

# A organização e a remuneração dos tempos de trabalho: em especial o banco de horas\*

CATARINA DE OLIVEIRA CARVALHO\*\*

## I. Considerações prévias<sup>1</sup>

A duração e, sobretudo, a organização do tempo de trabalho assumem extrema importância em contextos de crise económica, com o apelo empresarial a fórmulas de regulação flexível que potenciem a rápida

---

\* O presente estudo corresponde a um desenvolvimento da intervenção da Autora no colóquio sobre *A Reforma Laboral em Portugal e Espanha*, que se realizou na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, em 1 de Outubro de 2013, organizado pelos Prof. Doutor José João Abrantes, Dr.<sup>a</sup> Rita Canas da Silva e Mestre David Carvalho Martins.

Apesar de não ter tido o privilégio de ser aluna do Senhor Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier, a influência da sua obra foi determinante na minha formação como juslaborista, desde os tempos já longínquos da minha licenciatura, e continua a sê-lo até ao momento presente, por se tratar de um nome maior e incontornável do Direito do Trabalho português, o que justifica cabalmente a presente homenagem.

\*\* Professora auxiliar da Escola do Porto da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa. Investigadora e membro integrado do *Catolica Research Centre for the Future of Law* – Centro de Estudos e Investigação em Direito.

<sup>1</sup> No âmbito do presente trabalho são utilizadas as seguintes abreviaturas: acórdão (ac.); Assembleia da República (AR); *Boletim do Trabalho e Emprego* (BTE); confrontar/confirmar (cf./cfr.); convenção(ões) colectiva(s) de trabalho (CCT); Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE); Código do Trabalho (CT); Constituição da República Portuguesa (CRP); coordenação (coord.); *Diário da República* (DR); instrumentos de regulamentação colectiva do trabalho (IRCT); pequenas e médias empresas (PME); organização (org.); *Questões Laborais* (QL); *Revista de Direito e Economia* (RDE); *Revista de Direito e Estudos Sociais* (RDES); *Revista da Ordem dos Advogados* (ROA); Tribunal Constitucional (TC); Tribunal de Justiça (TJ); Universidade Católica Portuguesa (UCP); UE (União Europeia); ver (vd.).

adaptação da actividade empresarial às variações económicas, sem o aumento dos custos laborais inerentes (designadamente daqueles que decorreriam da prestação de trabalho suplementar). O ajustamento das flutuações da produção à procura exige uma organização flexível que passa, necessariamente, pela modulação do tempo de trabalho, em prejuízo do tempo disponível dos trabalhadores, ou seja, com amplas repercussões negativas no tempo de que estes dispõem para descansar, dedicarem à respectiva vida familiar ou a outras actividades não profissionais<sup>2</sup>, com os inevitáveis reflexos na saúde e segurança dos trabalhadores<sup>3</sup>.

Trata-se de uma evolução legislativa comum aos diversos países europeus, que assume especial acuidade naqueles que foram mais afectados pela crise económica<sup>4</sup>.

Entre nós, o desiderato flexibilizador do tempo de trabalho acentuou-se sensivelmente com o início de vigência do Código do Trabalho de 2009<sup>5</sup> e com as ulteriores alterações introduzidas pela Lei n.º 23/2012, de 25/06, que sublinharam o protagonismo do contrato de trabalho na modulação do tempo de trabalho em detrimento do papel dominante antes atribuído, nesta matéria, à contratação colectiva<sup>6</sup>, e multiplicaram, como

---

<sup>2</sup> Assim, CAROLE LANG, STEFAN CLAUWAERT e ISABELLE SCHÖMANN, *Working time reforms in times of crisis*, Working paper 2013.04, European Trade Union Institute, p. 24, disponível em <http://www.etui.org/Publications2/Working-Papers/Working-time-reforms-in-times-of-crisis>; FERNANDO DE VICENTE PACHÉS/ M.ª JOSÉ MATEU CARUANA, «Crisis de empresa y tiempo de trabajo», e MARGARITA MIÑARRO YANINI, «Algunas notas sobre la incidencia de la crisis económica en la ordenación del tiempo de trabajo en la unión europea», in *Crisis de empresa y derecho del trabajo – IV Jornadas universitarias valencianas de derecho del trabajo y de la seguridad social*, coord. Juan López Gandía/ Ángel Blasco Pellicer, València, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 86 e 102, respectivamente.

<sup>3</sup> Cfr. STEFAN CLAUWAERT e ISABELLE SCHÖMANN, *La crisis y las reformas de las legislaciones laborales nacionales – Un ejercicio de análisis*, Documento de trabajo 2012.04, European Trade Union Institute, p. 11, disponível em <http://www.etui.org/Publications2/Working-Papers/The-crisis-and-national-labour-law-reforms-a-mapping-exercise>.

<sup>4</sup> Cfr. *idem, ibidem*; ALDO MARCHETTI, «La grande risacca. Il tempo di lavoro in Europa nell'epoca della globalizzazione», *Economia & Lavoro: Rivista Quadrimestrale di Politica Economica, Sociologia e Relazioni Industriali*, ano XLIV, 2010, n.º 2, pp. 99 ss.

<sup>5</sup> O CT 2009 foi aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12/02. O diploma foi rectificado em 18/03 pela Declaração de Rectificação da AR n.º 21/2009, de 18/03, e regulamentado pela Lei n.º 105/2009, de 14/09, tendo sido alterado pelas Leis n.ºs 53/2011, de 14/10, 23/2012, de 25/06, 47/2012, de 29/08, e 69/2013, de 30/08. Os preceitos citados, salvo indicação em contrário, referem-se ao CT 2009 (e suas ulteriores alterações).

<sup>6</sup> No sentido de que os regimes dos arts. 208.º-A e 208.º-B constituem “factores inibitórios para a contratação colectiva”, ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, «A “reforma laboral” de 2012. Observações em torno da Lei 23/2012», *ROA*, ano 72, 2012, p. 555.

veremos, os “elementos não contratuais” traduzidos numa “flexibilidade unilateral a favor do empregador”<sup>7</sup>.

Uma das várias razões justificativas deste “recuperado protagonismo do contrato de trabalho”<sup>8</sup>, prende-se com a importância destes mecanismos flexibilizadores do tempo de trabalho para as empresas de menor dimensão, cujo quadro de pessoal se encontra, em regra, reduzido ao mínimo<sup>9</sup>. Nas palavras de ROSÁRIO PALMA RAMALHO, o modelo rígido de fixação do tempo de trabalho harmoniza-se com o perfil “das grandes unidades produtivas industriais, que constituíram um dos pressupostos socioeconómicos do desenvolvimento do sistema normativo laboral”<sup>10</sup>. Com efeito, a dependência de regulação convencional para a implementação destes regimes legais relativos à organização do tempo de trabalho conduz à parca relevância prática destes institutos num país marcado por micro e pequenas empresas. Tal circunstância deve-se ao facto de o recurso à contratação colectiva nas pequenas e microempresas ser severamente dificultado pela ausência habitual de estruturas representativas dos trabalhadores, ao que se somam os problemas decorrentes da frágil organização colectiva dos pequenos empregadores, raramente inscritos em associações empresariais<sup>11</sup>.

É certo que a maioria das CCT acabava por ser objecto de alargamento por via de uma portaria de extensão<sup>12</sup>. Porém, este alargamento não permite,

---

De forma similar, JÚLIO GOMES, «Algumas reflexões sobre as alterações introduzidas no Código do Trabalho pela Lei n.º 23/2012 de 15 de Junho», *ROA*, ano 72, II/III, 2012, p. 617, refere-se à multiplicação de “interferências na autonomia negocial coletiva”.

<sup>7</sup> JÚLIO GOMES, «Algumas reflexões...», cit., pp. 577 e 617.

<sup>8</sup> A expressão pertence a CONSUELO FERREIRO, «El recuperado protagonismo del contrato de trabajo», *QL*, ano XIX, 2012, n.º 40, pp. 145 ss.

<sup>9</sup> Sobre os problemas de duração e organização do tempo de trabalho nas empresas de menor dimensão, *vd.* o nosso, *Da dimensão da empresa no direito do trabalho – Consequências práticas da dimensão da empresa na configuração das relações laborais individuais e colectivas*, Coimbra, Coimbra Editora/Wolters Kluwer, 2011, pp. 257 ss.

<sup>10</sup> ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Direito do trabalho. Parte II – Situações laborais individuais*, 5.ª ed., Coimbra, Almedina, 2014, pp. 546-547.

<sup>11</sup> Para mais desenvolvimentos, designadamente sobre os motivos justificativos desta situação, *vd.* o nosso, *Da dimensão da empresa...*, cit., pp. 602 ss. e 632 ss.

<sup>12</sup> Aliás, uma análise do paradigma nacional permite-nos demonstrar a importância prática destes últimos IRCT não negociais, pois eles são responsáveis pelo facto de a cobertura das convenções colectivas atingir limiares próximos dos 91%, em confronto com as baixas taxas de sindicalização e de filiação dos pequenos empregadores nas associações patronais. Dados fornecidos pela Direcção Geral de Estudos, Estatística e Planeamento, *Estatísticas em síntese – Quadros de pessoal*, 2005, p. 7. Daí as portarias

na maioria dos casos, a correcta adequação dos regimes convencionais referentes ao tempo de trabalho, definidos ao nível sectorial (através de contratos colectivos), às particularidades e condições económicas das pequenas empresas. Além do mais, a proliferação destas portarias terminou com a Resolução do Conselho de Ministros n.º 90/2012<sup>13</sup>, diploma que veio dar cumprimento ao compromisso assumido no Memorando de entendimento sobre as Condicionalidades da Política Económica, de 17/05/2011, o qual acabou por ter, na prática, um efeito paralisador da contratação colectiva sectorial<sup>14</sup>.

