-804/18), se ensaiarmos a sua aplicação na jurisprudência existente do TEDH, talvez a solução tivesse sido a mesma: em **Dahlab v. Suíça** (n.º 42393/98), um caso paralelo à situação em “**Wabe**” (C-804/18), o TEDH reconheceu que uma lei nacional que exigia a neutralidade religiosa por parte das pessoas que trabalhavam em escolas primárias públicas era uma restrição *legítima, apropriada e proporcional* ao direito de exercer a liberdade religiosa, porque a protecção das crianças e as leis suíças relativas à igualdade de género eram consideradas objectivos legítimos. Em **Eweida vs Reino Unido** (n.º 48420/10), um caso muito semelhante à situação discutida em “**MH Müller**” (C-341/19), o TEDH decidiu que o desejo de uma empresa de projectar uma imagem de neutralidade para os seus clientes falhou no teste de proporcionalidade porque a política da empresa

só se aplicava a alguns símbolos (uma cruz cristã discreta) enquanto que outros símbolos religiosos eram permitidos. Em **Ebrahimian vs França (n.º 64846)**, **Kurtulmus vs Turquia (n.º 65500/01)** e **Ladele vs Reino Unido (n.º 51671/10)** e **MacFarlane vs Reino Unido (n.º 36516/10)**, o TEDH considerou que era legal para um Estado impor um princípio de neutralidade confessional nos serviços públicos (um hospital, uma universidade pública, um escrivão e um conselheiro matrimonial) e exigir que as requerentes do sexo feminino retirassem o lenço de cabeça ou realizassem casamentos (em Ladele) ou aconselhamento (em MacFarlane) a casais homossexuais; foi reconhecida uma margem de apreciação ao Estado nesta matéria e o TEDH considerou que o Estado não tinha ido além disso⁷. Tendo em conta os direitos e princípios reconhecidos na CFREU e a “margem de apreciação” expressamente reconhecida aos Estados membros, consideramos que a decisão do TJUE teria sido idêntica em todos estes casos. O futuro dirá se a abordagem empreendida por ambos os Tribunais continuará a convergir ou a seguir caminhos distintos. No entanto, os Estados membros serão sempre obrigados a aplicar o regime mais protector, de acordo com as suas leis nacionais.

VI | O que significam estes casos para a liberdade religiosa nas relações laborais?

O filósofo alemão Jürgen Habermas escreveu extensivamente sobre o tema da religião na esfera pública e sobre a evolução das sociedades modernas para sociedades pós-seculares⁸. Se o lemos correctamente, acredita que as visões de mundo religiosas e secularistas precisam de evoluir e integrar-se mutuamente: as primeiras no sentido da tradução dos seus argumentos em argumentos secularistas e universalistas e do reconhecimento de perspectivas concorrentes tão válidas como as suas próprias; a segunda no sentido do reconhecimento e integração das visões de mundo religiosas como pontos de vista válidos dentro de uma sociedade secularizada. Tendo isto em mente, a evolução da jurisprudência do TJUE e a sua posição pró-religiosa pode tornar-se mais fácil de compreender.

Acreditamos que a evolução da jurisprudência revela que é cada vez mais difícil para os empregadores justificar a discriminação directa ou indirecta com base na religião. *Em primeiro lugar*, existe uma equivalência de interpretação sobre o terreno protegido entre o TEDH e o TJUE, no sentido de que o objectivo das artes. **9.º ECHR**, **10.º**, **n.º 1 CFREU** e da **Directi-**

⁷ (Bamforth et al., n.d.; McColgan, 2005; Mestre, 2020)

⁸ (Habermas, 2009)

va 2000/78/CE não é proteger os direitos dos crentes face aos não crentes, mas sim a crença (no sentido de uma visão abrangente do mundo) *per se*. Isto é bastante importante em termos de identificação de um elemento de comparação em casos de discriminação, pois exige que qualquer política em termos de religião no local de trabalho seja aplicada de uma forma geral e indiferenciada. Tratamentos separados ou impactos díspares de regras formuladas de forma neutra devido à religião ou crença serão considerados uma forma de discriminação em si mesmos e, portanto, sujeitos a um teste de justificação, a fim de verificar a sua legitimidade. Isto equivale a um refinamento elaborado em termos de identificação de um tratamento discriminatório com base na religião, o que está de acordo com a restante jurisprudência sobre outros fundamentos de discriminação.

Em segundo lugar, a evolução do TJUE é mais visível em termos da justificação de tratamentos discriminatórios. No que respeita à discriminação directa, o TJUE manteve a sua jurisprudência anterior de não aceitar as “preferências dos clientes” como justificação para a discriminação directa, bem como a sua interpretação restritiva da verdadeira excepção das exigências profissionais, mesmo quando o empregador em causa era uma organização religiosa, exigindo nesta última situação uma ligação directa entre a actividade em causa e a religião em questão, a fim de justificar um tratamento discriminatório. Este foi um duro golpe para as organizações religiosas que tendiam a gozar de um certo grau de liberdade ao abrigo das regulamentações nacionais. Temos algumas dúvidas quanto a esta interpretação restritiva porque anulou fundamentalmente a excepção religiosa prevista no **artigo 4.º, n.º 2 da Directiva 2000/78/CE**.

No que diz respeito às situações de discriminação indirecta, poder-se-ia perceber claramente uma evolução em termos do teste da justificação: enquanto a entidade patronal admitiu que as regras de neutralidade interna e externa poderiam, em princípio, justificar situações de discriminação indirecta, colocou exigências mais pesadas à entidade patronal em termos do teste da proporcionalidade, exigindo que esta justificasse a necessidade concreta de tal política e a razão pela qual não a podia alcançar através de meios menos restritivos. Isto implica que a neutralidade religiosa na empresa deixará de ser uma simples política da entidade patronal, devendo ser justificada e sujeita a um teste de proporcionalidade. Esta é uma viragem pesada no sentido do aumento da protecção da liberdade religiosa, em detrimento da liberdade de conduzir um negócio.

Em terceiro lugar, o TJUE também clarificou a relação entre os requi-

sitos da UE e os regulamentos nacionais, admitindo expressamente que os Estados membros gozavam de uma margem de apreciação em matéria religiosa e que os requisitos constitucionais nacionais podiam ser considerados como elementos válidos no teste de proporcionalidade, embora o TJUE se tenha reservado o direito a um controlo judicial e a estabelecer limites. Isto é muito importante porque contribuiu para a clarificação da difícil relação entre a protecção dos direitos fundamentais a nível nacional e internacional.

No final, podemos ver que esta orientação é fortemente equilibrada no sentido da protecção da liberdade religiosa à custa das liberdades económicas. Será cada vez mais difícil para os empregadores justificar discriminações indirectas no local de trabalho, embora a cláusula de “margem de discricionariedade” possa permitir a consideração dos requisitos constitucionais nacionais no teste de proporcionalidade. Casos futuros revelarão os limites e a margem de manobra que o TJUE irá conceder aos estados membros. •

BIBLIOGRAFIA

Adam, P. (2013). Baby Loup: Horizons et défense d’une jurisprudence anethème. *Revue de Droit Du Travail*, 385-393.

Bamforth, N., Malik, M., & O’Cinneide, C. (n.d.). *Lei da Discriminação. Teoria e Contexto*. Thomson Sweet & Maxwell.

Habermas, J. (2009). Die Revitalisierung der Weltreligionen-Herausforderung für ein Säkulares Selbstverständnis der Moderne? In *Philosophische Texte* (Vol. 5, pp. 387-407).

Habermas, J. (2009). Equal Treatment of Cultures and the Limits of Postmodern Liberalism (Igualdade de tratamento das culturas e os limites do liberalismo pós-moderno). In *Between Naturalism and Religion* (pp. 271-311). Apolítica.

Jacobs, M. (2018). Aktuelle Entwicklungen im deutshen und europäischen Antidiskriminierungsrecht. *Recht Der Arbeit*, 5, 236-270.

Leiss, J. R. (2015). One Court, Two Voices: Nota de Caso sobre a Ordem do Primeiro Senado sobre a Proibição do Lenço de Cabeça para Professores, de 27 de Janeiro de 2015: Processo n.º 1 BvR 471/10, 1 BvR 1181/10. *Jornal de Direito Alemão*, 16(4), 902-916.

ahlmann, M. (n.d.). O Simbolismo Religioso e a Resiliência do Constitucionalismo Liberal: Sobre a Segunda Decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão sobre o Lenço. *Jornal de Direito Alemão*, 16(4), 887-900.

McColgan, A. (2005). *Lei da Discriminação - Texto, casos e materiais*. Hart.

Mestre, B. (2020). *Direito Antidiscriminação. Uma perspectiva Europeia e Comparada*. Vida Económica.

Meyer, C. (2020). Das Kopftuch am Arbeitsplatz und unternehmerische Neutralitätskonzepte: Wie verändert Europäisches Gleichbehandlungsrecht den Umgang mit der Religionfreiheit in Arbeitsverhältnissen zwischen Privaten? *Europäisches Zeitschrift Für Arbeitsrecht*, 207-233.

Neugebauer, F., & Sura, S. (2018). Das Verbot religiöser Kleidung und Symbolik am Arbeitsplatz-Unternehmerisches Freiheitsrecht und öffentliches Desiderat einer neutralen Beschäftigungsgestaltung. *Recht Der Arbeit*, 6, 350-359.

Witte, B. de. (2005). *A Trajectória dos Direitos Sociais Fundamentais na União Europeia. Nos Direitos Sociais na Europa*. Oxford.



AS PLATAFORMAS DIGITAIS E O NOVO ART. 12.º-A DO CÓDIGO DO TRABALHO: Empreendendo ou Trabalhando?



João Leal Amado
Professor Catedrático da Faculdade de Direito,
Universidade de Coimbra

RESUMO: neste texto ensaia-se uma reflexão sobre o sentido e alcance do novo art. 12.º-A do Código do Trabalho, aditado pela Lei n.º 13/2023, de 3 de abril, norma que veio criar uma nova “presunção de laboralidade”, no âmbito da prestação de atividade para plataformas digitais.

PALAVRAS-CHAVE: plataformas digitais; contrato de trabalho; presunção de laboralidade

“As categorias de trabalho subordinado, também conhecido como emprego, e de trabalho autónomo foram construídas a partir de uma diferença básica: o trabalhador subordinado está inserido na atividade econômica alheia, enquanto o autónomo realiza atividade econômica própria. O trabalhador subordinado, ou empregado, presta trabalho em negócio alheio, enquanto o segundo realiza negócio próprio. O empregado é, como o próprio nome já diz, empregado em negócio alheio, no sentido comum de “utilizado”, ou seja, o emprego é o fato do empregador empregar ou utilizar o empregado em sua atividade econômica. Por outro lado, o trabalhador autónomo não é empregado por empreendimento alheio, pois ele mesmo realiza pessoalmente o seu próprio negócio. O trabalhador autónomo tem sua própria empresa ou empreendimento. (...). Um trabalhador autónomo é justamente aquele que realiza um trabalho individual por conta própria, ou seja, que realiza negócio próprio em empreendimento por ele mesmo organizado e estruturado; por sua vez, o empregado não realiza empreendimento, não tem negócio próprio e apenas se insere na atividade econômica de outrem ou a ela adere”.

Rodrigo de Lacerda Carelli, “O trabalho em plataformas e o vínculo de emprego: desfazendo mitos e mostrando a nudez do rei”, in *Futuro do Trabalho: os efeitos da revolução digital na sociedade*, Escola Superior do Ministério Público da União, Brasília, 2020, pp. 74-75.

1 | A prestação de serviços via/para plataforma digitais

As profundas mudanças registadas, nos últimos anos, na forma de trabalhar e nos modos de prestar serviços, pondo em contacto a oferta e a procura, interpelam, crescentemente, o Direito. E também, claro, o Direito do

Trabalho. Em particular, o trabalho prestado com recurso a plataformas digitais, seja a que nos proporciona uma alternativa de transporte ao clássico táxi, seja a que nos permite encomendar o almoço ou o jantar através de uma cómoda app, tem colocado questões jurídicas delicadas, dir-se-ia que à escala universal, a primeira das quais consiste, claro, na qualificação da relação que se estabelece entre a empresa que opera na plataforma digital (a Glovo, a Uber, etc.) e os respetivos prestadores de serviços, aqueles que transportam os clientes ao seu destino (os motoristas) ou que lhes levam a casa a refeição (os chamados “entregadores” ou “estafetas”).

É sabido que o Direito do Trabalho foi um produto tardio da Revolução Industrial, nasceu num ambiente fabril e a pensar na situação dos operários, assumiu-se como “direito do contrato de trabalho”, um contrato marcado pela nota da dependência, da subordinação. A relação de troca entre trabalho e salário, estabelecida no cenário da velha fábrica – uma relação fortemente hierarquizada, em que o trabalhador está sujeito a um apertado controlo e vigilância por parte do empregador ou do “chefe”, em que o trabalhador não tem qualquer margem de autonomia operatória e se sujeita às ordens e aos comandos estritos da contraparte, devendo, acima de tudo, obedecer –, esta relação encontra-se na génese do Direito do Trabalho, correspondendo ao paradigma da sociedade industrial – uma sociedade em que, dir-se-ia, se registou a “sinédoque da subordinação”, uma espécie extrema de subordinação jurídica (mas uma espécie apenas, não o genus), registada entre o operário e a sua entidade empregadora, titular da empresa, a subordinação clássica, marcada por uma forte e constante heterodireção patronal dos diversos aspetos da prestação laboral (conteúdo, modalidades, tempo, lugar, etc.)¹.

É outrossim sabido, contudo, que a subordinação jurídica constitui uma noção de geometria variável, que comporta uma extensa escala gradativa. E, ao longo do século XX, no trânsito da sociedade industrial para uma sociedade pós-industrial, em que o setor dos serviços foi destronando a fábrica, foi-se também verificando uma flexibilização da subordinação. Esta não desapareceu, mas as formas de exercício dos poderes da entidade empregadora foram-se tornando mais dúcteis, mais sofisticadas e menos ostensivas. Vale dizer, a subordinação jurídica, a mais de conhecer limites (sob pena,

¹ Neste sentido, assinalando que aquilo que ocorreu historicamente, com a subordinação, foi uma espécie de sinédoque – a identificação do todo por uma das partes que o compõem, pela subordinação clássica própria da grande fábrica –, identificação esta que deve ser superada, tendo em conta as transformações entretanto registadas no mundo do trabalho, vd. Lorena Vasconcelos Porto, *A subordinação no contrato de trabalho – uma releitura necessária*, LTR, São Paulo, 2009, pp. 43 e ss.

aliás, de a condição do trabalhador se degradar a uma condição servil), também comporta graus distintos, tanto podendo ser muito intensa e constante como exprimir-se em moldes bastante ténues e até potenciais – desde logo, a subordinação jurídica não é incompatível com a autonomia tecnicoexecutiva, típica, por exemplo, das chamadas “profissões liberais”, como a advocacia ou a medicina, como aliás logo se retira do disposto no artigo 116.º do Código do Trabalho.

Em suma, a relação de trabalho que é objeto deste ramo do direito apresenta fronteiras difíceis de definir com precisão, havendo, decerto, zonas cinzentas nas suas margens, mas, como ensina a doutrina francesa, o seu conteúdo é um composto de obediência (a subordinação *stricto sensu*) e de fraqueza (a dependência). Ora, como acima se referiu, as apps, ao permitirem novas formas de prestar serviços, colocando em contacto a oferta e a procura, representam, sem dúvida, um dos desafios emergentes para o Direito do Trabalho. Afinal, os serviços fornecidos via apps, sejam serviços de transporte efetuados por um motorista, sejam serviços de entrega ao domicílio efetuados por um estafeta (só para darmos estes dois exemplos, frequentes nos nossos dias), relevam para o Direito do Trabalho, situando-se dentro das fronteiras deste ramo do ordenamento? Ou, pelo contrário, quem presta tais serviços são trabalhadores independentes, são, quiçá, microempresários, cuja atividade já está para além das fronteiras do direito laboral?

Não se ignora que o fenómeno da “plataformização” ou “uberização” do trabalho é muito mais vasto do que isto, sendo bem conhecida a distinção entre o chamado *crowdwork online*, que se refere a atividades que podem ser realizadas completamente online e oferecidas à escala global, e o *crowdwork offline* ou *work-on-demand* via apps, que exige uma execução local, que requer a prestação de uma atividade num determinado local, satisfazendo um cliente também espacialmente localizado. Na exposição subsequente, vamos centrar a nossa atenção nesta última modalidade, aquela que, na verdade, é mais visível e mais tangível, aquela que tem suscitado numerosas questões judiciais, por quase todo o lado².

É claro que qualificar o trabalho em plataformas³, o trabalho realizado com recurso a apps, como autónomo ou dependente sempre dependerá de uma apreciação casuística, que leve em conta os dados resultantes de cada tipo de relação, de cada concreto contrato. E também é claro que estas novas formas de prestar serviços levantam consideráveis dificuldades de

² Para maiores desenvolvimentos sobre toda esta temática, Teresa Coelho Moreira, *Direito do Trabalho na Era Digital*, Almedina, Coimbra, 2021.

³ Trabalho humano prestado através de plataformas digitais. Importa, com efeito, não cair no erro de acreditar que existem “trabalhadores digitais”. Como lucidamente observam Rodrigo Carelli, Murilo Oliveira e Sayonara Grillo, «the workers are always flesh and blood humans, with needs, desires and wills, and perform their functions in the real world, being simply camouflaged by the notion of “digital work”, that gives the impression that it is performed by a virtual being in the cyberspace» («Concept and criticism of digital labour platforms», *Labour & Law Issues*, vol. 7, n.º 1, 2021, pp. 39-40).

enquadramento, até porque, infelizmente, não dispomos de um qualquer “subordinómetro” que nos forneça uma resposta infalível e irrefutável. Não espanta, por isso, que os tribunais, um pouco por toda a parte, se tenham confrontado com esta questão, chegando a resultados nem sempre coincidentes. Vejamos dois exemplos, relevantes em si, pelo seu conteúdo e pela entidade que decide, mas também por serem bastante recentes.

2 | A GLOVO E O SUPREMO TRIBUNAL ESPANHOL

Na vizinha Espanha, o Tribunal Supremo proferiu uma decisão especialmente importante a este respeito, versando sobre o estatuto de um *rider*/estafeta da Glovo. Uma sentença paradigmática, proferida em 25 de setembro de 2020, do *Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia 805/2020*, no Rec. 4746/2019. Esta decisão configura, ademais, um acórdão de unificação da doutrina e, por isso, cremos que se justifica divulgá-la. Ora, o Supremo Tribunal espanhol reconheceu a existência, in casu, de uma relação de emprego, de uma relação de trabalho dependente e subordinado, entre o *rider* e a Glovo. Em síntese, o tribunal afirmou que:

i) A *Glovo* não é uma mera intermediária na contratação de serviços entre estabelecimentos comerciais e estafetas; não se limita a prestar um serviço eletrónico de intermediação, consistente em pôr em contacto consumidores (os clientes) e autênticos trabalhadores autónomos, antes realiza também uma atividade de coordenação e organização do serviço produtivo;

ii) Trata-se de uma empresa que presta serviços de recovagem (de transporte e entrega de mercadorias), fixando o preço e as condições de pagamento do serviço, bem como as condições essenciais para a prestação de tais serviços; e é titular dos ativos essenciais para a realização da atividade;

iii) Para isso utiliza *riders*/estafetas que não dispõem de uma organização empresarial própria e autónoma, os quais prestam os seus serviços inseridos na organização de trabalho do empregador, submetidos à direção e organização da plataforma, como o demonstra o facto de a *Glovo* estabelecer todos os aspetos relativos à forma e preço do serviço de recolha e entrega de tais produtos;

iv) Ou seja, tanto a forma de prestação do serviço como o seu preço e forma de pagamento são estabelecidos pela *Glovo*; a empresa emite instruções que lhe permitem controlar o processo produtivo e instituiu meios de controlo que incidem sobre a atividade e não apenas sobre o resultado, mediante a gestão algorítmica do serviço, as avaliações dos *riders* e a geolocalização constante;

v) O *rider*/estafeta nem organiza por si só a atividade produtiva, nem negocia preços ou condições com os titulares dos estabelecimentos que serve, nem recebe dos clientes finais a sua retribuição; in casu, o autor não tinha uma verdadeira capacidade para organizar a sua prestação de trabalho, carecendo de autonomia para isso e estando sujeito às diretrizes organizativas fixadas pela empresa; isso revela um exercício do poder empresarial quanto ao modo de prestação do serviço e um controlo da sua execução em tempo real que evidencia a presença do requisito de dependência próprio da relação laboral;

vi) Para prestar esses serviços, a *Glovo* serve-se de um programa informático que atribui os pedidos em função da avaliação de cada *rider*/estafeta, o que condiciona decisivamente a teórica liberdade de escolha de horários e de recusa de tais pedidos; ademais, a *Glovo* desfruta de um poder para sancionar os seus *riders* por uma pluralidade de condutas diferentes, o que é uma típica manifestação do poder diretivo e disciplinar do empregador;

vii) Através da plataforma digital, a *Glovo* leva a cabo um controlo em tempo real da prestação do serviço em causa, sem que o *rider* possa realizar a sua tarefa desvinculado da referida plataforma; devido a isso, o *rider* goza de uma autonomia muito limitada, que apenas abrange questões secundárias (que meio de transporte utiliza e que rota segue para realizar a entrega), pelo que o tribunal concluiu que concorrem, no caso, as notas definidoras de um contrato de trabalho entre o autor e a empresa demandada.

É certo que a margem de liberdade operacional do *rider*/estafeta é maior, bem maior, do que aquela de que dispunha o operário da velha fábrica fordista: o *rider* não parece estar sujeito a um dever de assiduidade e pontualidade (ele não tem de estar sempre disponível, pode escolher as faixas horá-

rias em que estará pronto a prestar serviço, pode até recusar certos serviços em concreto), nem está sujeito a um dever de exclusividade ou, sequer, a um dever de não concorrência (pode trabalhar para vários operadores de plataforma, prestando o mesmo tipo de serviços a empresas concorrentes), ele utiliza instrumentos de trabalho próprios (o carro, a motorizada, a bicicleta, o *smartphone*)...

Ainda assim, os traços indiciadores de dependência são muito fortes e vinculados: o estafeta (tal como, de resto, o motorista) não tem clientes, quem os tem é a *Glovo*, é esta que contacta com o mercado; os estafetas trabalham sob a marca *Glovo*, estão sujeitos a diversas formas de controlo e avaliação algorítmica por parte da *Glovo*, sendo esta que fixa os preços do serviço, etc.

A narrativa segregada pelas empresas que operam nas plataformas digitais, segundo a qual os prestadores de serviços *via apps* (os estafetas, os motoristas, etc.) desejam flexibilidade e autonomia, o que seria contrário à sua qualificação como trabalhadores dependentes, revela-se, a nosso ver, falaciosa. Isto porque o Direito do Trabalho nunca se opôs, nem se opõe, à liberdade do trabalhador. O Direito do Trabalho opôs-se e opõe-se, sim, a certas “liberdades” do empregador, que resultam da posição dominante que este ocupa na relação que estabelece com as pessoas que lhe prestam serviços (a liberdade de pagar salários baixíssimos, a liberdade de fazer com que os trabalhadores laborem durante períodos excessivos e sem observar o necessário repouso, a liberdade de despedir esses trabalhadores quando entender e pelas razões que entender, etc.).

Reiteramos: *em matéria de qualificação, tudo dependerá, como é óbvio, das circunstâncias concretas de cada relação, de cada contrato, dos direitos e obrigações das partes, da dinâmica relacional que entre elas se estabeleça.* Mas, aqui chegados, afirmamos: *a circunstância de o prestador de serviço utilizar instrumentos de trabalho próprios, bem como de estar dispensado de cumprir deveres de assiduidade, pontualidade e não concorrência, não é incompatível com a existência de uma relação de trabalho dependente entre o prestador e a plataforma eletrónica.*

Em suma, cremos que tudo estará, pois, em o Direito do Trabalho acolher estes novos prestadores de serviços *via apps* no seu seio, procedendo à devida adaptação regimental, isto é, construindo um regime laboral calibrado e ajustado às características destas novas formas de prestar serviços. Porque, convenhamos, ao olhar para um qualquer estafeta, daqueles que percorrem velozmente as ruas nas suas motos (ou, mais lentamente, pedalando nas suas bicicletas), creio que nenhum de nós se convence, seriamente, de que

ali vai um empresário – seja um microempresário, um motoempresário ou um cicloempresário...

Não. O *rider* presta a sua atividade para uma organização produtiva alheia; os frutos da sua atividade não lhe pertencem, originariamente, mas sim a outrem, a essa organização produtiva; ele não possui uma organização empresarial própria; ele não assume riscos de ganhos ou de perdas, estes são assumidos pela empresa sob cuja marca ele presta serviços. Ali vai, portanto, motorizado ou pedalando, um trabalhador dependente, um trabalhador do séc. XXI, diferente, decerto, dos seus pais, avós ou bisavós, mas, afinal, ainda um trabalhador dependente – um subordinado de novo tipo, com contornos distintos dos tradicionais, mas, em última instância, ainda dependente e subordinado na forma como desenvolve a sua atividade.

Se estas novas formas de prestar trabalho, criadas pela fantástica evolução da tecnologia, podem constituir, como por vezes se diz, uma terra de *grandes oportunidades*, não cremos que tal terra deva ser uma terra sem lei, máxime sem lei laboral. Seria até uma traição à missão histórica do Direito do Trabalho que este construísse – ou que este deixasse que se construísse – um muro conceptual e mantivesse aqueles (motoristas, estafetas, etc.) lá fora, do outro lado do muro. Esta importantíssima decisão do Supremo Tribunal espanhol representa, cremos, um passo na direção certa, desconstruindo o muro que alguns querem que exista entre estes trabalhadores de novo tipo e o Direito do Trabalho⁴.