Saliente-se, todavia, que as razões justificativas da preferência legislativa pela negociação individual em detrimento da colectiva vão muito para além da protecção das PME e ligam-se, principalmente, aos proclamados objectivos de aumento da produtividade e competitividade empresariais<sup>15</sup>, mediante uma redução dos custos com o trabalho<sup>16</sup>, ao que acresce o descontentamento do legislador em face dos poucos resultados demonstrados pela contratação colectiva na flexibilização do tempo de trabalho<sup>17</sup>. Nas palavras de JÚLIO GOMES, o que se pretende é “um sistema de contratação coletiva “teleguiada”” e, conseqüentemente, “o respeito pelo legislador pela autonomia negociada coletiva só existe se e enquanto esta produzir determinados resultados que o legislador considera desejáveis”<sup>18</sup>.

---

de extensão serem, nas palavras de JORGE LEITE («El sistema de negociación colectiva en Portugal», in *Experiencias de negociación colectiva en Europa y sus puntos críticos – XVIII Jornadas de estudios sobre negociación colectiva*, MTAS, Madrid, 2006, p. 72), a “verdadeira estrela do firmamento português da autonomia colectiva”.

<sup>13</sup> Publicada no *DR*, 1.ª série, n.º 211, de 31/10/2012, pp. 6265 ss. e alterada pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 43/2014, publicada no *DR*, 1.ª série, n.º 122, de 27/06/2014.

<sup>14</sup> Sobre o problema, *vd.* JÚLIO GOMES, «Algumas reflexões...», *cit.*, pp. 603 ss.

<sup>15</sup> Cf. MONTEIRO FERNANDES, «A “reforma laboral” de 2012...», *cit.*, p. 545.

<sup>16</sup> Cfr. JÚLIO GOMES, «Algumas reflexões...», *cit.*, p. 617 e, especialmente, a análise da exposição de motivos desenvolvida nas pp. 575 ss.

<sup>17</sup> E estes frugais resultados não podem ser desligados da alta taxa de inefectividade da legislação laboral portuguesa, que, por isso, pode “prescindir” do recurso à negociação colectiva para efeitos de flexibilização do regime legal. Cf. ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, «Notas sobre o art. 206.º do Código do Trabalho (adaptabilidade grupal)», in *Actas do Congresso de Direito do Trabalho “Direito do Trabalho + Crise = Crise do Direito do Trabalho?”*, coord. Catarina de Oliveira Carvalho/ Júlio Gomes, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pp. 221-222.

<sup>18</sup> JÚLIO GOMES, «Algumas reflexões...», *cit.*, p. 607.

## II. Modalidades do banco de horas e respectivo regime

O CT consagra dois regimes de bancos de horas: um previsto em regulamentação colectiva (art. 208.º) e outro acordado individualmente (art. 208.º-A), cujo âmbito subjectivo de aplicação pode ser alargado através do banco de horas grupal (art. 208.º-B).

O legislador optou, assim, por transpor o modelo de estruturação do regime de adaptabilidade (arts. 205.º a 207.º)<sup>19</sup> para o banco de horas, em termos de quase total simetria<sup>20</sup>.

Passamos a analisar individualmente cada uma das modalidades de banco de horas, estabelecendo o necessário confronto com as correspondentes modalidades de adaptabilidade ou outros institutos relativos à duração e organização do tempo de trabalho, com o propósito de compreender as vantagens das primeiras em relação às segundas.

### 1. Banco de horas por regulamentação colectiva

#### 1.1. Caracterização e utilidade do instituto

O art. 208.º do CT 2009 veio prever um novo instituto destinado à flexibilização do tempo de trabalho que designou por banco de horas por regulamentação colectiva.

Os contornos gerais da figura aproximam-se da adaptabilidade por regulamentação colectiva, uma vez que, em ambos os casos, a sua instituição tem de resultar de IRCT<sup>21</sup>, o qual define quase por completo o

---

<sup>19</sup> O regime legal de adaptabilidade surgiu no nosso ordenamento por via da Lei n.º 21/96, de 23/07, sendo ulteriormente modificado e desenvolvido pelos arts. 164.º a 166.º do CT 2003, aprovado pela Lei n.º 99/2003, de 27/08. Este último diploma regulava um regime de adaptabilidade geral (previsto em IRCT) e outro especial (previsto em acordo individual). Com o início de vigência do CT 2009, aditou-se o regime de adaptabilidade grupal. Antes de 1996, existiam excepções à duração máxima do período normal de trabalho, que se mantêm, com alterações, no actual art 210.º Sobre esta evolução, cf. NUNES DE CARVALHO, «Notas sobre o art. 206.º...», cit., pp. 219 ss.

<sup>20</sup> Assinalam este paralelismo, designadamente, LUÍS MIGUEL MONTEIRO, in AA.VV., *Código do Trabalho anotado*, 9.ª ed., Coimbra, Almedina, 2013, pp. 498-499, 501; ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, «Tempo de trabalho», *RDES*, ano LIII, 2012, n.ºs 1-2, p. 25 e *passim*; ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Direito do trabalho*, cit., p. 554.

<sup>21</sup> O legislador refere-se, em termos amplos, aos IRCT, sem realizar qualquer diferenciação entre eles, o que nos permitiria aparentemente afirmar que qualquer um dos IRCT negociais e não negociais definidos no art. 2.º pode criar um regime de adaptabilidade ou de banco de horas. Ora, se tal solução é inequívoca em relação à CCT e à portaria

respectivo regime, sendo certo que o legislador concede, para este efeito, ampla margem de manobra à autonomia colectiva.

O conceito de adaptabilidade do período normal de trabalho assenta no cálculo do tempo de trabalho em termos médios, num período de referência predefinido<sup>22</sup>, que pode ir até 12 meses por previsão em IRCT (art. 207.º)<sup>23</sup>. O mesmo resultado pode ser obtido através do banco de horas quando o IRCT prevê, como forma de compensação do trabalho prestado ao abrigo deste regime, uma “redução equivalente do tempo de trabalho” [art. 208.º, n.º 4, als. a), i)]. Nesta circunstância, as figuras aproximam-se significativamente, ao admitirem um cálculo médio do tempo de trabalho, sem um aumento do número de horas de trabalho prestado anualmente, e

---

de extensão, o mesmo não se pode afirmar quanto à portaria de condições de trabalho, atento o disposto no art. 3.º, n.º 2, cuja razão de ser resulta da apreciação preventiva da constitucionalidade operada pelo ac. do TC n.º 306/2003, de 25/06 (ponto 21). No que respeita aos mecanismos arbitrais, não vislumbramos qualquer impedimento nesse sentido, como desenvolve NUNES DE CARVALHO, «Notas sobre o art. 206.º...», cit., pp. 239 ss. O problema aqui é de ordem prática, uma vez que eles assumem uma natureza meramente residual no nosso sistema de relações industriais. Estes regimes não podem, contudo, resultar da contratação colectiva atípica, apesar das práticas nesse sentido publicitadas por algumas empresas do sector automóvel. Cfr. NUNES DE CARVALHO, «Tempo de trabalho», cit., pp. 373 ss.

<sup>22</sup> LUÍS MIGUEL MONTEIRO, «Algumas questões sobre a organização do tempo de trabalho», *RDES*, 2000, n.ºs 3 e 4, p. 284, e in *Código do Trabalho anotado*, cit., p. 488; JÚLIO GOMES, *Direito do trabalho, Vol. I – Relações Individuais de trabalho*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 667.

<sup>23</sup> No que respeita ao período de referência relevante para a determinação da duração média do trabalho, o art. 16.º, al. b), da Directiva n.º 2003/88/CE (do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4/11, relativa a determinados aspectos da organização do tempo de trabalho) permite aos Estados-membros a fixação de um qualquer período não superior a quatro meses, embora admita derrogações a esta regra nos termos dos arts. 17.º, n.º 3, e 18.º, com os limites previstos no art. 19.º Concretizando este preceito, o art. 207.º consagra, como princípio, a estipulação do período de referência por IRCT, o qual pode fixar um qualquer período com o limite máximo de um ano. Supletivamente, na ausência de IRCT regulador da matéria ou em caso de lacuna do IRCT a este respeito, estabeleceu-se o período de quatro meses, admitindo-se o alargamento do mesmo para seis meses nas situações enumeradas no n.º 2 do art. 207.º Sobre as dúvidas quanto a uma correcta transposição da Directiva neste domínio, *vd.* FRANCISCO LIBERAL FERNANDES, *O tempo de trabalho. Comentário aos artigos 197.º a 236.º do Código do Trabalho [revisão pela Lei n.º 23/2012, de 25 de Junho]*, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pp. 98 ss., e o nosso, «A regulamentação nacional do tempo de trabalho e o direito comunitário: omissões e incompatibilidades», *QL*, ano XIII, n.º 27, 2006, pp. 48 ss. Esta compatibilidade também é questionada por ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do trabalho*, 17.ª ed., Coimbra, Almedina, 2014, p. 329, nota 1.

facilitam o ajustamento das “actividades com desníveis produtivos” e a gestão dos *recursos humanos*<sup>24</sup>. Ambas permitem ao empregador evitar as desvantagens da utilização do trabalho suplementar, não só ao nível das contrapartidas remuneratórias (art. 268.º), mas também da necessidade de fundamento justificativo (art. 227.º, n.º 1) e da possível invocação, pelo trabalhador, de motivo atendível para recusar a sua prestação (art. 227.º, n.º 3, *in fine*)<sup>25</sup>.

Qual foi então a vantagem da criação legal do instituto do banco de horas por regulamentação colectiva? A vantagem de recorrer ao banco de horas prende-se com o facto de as dificuldades de previsão, com a antecedência suficiente, das necessidades acrescidas de trabalho poderem inviabilizar a utilidade do regime de adaptabilidade, cuja aplicação prática exige algum prognóstico e a afixação dos novos horários com a antecedência mínima de 7 dias (ou 3 dias nos casos das microempresas), nos termos do art. 217.º Já o banco de horas permite atender à variabilidade dos mercados através de aumentos pontuais da prestação do trabalho, através da “movimentação de horas a crédito e a débito”<sup>26</sup>, sem cumprimento das prescrições impostas pelo art. 217.º relativas à alteração de horário<sup>27</sup>. Nos termos do art. 208.º, n.º 4, al. b), a antecedência com que o empregador deve comunicar ao trabalhador a necessidade de prestação de trabalho será a definida no IRCT, sem que se imponha qualquer

---

<sup>24</sup> ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Direito do trabalho, cit.*, p. 532. Em sentido idêntico, LUÍS MIGUEL MONTEIRO, in *Código do Trabalho anotado, cit.*, p. 499.

<sup>25</sup> Cfr. FRANCISCO LIBERAL FERNANDES, «O regime de adaptabilidade do tempo de trabalho», in *A reforma do Código do Trabalho*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 329; ANTÓNIO MOREIRA, «Flexibilidade temporal», in *Estudos de direito do trabalho em homenagem ao Professor Manuel Alonso Olea*, Coimbra, Almedina, 2004, pp. 116-117; ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Direito do trabalho, cit.*, p. 532; JÚLIO GOMES, *Direito do trabalho, cit.*, p. 667; LUÍS MIGUEL MONTEIRO, in *Código do Trabalho anotado, cit.*, pp. 488 e 500.

<sup>26</sup> Cf. LUÍS MIGUEL MONTEIRO, in *Código do Trabalho anotado, cit.*, p. 499. Em sentido próximo, ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Direito do trabalho, cit.*, p. 557, ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, «Notas sobre o regime do tempo de trabalho na revisão do Código do Trabalho», in *Código do Trabalho – A revisão de 2009*, org. Paulo Morgado de Carvalho, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 375, e MONTEIRO FERNANDES, *Direito do trabalho, cit.*, p. 329, referindo-se a “uma espécie de ‘conta-corrente’ de horas [...] a saldar, normalmente, segundo ciclos anuais”.

<sup>27</sup> Cfr. LUÍS MIGUEL MONTEIRO, in *Código do Trabalho anotado, cit.*, pp. 499 e 502; LIBERAL FERNANDES, *O tempo de trabalho..., cit.*, p. 106.

antecedência mínima, o que permite, no limite, que a comunicação seja feita no próprio dia em que se pretende a prestação de horas do banco<sup>28</sup>.

Deste modo, o instituto do banco de horas traduz-se num *plus* quanto à ampliação dos poderes flexibilizadores do empregador concedidos pela figura da adaptabilidade<sup>29</sup> e implica uma maior fragilização da posição dos trabalhadores que poderão ver aumentadas as dificuldades de articulação entre a sua vida profissional e pessoal, em virtude da menor previsibilidade das alterações do respectivo período e horário de trabalho<sup>30</sup>. Como afirma NUNES DE CARVALHO, esta figura viabiliza “o acesso a trabalho à partida qualificável como suplementar em termos menos onerosos para o empregador” e, ao contrário da adaptabilidade, não exige qualquer programação antecipada dos tempos de trabalho da generalidade dos trabalhadores envolvidos, podendo a massa de horas

---

<sup>28</sup> Veja-se, a título de exemplo, a cláusula 9.<sup>a</sup> do contrato colectivo entre a AECOPS – Associação de Empresas de Construção e Obras Públicas e Serviços e outras e o SETACCOP – Sindicato da Construção, Obras Públicas e Serviços Afins e outros – Revisão global (publicado no *BTE* n.º 12, de 9/03/2010), que prevê que a necessidade de prestação de trabalho, ao abrigo do banco de horas, depende de comunicação efectuada pelo empregador ao trabalhador “com uma antecedência mínima de cinco dias, salvo se outra for acordada ou em caso de força maior”. Outro regime convencional similar pode ser encontrado no contrato colectivo celebrado entre a AIMMAP – Associação dos Industriais Metalúrgicos, Metalomecânicos e Afins de Portugal e o SINDEL – Sindicato Nacional da Indústria e da Energia e outros (publicado no *BTE* n.º 10, de 15/03/2010), cuja cláusula 53.<sup>a</sup> dispõe que o “empregador deve comunicar ao trabalhador a necessidade de prestação de trabalho em acréscimo com cinco dias de antecedência, salvo situações de manifesta necessidade da empresa, caso em que aquela antecedência pode ser reduzida”.

<sup>29</sup> Cf. BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER com a colaboração de P. Furtado Martins, A. Nunes de Carvalho, Joana Vasconcelos e Tatiana Guerra de Almeida, *Manual de direito do trabalho*, 2.<sup>a</sup> ed., Verbo, Lisboa, 2014, p. 558.

<sup>30</sup> Como explica MONTEIRO FERNANDES, «A “reforma laboral” de 2012...», cit., p. 554, nota 15, “a razão de ser da figura não está – longe disso – na conciliação vida/trabalho, mas sim no incremento da liberdade de gestão de tempos por parte dos empregadores”. No mesmo sentido, LIBERAL FERNANDES, *O tempo de trabalho...*, cit., p. 106, afirma que “de acordo com o regime legal, o banco de horas tem exclusivamente uma vertente empresarialista”. Em termos próximos, afirma JOANA NUNES VICENTE, «O novo regime do tempo de trabalho», in *O memorando da “Troika” e as empresas*, Coimbra, Almedina, 2011, p. 130, “a previsibilidade quanto à disponibilidade e programação dos tempos de vida é aqui inferior pelo facto de a entidade patronal poder solicitar o aumento da jornada de trabalho a qualquer momento, desde que o comunique ao trabalhador, respeitando o período de antecedência previsto em convenção colectiva de trabalho”.

definida ser gerida de modo individualizado”<sup>31</sup>; ou seja, não apresenta a mesma “vocação colectiva” inerente à adaptabilidade.

### *1.2. Limites legais ao período normal de trabalho em regime de banco de horas*

No que respeita aos limites legais, verifica-se, em larga medida, uma coincidência entre o disposto no art. 208.é para o banco de horas e o previsto no art. 204.é para a adaptabilidade por regulamentac o colectiva: o período normal de trabalho pode atingir, no máximo, 12 horas por dia<sup>32</sup> e 60 por semana.

Contudo, têm também neste domínio, o regime do banco de horas afigura-se mais vantajoso para o empregador por duas ordens de motivos.

Em primeiro lugar, o regime de adaptabilidade por regulamentac o colectiva prevê um limite intercalar de 50 horas em média num período de dois meses<sup>33</sup>, procurando evitar um desequilíbrio excessivo entre os tempos de trabalho<sup>34</sup>, prejudicial em termos de saúde e segurança. Assim, a título exemplificativo, se durante o primeiro mês do período de referência, os trabalhadores prestaram todas as semanas 60 horas de trabalho, no segundo mês não poderão prestar mais de 40 horas semanais<sup>35</sup>, para que a média dos dois meses não ultrapasse as 50 horas.

Em segundo lugar, o banco de horas permite um acréscimo anual de 200 horas de trabalho, o que não pode ocorrer no caso da adaptabilidade. Esta possibilidade de acréscimo do período normal de trabalho anual<sup>36</sup>

---

<sup>31</sup> NUNES DE CARVALHO, «Notas sobre o regime do tempo de trabalho...», cit., p. 375. No sentido de que se trata de “uma alternativa ao trabalho suplementar”, ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Direito do trabalho*, cit., p. 557.

<sup>32</sup> Segundo LIBERAL FERNANDES, *O tempo de trabalho...*, cit., p. 75, a lei são permite o aumento de quatro horas de trabalho diário, o que significa que o limite de 12 horas diárias não poderá ser permitido nos casos concretos em que o período normal de trabalho diário for inferior a oito horas.

<sup>33</sup> Apesar da falta de explicitac o legal expressa, pensamos que este limite são se justifica tratando-se de meses consecutivos.

<sup>34</sup> ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Direito do trabalho*, cit., p. 548.

<sup>35</sup> Estamos a pressupor que o limite máximo ao período normal de trabalho semanal corresponde ao limite legal previsto no art. 203. , n.é 1, ou seja, 40 horas semanais, e que não foi reduzido por IRCT, nos termos do n.  4 do mesmo artigo.

<sup>36</sup> Note-se, como salienta JÚLIO GOMES, «Nótula sobre o banco de horas no Código do Trabalho de 2009 e o trabalho prestado em dia de descanso obrigatório e em dia feriado», *Revista do Ministério Público*, ano 32, 2011, n.é 125, p. 250, que, contrariamente ao que sucede noutros ordenamentos jurídicos (v.g., França), não existe, em

deve ser articulada com as possibilidades de compensação do trabalho prestado em regime de banco de horas. Com efeito, se o IRCT prever que a compensação do trabalho prestado ao abrigo do banco de horas é realizada apenas mediante o pagamento em dinheiro ou cumulando este último com uma redução parcial do tempo de trabalho [art. 208.º, n.º 4, als. *a)*, *iii)*], a média do número de horas de trabalho realizado no período de um ano vai ser superior a 40 horas semanais, contrariamente ao que sucede com a adaptabilidade. Aqui há mais do que uma mera modulação do tempo de trabalho, segundo a definição avançada por NUNES DE CARVALHO, segundo a qual o termo modulação envolve “a variação programada dos horários de trabalho, proporcionando a alteração da amplitude temporal da prestação diária e semanal do trabalho no decurso de um certo intervalo de tempo, sem que em termos médios se exceda a duração estipula para a prestação”<sup>37</sup>.

Neste último caso, o instituto do banco de horas aproxima-se do trabalho suplementar<sup>38</sup>, ao permitir a prestação global de mais horas de trabalho<sup>39</sup>. Continua, no entanto, a ser mais vantajoso para o empregador recorrer ao banco de horas, em vez de optar por exigir trabalho suplementar.