O que está em jogo é, como bem notam Rodrigo Carelli e Murilo Oliveira, o próprio futuro do Direito do Trabalho. Nas suas palavras, «o que está em jogo, e isso que faz a disputa em torno do trabalho em plataformas ser tão importante, é o local e o papel do Direito do Trabalho na sociedade: a sua manutenção e fortalecimento como parte dos direitos fundamentais, como previsto em nossa Constituição, ou a sua prescindibilidade, em um mercado de trabalho de cunho neoliberal de concorrência de todos contra todos sob o modelo de subjetivação de empresa»⁵.

3 | A UBER E O SUPREME COURT BRITÂNICO

Mais recentemente ainda, a 19 de fevereiro de 2021, o *Supreme Court* do Reino Unido proferiu uma importante decisão, no processo *Uber BV and others (Appellants) v Aslam and others (Respondents)*, na qual, uma vez mais, os tribunais britânicos rejeitaram a tese de que os motoristas da Uber

⁴ Para desenvolvimentos a este respeito, João Leal Amado e Teresa Coelho Moreira, «A Glovo, os riders/estafetas e o Supremo Tribunal de Espanha: another brick in the wall?», *Prontuário de Direito do Trabalho*, 2020-II, pp. 121-151.

⁵ Rodrigo Lacerda Carelli e Murilo Sampaio Oliveira, *As Plataformas Digitais e o Direito do Trabalho: como entender a tecnologia e proteger as relações de trabalho no século XXI*, Editora Dialética, Belo Horizonte, 2021, p. 21.

devam ser tidos como microempresários ou como *self-employed independent contractors*, classificando-os, antes, como autênticos *workers* da Uber. Segundo o Supremo Tribunal, não é a Uber que trabalha para os seus motoristas, a inversa é que é verdadeira: a Uber é uma empresa que explora um serviço/negócio de transportes (a Uber não é uma mera *technology company*, não é uma mera plataforma digital que preste serviços de intermediação, antes está no mercado para fornecer serviços de transporte) e os motoristas disponibilizam a mão de obra especializada através da qual a empresa fornece os seus serviços ao público e auferem os seus lucros; o contrato central entre o motorista e a Uber consiste em aquele, mediante remuneração, se disponibilizar para transportar – e transportar efetivamente – os passageiros Uber para os seus destinos; o acordo entre as partes localiza-se no campo das relações de trabalho dependente, não sendo um contrato entre iguais celebrado por duas organizações empresariais independentes, sendo que os motoristas não contactam diretamente com o mercado, antes são recrutados pela Uber para trabalharem e nesta se integram como componentes da respetiva organização. Em suma, os motoristas desenvolvem a sua atividade para a marca Uber, vale dizer, eles não são trabalhadores por conta própria ou pequenos empresários que contactem com o mercado, que laborem para uma clientela indeterminada, pelo contrário, os seus clientes são pessoas indicadas pela Uber – os motoristas fornecem, afinal, a mão de obra de que a Uber necessita para explorar o seu próprio negócio⁶.

Vale a pena recapitular o essencial da argumentação expendida, *in casu*, pelo *Supreme Court*: a remuneração paga aos motoristas pelo trabalho é fixada pela Uber e os motoristas não têm qualquer palavra a dizer quanto a isto (salvo, claro, ao decidirem quando trabalhar e quanto trabalham prestam); as condições contratuais ao abrigo das quais os motoristas prestam os seus serviços são ditadas pela Uber; muito embora os motoristas tenham, em abstrato, liberdade para escolher quando trabalham, a verdade é que, a partir do momento em que um motorista se conecta, através da *app* da Uber, a sua margem de liberdade efetiva quanto à aceitação dos pedidos de transporte encontra-se, de facto, muito condicionada pela Uber; a Uber exerce um controlo muito significativo sobre a forma como os motoristas executam os seus serviços (através da tecnologia utilizada e, bem assim, através dos sistemas de avaliação da performance do motorista, que podem, no limite, levar à sua “desativação”); a Uber restringe a comunicação entre o passageiro e o motorista ao mínimo indispensável para realizar o servi-

⁶ Este caso agora decidido, em definitivo, pelo *Supreme Court*, foi objeto de uma primeira sentença do *Employment Tribunal* de Londres, proferida em 28 de outubro de 2016. Sobre esta decisão, vd. o comentário de João Leal Amado e Catarina Gomes Santos, «A Uber e os seus motoristas em Londres: *mind the gap!*», *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n.º 4001, nov.-dez. de 2016, pp. 111-127.

ção de transporte em causa e toma medidas ativas em ordem a impedir os motoristas de estabelecerem qualquer relação com o passageiro que possa estender-se para além daquela concreta corrida. Assim sendo, o Supreme Court conclui: «Ponderando estes fatores conjuntamente, pode ver-se que o serviço de transporte realizado pelos motoristas e oferecido aos passageiros através da *app* da Uber é definido e controlado, em moldes muito estritos, pela Uber. Além disso, o mesmo é concebido e organizado de forma a providenciar um serviço estandardizado aos passageiros, no qual os motoristas são tidos como substancialmente fungíveis (“interchangeable”) e do qual a Uber, e não os concretos motoristas, desfruta dos benefícios da lealdade e “goodwill” dos clientes. Vistas as coisas da perspectiva dos motoristas, esses mesmos fatores – em particular, a impossibilidade de oferecer um serviço distinto ou de estabelecer o preço dos serviços e o controlo da Uber sobre todos os aspetos da sua interação com os passageiros – significam que eles têm pouca ou nenhuma capacidade para melhorar a sua posição económica através de qualquer “skill” profissional ou empresarial. Na prática, a única forma através da qual eles podem aumentar os seus rendimentos consiste em trabalhar mais horas, sempre correspondendo aos padrões de performance fixados e exigidos pela Uber» (§101, tradução nossa).

Em suma, no caso em apreço o tribunal não teve dúvidas de que os motoristas da Uber eram *workers* e não genuínos *independent contractors*. Aqueles estão, em relação à Uber, numa situação de subordinação ou, ao menos, de “parassubordinação”, prestando trabalho para esta empresa numa posição de acentuada dependência económica. Employee ou worker, o certo é que, para o Supremo Tribunal, os motoristas da Uber não são *self-employed independent contractors*. Tanto basta para que as leis do trabalho, em matéria de jornada e de salário, lhes sejam aplicáveis. E, acrescenta o tribunal, não há manobras de engenharia jurídica, efetuadas por argutos advogados, que possam obstar a tal aplicação.

Eis, a nosso ver, a grande lição a retirar desta importante sentença. É que, por vezes, vai uma grande distância entre a engenharia contratual (e o imaginativo emaranhado terminológico adrede utilizado) e a realidade relacional. Nem *partner* nem *customer*, o *driver* é, afinal, vistas as coisas como elas são, um *worker* da Uber⁷.

⁷ Para maiores desenvolvimentos, João Leal Amado e Teresa Coelho Moreira, «A Uber, o motorista e o cliente: três ou quatro? A propósito de uma decisão do *Supreme Court* do Reino Unido», *Revista Internacional de Direito do Trabalho*, n.º 2, 2021, *RIDT*, n.º 2, 2021, bem como António Monteiro Fernandes e Luísa Teixeira Alves, «Trabalho suportado em plataformas digitais. Um ensaio de jurisprudência comparada», *Questões Laborais*, n.º 58, 2021, pp. 7-44, e Rosário Palma Ramalho, «Autonomia, subordinação jurídica e dependência económica no trabalho em plataformas digitais», *Trabalho na era digital: que direito?*, Estudos APODIT, n.º 9, AAFDL, Lisboa, 2022, pp. 307-323. Entre nós, não havendo jurisprudência, o certo é que já dispomos de uma “lei Uber”, a Lei n.º 45/2018, de 10 de agosto, a lei do TVDE (transporte individual remunerado de passageiros em veículo descaracterizado), diploma que, todavia, obriga a constituir um novo ente neste domínio, a mais do operador de plataforma eletrónica, do motorista e do cliente – o chamado “operador de TVDE”, cujo préstimo e função são muito duvidosos.

4 | O LIVRO VERDE SOBRE O FUTURO DO TRABALHO E O TRABALHO NAS PLATAFORMAS DIGITAIS

Entre nós, o *Livro Verde sobre o Futuro do Trabalho*⁸ traçou, nesta matéria, uma linha de rumo promissora. Com efeito, nele pode ler-se o seguinte, como uma das linhas de reflexão para as políticas públicas em matéria de plataformas digitais: «Criar uma presunção de laboralidade adaptada ao trabalho nas plataformas digitais, para tornar mais clara e efetiva a distinção entre trabalhador por conta de outrem e trabalhador por conta própria, sublinhando que a circunstância de o prestador de serviço utilizar instrumentos de trabalho próprios, bem como o facto de estar dispensado de cumprir deveres de assiduidade, pontualidade e não concorrência, não é incompatível com a existência de uma relação de trabalho dependente entre o prestador e a plataforma digital»⁹.

Creemos que estes pontos devem ser registados, sublinhados e aplaudidos: criar uma presunção de laboralidade, adaptada às novas formas de prestar trabalho via apps; sublinhar que o facto de o prestador de serviço utilizar instrumentos de trabalho próprios ou não estar sujeito a certos deveres inerentes à relação laboral tradicional não obsta, por si só, à existência de trabalho subordinado; e, *last but not least*, afirmar que poderá existir uma relação de trabalho dependente entre o prestador e a plataforma digital – tudo isto nos parece corresponder a premissas muito acertadas e promissoras na abordagem destas questões.

Quanto à presunção de laboralidade a criar, era de supor que a mesma viesse a traduzir-se numa espécie de réplica do artigo 12.º do Código do Trabalho¹⁰, isto é, talvez se pudesse presumir a existência de contrato de trabalho quando, na relação entre o prestador de serviço e o operador de plataforma digital, se verificassem algumas características, entre elas as seguintes: *i*) o prestador não dispor, perante o cliente, de uma organização empresarial própria e autónoma, antes prestar o seu serviço inserido na organização de trabalho da plataforma; *ii*) ser a plataforma digital a fixar os preços para o serviço realizado na mesma e a remuneração devida ao prestador, processando aquela os pagamentos a efetuar; *iii*) a plataforma digital levar a cabo um controlo em tempo real da prestação do serviço em causa,

⁸ Livro elaborado por iniciativa do Governo, no âmbito do Ministério do Trabalho e Solidariedade Social, que teve como coordenadores científicos Teresa Coelho Moreira e Guilherme Machado Dray.

⁹ A consagração de uma presunção de laboralidade neste domínio foi também acolhida por uma recente lei espanhola, o Real Decreto-lei 9/2021, de 11 de maio, nos termos do qual, por aplicação do estabelecido no art. 8.1 do Estatuto de los Trabajadores, presume-se incluída no âmbito desta lei a atividade das pessoas que prestem serviços retribuídos consistentes na entrega ou distribuição de qualquer produto de consumo ou mercadoria, por parte de empregadores que exerçam as facultades empresariais de organização, direção e controlo de forma direta, indireta ou implícita, mediante a gestão algorítmica do serviço ou das condições de trabalho, através de uma plataforma digital.

¹⁰ Sobre a presunção constante do art. 12.º do Código do Trabalho, uma presunção muito útil, em geral, mas que se revela impotente perante as novas formas de prestar trabalho através de plataformas digitais, permitimo-nos remeter para João Leal Amado, *Contrato de Trabalho – Noções Básicas*, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2022, pp. 65-71.

sem que o prestador possa realizar a sua tarefa desvinculado da plataforma, designadamente mediante a gestão algorítmica do serviço e através de sistemas de geolocalização constante do prestador; iv) a plataforma digital submeter o prestador a sistemas de avaliação por parte dos beneficiários do serviço e fornecer aos mesmos a avaliação ou o rating dos seus trabalhadores; v) a plataforma digital gozar de poderes de sancionar, por várias formas, o prestador que seja alvo de uma avaliação tida como insatisfatória, inclusive impedindo-o de aceder à aplicação que lhe permite contactar com a clientela, “desativando-o”.

Creemos que uma presunção legal deste tipo (uma presunção, naturalmente, *juris tantum*, que admita prova em contrário) seria muito útil, em ordem a destrinçar as situações de trabalho dependente que aqui proliferam daquelas em que existe real autonomia por parte do prestador de serviço, sobretudo se tal presunção for associada ao reforço do papel inspetivo da Autoridade para as Condições de Trabalho nesta matéria e ao eventual recurso à ação de reconhecimento da existência de contrato de trabalho, já hoje prevista no Código de Processo do Trabalho¹¹.

Seja-nos permitida uma nota final, antes de nos debruçarmos sobre a nova norma, aditada ao CT. É claro que, também aqui, há um meio- -termo, a saber, a qualificação dos prestadores de atividade via plataformas digitais como *trabalhadores autónomos economicamente dependentes*, com um estatuto jurídico equiparado, até certo ponto, ao dos trabalhadores subordinados (veja-se, a este propósito, o disposto nos artigos 10.º, 10.º-A e 10.º-B do CT revisto pela Lei n.º 13/2023). Pela nossa parte, confessamos nutrir bastantes reservas – e até dificuldades, dir-se-ia, de “ordem raciocinativa” – em relação a esta categoria híbrida, de “parassubordinados”, há muito conhecida da nossa lei (já se encontrava prevista na velha LCT, de 1969), mas com escassíssima aplicação prática.

5 | A “AGENDA DO TRABALHO DIGNO” E O NOVO ARTIGO 12.º-A DO CÓDIGO DO TRABALHO

Através da Lei n.º 13/2023, de 3 de abril, diploma que aprovou a chamada “agenda do trabalho digno”, o legislador veio então consagrar uma presunção de laboralidade nesta matéria, aditando uma nova disposição, o artigo 12.º-A, ao Código do Trabalho. Trata-se, sem dúvida, de uma norma bastante complexa, que apresentou diversas versões ao longo do conturbado

¹¹ Registe-se, a este propósito, que o problema do trabalho nas plataformas digitais está a ser alvo de intensa discussão ao nível da União Europeia, anunciando-se para breve a aprovação de uma diretiva sobre a matéria, da qual constará, ao que se pensa, o estabelecimento de uma “presunção de laboralidade”. A proposta de Diretiva Europeia sobre o trabalho nas plataformas digitais já foi apresentada, mas a discussão tem sido agitada e a sua aprovação promete demorar.

processo de elaboração do diploma, convertendo-se, afinal, numa disposição muito (demasiado) extensa e longa, com nada menos de 12 números e diversas alíneas, que logra ocupar duas páginas inteiras de qualquer versão em papel do Código do Trabalho revisto!

As linhas que seguem constituem uma primeira e necessariamente perfunctória reflexão sobre a norma em causa, mais destinadas a formular questões e a suscitar dúvidas do que a dar respostas e a aplacar essas dúvidas. Em jeito de primeira aproximação ao preceito, cremos dever sublinhar o seguinte:

i) No seu n.º 1, o artigo em causa presume a existência de contrato de trabalho entre o prestador de atividade e a plataforma digital quando se verificarem algumas (dir-se-ia: pelo menos duas) das características enunciadas ao longo das seis alíneas que integram esse número. São as seguintes:

a) A plataforma digital fixa a retribuição para o trabalho efetuado na plataforma ou estabelece limites máximos e mínimos para aquela;

b) A plataforma digital exerce o poder de direção e determina regras específicas, nomeadamente quanto à forma de apresentação do prestador de atividade, à sua conduta perante o utilizador do serviço ou à prestação da atividade;

c) A plataforma digital controla e supervisiona a prestação da atividade, incluindo em tempo real, ou verifica a qualidade da atividade prestada, nomeadamente através de meios eletrónicos ou de gestão algorítmica;

d) A plataforma digital restringe a autonomia do prestador de atividade quanto à organização do trabalho, especialmente quanto à escolha do horário de trabalho ou dos períodos de ausência, à possibilidade de aceitar ou recusar tarefas, à utilização de subcontratados ou substitutos, através da aplicação de sanções, à escolha dos clientes ou de prestar atividade a terceiros via plataforma¹²;

¹² A redação desta alínea não prima pela clareza, afigurando-se que o segmento “através da aplicação de sanções” aparece deslocado, devendo ser feita essa referência, quando muito, na parte final da alínea, como possível forma de a plataforma efetivar a restrição da autonomia do prestador de atividade quanto à organização do trabalho. Ficaria melhor assim, como pensamos ser a intenção do legislador: a plataforma digital restringe a autonomia do prestador de atividade quanto à organização do trabalho, especialmente quanto à escolha do horário de trabalho ou dos períodos de ausência, à possibilidade de aceitar ou recusar tarefas, à utilização de subcontratados ou substitutos, à escolha dos clientes ou de prestar atividade a terceiros via plataforma, através da aplicação de sanções.

- e) A plataforma digital exerce poderes laborais sobre o prestador de atividade, nomeadamente o poder disciplinar, incluindo a exclusão de futuras atividades na plataforma através de desativação da conta;
- f) Os equipamentos e instrumentos de trabalho utilizados pertencem à plataforma digital ou são por estes explorados através de contrato de locação¹³.

Atendendo ao teor destas alíneas, que constituem a base da presunção legal, diríamos que a forma como o legislador consagrou a presunção merece críticas, quer pelo que consta de algumas alíneas, quer pelo que lá falta. Vejamos.

O preceito merece críticas pelo que consta em algumas das suas alíneas, porque, cremos, aludir, na base da presunção, como elemento indiciário do qual se infere o dado, supostamente desconhecido, da existência de um contrato de trabalho, ao exercício de “poder de direção” (al. b) e de “poder disciplinar” (al. e) por parte da plataforma digital constitui uma autêntica petição de princípio, falácia que o legislador poderia e deveria ter evitado. Recorde-se que, nos termos do artigo 349.º do Código Civil, uma presunção legal consiste numa ilação que a lei tira de um facto conhecido para firmar um facto desconhecido. Ora, convenhamos, se o prestador de atividade provar que a plataforma digital exerce sobre ele tanto o poder de direção como o poder disciplinar não parece que tenha nada mais a provar para que o tribunal conclua, diretamente e sem dar um salto no desconhecido, que está perante um contrato de trabalho. Não há, aqui, qualquer ilação, o que há é um mero raciocínio circular. Em suma, este é, decerto, um legislador bem intencionado, mas é também, estranhamente, um legislador que não parece saber muito bem o que seja isso de uma presunção legal...

Por outro lado, o preceito merece também críticas pelo que falta nas suas alíneas, porque cremos que a lei deveria ter concedido atenção, neste âmbito, à circunstância de o prestador não dispor, perante o cliente, de uma organização empresarial própria, encontrando-se inserido numa organização de trabalho alheia. Isto tanto mais quanto se sabe que a própria noção legal de contrato de trabalho, vertida no artigo 11.º do CT, deixou de aludir à “direção” patronal, tendo substituído esse termo pela ideia de inserção do

¹³ O texto da lei apresenta aqui, cremos, uma gralha, devendo ler-se: os equipamentos e instrumentos de trabalho utilizados pertencem à plataforma digital ou são por esta explorados através de contrato de locação.

¹⁴ Para alguns autores, os retoques dados pelo art. 11.º do CT na noção de contrato de trabalho, quando comparada com a noção clássica, vertida no art. 1152.º do Código Civil (referência à inserção «no âmbito de organização» e eliminação da menção à «direção» patronal) permitem agilizar a noção de subordinação laboral, alargando as fronteiras do Direito do Trabalho às novas formas de prestação dependente de serviços. Nestes termos, Liberal Fernandes, para quem a nova formulação da noção de contrato de trabalho representa uma alteração suscetível de agilizar a qualificação do

trabalhador no “âmbito de organização” da entidade empregadora¹⁴.

ii) No n.º 2, o legislador ensaia uma definição do que seja “plataforma digital”, para efeitos do número anterior. Compreende-se o esforço, ainda que, como é sabido, definir seja incluir e excluir, o que pode revelar-se particularmente delicado e até perigoso quando estamos perante um fenómeno tão variado, complexo, dinâmico e mutável como é o das plataformas digitais.

iii) Nos seus n.º 3 e 4, o artigo 12.º-A afirma, dir-se-ia, o óbvio, a saber: que o disposto no n.º 1 se aplica, independentemente da denominação que as partes tenham atribuído ao respetivo vínculo jurídico (n.º 3); e que a presunção prevista no n.º 1 pode ser ilidida nos termos gerais¹⁵, “nomeadamente se a plataforma digital fizer prova de que o prestador de atividade trabalha com efetiva autonomia, sem estar sujeito ao controlo, poder de direção e poder disciplinar de quem o contrata” (n.º 4). O que, por um lado, está muito bem, dado que a presunção legal surge como forma de auxiliar o aplicador do direito na tarefa de qualificar corretamente uma dada relação jurídica, aplicando o chamado “princípio da primazia da realidade”, segundo o qual “os contratos são o que são, não o que as partes dizem que são”. Mas, por outro, denota a fraca técnica jurídica do legislador, o qual, a um tempo, se refere ao poder de direção e ao poder disciplinar da plataforma, como base da presunção, e, em simultâneo, usa a ausência de poder de direção e de poder disciplinar como forma de ilidir a presunção por ele estabelecida...

iv) A plataforma digital pode, todavia, tentar ilidir a presunção de outra forma, dir-se-ia que menos canónica: em lugar de contestar que o contrato em causa é de trabalho, com subordinação jurídica, a plataforma pode argumentar que a entidade contratante do prestador de atividade é outra que não ela, é um intermediário, isto é, uma «pessoa singular ou coletiva que atue como intermediário da plataforma digital para disponibilizar os serviços através dos respetivos trabalhadores» (n.º

elemento subordinação, adotando um conceito mais flexível de subordinação laboral, de forma a abranger as novas formas de organização do trabalho e passando esta nova matriz de laboralidade a abranger os trabalhadores economicamente dependentes – «A noção de contrato de trabalho no Código de 2009: evolução ou continuidade?», *Questões Laborais*, n.º 51, 2017, pp. 113-122. Também Monteiro Fernandes considera existir uma tendência para passar do critério formal da subordinação jurídica (assente na existência de uma posição de autoridade juridificada de um sujeito sobre o outro) para o critério material da dependência económica (assente numa situação de supremacia de facto derivada da posição de um dos sujeitos perante o mercado e o processo produtivo) – «Deverá a subordinação jurídica manter-se como elemento qualificador?», José João Abrantes (coord.), *II Congresso Europeu de Direito do Trabalho*, Almedina, FDUNL, 2018, pp. 97-107.

¹⁵ Como é sabido, as presunções legais são, em regra, *juris tantum* e não *juris et de jure*, vale dizer, podem ser ilididas mediante prova em contrário, exceto nos casos em que a lei o proibir (art. 350.º, n.º 2, do Código Civil). No n.º 4 deste art. 12.º-A o legislador entendeu, ainda assim, reiterar aquilo que já resultaria do Código Civil – o que, sendo inútil, também não prejudica.

5). Em tal hipótese, ou caso o prestador de atividade alegue, ele mesmo, que é um trabalhador subordinado ao serviço do referido intermediário, a presunção de laboralidade estabelecida no n.º 1 será também aplicável, “com as necessárias adaptações”, concluindo o legislador que caberá ao tribunal determinar quem é, in casu, a entidade empregadora (n.º 6).

A plataforma pode, portanto, ou tentar persuadir o tribunal de que o contrato que celebrou com o prestador não é de trabalho, ou tentar persuadir o tribunal de que nem sequer celebrou qualquer contrato com o prestador de atividade, antes quem contratou com este teria sido outrem, um intermediário. Nesta segunda hipótese, porém, mesmo que o tribunal conclua que há contrato de trabalho e que este foi celebrado com o intermediário, nem por isso a plataforma sairá de cena, em virtude da responsabilidade solidária que sobre ela recai, por força do n.º 8, a que *infra* se fará referência.

v) Pelo exposto, parece que esta “presunção de laboralidade” se revela, afinal, como uma presunção bidimensional: objetiva, sobre a natureza do negócio (contrato de trabalho ou uma qualquer modalidade de contrato de prestação de serviço?), mas também subjetiva, sobre os próprios sujeitos do negócio (a contraparte do prestador de atividade é a plataforma digital ou um intermediário da plataforma, que nela opera disponibilizando os serviços através dos seus trabalhadores?). Parece que os factos-base da presunção legal, vertidos no n.º 1, poderão conduzir o tribunal a decidir sobre ambas as questões: se há ou não um contrato de trabalho e quem é, afinal a entidade empregadora em tal contrato.

vi) Destarte, a lei acaba por legitimar a presença e a atuação, nesta sede, do intermediário¹⁶, mas cumpre assinalar que essa legitimação é temperada por via do estabelecimento da regra da responsabilidade solidária da plataforma digital, visto que, segundo dispõe o n.º 8 do artigo 12.º-A, a plataforma digital e a pessoa singular ou coletiva que atue como intermediário da plataforma digital para disponibilizar os serviços dos respetivos trabalhadores (bem como os respetivos gerentes,

¹⁶ Esta foi, talvez, a questão que maior controvérsia suscitou, no processo que conduziu à criação da presente “presunção de laboralidade”. Com efeito, na 1.ª versão da Agenda do Trabalho Digno (publicada em separata do *Boletim do Trabalho e Emprego*, n.º 33, de 29/10/2021), a presunção era estabelecida no quadro de uma relação a dois, entre a plataforma digital e o prestador de atividade (o artigo 12.º-A tinha, nessa versão, seis números). Já na 2.ª versão da Agenda (publicada em separata do *Diário da Assembleia da República*, n.º 14, de 22/06/2022), pelo contrário, a “presunção de laboralidade” era estabelecida, sendo que a entidade empregadora, em tal relação, tanto podia ser a plataforma digital como o intermediário que nela operasse (o art. 12.º-A tinha, nessa versão, oito números). Depois da discussão na especialidade em sede parlamentar, vingou uma tese compromissória, que prevê, em primeira linha, a existência de uma relação de trabalho entre o prestador de atividade e a plataforma digital (n.º 1), mas admite que o contrato em causa tenha como sujeito, não a plataforma, mas o intermediário que nela opere (n.º 5 e 6). Com tudo isto, o preceito engordou substancialmente, apresentando, na versão final, nada menos do que uma dúzia de números.

administradores ou diretores, assim como as sociedades que com estas se encontrem em relação de participações recíprocas, de domínio ou de grupo), serão solidariamente responsáveis pelos créditos do trabalhador emergentes de contrato de trabalho, ou da sua violação ou cessação, celebrado entre o trabalhador e o referido intermediário da plataforma digital. Ou seja, ainda que se conclua que o empregador é o intermediário, tal não isentará a plataforma digital de responder solidariamente pelos créditos laborais do trabalhador, o que, decerto, em muito reforça a garantia do efetivo cumprimento das obrigações patronais nesta sede¹⁷.