Desde logo, porque os limites anuais impostos ao trabalho suplementar são inferiores a 200 horas/ano: correspondem a 175 horas por ano, no caso de micro e pequenas empresas, e a 150 horas por ano, no caso de médias ou grandes empresas. Conquanto esta vantagem possa ser facilmente eliminada pois, por IRCT, o limite máximo anual à prestação de

---

Portugal, um período normal de trabalho anual, que, uma vez excedido, conduziria à qualificação desse “excesso” como suplementar para efeitos de aplicação do respectivo regime. Contudo, os limites anuais definidos legalmente no instituto do banco de horas podem indiciar a consagração implícita de um novo limite ao período normal de trabalho medido anualmente.

<sup>37</sup> NUNES DE CARVALHO, «Notas sobre o art. 206.º...», cit., p. 216, nota 3.

<sup>38</sup> Esta conexão é assinalada por JOANA NUNES VICENTE, *op. cit.*, p. 130; NUNES DE CARVALHO, «Notas sobre o regime do tempo de trabalho...», cit., p. 374, e LIBERAL FERNANDES, *O tempo de trabalho...», cit.*, p. 106, que se refere a uma “modalidade anómala de trabalho suplementar”. JÚLIO GOMES, «Nótula sobre o banco de horas...», cit., p. 250, esclarece que banco de horas faz “tábua rasa da excepcionalidade do trabalho suplementar”.

<sup>39</sup> Note-se que, de acordo com a definição presente no art. 226.º, n.º 1, não é necessária a prestação de horas “a mais” para existir trabalho suplementar, bastando que o trabalho seja prestado fora do horário de trabalho. No entanto, a situação prática mais frequente de prestação de trabalho suplementar implica a realização de horas que ultrapassam os limites máximos do período normal de trabalho.

trabalho suplementar pode ser elevado para 200 horas, ou seja, o limite anual aplicável ao banco de horas (art. 228.º, n.º 2)<sup>40</sup>.

Acresce que o trabalho prestado no âmbito do banco de horas pode ser pago com acréscimos inferiores aos impostos por lei para o trabalho suplementar (art. 268.º)<sup>41</sup>; embora, também neste último caso, se permita o afastamento, designadamente *in pejus*, por IRCT (art. 268.º, n.º 3).

Por fim, se atendermos a que o trabalho suplementar só pode ser exigido nas condições definidas no art. 227.º, permite recusa por motivo atendível (art. 227.º, n.º 3) e impõe deveres de registo específicos (art. 231.º)<sup>42</sup>, podendo afigurar-se mais vantajoso o recurso ao banco de horas.

Porém, o legislador foi mais longe ao admitir que o IRCT possa aumentar<sup>43</sup> o limite anual de 200 horas, durante um período máximo de um ano<sup>44</sup>, caso a utilização do regime tenha por objectivo evitar a redu-

---

<sup>40</sup> Cfr. o nosso, «A desarticulação do regime legal do tempo de trabalho», in *Actas do Congresso de Direito do Trabalho “Direito do Trabalho + Crise = Crise do Direito do Trabalho?”*, coord. Catarina de Oliveira Carvalho/Júlio Gomes, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 399.

<sup>41</sup> O pagamento do acréscimo devido por trabalho suplementar foi reduzido para metade pela Lei n.º 23/2012 e corresponde, agora, a um acréscimo da retribuição horária em 25% pela primeira hora ou fracção desta e 37,5% por hora ou fracção subsequente quando é prestado em dia útil; e em 50% por cada hora ou fracção, quando é prestado em dia de descanso semanal, obrigatório ou complementar, ou em feriado.

<sup>42</sup> Não resulta expressamente da lei a sujeição do banco de horas ao regime do mapa de horário de trabalho. Em sentido afirmativo pronunciou-se LIBERAL FERNANDES, *O tempo de trabalho...*, cit., p. pp. 105 e 110. Parece ser diferente a posição de NUNES DE CARVALHO, «Tempo de trabalho», cit., p. 36. Discutível é igualmente a necessidade de os regimes de flexibilidade constarem do registo de tempos de trabalho (art. 202.º), embora seja desejável a sua inclusão atentas as finalidades do mesmo. Com este entendimento LIBERAL FERNANDES, *ult. op. cit.*, p. 52.

<sup>43</sup> A letra do n.º 3 do art. 208.º utiliza o verbo “afastar” e não aumentar. Contudo, este preceito pretende inequivocamente permitir o aumento do limite anual de horas, pois o n.º 2 impõe um limite máximo aos parceiros negociais do IRCT e, como tal, eles podem em qualquer situação consagrar no IRCT um limite inferior às 200 horas anuais. Neste sentido, LUÍS MIGUEL MONTEIRO, in *Código do Trabalho anotado*, cit., p. 500, e ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Direito do trabalho*, cit., p. 555.

<sup>44</sup> De acordo com LUÍS MIGUEL MONTEIRO, in *Código do Trabalho anotado*, cit., p. 501, a interpretação do preceito não deverá ser realizada no sentido de só permitir o recurso a este alargamento do limite anual ao banco de horas, na vigência do contrato de trabalho, uma única vez quando é atingido o termo de 12 meses. Assim, para este Autor, a norma impede apenas a “aplicação por mais de doze meses da mesma disposição regulamentar que eleve para além das duzentas horas o limite anual de prestação de trabalho em regime de banco de horas”, mas não obsta a que “ao abrigo de outra disposição ou

ção do número de trabalhadores, ou seja, evitar despedimentos (n.º 3 do art. 208.º). A motivação encontra-se, portanto, associada a situações de crise empresarial. Mas, nestes casos, normalmente o problema não será o inverso (falta de trabalho)? Admitimos, todavia, que possa justificar-se um acréscimo de trabalho num determinado momento cuja realização seja decisiva para evitar potenciais situações de crise empresarial, permitindo-se ao empregador recorrer ao banco de horas para evitar os encargos decorrentes do trabalho suplementar.

### 1.3. *Compensação do trabalho prestado ao abrigo do banco de horas*

Cabe ao IRCT que institui o banco de horas regular o respectivo regime em matéria de compensação do trabalho prestado (art. 208.º, n.º 4).

Antes de mais, cumpre lembrar que a lei não permite que o IRCT exclua ou não preveja qualquer forma de compensação, embora lhe seja atribuída ampla margem para a regulação da mesma.

Deste modo, a compensação do trabalho prestado ao abrigo do banco de horas pode ser feita segundo as seguintes alternativas: *i*) através de uma redução equivalente do tempo de trabalho; *ii*) ou de um aumento do período de férias<sup>45</sup>; *iii*) ou mediante pagamento em dinheiro *iv*) ou ainda pela combinação de várias destas modalidades.

#### *a) Compensação por redução equivalente do tempo de trabalho*

Se tiver sido acordado no IRCT que a compensação opera apenas por redução do tempo de trabalho, decorre da norma legal que tal redução tem de ser, pelo menos, *equivalente* ao tempo de trabalho prestado, ou seja, o trabalhador terá de descansar um número de horas igual ao número de horas que prestou ao abrigo do banco de horas<sup>46</sup>. Neste caso, como explicámos *supra*, o trabalhador, no cômputo anual, terá prestado uma média semanal correspondente ao período normal de trabalho semanal aplicável, à semelhança do que sucede com o regime de adaptabilidade.

Por outro lado, o IRCT deve também regular a forma como a redução do tempo de trabalho é concretizada. Neste âmbito, decorre da formulação

---

ainda da mesma, se revista, o trabalhador cumpra noutro ano mais de duzentas horas em acréscimo ao seu período normal de trabalho”.

<sup>45</sup> Esta forma de compensação não constava da versão inicial do CT 2009, tendo sido aditada pela Lei n.º 23/2012.

<sup>46</sup> Trata-se de uma proporcionalidade simples ou estrita, como explica NUNES DE CARVALHO, «Tempo de trabalho», cit., p. 28, à semelhança do lugar paralelo, invocado pelo Autor, presente no art. 266.º, n.º 2, al. a), em matéria de trabalho nocturno.

legal que deve ser concedida prioridade ao trabalhador (“por iniciativa do trabalhador”), sem prejuízo da possibilidade de o IRCT regular os requisitos, materiais e procedimentais, que ele deve observar para esse efeito<sup>47</sup>, incluindo a antecedência com que deve informar o empregador da utilização dessa redução. No caso de o trabalhador não tomar a iniciativa de compensar as horas prestadas nos termos definidos no IRCT, caberá ao empregador determinar a redução do tempo de trabalho nos termos igualmente fixados no IRCT, o qual deverá regular, também para esta hipótese, a antecedência com que o empregador deve informar o trabalhador<sup>48</sup>. Não se prevê aqui qualquer limiar mínimo, pelo que qualquer solução será, em princípio, admissível, com os limites gerais impostos pelo abuso de direito.

No caso de a redução equivalente do tempo de trabalho conduzir a dias completos de não trabalho, manterá o trabalhador direito a receber o subsídio de refeição? Pensamos que a resposta deve ser dada pelo IRCT. Com efeito, a lei prevê, num lugar paralelo, o pagamento do subsídio de almoço na adaptabilidade individual (art. 205.º, n.º 3), mas nada refere no contexto da adaptabilidade por regulamentação colectiva (art. 204.º), parecendo deixar essa matéria à disposição da autonomia colectiva.

---

<sup>47</sup> Designadamente, a necessidade de anuência do empregador, como refere NUNES DE CARVALHO, «Notas sobre o regime do tempo de trabalho...», cit., p. 376.