Ao responsabilizar a plataforma digital, mesmo que não seja esta a contratar o prestador de atividade, a lei engendrou uma solução que, cremos, vai obrigar as plataformas a tomar as devidas cautelas em relação aos intermediários que nelas operem, levando-as a tomar medidas em ordem a garantir a idoneidade e a solvabilidade de tais intermediários, sob pena de a plataforma acabar por ter de assumir as dívidas perante o trabalhador – o que nos parece de aplaudir. Aliás, não deixa de ser curioso que a inversa não é verdadeira, isto é, a plataforma digital responde solidariamente com o intermediário quando o contrato for celebrado por este com o trabalhador, mas o intermediário já não responde solidariamente com a plataforma digital na hipótese de o contrato de trabalho ser celebrado por esta. O que, bem vistas as coisas, parece denunciar alguma má consciência do legislador por dar luz verde para a atuação de intermediários neste domínio, dando o mesmo legislador sinais de que, em última análise, quem detém aqui o poder decisório e, quiçá, o músculo financeiro (*power follows the money...*) é, sempre, a plataforma, quem quer que assuma a contratação dos trabalhadores em causa.

vii) O n.º 7 do preceito consagra um princípio de não discriminação no tocante às condições de trabalho estabelecidas pela plataforma, em relação aos seus trabalhadores, comparativamente com as praticadas pelos intermediários que nelas operem, em relação aos respetivos trabalhadores. Da conjugação do n.º 7 com o n.º 8 deste preceito poderá, em última análise, resultar que as plataformas digitais tenderão a considerar dispensável a presença do intermediário nesta sede. Afinal, desde o início, os sujeitos aqui em causa eram três, o prestador de serviço ou de atividade, a plataforma digital e o cliente final (o passageiro transportado,

¹⁷ Sobre as obrigações solidárias, em geral, veja-se o disposto nos arts. 512.º a 533.º do Código Civil. A obrigação é solidária quando cada um dos devedores responde pela prestação integral e esta a todos libera (solidariedade passiva), sendo que o devedor que satisfizer o direito do credor além da parte que lhe competir tem direito de regresso contra o condevedor, na parte que a este compete. Ou seja, no nosso caso, a plataforma digital responderá pela prestação integral, sem prejuízo do seu direito de regresso sobre o intermediário.

o cidadão alimentado, etc.). Para quê complicar e fazer intervir aqui um outro sujeito, o intermediário? Tanto mais, pensará a plataforma digital, que vigora aqui um princípio de igualdade de tratamento, no que aos termos e condições de acesso à prestação de atividade diz respeito (n.º 7), e, sobretudo, uma regra de responsabilidade solidária da plataforma em matéria de créditos laborais (n.º 8), que não lhe permite distanciar-se grandemente da relação que o intermediário estabelecer com os respetivos trabalhadores. Neste contexto normativo, não será melhor suprimir o intermediário?

viii) O n.º 12 do preceito em causa esclarece que “a presunção prevista no n.º 1 aplica-se às atividades de plataformas digitais, designadamente as que estão reguladas por legislação específica relativa a transporte individual e remunerado de passageiros em veículos descaracterizados a partir de plataforma eletrónica”, o que implica uma rutura clara com o disposto em matéria de “Lei Uber”, a qual apenas previa a hipótese de contratação do motorista por parte do intermediário (o chamado “operador de TVDE”), deixando de fora a plataforma digital (a Uber ou outra empresa congénere). A nova presunção de laboralidade, estabelecida no n.º 1 do artigo 12.º-A, na parte em que presume a existência de um contrato de trabalho entre o prestador de atividade e a plataforma digital, aplica-se também ao setor do TVDE, apelando, decerto, para uma revisão desta lei, já de 2018, em ordem à respetiva adequação ao disposto na lei do trabalho. Em qualquer caso, fica claro que, com a entrada em vigor deste artigo 12.º-A, n.º 12, abre-se desde já a possibilidade de contratação direta entre a plataforma digital e o motorista, não ficando tal possibilidade na dependência de uma futura revisão da “Lei Uber”.

ix) A contratação de um prestador de atividade, de forma aparentemente autónoma mas em condições reais características de contrato de trabalho, que possa causar prejuízo ao trabalhador ou ao Estado, constitui uma contraordenação muito grave imputável ao empregador, seja ele a plataforma digital ou o intermediário que nela opere (n.º 10).

6 | QUESTÕES DE QUALIFICAÇÃO E QUESTÕES DE REGIME

Eis o desafio a que o artigo 12.º-A tenta dar resposta, contribuindo para uma correta qualificação da relação em apreço: perante a crescente “plataformização” do trabalho e da prestação de serviços, que resposta vai dar o

Direito do Trabalho? Vai acolher esta massa de novos trabalhadores/prestadores de serviços, ou vai deixá-los de fora, aceitando a tese de que eles são, tipicamente, profissionais autônomos ou microempresários¹⁸?

Sucedem que, ainda que acolha estas novas categorias de trabalhadores no seu seio, o Direito do Trabalho terá, provavelmente, de se adaptar, do ponto de vista regimental, a estas novas formas de trabalhar. Com efeito, o n.º 9 do artigo 12.º-A afirma, prudentemente: «Nos casos em que se considere a existência de contrato de trabalho, *aplicam-se as normas previstas no presente Código que sejam compatíveis com a natureza da atividade desempenhada*, nomeadamente o disposto em matéria de acidentes de trabalho, cessação do contrato, proibição do despedimento sem justa causa, remuneração mínima, férias, limites do período normal de trabalho, igualdade e não discriminação» (itálico nosso).

Como quem diz: *uma coisa é qualificar um dado contrato como um contrato de trabalho, outra, logicamente posterior, é determinar o regime jurídico aplicável a esse contrato*. Porventura, nem todas as normas do CT se revelarão ajustadas e bem calibradas em relação a estas novas formas de trabalhar (pense-se, para dar apenas um exemplo, nas normas relativas ao horário de trabalho), pelo que, de forma cautelosa, o legislador não deixa de acentuar que apenas se aplicarão as normas gerais, nesta sede, se as mesmas passarem no teste de compatibilidade com as especificidades desta atividade “plataformizada”. O legislador anuncia aqui que, porventura, estaremos a caminho de criar uma nova modalidade de contrato de trabalho, ou um novo contrato de trabalho especial: o contrato de trabalho com plataformas digitais (e/ou com os intermediários que nelas operem). Um contrato de trabalho, decerto, ao qual se aplicarão muitas das regras geralmente aplicáveis ao comum dos contratos de trabalho, mas que pode reclamar algumas adaptações regimentais, atendendo às especificidades da relação laboral em causa. Nada, afinal, a que o Direito do Trabalho não esteja habituado e não seja capaz de responder¹⁹.

Como bem assinala Emmanuel Dockès, para o caso francês,
«a plena integração no Direito do Trabalho da maioria dos empregados das plataformas demandará algumas adaptações pelas convenções coletivas, pelos juízes e até marginalmente pelo legislador.

¹⁸ Registe-se ainda que a Lei n.º 13/2023 procedeu também à modificação, em conformidade, do disposto no art. 2.º da Lei n.º 107/2009, de 14 de setembro, atribuindo à Autoridade para as Condições de Trabalho competência para instaurar o procedimento previsto no art. 15.º-A dessa lei, sempre que se verifique a existência de características de contrato de trabalho, nomeadamente nos termos do n.º 1 do art. 12.º-A do Código do Trabalho, incluindo nos casos em que o prestador de serviço atue como empresário em nome individual ou através de sociedade unipessoal.

¹⁹ Para uma reflexão em torno desta questão, à luz do direito brasileiro, Murilo Oliveira, «O salário por “tarefa” digital: o assalariamento praticado pelas plataformas digitais de trabalho», *Revista Direito UNIFACS – Debate Virtual*. O Autor conclui que a lei geral do trabalho brasileira, a CLT, tem suficiente maleabilidade para albergar e regular a atividade dos trabalhadores de plataforma. Mas, lá como cá, há quem defenda a necessidade de criar uma regulamentação específica.

Essas poucas adaptações não são intransponíveis. Elas são o preço a pagar por uma generalização da aplicação do Direito do Trabalho, pela realização de uma proteção mínima dos mais fracos e para que não se desenvolva uma espécie de subproletariado composto por trabalhadores mais frágeis do que os mais frágeis dos empregados». E o Autor remata: «O temor suscitado pela aplicação do Direito Social às plataformas é essencialmente a retomada do temor eterno do custo das proteções em geral e daquelas do Direito Social em especial: todas as proteções, exceto aquelas que beneficiam as grandes empresas, são suspeitas de causar desastres econômicos»²⁰.

Diremos: nem mais! Com a diferença de que, entre nós, o trabalho vai estar por agora, sobretudo, do lado dos juízes, porque a contratação coletiva neste setor talvez não esteja para breve. E vamos então ver se e quando o legislador intervirá nesta sede, procedendo às adaptações regimentais que se revelarem necessárias ou convenientes. •



²⁰ «Os empregados das plataformas», in *Futuro do Trabalho: os efeitos da revolução digital na sociedade*, cit., pp. 185-188.



DELIMITAÇÃO DO TELETRABALHO, ÂMBITO DE APLICAÇÃO DO REGIME LEGAL E ACORDO DE TELETRABALHO



Maria do Rosário Palma Ramalho¹
Professora Catedrática da Faculdade de Direito,
Universidade de Lisboa

1 | Observações preliminares

I. Como é sabido, o fenómeno do teletrabalho subordinado foi regulado pela primeira vez entre nós no Código do Trabalho de 2003 (artigos 233.º a 243.º), em regime que se inspirou no Acordo-Quadro sobre a matéria, celebrado entre os parceiros sociais europeus (UNICE, UEAPM e CEEP) em 16 de Julho de 2002.

Ao tempo, o regime do teletrabalho – que depois transitou, com pequenas alterações, para os artigos 165.º a 171.º do Código do Trabalho de 2009 – foi considerado pioneiro, uma vez que a maioria dos sistemas europeus ainda não regulava este tipo de trabalho². Contudo, na prática, as virtualidades e defeitos deste regime acabaram por não ser devidamente avaliados, porque o contrato de teletrabalho teve uma escassíssima utilização prática até há pouco tempo.³

A situação de emergência sanitária mundial provocada pela pandemia de COVID-19, que chegou à Europa nos primeiros meses de 2020, alterou radicalmente este estado de coisas, porque todos os trabalhadores cuja actividade profissional fosse minimamente compatível com a prestação à distância passaram, sumariamente e por decreto, a trabalhar remotamente a

¹ Doutora e Agregada em Direito. Professora Catedrática da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Presidente da Associação Portuguesa de Direito do Trabalho e Vice-Presidente da Sociedade Internacional de Direito do Trabalho.

² À época, o teletrabalho era regulado apenas em Itália e no âmbito da Administração Pública. Sobre o ponto, por todos, R. SCONAMIGLIO, *Diritto del Lavoro*, 5.ª ed., Napoli, 2000, 116.

³ Sobre este ponto, G. DRAY, em anotação ao art. 165.º do CT 2009, G. DRAY in P. Romano Martinez et al., *Código do Trabalho Anotado*, 12.ª ed., Coimbra, 2020, 422, refere que o fenómeno do teletrabalho abrange actualmente cerca de 8% da força de trabalho na Europa, e corresponde em Portugal a cerca de 3% do total de vínculos de trabalho. Já segundo os dados constantes do *Livro Verde para as Relações Laborais 2016*, 2016 Lisboa, 177, o teletrabalho em Portugal corresponderia apenas 0,05% do total dos trabalhadores, em 2014, numa tendência decrescente em relação a anos anteriores. Em qualquer caso, julgamos que se deve encarar com alguma prudência estas estatísticas, por ser difícil avaliar se elas assentam numa noção mais ampla ou mais restrita de teletrabalho e se abrangem apenas o teletrabalho subordinado ou também o teletrabalho autónomo ou com dependência económica. Por outro lado, estes dados reportam-se à realidade anterior ao surgimento da pandemia COVID-19, que alterou a situação de forma drástica.

partir do domicílio com sujeição ao regime legal do teletrabalho.