<sup>48</sup> A previsão desta “prioridade” concedida ao trabalhador nem sempre resulta clara nos IRCT, embora admitamos que a regulação desse direito a marcar o período de redução em termos alternativos (empregador ou trabalhador) possa ser suficiente para dar cumprimento ao regime legal. Veja-se, a título de exemplo, a cláusula 9.ª do contrato colectivo entre a AECOPS e o SETACCOP, cit., que prevê que “a compensação do trabalho prestado em acréscimo é feita mediante a redução equivalente do tempo de trabalho, a utilizar no decurso do mesmo ano civil, devendo o empregador avisar o trabalhador com cinco dias de antecedência, salvo caso de força maior devidamente justificado”. Todavia, também se permite que seja o trabalhador a requerer a utilização da redução do tempo de trabalho para compensar o trabalho prestado em acréscimo, desde que o faça por escrito, com uma antecedência mínima de cinco dias. Neste caso, o empregador só pode recusar tal pedido “por motivo de força maior devidamente justificado”. Outro regime convencional similar pode ser encontrado na CCT celebrada entre a AIMMAP o SINDEL, cit., cuja cláusula 53.ª optou por prever uma compensação do trabalho prestado em acréscimo ao período normal de trabalho com uma redução equivalente do tempo de trabalho, “devendo o empregador avisar o trabalhador do tempo de redução com três dias de antecedência”. Admite-se que seja o trabalhador a tomar a iniciativa de recorrer ao banco de horas, desde que tenha autorização do empregador, devendo solicitá-la com um aviso prévio de cinco dias, salvo situações de manifesta necessidade.

b) *Compensação por aumento do período de férias*

A possibilidade, introduzida pela Lei n.º 23/2012, de a compensação ser efectuada através do alargamento do período de férias suscita maiores dúvidas. O problema central prende-se com a qualificação desta redução como férias em sentido próprio e, conseqüentemente, com a aplicabilidade do regime jurídico das férias.

Trata-se de um problema já colocado no passado a propósito de uma norma similar contida no art. 3.º, n.º 4, da Lei n.º 21/96, de 23/07<sup>49</sup>, e cujos argumentos são parcialmente transponíveis para o debate actual<sup>50</sup>. Por outro lado, o facto de, num contexto jurídico análogo, haver este precedente legislativo de falta de rigor técnico-jurídico, aumenta as suspeições sobre a propriedade da qualificação operada pelo legislador de 2012, suscitando fundadas dúvidas sobre a aplicabilidade da presunção do legislador razoável que se soube exprimir em termos adequados, decorrente do art. 9.º, n.º 3, do Código Civil<sup>51</sup>.

Alguma doutrina pronunciou-se, com argumentos convincentes, no sentido de que não se trata de verdadeiras férias<sup>52</sup>: tratar-se-ia de períodos de não trabalho ou de dias de descanso, passíveis de ser gozados imediatamente antes ou depois das férias.

Com efeito, a finalidade atribuída às férias – proporcionar a recuperação física e psíquica, condições de disponibilidade pessoal, integração na vida familiar e participação social e cultural (art. 237.º, n.º 4) – não coincide com a *ratio* do art. 208.º, n.º 4, al. *a*), *ii*), que, como a letra e espírito

---

<sup>49</sup> “Nas semanas com duração inferior a quarenta horas, poderá ocorrer redução diária não superior a duas horas, ou, mediante acordo entre o trabalhador e o empregador, redução da semana de trabalho em dias ou meios-dias, ou, ainda, nos mesmos termos, aumento do período de férias, sempre sem prejuízo do direito ao subsídio de refeição, mas também, no último caso, sem aumento do subsídio de férias”.

<sup>50</sup> Para uma análise destes argumentos, cf. AMADEU DIAS, *A redução do tempo de trabalho, adaptabilidade do horário e polivalência funcional (Lei 21/96, de 23 de Julho). Comentários e notas críticas*, Coimbra, Coimbra Editora, 1997, p. 71; M.<sup>a</sup> DE FÁTIMA RIBEIRO, «O tempo de trabalho e a Lei n.º 21/96», in *Juris et de Jure – Nos vinte anos da Faculdade de Direito da UCP – Porto*, coord. M. Afonso Vaz/J. A. Azeredo Lopes, Porto, UCP Editora, 1998, p. 1025.

<sup>51</sup> “Na fixação do sentido e alcance da lei, o intérprete presumirá que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados.”

<sup>52</sup> Neste sentido, ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, «Tempo de trabalho», *RDES*, ano LIII, 2012, n.ºs 1-2, pp. 26 ss.; MONTEIRO FERNANDES, «A “reforma laboral” de 2012...», cit., p. 555.

da norma indicam, visa neutralizar um trabalho particular prestado em regime de banco de horas<sup>53</sup>. É certo que corresponde à necessidade de recuperação do trabalhador, mas decorrente de uma situação específica em que se permite que sejam excedidos os limites máximos que, em regra, a lei impõe aos períodos normais de trabalho. O trabalhador, quando presta trabalho suplementar em dia de descanso semanal obrigatório, também tem direito a um dia descanso compensatório (art. 229.º)<sup>54</sup> sem que o mesmo seja qualificável como dia de férias, mesmo que venha a ser gozado imediatamente antes do período de férias marcado. Até porque o direito a férias não sofre limitações decorrentes da quantidade do trabalho nem se encontra “condicionado à assiduidade ou efectividade de serviço” (art. 237.º, n.º 2)<sup>55</sup>, não sendo possível estabelecer uma correspondência ou equivalência entre o trabalho efectivamente prestado e o direito a férias<sup>56</sup>.

Acresce que “o direito a férias é irrenunciável e o seu gozo não pode ser substituído, ainda que com o acordo do trabalhador, por qualquer compensação, económica ou outra” (art. 237.º, n.º 3)<sup>57</sup>, enquanto na

---

<sup>53</sup> Com esta convicção, NUNES DE CARVALHO, «Tempo de trabalho», cit., p. 27. O mesmo era defendido por AMADEU DIAS, *op. cit.*, p. 71, no âmbito da Lei n.º 21/96.

<sup>54</sup> Com as excepções previstas no art. 230.º

<sup>55</sup> A Lei n.º 23/2012 eliminou o regime de majoração das férias em função da assiduidade previsto no art. 238.º, n.ºs 3 e 4, do CT 2009.

<sup>56</sup> JOSÉ ANDRADE MESQUITA, «O direito a férias», in *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, vol. III, Coimbra, Almedina, 2002, p. 82, refere-se, a este propósito, ao “princípio da absolutidade”. Veja-se, neste contexto, a jurisprudência do TJ(UE) que limita significativamente a afectação do direito a férias em caso de doença do trabalhador (v.g., ac. de 10/09/2009, processo n.º C-277/08). Sobre esta jurisprudência e suas consequências no ordenamento jurídico nacional, *vd.* BRUNO MESTRE, «Suspensão do contrato de trabalho e direito a férias: sobre a incompatibilidade dos artigos 239.º, n.º 6, e 245.º, n.º 4, do Código do trabalho com o direito comunitário», in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hörster*, coord. Luís Couto Gonçalves/Wladimir Brito/Mário Ferreira Monte/Fernando de Gravato Morais/Clara Calheiros/Cristina Araújo Dias, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 815 ss.

<sup>57</sup> Trata-se de uma imposição do art. 7.º da Directiva n.º 2003/88/CE, que prevê quatro semanas de férias anuais, sem possibilidade de substituição financeira (salvo nos casos de cessação do contrato de trabalho). Daí o n.º 5 do art. 238.º admitir a renúncia parcial ao gozo de dias de férias mas com a salvaguarda de 20 dias úteis (ou a correspondente proporção no caso de férias no ano de admissão), ou seja, quatro semanas de calendário impostas pelo Direito da UE. De qualquer forma, esta renúncia a dois dias de férias não implica “redução da retribuição e do subsídio relativos ao período de férias vencido, que cumulam com a retribuição do trabalho prestado nesses dias”.

situação em análise os dias de férias podem ser substituídos pelos outros mecanismos previamente referidos<sup>58</sup>.

No entanto, se assim é, o que é que esta nova subalínea do art. 208.º, n.º 4, al. *a*), *ii*), veio acrescentar relativamente à subalínea anterior?

Ao abrigo do regime de compensação por redução equivalente do tempo de trabalho já seria possível atribuir ao trabalhador dias inteiros de não trabalho/ dias de descanso e nada impedia que a marcação desse período de compensação, por iniciativa do trabalhador, ou na sua falta, do empregador, fosse apenas ao período de férias. Afastamos portanto a presunção de que o legislador não só não soube exprimir-se de forma adequada, ao utilizar terminologia jurídica imprópria, como, mais do que isso, alterou uma norma legal para manter exactamente a solução que já resultava da versão anterior. Ou seja, aditou uma nova subalínea sem qualquer conteúdo útil. O único esclarecimento que decorreria do facto de o IRCT designar a forma de compensação do banco de horas como dias de férias seria assegurar a possibilidade de esses dias de descanso compensatório se acoplarem aos períodos de férias do trabalhador, sendo certo que o mesmo poderia ser previsto no contexto da redução equivalente do tempo de trabalho.

Este resultado interpretativo suscita-nos alguma perplexidade, pelo que o intérprete deverá, segundo pensamos, tentar, na medida do possível, atribuir sentido útil ao preceito em análise.

Uma tentativa de atribuir sentido útil ao preceito poderia resultar da análise realizada por NUNES DE CARVALHO<sup>59</sup> e MONTEIRO FERNANDES<sup>60</sup>. O problema pode ser colocado nos seguintes termos: a opção pela compensação através da redução do tempo de trabalho exige, como foi previamente explicado, uma equivalência entre as horas de trabalho prestadas e as horas de descanso [subalínea *i*] da al. *a*) do n.º 4 do art. 208.º], mas o legislador não prevê, de forma expressa, a necessidade de uma equivalência quando se refere ao alargamento do período de férias [subalínea *ii*] da al. *a*) do n.º 4 do art. 208.º]. Poderemos retirar daqui que, nesta última hipótese, o aumento do período de férias pode ser inferior ao tempo de trabalho prestado ao abrigo do banco de horas, “considerando, designadamente, a maior vantagem associada ao prolongamento do período de descanso

---

<sup>58</sup> Argumento invocado por NUNES DE CARVALHO, «Tempo de trabalho», cit., p. 27. O mesmo era defendido por AMADEU DIAS, *op. cit.*, p. 71, no âmbito da Lei n.º 21/96.

<sup>59</sup> NUNES DE CARVALHO, «Tempo de trabalho», cit., p. 28.