O «teletrabalho» em contexto de pandemia começou por se sujeitar a regras especiais, que constaram, em sucessivas versões, da legislação de emergência aprovada no contexto da crise sanitária⁴. Foi neste contexto que o teletrabalho se tornou obrigatório durante os períodos de confinamento e se manteve como uma forma de trabalho recomendada fora daqueles períodos, até ao final de 2020 e durante todo o ano de 2021; e foi também este contexto pandémico que justificou o reconhecimento de novas situações de direito ao teletrabalho, quer por iniciativa do empregador, com base em motivos sanitários e de gestão, quer por iniciativa do trabalhador, por motivos de saúde ou de assistência à família, para além das situações de direito ao teletrabalho em contexto de violência doméstica ou para assistência a filhos de idade inferior a quatro anos, que já eram previstas anteriormente.

Naturalmente, o crescimento espectacular do trabalho remoto neste contexto pandémico suscitou um aceso debate sobre as alegadas insuficiências do regime legal do teletrabalho. Assim, foram discutidos problemas como a necessidade de conjugar o exercício dos poderes laborais com a garantia da privacidade do teletrabalhador, a organização do tempo de trabalho e o direito do teletrabalhador à desconexão, o regime remuneratório a aplicar ao teletrabalhador (designadamente, quanto à subsistência de alguns complementos remuneratórios, como os subsídios de refeição ou de transporte, mas também quanto à necessidade de compensação do teletrabalhador por despesas adicionais conexas com este modelo de trabalho), a matéria da segurança e saúde do teletrabalhador ou o modo de aplicação das regras legais sobre acidentes de trabalho neste contexto⁵.

⁴ Assim, como medida emergencial tendente a viabilizar a prestação da actividade a partir da residência do trabalhador, nos períodos de confinamento, foram instituídos, à margem do Código do Trabalho, regimes de teletrabalho subordinado não sujeitos ao acordo das partes, mas determinados unilateralmente pelo empregador ou pelo trabalhador, em todas as actividades passíveis de desenvolvimento remoto com excepção dos serviços essenciais (art. 29.º-A do DL n.º 10-A/2020, de 13 de Março). Nos meses seguintes, a obrigatoriedade de adopção do regime do teletrabalho nas actividades compatíveis foi mantida em algumas áreas geográficas (*verbi gratia*, nas regiões sob cerco sanitário) e para trabalhadores em situação de risco clínico, em isolamento profilático ou em apoio a familiares confinados, ao abrigo do DL n.º 79-A/2020, de 1 de Outubro, do DL n.º 94-A/2020, de 3 de Novembro (arts. 2.º n.º 2 e 5.º-A), do DL n.º 99/2020, de 22 de Novembro (art. 5.º-B), e do DL n.º 106-A/2020, de 30 de Dezembro (art. 2.º n.º 3). Por fim, a obrigatoriedade geral de adopção do teletrabalho voltou a ser reposta por ocasião do novo confinamento geral decretado no início de 2021 (DL n.º 6-A/2021, de 14 de Janeiro, art. 4.º). Já ora dos períodos de confinamento, a adopção do regime do teletrabalho em todas situações compatíveis, mas nas condições definidas pelo Código do Trabalho, continuou a ser aconselhada pelas Resoluções do CM n.º 101-A/2021, de 30 de Julho, e n.º 70-B/2021, de 1 de Outubro.

⁵ Em especial sobre as insuficiências do regime legal do teletrabalho que a pandemia tornou mais evidentes, J. J. M. VIEIRA GOMES, “O Teletrabalho Obrigatório em Tempos de COVID-19 e algumas Insuficiências do Regime Jurídico Português”, in C. R. de Oliveira, J. Nepomuceno Borba e Y. Frediani (org.), *Produção em Rede e Protecção Social – Estudos em Homenagem ao Professor Nelson Manrich*, São Paulo, 2021, 175-210, M. R. REDINHA, “Teletrabalho 2020 ou o Encanto de Janos”, in M. R. Palma Ramalho e T. Coelho Moreira (coord.), *COVID-19 e Trabalho: O Dia Seguinte*, Estudos APODIT, 7, Lisboa, 2020, 39-48, bem como D. Abrunhosa e Sousa, “Breve Viagem ao Regime do Teletrabalho na «Legislação COVID»”, in M. R. Palma Ramalho e T. Coelho Moreira (coord.), *COVID-19 e Trabalho: O Dia Seguinte*, Estudos APODIT, 7, Lisboa, 2020, 49-64.

II. Foi para dar resposta a este conjunto de problemas que foi publicada a Lei n.º 83/2021, de 6 de Dezembro. Para além de introduzir uma pequena alteração no Regime Jurídico dos Acidentes de Trabalho e Doenças Profissionais, aprovado pela Lei n.º 98/2009, de 4 de Setembro (que procurou adequar o critério do local de trabalho para efeitos de delimitação do conceito de acidente de trabalho, às situações de trabalho remoto – alínea c) do n.º 2 do art. 8.º deste diploma), a Lei n.º 83/2021, de 6 de Dezembro, introduziu um relevante conjunto de modificações no regime do teletrabalho constante do Código do Trabalho.

A dimensão e a índole estrutural destas modificações obrigam a uma reflexão profunda e global sobre a figura e o regime actual do teletrabalho, que é incompatível com os limites estabelecidos para este estudo. Por isso, escolhemos tratar apenas dois grupos de questões: os problemas relativos à delimitação da figura do teletrabalho e ao âmbito de aplicação do respectivo regime, que decorrem do art. 165.º do CT; e as questões relativas ao acordo para a prestação de teletrabalho, que decorrem do art. 166.º do CT. Embora estejam longe de esgotar as áreas problemáticas do actual regime do teletrabalho, estes problemas correspondem, sem dúvida, a aspectos cruciais do regime, sobre os quais vale pena reflectir. É o que nos propomos fazer nas linhas seguintes.

2 | Os problemas relativos à delimitação do teletrabalho subordinado e ao âmbito de aplicação do novo regime legal do teletrabalho

2.1. Formas de teletrabalho; delimitação e modalidades de teletrabalho subordinado; teletrabalho subordinado e trabalho subordinado à distância

I. Como é sabido, a especificidade do teletrabalho decorre da conjugação de dois factores: um factor geográfico, que se consubstancia na separação espacial entre o trabalhador e as instalações da empresa, uma vez que o teletrabalho é, por definição, um trabalho à distância; e um factor funcional, relativo ao tipo de prestação laborativa desenvolvida, que passa pelo recurso intensivo a tecnologias de informação e comunicação entre o teletrabalhador e o credor da sua prestação⁶.

Assente este conteúdo nuclear, o fenómeno do teletrabalho é, contu-

⁶ Sobre estes elementos fundamentais do teletrabalho, vd, entre outros, M. Regina Redinha, “O Teletrabalho”, in A. Moreira (coord.), *II Congresso Nacional de Direito do Trabalho – Memórias*, Coimbra, 1999, 81-102 e ainda M. REGINA REDINHA, *O Teletrabalho*, QL, 17, 2001, 17, 87-107, ou M. R. PALMA RAMALHO, “Novas Formas da Realidade Laboral: O Teletrabalho”, in *Estudos de Direito do Trabalho*, I, Coimbra, 2003, 195-211, e ainda M. R. PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte IV – Contratos e Regimes Especiais*, Coimbra, 171 ss.

do, um fenómeno multifacetado, porque este tipo de trabalho pode ser prestado em moldes autónomos, subordinados ou até parasubordinados, de acordo com a posição jurídica que o teletrabalhador ocupe no vínculo. E a estas diferentes formas de teletrabalho correspondem, como é evidente, diferentes molduras jurídicas: assim, quando o teletrabalho seja prestado em moldes autónomos, será enquadrado por um contrato civil, como o contrato de prestação de serviço, o contrato de empreitada ou outro; quando o teletrabalhador se sujeite à autoridade do credor da prestação e se insira na respectiva organização, estaremos perante teletrabalho subordinado, que corresponde a um contrato de trabalho, nos termos do artigo 11.º do CT; e, por último, o teletrabalho pode situar-se naquela zona cinzenta entre o trabalho independente e o trabalho subordinado que se convencionou designar como «situações equiparadas» (artigo 10.º do CT), se, apesar de ser juridicamente autónomo, o teletrabalhador estiver na dependência económica do respectivo credor – e neste caso, poderá subsumir-se ao regime do trabalho no domicílio, aprovado pela Lei n.º 101/2009, de 8 de Setembro, se o trabalho for prestado no domicílio do teletrabalhador ou em estabelecimento equiparado, nos termos do artigo 1.º da Lei n.º 101/2009, de 8 de Setembro⁷.

II. O Código do Trabalho apenas acolheu e regulou o fenómeno do teletrabalho na modalidade de trabalho subordinado, como decorria, aliás, expressamente do artigo 233.º do Código do Trabalho de 2003 e continua a decorrer do art. 165.º n.º 1 do Código do Trabalho, na redacção dada pela Lei n.º 83/2021, de 6 de Dezembro. Neste sentido, a norma delimita esta modalidade de trabalho pelos elementos geográfico e técnico já referidos – realçando o facto de o trabalho ser realizado «em local não determinado (pelo empregador)»⁸, e «através do recurso a tecnologias de informação e comunicação» – e indica expressamente que o teletrabalho é prestado «em regime de subordinação jurídica»⁹.

Por outro lado, do ponto de vista da sua natureza, o teletrabalho subordinado pode corresponder a uma de duas situações: será um contrato de

⁷ Como é sabido, não há hoje dúvidas sobre a aplicabilidade do regime do trabalho no domicílio às actividades intelectuais (ao contrário do que ocorria no anterior regime legal, que expressamente excluía o trabalho intelectual do respectivo âmbito de aplicação – art. 1.º n.º 5 do Decreto-Lei n.º 440/91, de 14 de Novembro), como é, quase sempre, o caso do teletrabalho. Sobre este ponto, ainda M. R. PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II – Situações Laborais Individuais*, 8.ª ed., Coimbra, 2021, 100 ss.

⁸ Quanto a este elemento geográfico do conceito de teletrabalho, a versão da norma anterior à Lei n.º 83/2021, de 6 de Dezembro, era diferente, estabelecendo que a prestação de teletrabalho era realizada «habitualmente fora da empresa». A nosso ver, esta redacção era mais rigorosa por dois motivos: em primeiro lugar, porque o elemento geográfico relevante no teletrabalho é o facto de o trabalhador desenvolver a sua actividade fora das instalações do empregador e não a circunstância de o local de trabalho não ser determinado pelo empregador; e, em segundo lugar, porque a letra da norma é directamente contrariada por outras disposições, já que o local de trabalho do teletrabalhador não é definido por este mas é determinado por ambas as partes, sendo aliás de referência obrigatória no acordo de teletrabalho nos termos da alínea b) do n.º 4 do art. 166.º do CT, na redacção dada pela Lei n.º 83/2021, de 6 de Dezembro.

⁹ A mesma indicação constava do artigo 233.º do Código do Trabalho de 2003, e do artigo 165.º do actual Código do Trabalho, na versão anterior à Lei n.º 83/2021, de 6 de Dezembro.

trabalho especial, no caso de ser *ab initio*, celebrado nesse regime com um trabalhador externo à empresa (é a modalidade que designamos como *teletrabalho externo* e que está agora prevista na parte final do n.º 1 do artigo 166.º do CT); ou consubstanciará uma vicissitude modificativa de um contrato de trabalho comum já em execução (é a modalidade que designamos como *teletrabalho interno*¹⁰, que está agora prevista na parte inicial do n.º 1 do artigo 166.º do CT), que será em princípio, temporária e reversível e que pode assentar tanto no acordo de teletrabalho como no exercício do direito do trabalhador à passagem ao regime de teletrabalho nas várias situações em que a lei lhe atribui esse direito (que estão agora previstas no artigo 166º-A do Código do Trabalho, introduzido pela Lei n.º 83/2021, de 6 de Dezembro).

III. Por fim, a noção de teletrabalho subordinado, constante do n.º 1 do art. 165.º do CT, permite distinguir, com clareza, o contrato de teletrabalho subordinado de um contrato de trabalho comum em que a actividade laboral é prestada à distância, seja no domicílio do trabalhador seja noutra local fora das instalações do empregador.

É que, embora no contrato de trabalho comum o local de trabalho coincida habitualmente com as instalações do empregador – é, aliás, por esse motivo, que o local de trabalho é um dos mais seguros indícios de subordinação e que, pelo contrário, o denominado «trabalho no domicílio» corresponde, em regra, a uma situação de parasubordinação¹¹ –, nada obsta à prestação de trabalho subordinado fora das instalações da empresa e, designadamente, na residência do trabalhador, desde que, nesse contexto, se possa reconhecer uma situação de subordinação. É o que podemos chamar *trabalho subordinado à distância*.