<sup>60</sup> MONTEIRO FERNANDES, «A “reforma laboral” de 2012...», cit., p. 555.

associado ao gozo das férias<sup>61</sup>? NUNES DE CARVALHO admite que o preceito confere margem aos IRCT para esse efeito, embora defenda que, se a previsão convencional do banco de horas nada esclarecer a este respeito, deverá ser interpretada como impondo uma proporcionalidade estrita<sup>62</sup>. Pelo contrário, MONTEIRO FERNANDES recusa a aplicação de outro critério que não o da equivalência ou proporcionalidade simples<sup>63</sup>.

Com dúvidas, propendemos para a primeira posição doutrinal, por permitir atribuir algum sentido útil à subalínea *ii*) da al. *a*) do n.º 4 do art. 208.º relativamente à subalínea precedente, em cumprimento dos critérios hermenêuticos do art. 9.º do Código Civil. Por outro lado, poderá admitir-se que o acoplamento destes dias de compensação às férias do trabalhador traduza uma vantagem em termos de descanso justificativa da não aplicação de um critério de proporcionalidade estrita.

É certo que se trata de uma opção de bondade discutível numa perspectiva de política legislativa laboral, por ser aquela que mais afecta os bens jurídicos protegidos pela limitação dos períodos normais de trabalho, designadamente a segurança e saúde dos trabalhadores. Mas esta última finalidade é claramente preterida pela lei ao estabelecer que a compensação do trabalho prestado ao abrigo do banco de horas pode limitar-se ao pagamento em dinheiro, sem qualquer descanso compensatório. Assim, embora questionemos a bondade da solução legal, pensamos que aquele resultado interpretativo é o mais coerente com o equilíbrio de interesses definido pelo legislador na regulação do banco de horas.

Mas poderíamos ir mais longe na atribuição de sentido útil à subalínea *ii*) da al. *a*) do n.º 4 do art. 208.º, presumindo que o legislador, ao utilizar o termo “férias”, pretendeu aplicar-lhe o respectivo regime jurídico.

Assim, justifica-se que o trabalhador não tenha, nesses dias, direito ao subsídio de refeição, salvo disposição em sentido diverso prevista no IRCT. O CT qualifica expressamente o subsídio de refeição como ajuda de custo (n.º 2 do art. 260.º)<sup>64</sup>. Se se trata do mero pagamento de uma despesa que o trabalhador tem de assumir em virtude da prestação da actividade laboral, só se justifica o seu pagamento nos casos em que o

---

<sup>61</sup> NUNES DE CARVALHO, «Tempo de trabalho», cit., p. 28.

<sup>62</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>63</sup> MONTEIRO FERNANDES, «A “reforma laboral” de 2012...», cit., p. 555.

<sup>64</sup> O subsídio de refeição só integrará o conceito de retribuição na parte em que exceda os respectivos montantes normais, desde que tenha sido previsto no contrato ou se deva considerar pelos usos como elemento integrante da retribuição do trabalhador, nos termos no art. 260.º, n.º 1, al. *a*).

respectivo horário de trabalho lhe exige a realização de tal despesa, não sendo conseqüentemente paga durante as férias<sup>65</sup>.

Em princípio, já teria direito a receber o subsídio de férias correspondente a esses dias adicionais, uma vez que o direito a férias é acompanhado do pagamento do respectivo subsídio. O art. 3.º, n.º 4, da Lei n.º 21/96 excepcionava de forma expressa a pagamento do subsídio de férias, mas tal não sucede com o preceito em análise. Todavia, o art. 264.º, n.º 2, dispõe que o subsídio de férias corresponde “à duração mínima das mesmas”<sup>66</sup>. Por esta razão, mesmo que estivéssemos perante um “verdadeiro direito a férias”<sup>67</sup>, o acréscimo do subsídio teria, agora, de resultar de disposição legal expressa, o que não acontece<sup>68</sup>.

Outro domínio em que pode assumir relevância a qualificação destes dias como “férias” é o da respectiva marcação. Resulta do art. 241.º que, na falta de acordo, as férias são marcadas pelo empregador, seguindo o procedimento aí fixado para o efeito. Diferentemente, como vimos, no caso do banco de horas, “a redução do tempo de trabalho para compensar trabalho prestado em acréscimo deve ter lugar, por iniciativa do trabalhador ou, na sua falta, do empregador”. Note-se que a letra da lei se refere somente à hipótese de compensação prevista na subalínea *i*) do n.º 4 do art. 208.º (“período de redução do tempo de trabalho”), pelo que será possível considerar que no caso de o IRCT prever a compensação através do aumento de dias de férias se aplique a regra quanto à marcação destas últimas (art. 241.º) em detrimento da al. *c*) do n.º 4 do art. 208.º<sup>69</sup>. De qualquer forma, numa perspectiva prática, na falta de acordo quanto à marcação do período de

---

<sup>65</sup> Conquanto admitamos que se pode chegar ao mesmo resultado, mesmo que não se qualifique este período como férias em sentido próprio. Cfr. NUNES DE CARVALHO, «Tempo de trabalho», cit., pp. 27-28.

<sup>66</sup> Sublinhado nosso.

<sup>67</sup> Tal como sucedia com a majoração das férias prevista no art. 238.º, n.º 3, antes das alterações operadas pela Lei n.º 23/2012, que apesar de corresponder a um autêntico alargamento do período de férias não implicava aumento do respectivo subsídio.

<sup>68</sup> No sentido de que não haverá, no caso em análise, acréscimo do subsídio de férias, pronunciaram-se NUNES DE CARVALHO, «Tempo de trabalho», cit., p. 27, e MONTEIRO FERNANDES, «A “reforma laboral” de 2012...», cit., p. 555.

<sup>69</sup> Neste sentido, LUÍS MIGUEL MONTEIRO, in *Código do Trabalho anotado*, cit., p. 502. Em sentido diverso, MONTEIRO FERNANDES, «A “reforma laboral” de 2012...», cit., p. 555, entende que a regra da escolha do período de concretização pelo trabalhador não pode “sofrer desvio unicamente por mor dessa qualificação”. Também NUNES DE CARVALHO, «Tempo de trabalho», cit., p. 28, parece inclinar-se para a “prevalência da faculdade de escolha por parte do trabalhador”.

férias, a iniciativa do trabalhador resumir-se-ia a optar por gozar o período de compensação do trabalho prestado em regime de banco de horas imediatamente antes ou depois do período marcado pelo empregador. No caso de o IRCT, regulamento interno ou contrato de trabalho permitirem ao trabalhador marcar, pelo menos, parte das suas férias, a diferenciação de regimes desaparece. Certo é que, nestas hipóteses, esta “faculdade é exercida num quadro anual (reportando-se [...] ao ano em que o trabalho é prestado e não, como sucede com as férias, ao ano anterior)”<sup>70</sup>.

Por fim, a qualificação legal deste período como “férias” conduz à aplicação da sanção prevista no art. 246.º caso o empregador obste culposamente ao gozo desses dias<sup>71</sup>.

Em suma, esta nova forma de compensação permitiria um aumento da flexibilização favorável ao empregador, ao autorizar a não equivalência proporcional entre horas do banco prestadas e dias de férias, o não pagamento do subsídio de refeição e a marcação, na falta de acordo, por iniciativa do empregador.

### c) *Compensação mediante pagamento em dinheiro*

Em alternativa, o IRCT pode prever que a compensação do acréscimo do trabalho se realize mediante pagamento em dinheiro.

Neste caso, como foi referido *supra*, o trabalhador poderá prestar mais 200 horas por ano (ou mais, na hipótese prevista no n.º 3 do art. 208.º), uma vez que não há qualquer cálculo médio do tempo de trabalho.

É evidente, mesmo que a lei nada previsse, que esse acréscimo de trabalho sempre teria de ser pago, porque não estamos num regime de voluntariado, o trabalho escravo é proibido e a remissão da retribuição não é permitida, pelo menos, durante a vigência do contrato de trabalho<sup>72</sup>.

Nestes termos, só se pode falar em *compensação* do trabalho prestado para além dos limites normais ao período normal de trabalho, e consequentemente mais oneroso e penalizador da saúde e segurança dos trabalhadores, se o pagamento da retribuição horária devida for majorado, embora não se imponha qualquer limiar mínimo para essa majoração, ao contrário do que sucede com o trabalho suplementar (art. 268.º)<sup>73</sup>.

<sup>70</sup> NUNES DE CARVALHO, «Tempo de trabalho», cit., p. 28.

<sup>71</sup> Em sentido diferente, NUNES DE CARVALHO, «Tempo de trabalho», cit., p. 27, nota 10.

<sup>72</sup> Cfr. JOÃO LEAL AMADO, *A protecção do salário*, vol. XXXIX do suplemento ao *Boletim da Faculdade de Direito* (Coimbra), 1994, pp. 196 ss.

<sup>73</sup> No sentido de que deve haver uma majoração da remuneração para assegurar “um mínimo de tutela dos interesses do trabalhador”, *vd.* JOANA NUNES VICENTE, *op. cit.*,

É certo que a majoração devida por trabalho suplementar pode ser afastada por IRCT, nos termos do n.º 3 do art. 268.º Mas não nos podemos esquecer que o trabalho suplementar só pode ser exigido nas situações enumeradas no art. 227.º, ao contrário do que sucede com o banco de horas. Acresce que, no trabalho suplementar, o trabalhador pode invocar motivo atendível para se recusar (art. 227.º, n.º 3), o que não nos parece ser possível no caso do banco de horas, atendendo ao facto de este último não corresponder a uma exigência unilateral do empregador, mas resultar de IRCT.

Além do mais, pensamos que esta solução é a que melhor salvaguarda os interesses de protecção da saúde e segurança do trabalhador, desincentivando, por um lado, o recurso excessivo ao banco de horas e promovendo, por outro, o recurso a formas de compensação alternativas mais consentâneas com a tutela daqueles valores jurídicos.

#### *d) Combinação de várias modalidades de compensação*

O IRCT pode ainda prever uma articulação das diversas modalidades compensatórias. Assim, a redução do tempo de trabalho pode não ser proporcional se for acompanhada de pagamento em dinheiro.

De forma similar, pode prever-se um alargamento dos dias de férias, a par de uma redução do tempo de trabalho não acoplado à marcação das férias, eventualmente acompanhada também de pagamento de parte do acréscimo do trabalho que exceda a média semanal avaliada num período de referência anual.

---

p. 131. Em sentido diferente, NUNES DE CARVALHO, «Notas sobre o regime do tempo de trabalho...», cit., p. 376, e MONTEIRO FERNANDES, *Direito do trabalho*, cit., p. 330, nota 1, invocando a circunstância de a lei se referir ao aumento do “período *normal* de trabalho”. Também prevê o pagamento em singelo a CCT celebrada entre a AIMMAP e o SINDEL, cit., cuja cláusula 53.ª optou por prever uma compensação do trabalho prestado em acréscimo ao período normal de trabalho com uma redução equivalente do tempo de trabalho. Contudo, se, no final do 1.º trimestre do ano civil subsequente, ainda não estiver efectuada a compensação, “considera-se saldado a favor do trabalhador o total de horas não trabalhadas” que “serão pagas pelo valor da retribuição horária”. Já a cláusula 9.ª do contrato colectivo entre a AECOPS o SETACCOP, cit., prevê que “a compensação do trabalho prestado em acréscimo é feita mediante a redução equivalente do tempo de trabalho, a utilizar no decurso do mesmo ano civil”. Porém, verificando-se “a impossibilidade de utilização da redução do tempo de trabalho no ano civil a que respeita, pode sê-lo até ao termo do 1.º trimestre do ano civil seguinte ou ser retribuída com acréscimo de 100%”.

## 2. Banco de horas individual

### 2.1. Caracterização e utilidade do instituto

A figura do banco de horas individual foi introduzida no CT por via da Lei n.º 23/2012 que adicionou o art. 208.º-A, seguindo o modelo da adaptabilidade individual já regulado no art. 205.º, para o qual, aliás, remete.

À semelhança deste modelo, a consagração de um regime de banco de horas deixa de depender de IRCT, bastando-se com um acordo presumido entre empregador e trabalhadores. Assim, o empregador pode limitar-se a dirigir aos trabalhadores uma proposta escrita<sup>74</sup> nesse sentido, presumindo-se a aceitação por parte dos últimos se, no prazo de 14 dias a contar do conhecimento, não se opuserem por escrito.

Desta forma, o legislador atribui valor declarativo não só ao silêncio dos trabalhadores – o que é permitido, em termos gerais, pelo art. 218.º do Código Civil –, como igualmente a qualquer manifestação contrária àquele regime que não se traduza num documento escrito. Trata-se de uma opção de bondade discutível numa relação contratual desigualitária, como é em regra a relação laboral, desnível que se acentua em contextos socioeconómicos com taxas de desemprego elevadas<sup>75</sup>. Na hipótese de tal proposta ser apresentada no momento da celebração do contrato, a

---

<sup>74</sup> Trata-se de uma formalidade *ad substantiam*. Cf. LIBERAL FERNANDES, *O tempo de trabalho...*, cit., p. 82. Embora ao Autor se refira à adaptabilidade individual, o mesmo deverá valer para o banco de horas individual. Admite a sua formulação por meio eletrónico, “desde que esteja salvaguardada a imputação da autoria da declaração ao empregador (ou ao seu representante hierárquico) e ao trabalhador”, NUNES DE CARVALHO, «Notas sobre o regime do tempo de trabalho...», cit., p. 361, nota 71.

<sup>75</sup> Criticam a solução legal atributiva de valor declarativo ao silêncio, numa relação contratual manifestamente desigualitária, M.<sup>a</sup> DE FÁTIMA RIBEIRO, «Breves notas críticas sobre a evolução de alguns aspectos do regime da duração e organização do tempo de trabalho», *QL*, 2005/2006, n.º 28, p. 226; JÚLIO GOMES, *Direito do trabalho*, cit., p. 668. MONTEIRO FERNANDES, «A “reforma laboral” de 2012...», cit., p. 554, refere-se a “uma unilateralidade “disfarçada” por acordos individuais”. LIBERAL FERNANDES, *O tempo de trabalho...*, cit., pp. 82 e 93, explica que esta proposta “está longe de garantir o livre exercício da autonomia negocial de cada um”, podendo a formação da vontade envolver “um elevado grau de constrangimentos para os trabalhadores interpelados”. NUNES DE CARVALHO, «Tempo de trabalho», cit., pp. 29-39, critica esta “construção dual”, advogando que se deve privilegiar a via da negociação colectiva, até porque “a formal enfatização de acordo obtido por negociação com o trabalhador esconde, na maior partes das vezes, a efectiva imposição unilateral do regime”.

oposição escrita do trabalhador seria, com forte probabilidade, seguida de uma denúncia no período experimental.

No caso de tal proposta constar de um regulamento interno, coloca-se a dúvida de saber se a celebração do acordo presumido, que passará a integrar o contrato de trabalho, ocorrerá apenas com o decurso do prazo de 21 dias, nos termos do n.º 2 do art. 104.º, ou se, pelo contrário, as cláusulas do regulamento interno relativas ao regime do banco de horas podem produzir efeitos em momento anterior ao restante regulamento, ou seja, ao fim de 14 dias, nos termos do n.º 2 do art. 208.º-A. Inclina-mo-nos para a aplicação, nesta hipótese, do prazo geral de 21 dias<sup>76</sup>. Por um lado, evita-se a complexificação decorrente de diferentes partes do regulamento interno produzirem efeitos em momentos diversos. Note-se que o CT 2003 previa igualmente um prazo de 21 dias para a oposição à adaptabilidade individual, solução mais adequada em termos de coerência do sistema e que evitava a incerteza que agora estamos a debater. Por outro lado, a aplicação, no caso em análise, do prazo de 14 dias encurta, na prática, o tempo que os trabalhadores têm para se inteirar do conteúdo do regulamento. Eles poderiam contar, à partida, com a possibilidade de se oporem no prazo de 21 dias contabilizados a partir da sua publicação e correriam o risco de, ao analisarem o respectivo conteúdo, por exemplo somente no 15.º dia, verificarem que já “aceitaram” a parte do seu regime relativa ao banco de horas, cuja integração no regulamento interno desconheciam até esse momento.

Este modelo de regulação do banco de horas corresponde à celebração de um acordo de adesão, circunstância que legitima a aplicação do regime das cláusulas contratuais gerais<sup>77</sup>, nos termos do art. 105.<sup>78</sup> Mesmo que se entenda que tal regime se aplica somente “aos aspectos essenciais do contrato”, seguindo o teor literal do preceito<sup>79</sup>, parece-nos inequívoco que um regime que pode implicar uma alteração dos períodos

---

<sup>76</sup> Neste sentido, LIBERAL FERNANDES, *O tempo de trabalho...*, cit., p. 84.

<sup>77</sup> Problema suscitado por JÚLIO GOMES, «Algumas reflexões...», cit., p. 580.

<sup>78</sup> DL n.º 446/85, de 25/10, alterado pelos DL n.ºs 220/95, de 31/08, 249/99, de 7/07, e 323/2001, de 17/02.

<sup>79</sup> Sobre o sentido útil da expressão “aspectos essenciais do contrato”, vd. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do trabalho*, 6.ª ed., Coimbra, Almedina, 2013, pp. 418 ss., e in AA.VV., *Código do Trabalho anotado*, cit., p. 289. Em sentido diverso, JÚLIO GOMES, *Direito do trabalho*, cit., pp. 471 ss., e ALEXANDRE MOTA PINTO, «Notas sobre o contrato de trabalho de adesão», *QL*, ano X, 2003, n.º 21, pp. 68 ss.

normais de trabalho (diários, semanal e anual) diz respeito a um elemento essencial do contrato.

No que respeita às vantagens, para o empregador, do recurso ao banco de horas individual, quando comparado com o da adaptabilidade individual, valem aqui as considerações que tecemos, no ponto 1.1, a propósito do banco de horas e adaptabilidade por regulamentação colectiva, para as quais remetemos.

Justifica-se, contudo, uma nota adicional. Nos casos em que o regime do banco de horas individual é compensado com uma redução equivalente de tempo de trabalho, há uma vantagem acrescida para o empregador em relação ao regime de adaptabilidade individual que não se verifica no caso do banco de horas por regulamentação colectiva. Com efeito, em relação à adaptabilidade individual, a lei não estabelece qualquer período de referência para o cômputo da duração média do trabalho, devendo aplicar-se aqui o prazo supletivo de quatro meses (art. 207.º, n.º 1), uma vez que tal regime resulta do acordo entre empregador e trabalhador e a Directiva n.º 2003/88/CE só permite o alargamento do período de referência por via legal, administrativa ou convencional colectiva<sup>80</sup>. Isto significa, na prática, que o “acerto de contas” em termos de tempo de trabalho tem ser assegurado em cada período de quatro meses.

Pelo contrário, o banco de horas individual permite que o acordo regule a forma e os tempos de redução do tempo de trabalho, cujo quadro referencial será o ano<sup>81</sup>. Nesta medida, poder-se-ia discutir se este

---

<sup>80</sup> Com esta convicção, ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, «Duração e organização do tempo de trabalho no Código do Trabalho», in *VI Congresso nacional de direito do trabalho*, Coimbra, Almedina, 2004, p. 105; LIBERAL FERNANDES, «O regime de adaptabilidade...», cit., p. 336, e *O tempo de trabalho...*, cit., p. 101; JÚLIO GOMES, *Direito do trabalho*, cit., p. 669; M.<sup>a</sup> de FÁTIMA RIBEIRO, «Breves notas críticas...», cit., p. 227; ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Direito do trabalho*, cit., p. 553; LUÍS MIGUEL MONTEIRO, in *Código do Trabalho anotado*, cit., pp. 496-497; PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do trabalho*, cit., p. 504.