Mas, assim sendo, deve ficar claro que nem todo o trabalho subordinado à distância ou prestado no domicílio do trabalhador corresponde a teletrabalho; apenas o será aquele trabalho que, para além de ser prestado à distância, envolva o recurso intensivo a tecnologias de informação e comunicação. Por outras palavras, o teletrabalho subordinado é uma *species* da categoria mais ampla do trabalho subordinado à distância.

Este ponto merece ser sinalizado porque se vem registando uma tendência para reconduzir à figura do teletrabalho toda e qualquer forma de trabalho à distância, *verbi gratia* quando a actividade seja prestada no domicílio do trabalhador. Ora, esta tendência deve ser evitada por dois motivos: por um lado, porque simplifica artificialmente a figura do teletrabalho,

¹⁰ Em especial sobre a distinção entre teletrabalho externo e teletrabalho interno, PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho*, IV, 179 ss.

¹¹ Sobre este tema, cujo desenvolvimento extravasa os limites do nosso estudo, vd, por todos, PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho*, II cit., 44 ss.

descaracterizando-a quanto ao seu outro elemento essencial (i.e., o facto de a actividade laboral envolver o recurso intensivo a tecnologias de informação e comunicação); e, por outro lado, porque não faz sentido tratar como teletrabalho situações que têm apenas a ver com o local de trabalho.

A tendência de assimilação de todo e qualquer trabalho à distância à figura do teletrabalho subordinado acentuou-se com as modificações introduzidas no regime do teletrabalho pela Lei n.º 83/2021, de 6 de Dezembro, e coloca alguns problemas, designadamente no que toca ao âmbito de aplicação do regime legal do teletrabalho, como vamos ver de imediato.

2.2. Os problemas do âmbito de aplicação do novo regime legal do teletrabalho

I. O regime do contrato de teletrabalho, previsto nos arts. 165.º a 171.º do CT, aplica-se ao teletrabalho subordinado e não a outras formas de teletrabalho.

Na versão do Código anterior às alterações introduzidas pela L. n.º 83/2021, de 6 de Dezembro, este âmbito de aplicação do regime jurídico do teletrabalho era claro e permitia, designadamente, distinguir o contrato de teletrabalho subordinado do teletrabalho economicamente dependente, designadamente quando prestado no domicílio do teletrabalhador – situação que é muito frequente na prática. A esta segunda situação e por força da dependência económica do prestador, será aplicável o regime do trabalho no domicílio, constante da Lei n.º 101/2009, de 8 de Setembro¹².

Contudo, com o aditamento da norma do art. 165.º n.º 2 pela L. n.º 83/2021, de 6 de Dezembro, esta distinção deixou de ser tão clara porque aquela norma determina a extensão, «na parte compatível», das normas do regime do teletrabalho subordinado regulado nesta secção do Código do Trabalho relativas a equipamentos e sistemas de trabalho (art. 168.º), organização, direcção e controlo do trabalho (art. 169.º-A), deveres especiais das partes (art. 169.º-B), privacidade do teletrabalhador (art. 170.º) e segurança e saúde do trabalhador (art. 170.º-A) a «todas as situações de trabalho à distância sem subordinação jurídica, mas em regime de dependência económica». Ou seja, contrariamente ao que sucedia até aqui, o regime do contrato de teletrabalho subordinado passa a aplicar-se, em parte, a situações de trabalho parassubordinado (i.e., as situações previstas no art. 10.º do CT), desde que a prestação laborativa seja desenvolvida à distância.

¹² De outra parte, contribui ainda para a distinção das figuras do teletrabalho subordinado e do trabalho no domicílio o facto de o teletrabalho não ter que ser prestado no domicílio ou em instalação legalmente equiparada ao domicílio do trabalhador (assim, o teletrabalho desenvolvido num telecentro, por exemplo).

II. Esta norma levanta problemas de operacionalidade e dúvidas quanto ao seu âmbito de aplicação.

Assim, do ponto de vista operacional, impõe-se desde logo uma prevenção: é que a extensão dos regimes laborais às situações de parassubordinação depende de uma condição de compatibilidade. Ora não sendo este requisito de compatibilidade definido na lei, ele terá que ser avaliado no caso concreto, o que se pode revelar difícil de fazer na prática. Neste ponto, sempre diremos que dificilmente podem ser aplicadas ao trabalho economicamente dependente no domicílio as regras do Código do Trabalho sobre equipamentos e sistemas de trabalho (artigo 168.º) e sobre organização, direcção e controlo do trabalho (artigo 169.º-A), porque estas regras só fazem sentido no universo do trabalho subordinado.

Outra dificuldade operacional colocada pela norma do n.º 2 do artigo 165.º do CT decorre da necessidade de a articular com o regime do trabalho no domicílio, constante da Lei n.º 101/2009, de 8 de Setembro, em todas as situações em que o trabalho com dependência económica seja prestado no domicílio do trabalhador ou em local equiparado – o que é, como já se disse, frequente. É que o trabalho economicamente dependente no domicílio (que, como já vimos, também pode ser teletrabalho) é regulado pela Lei n.º 101/2009, de 8 de Setembro, e este diploma já contém disposições de protecção destes trabalhadores em matérias que o art. 165.º n.º 2 do CT manda agora aplicar-lhes (como o tema da privacidade e a matéria das visitas ao local de trabalho ou ainda a matéria da segurança e saúde – artigos 4.º e 5.º daquele diploma). A conjugação dos dois regimes pode, pois, suscitar antinomias normativas, ou, simplesmente, não ser possível, pelo menos nestas matérias.

Contudo, a maior dificuldade colocada pela regra do n.º 2 do art. 165.º do CT tem a ver com o âmbito da extensão do regime do teletrabalho. Neste ponto, a norma determina lapidarmente a aplicação do regime do teletrabalho subordinado nas matérias acima indicadas a «todas as situações de trabalho à distância sem subordinação jurídica, mas em regime de dependência económica» (*sic*).

Ora, o resultado desta formulação é paradoxal: as regras do teletrabalho subordinado previstas no Código do Trabalho passam a aplicar-se a uma situação jurídica que já é coberta por outro regime (o regime do trabalho no domicílio), mas não se estendem às situações não cobertas pela noção de teletrabalho constante n.º 1 do art. 165.º, mas que justificariam a mesma protecção – i.e., as outras situações de trabalho subordinado à distância, prestado no domicílio do trabalhador.

De facto, tendo em conta que o teletrabalho subordinado é apenas uma *species* do género trabalho à distância, como já se demonstrou, a aplicação do regime daquela *species* a outras situações de trabalho subordinado carecidas de atenção especial, pelo facto de a actividade ser prestada no domicílio do trabalhador, é que poderia fazer sentido e deveria ter sido equacionada.

Não tendo sido esta a opção do legislador, fica uma lacuna sobre o regime a aplicar ao trabalho subordinado comum prestado à distância, designadamente a partir do domicílio do trabalhador, que terá que ser integrada, porventura através da aplicação da regra do art. 165.º n.º 2 por analogia. É o que se propõe.

3. As questões relativas ao acordo para a prestação de teletrabalho

I. Em matéria de instituição do regime de teletrabalho subordinado, a regra geral é a instituição deste regime por acordo das partes, seja no caso do teletrabalho externo (neste caso o próprio contrato de trabalho estabelece o regime de teletrabalho), seja no caso de teletrabalho interno, que corresponde, como acima se disse, a uma modificação do contrato de trabalho inicial.

Esta regra, que provém do Código do Trabalho de 2003 (artigo 235.º) e transitou para o Código do 2009 (artigo 166.º n.ºs 1 e 6), mantém-se no artigo 166.º n.º 2 do actual Código, na redacção introduzida pela Lei n.º 83/2021, de 6 de Dezembro. A lei esclarece ainda que o acordo de teletrabalho deve revestir forma escrita e que, no caso de teletrabalho interno, tal acordo pode constar logo do contrato de trabalho inicial (ou seja, o contrato pode prever *ab initio* as condições em que, no futuro, poderá vir a ser modificado para instituir o regime de teletrabalho) – é o que decorre do n.º 2 do artigo 166.º do CT, na redacção dada pela L. n.º 83/2021, de 6 de Dezembro.

A exigência de um acordo escrito das partes para a instituição do regime de teletrabalho interno ou externo é a solução que se impõe à luz dos princípios gerais e tendo em conta os valores em jogo. Assim, no caso do teletrabalho externo ou inicial, a exigência de um acordo escrito replica a regra geral em matéria de forma dos contratos de trabalho especiais, atenta a necessidade de propiciar às partes um tempo superior de reflexão antes de optarem por um modelo de contrato de trabalho que não é o modelo comum. Já no caso do teletrabalho interno, a passagem ao regime de teletrabalho consubstancia uma modificação do contrato inicial, que carece do acordo de ambas as partes,

nos termos do princípio geral *pacta sunt servanda* (art. 406.º n.º 1 do Código Civil), e a importância desta modificação justifica a exigência adicional de forma. E, mesmo tendo em conta que, no Direito do Trabalho e, designadamente, no regime do contrato de trabalho há várias situações em que uma das partes pode impor unilateralmente desvios ao programa de execução do contrato acordado, em claro desvio ao princípio do cumprimento pontual dos contratos, em caso algum seria admissível impor unilateralmente a modificação de um aspecto tão essencial que transforma o modelo contratual noutra subtipo de contrato de trabalho.

É certo que há algumas situações em que a instituição do regime do teletrabalho interno não assenta no acordo das partes mas sim num direito do trabalhador: são as situações de teletrabalho em contexto de violência doméstica e em contexto de parentalidade, que já vinham do regime anterior (respectivamente números 1, 2 e 5 do artigo 166º-A, na redacção da Lei n.º 83/2021, de 6 de Dezembro); e é o caso do direito teletrabalho ao abrigo do estatuto de cuidador informal não principal, que foi aditado pela Lei n.º 83/2021, de 6 de Dezembro (art. 166º-A n.º 5 do CT).

Contudo, trata-se de situações excepcionais e que prosseguem interesses sociais de especial relevo – o imperativo de protecção da vítima de violência doméstica e as necessidades de conciliar a vida profissional com os deveres de cuidado de crianças pequenas ou de familiares altamente dependentes. Fora destes casos justifica-se, pois, sem margem para dúvidas, a reposição da regra geral de instituição do regime do teletrabalho subordinado por acordo.

II. À primeira vista, a regra geral em matéria de instituição do regime do teletrabalho não foi alterada pela Lei n.º 83/2021, de 6 de Dezembro. De facto, e como já se referiu, o art. 166.º do CT continua a impor a instituição do regime de teletrabalho por acordo, que deve revestir a forma escrita; e no n.º 2 deste artigo prevê-se que tal acordo conste do contrato inicial (o que aponta para a situação de teletrabalho externo, i.e. aquele em que o trabalhador *é ab initio* contratado em regime de teletrabalho), ou seja um acordo «autónimo» em relação ao contrato de trabalho (o que aponta para a modalidade do teletrabalho interno, que surge como modificação do programa inicial de execução do contrato).

Contudo, a verdade é que esta base consensual da figura do teletrabalho não tem, no regime actual, o mesmo alcance que tinha antes da Lei n.º 83/2021, de 6 de Dezembro, por força do novo regime da oposição à

proposta de instituição do regime do teletrabalho interno, que consta dos números 6 e 7 do art. 166.º do CT ¹³.

Vejamos então:

Se a proposta de passagem ao regime de teletrabalho for do empregador, o trabalhador pode opor-se a essa alteração e o mesmo poderá fazer o empregador, se a dita proposta provier do trabalhador (é o que decorre, respectivamente dos números 6 e 7 do artigo 166.º do CT, na redacção da Lei n.º 83/2021, de 6 de Dezembro). Por outro lado, o empregador pode mesmo estabelecer antecipadamente no regulamento interno as condições em que poderá vir a aceitar os pedidos de passagem ao regime de teletrabalho (n.º 9 do artigo 166.º, introduzido pela Lei n.º 83/2021, de 6 de Dezembro).

No entanto, o modo como a lei concebe este direito de oposição à proposta de instauração do regime de teletrabalho é diferente conforme opositor seja o trabalhador ou o empregador. Assim, se a passagem ao regime de teletrabalho for proposta pelo empregador, o trabalhador pode opor-se sem necessidade de apresentar qualquer justificação e a sua recusa não pode constituir causa de despedimento ou fundamento para a aplicação de qualquer sanção. Já no caso de a proposta de instauração deste regime ser do trabalhador e a actividade contratada ser «pela forma como se insere no funcionamento da empresa e tendo em conta os recursos de que esta dispõe» (*sic*, n.º 7 do artigo 166.º), o empregador só se poderá opor por escrito e de modo fundamentado.

A nosso ver, este regime não é compatível com a natureza do vínculo laboral, para além de ser contraproducente do ponto de vista dos interesses das partes e do próprio objectivo de estímulo à utilização da figura do teletrabalho, que subjaz globalmente à Lei n.º 83/2021, de 6 de Dezembro. Justifiquemos o nosso entendimento.

O direito de recusar a passagem ao regime do teletrabalho, que o Código do Trabalho atribui, de forma livre e incondicionada, ao trabalhador (n.º 6 do artigo 166.º) é a solução correcta, porque corresponde ao princípio geral da exigência do acordo das partes para a instituição do regime do teletrabalho e também porque projecta o princípio civil geral do cumprimento pontual dos contratos (artigo 406.º n.º 1 do Código Civil): sendo a passagem ao regime de teletrabalho uma modificação do contrato, ela depende, nos termos gerais, do acordo da outra parte.

É certo que, no contexto da pandemia de COVID-19, a instituição do regime do teletrabalho (*rectius*, a prestação da actividade laboral a partir

¹³ Note-se que o problema só se suscita no caso de teletrabalho interno.

do domicílio do trabalhador, sob a moldura do contrato de teletrabalho mas incluindo muitas situações que não correspondem ao conceito legal de teletrabalho) foi imposta por lei, independentemente da vontade das partes, em todas os casos em que o trabalho remoto era minimamente viável. Mas tratou-se de uma solução excepcional, imposta pelo Estado, e justificada por razões de saúde pública num contexto emergencial. Assim, uma vez retomada a normalidade, volta naturalmente a impor-se a regra geral da exigência do acordo das partes para a introdução de uma modificação tão relevante no conteúdo do contrato.

Compreende-se, pois, que o trabalhador se possa opor à proposta de passagem ao regime de teletrabalho que provenha do empregador pelas razões que entenda e que pode até guardar para si. E, obviamente, nem seria necessário o art. 166.º n.º 6 do CT referir que o trabalhador não pode ser sancionado ou prejudicado por exercer tal direito de oposição, uma vez que o resultado do exercício de tal direito é que o contrato continuará a ser cumprir nos exactos termos em que foi acordado – o que, obviamente e só por si, exclui a possibilidade de qualquer sanção.

O que não se compreende é a solução agora estabelecida no n.º 7 do artigo 166.º do CT para o exercício do idêntico direito de oposição do empregador, quando a proposta de passagem ao regime de teletrabalho seja do trabalhador. E – note-se – que o leque de situações em que o trabalhador pode solicitar a passagem a este regime é muito mais amplo que à primeira vista poderia parecer, porque, como acima se viu, o n.º 2 do art. 165.º do CT estendeu o âmbito de aplicação do regime do teletrabalho para além dos contornos da própria figura do teletrabalho, em moldes que arriscam confundir teletrabalho com trabalho à distância. Ou seja, o que pode estar em causa é um pedido de passagem ao regime de teletrabalho feito por qualquer trabalhador, sempre que a actividade contratada possa (ainda que de modo forçado ou com perda de qualidade) ser prestada fora das instalações do empregador.

Nestes casos, o n.º 7 do art. 166.º do CT estabelece que, se o empregador se quiser opor à pretensão do trabalhador, terá que o fazer por escrito e indicando o fundamento da recusa. Mas este fundamento deve decorrer da incompatibilidade da actividade contratada com o regime de teletrabalho «pela forma como se insere no funcionamento da empresa e tendo em conta os recursos de que esta dispõe» (sic, n.º 7 do art. 166º). Ora, esta exigência levanta um problema de operacionalidade e também um problema dogmático.

O problema de operacionalidade tem, obviamente, a ver com o carácter estrito e impreciso dos fundamentos que o empregador pode alegar para

recusar o pedido de passagem ao regime de teletrabalho que seja formulado pelo trabalhador. Por um lado, o empregador pode ter outras razões válidas para recusar o pedido do trabalhador, para além da impossibilidade objectiva de desenvolvimento remoto da actividade laboral – razões de segurança, motivos de segredo profissional, razões financeiras e motivos organizacionais diversos. Por outro lado, na concretização dos fundamentos da oposição do empregador a norma remete para fórmulas indeterminadas que nada esclarecem – a «forma como [a actividade contratada] se insere no funcionamento da empresa» verdadeiramente nada diz e a razão atinente aos recursos da empresa deixa a dúvida sobre o tipo de recursos a que a lei se quer referir (recursos humanos, recursos financeiros ou outros). A nosso ver, estando aqui em causa a organização não apenas da prestação daquele trabalhador, mas a organização global da empresa, uma vez que a actividade de cada trabalhador se tem que articular com a dos restantes trabalhadores, deve reconhecer-se ao empregador a maior latitude indicação dos motivos que fundamentam a sua recusa da pretensão do trabalhador de passar ao regime de teletrabalho.

Por outro lado, no plano dogmático, esta norma suscita-nos as maiores reservas porque a solução que consagra inverte por completo a lógica da relação laboral. De facto, o que parece subjacente a este preceito – como, aliás, a outras modificações do regime do teletrabalho introduzidas pela Lei n.º 83/2021, de 6 de Dezembro¹⁴ – é a ideia de que o teletrabalhador pode fazer uma espécie de autogestão do seu contrato e do modo como o quer executar, com o inerente enfraquecimento dos poderes laborais do empregador, em especial no que se refere ao poder organizativo e ao poder directivo.

Ora, este resultado contraria a essência mais profunda do vínculo de trabalho, que assenta, como é bem sabido, na posição desigual das partes – o trabalhador em situação de subordinação e o empregador numa posição de domínio ou autoridade, enquanto titular dos poderes laborais. E, porque essa é a essência do contrato de trabalho, não pode deixar de caber ao empregador o poder de determinar o modo de execução da actividade contratada, o que inclui não só a definição do local de trabalho mas também a coordenação da actividade de cada trabalhador com os demais, o que envolve toda a organização empresarial. Assim, e sob pena de inconstitucionalidade por violação do direito fundamental à livre iniciativa

¹⁴ São também exemplos desta tendência de autogestão do vínculo de teletrabalho pelo trabalhador algumas normas introduzidas pela Lei n.º 83/2021, de 6 de Dezembro a propósito do poder directivo, como a exigência de aviso prévio para a marcação de reuniões com o teletrabalhador, mesmo no seu local de trabalho (n.º 1 do art. 169.º-A) ou o dever imposto ao empregador de consultar o teletrabalhador por escrito antes de introduzir modificações nos equipamentos e sistemas, nas funções ou em qualquer característica da actividade do teletrabalhador (alínea e) do n.º 1 do artigo 169.º-B); e, na mesma linha, mas limitando especificamente o poder de vigilância ou controlo, a norma do n.º 2 do artigo 170.º do CT, que exige o acordo prévio do teletrabalhador que trabalhe no seu domicílio para que o empregador possa aceder ao seu local de trabalho.

económica privada (artigo 61.º n.º 1 da Constituição da República Portuguesa), não deve caber ao trabalhador subordinado a (auto)gestão do seu contrato de teletrabalho.

Não podemos, por fim, deixar de chamar a atenção para o efeito contraproducente deste tipo de soluções legais. É que, no limite, elas podem levar as empresas a evitarem, tanto quanto possível, o recurso ao teletrabalho, optando pelo retorno sistemático ao modelo clássico do trabalho integralmente presencial. Ora, este resultado vai contra os interesses dos trabalhadores, mas pode também ir contra os interesses dos empregadores, que tiveram a oportunidade de avaliar as virtualidades deste modelo de contrato durante a pandemia e estariam na disposição de o manter em circunstâncias normais.

III. Cabe ainda chamar a atenção para os outros aspectos do regime do acordo de teletrabalho, que constam do art. 167.º do CT. E, se em alguns pontos, foi mantido o regime anterior, noutras pontos foram introduzidas modificações substanciais pela Lei n.º 83/2021, de 6 de Dezembro, cujo alcance não é sempre fácil de perceber.

Em primeiro lugar, a lei refere agora em termos expressos que o acordo de teletrabalho pode ser celebrado por tempo indeterminado o a termo (art. 167.º n.º 1). Mas, no caso de ser celebrado a termo, fica a dúvida de saber se a situação de teletrabalho é, em si mesma, um motivo justificativo para a celebração do acordo ou se o contrato se tem que subsumir a um dos fundamentos objectivos do contrato a termo estabelecidos no art. 140.º do CT.

A nosso ver, a situação deve ter uma resposta diferente no caso do teletrabalho externo e do teletrabalho interno: no primeiro caso, estando em causa a celebração de um contrato de trabalho (especial) a termo, a aposição do termo deve observar as condições legalmente estabelecidas para os contratos a termo, incluindo no que respeita aos fundamentos objectivos previstos no art. 140.º do CT; já no caso do teletrabalho interno, estando em causa a modificação de um contrato de trabalho já em execução e que se mantém, o acordo de teletrabalho pode ser sujeito a termo sem particulares restrições de fundamento.

Por outro lado, a lei passou agora a sujeitar expressamente o acordo de teletrabalho a um prazo máximo de seis meses, com renovação tácita se nenhuma das partes manifestar a intenção de o não renovar até 15 dias antes do final período em curso (é a regra do n.º 2 do art. 167.º). Esta regra encurtou o prazo máximo de duração anteriormente estabelecido para o teletrabalho interno, que era de três anos (art. 167.º n.º 1 do CT, na redacção

anterior à Lei n.º 83/2021, de 6 de Dezembro).

Contudo, a principal alteração que esta regra encerra decorre do facto de este prazo máximo do acordo de teletrabalho ser agora previsto para qualquer modalidade de acordo de teletrabalho, o que significa que um contrato de trabalho celebrado ex novo no regime de teletrabalho (i.e., o teletrabalho externo) e ao qual seja aposto um termo fica sujeito a limites temporais muito mais apertados do que qualquer outro contrato a termo – é, a nosso ver, uma opção legislativa sem justificação substancial e contraproducente num diploma que, alegadamente, pretende promover o teletrabalho.

É certo que, permitindo a lei a renovação tácita do acordo de teletrabalho, o efeito restritivo do encurtamento do prazo de duração desse acordo pode não ser tão drástico. Contudo, apesar de a lei não distinguir, cremos que esta regra de renovação tácita não pode ser aplicada da mesma forma no caso do teletrabalho externo e no caso do teletrabalho interno. É que, no primeiro caso, sendo o contrato de teletrabalho um contrato a termo, ele deve sujeitar-se aos limites gerais em matéria de duração máxima e de número máximo de renovações, estabelecidos nos arts. 148.º e 149.º do CT. Já no caso do teletrabalho interno, consubstanciando o acordo de teletrabalho uma simples modificação do contrato, não se justifica impor limites ao número de renovações do acordo, desde que se mantenha a vontade das partes nesse sentido.

Assim, entende-se que a regra da renovação tácita do acordo de teletrabalho celebrado a termo, estabelecida no n.º 2 do art. 167.º, se aplica sem restrições ao teletrabalho interno, mas tem que ser compaginada com as regras do trabalho a termo em matéria de limites máximos de duração e renovações.

Por outro lado, estas regras do art. 167.º n.º 2 do CT estão pensadas para as situações de teletrabalho que assentam no acordo das partes e não para as situações de direito ao teletrabalho, em contexto de violência doméstica, de parentalidade e ao abrigo do estatuto do cuidador informal (i.e., as situações previstas no art. 166.º-A). Nestas situações, são aplicáveis os limites temporais previstos no art. 166.º-A.

Resta referir as regras relativas à cessação do acordo de teletrabalho.

Assim, e desde logo, o regime de teletrabalho pode ser feito cessar por qualquer das partes nos primeiros 30 dias de execução, nos termos do art. 167.º n.º 4 do CT, na redacção dada pela Lei n.º 83/2021, de 6 de Dezembro – é o denominado «direito ao arrependimento». Contudo, chama-se a atenção para o âmbito deste direito, uma vez que ele era reconhecido apenas nas situações de teletrabalho interno (art. 167.º n.º 2 do CT, na redacção anterior)

e agora se estende a todas as situações de teletrabalho.

Por outro lado, o acordo de teletrabalho celebrado por tempo indeterminado pode ser denunciado por qualquer das partes com um aviso prévio de 60 dias (art. 167.º n.º 3 do CT). Não se referindo a norma ao prazo de aviso prévio do acordo de teletrabalho celebrado a termo, julga-se que são de aplicar a este caso os prazos de aviso prévio da denúncia dos contratos a termo, previstos no art. 400.º n.º 3 do CT.

Por fim, quanto aos efeitos da cessação do acordo de teletrabalho, mantém-se o regime anterior, embora a nova redacção da norma (art. 167.º n.º 5 do CT) seja mais equívoca. Assim, se o acordo de teletrabalho tiver sido celebrado no âmbito de um contrato de trabalho de duração indeterminada ou cujo termo não tenha sido atingido (ou seja, se se tratar de teletrabalho interno), com a cessação do acordo o trabalhador retoma a sua actividade em regime presencial, sem perda de quaisquer direitos¹⁵. Já no caso do teletrabalho externo, a lei deixou de prever a possibilidade de passagem a um regime de trabalho comum, por acordo escrito das partes, aquando da cessação do regime do teletrabalho (conforme era previsto no art. 166.º n.º 6, na redacção anterior). Mas evidentemente que as partes podem sempre acordar nesse sentido. •



¹⁵ Este regime constava anteriormente do art. 167.º n.º 3 do CT





SUPREMO
TRIBUNAL
DE JUSTIÇA