<sup>81</sup> Note-se que há CCT que estabelecem um período de referência superior ao ano. Por exemplo, a cláusula 9.<sup>a</sup> do contrato colectivo entre a AECOPS o SETACCOP, cit., prevê que “a compensação do trabalho prestado em acréscimo é feita mediante a redução equivalente do tempo de trabalho, a utilizar no decurso do mesmo ano civil. Todavia, verificando-se “a impossibilidade de utilização da redução do tempo de trabalho no ano civil a que respeita, pode sê-lo até ao termo do 1.º trimestre do ano civil seguinte”. Outro regime convencional similar pode ser encontrado na CCT celebrada entre a AIMMAP e o SINDEL, cit., cuja cláusula 53.<sup>a</sup> optou por prever uma compensação do trabalho prestado em acréscimo ao período normal de trabalho com uma redução equivalente do tempo de

regime não defrauda a Directiva n.º 2003/88/CE por permitir contornar a proibição do cálculo médio do tempo de trabalho (48 horas semanais – art. 6.º) num período de referência superior a quatro meses [art. 16.º, al. b)], sem IRCT (arts. 18.º e 19.º) e para além das situações excepcionadas no art. 17.º, n.º 3<sup>82</sup>.

## 2.2 Limites legais ao período normal de trabalho

No que respeita aos limites legais máximos ao período normal de trabalho aplicáveis ao banco de horas individual, por confronto com o instituído por IRCT, verifica-se uma restrição dos mesmos, não podendo exceder 10 horas diárias e 50 semanais (art. 208.º-A), em paralelo com o que sucede na adaptabilidade individual (art. 205.º, n.º 2). Esta restrição justifica-se por duas ordens de motivos: em primeiro lugar, por resultar de um acordo individual em que o silêncio pode valer como aceitação, nos termos previamente analisados, o que justifica a necessidade de proteger com maior veemência a situação do trabalhador; por outro, para manter parte do regime do banco de horas apenas convénio-dispositivo e, portanto, promover a contratação colectiva, objecto de tutela constitucional (art. 56.º, n.º 3, da CRP)<sup>83</sup>.

Também neste domínio, o regime do banco de horas individual afigura-se mais vantajoso para o empregador quando comparado com a adaptabilidade individual, pois permite um acréscimo anual de 150 horas de trabalho, o que não pode ocorrer no caso da adaptabilidade. Esta possibilidade de acréscimo do período normal de trabalho anual deve ser articulada com as possibilidades de compensação do trabalho prestado em regime de banco de horas, em termos similares ao analisado a propósito do banco de horas por regulamentação colectiva. Com efeito, se o acordo prever que a compensação do trabalho prestado ao abrigo do banco de horas é realizada apenas mediante o pagamento em dinheiro ou cumulando este último com uma redução parcial do tempo de trabalho, a

---

trabalho, cujo saldo será apurado no termo do ano civil, embora possa prolongar-se até ao final do 1.º trimestre do ano civil subsequente.

<sup>82</sup> Para parte da doutrina, este período de referência poderá ser alargado para seis meses nas hipóteses previstas no art. 207.º, n.º 2, do CT, mesmo sem IRCT, por decorrer de previsão legislativa. Em sentido contrário, LIBERAL FERNANDES, *O tempo de trabalho...*, cit., p. 101, entende que tal alargamento não é possível por ausência de previsão legal, regulamentar ou por IRCT, imposta pelo legislador da UE.

<sup>83</sup> No sentido de que a CRP reclama da lei medidas de promoção da contratação colectiva, JORGE LEITE, *Direito do trabalho*, vol. I, Coimbra, 2004, p. 159.

média do número de horas de trabalho realizado no período de um ano vai ser superior a 40 horas semanais<sup>84</sup>, contrariamente ao que sucede com a adaptabilidade.

Nesta última hipótese, o instituto do banco de horas aproxima-se do trabalho suplementar, como previamente explicámos no ponto 1.2 deste estudo, com as especificidades que passamos a assinalar.

No caso de se tratar de micro e pequenas empresas, o limite anual imposto ao banco de horas individual (150 horas) é inferior ao previsto para o trabalho suplementar (175 horas por ano), nos termos do art. 228.º, n.º 1, al. a), e coincide com o limite aplicável às médias e grandes empresas [art. 228.º, n.º 1, al. b)]. A antecedência com que o empregador deve comunicar ao trabalhador a necessidade de prestação de trabalho será a definida no acordo, sem que se imponha qualquer antecedência mínima, tal como sucede no trabalho suplementar, o que permite, no limite, que a comunicação seja feita no próprio dia em que se pretende a prestação de horas do banco.

Apesar disso, continua a afigura-se, também aqui, mais favorável para o empregador recorrer ao banco de horas do que ao trabalho suplementar, na medida em que o primeiro pode ser pago com acréscimos inferiores aos impostos por lei para o trabalho suplementar (art. 268.º), ou não ser pago no caso de se optar por uma redução equivalente do tempo de trabalho, não está sujeito às condições de admissibilidade do no art. 227.º, aos deveres de registo específicos (art. 231.º) e à possibilidade de recusa por invocação de motivo atendível (art. 227.º, n.º 3).

### *2.3. Compensação do trabalho prestado ao abrigo do banco de horas individual*

O n.º 1, *in fine*, do art. 208.º-A limita-se impor a necessidade de o acordo instituidor do banco de horas individual regular a compensação do trabalho prestado em acréscimo, remetendo para o regime previsto no âmbito do banco de horas por regulamentação colectiva (art. 208.º, n.º 4), sem qualquer esclarecimento adicional.

Deste modo, o acordo tem necessariamente de prever uma ou várias formas de compensação em função das alternativas previamente analisadas a propósito do banco de horas por regulamentação colectiva (redução equivalente do tempo de trabalho, aumento do período de férias, paga-

---

<sup>84</sup> Se for este o limite máximo ao período normal de trabalho semanal aplicável no caso concreto.

mento em dinheiro ou combinação de várias destas modalidades). Se o acordo não prever qualquer forma de compensação será inválido, por violar disposição legal imperativa (art. 294.º do Código Civil).

Menos evidente é a consequência jurídica a aplicar em caso de incompletude do acordo quanto a alguns aspectos de regulamentação obrigatória como, por exemplo, o aviso prévio a cumprir pelo empregador para usar o banco de horas ou por ambos em relação aos períodos de redução compensatória. Deverá considera-se que estas lacunas conduzem igualmente à invalidade do acordo? Sem prejuízo de maior ponderação, inclinamo-nos para admitir a validade do acordo e o recurso às regras sobre interpretação e integração da declaração negocial (arts. 236.º ss. do Código Civil).

Vale, neste contexto, a análise realizada *supra* sobre cada uma das modalidades compensatórias do banco de horas por regulamentação colectiva. Por esse motivo, limitar-nos-emos a salientar alguns aspectos que merecem destaque justificado pelas especificidades da respectiva fonte de regulação – o contrato de trabalho.

Desde logo, no que respeita à compensação por redução equivalente do tempo de trabalho, a dúvida que pode ser suscitada neste domínio prende-se com o direito de o trabalhador receber o subsídio de refeição no caso de a redução equivalente do tempo de trabalho conduzir a dias completos ou meios-dias de não trabalho, uma vez que o legislador nada estipulou a este propósito no art. 208.º-A.

Como já explicámos *supra*, o subsídio de refeição não é, em regra, qualificado como retribuição em sentido estrito, mas sim como uma ajuda de custo (n.º 2 do art. 260.º). Consequentemente, tratando-se do mero pagamento de uma despesa que o trabalhador tem de assumir em virtude da prestação da actividade laboral, só se justificaria o seu pagamento nos casos em que o respectivo horário de trabalho lhe exige a realização de tal despesa.

Porém, o n.º 3 do art. 205.º prevê, para a adaptabilidade individual, o pagamento do subsídio de almoço quando a redução é acordada em dias ou meios-dias<sup>85</sup>, sem permitir que o acordo consagre outra solução. Esta imposição legislativa, que afasta o regime decorrente da qualificação operada pelo n.º 2 do art. 260.º, pode justificar-se pelo facto de o legislador não pretender que o recurso a mecanismos de adaptabilidade concebidos exclusivamente em benefício do empregador possa repercutir-

---

<sup>85</sup> À semelhança do que previa o art. 3.º, n.º 4, da Lei n.º 21/96.

-se negativamente na esfera do trabalhador. Acresce que este poderá, inclusive, em virtude do alongamento do respectivo período normal de trabalho em certas fases, assumir aí despesas acrescidas em matéria de alimentação que não são contabilizadas nesse período em termos de aumento do respectivo subsídio.

Ora, esta configuração do banco de horas individual compensado através da redução equivalente do tempo de trabalho é em tudo idêntica ao instituto da adaptabilidade, nos termos anteriormente descritos, permitindo um cálculo médio do tempo de trabalho. Mais do que isso, assume mesmo, pelas razões previamente analisadas, “um potencial mais levado de perturbação da vida do trabalhador”<sup>86</sup>. Se o legislador deve ser coerente e o sistema jurídico deve formar um todo coeso<sup>87</sup>, a solução não deveria ser a mesma? Pensamos que a resposta deve ser afirmativa<sup>88</sup>. Resta ao intérprete, a partir desta análise, identificar uma “lacuna teleológica” a integrar pela aplicação analógica ao banco de horas individual da solução prevista para a adaptabilidade individual em termos de subsídio de refeição<sup>89</sup>. Com efeito, em ambos os casos identificamos um conflito de interesses similar, em que o critério valorativo utilizado pelo legislador para compor esse conflito no caso da adaptabilidade individual é aplicável, por maioria de razão, ao banco de horas individual<sup>90</sup>.

Este resultado poderia reforçar a utilidade prática, quanto ao regime do banco de horas individual, da nova modalidade de compensação mediante alargamento do período de férias, introduzida pela Lei n.º 23/2012, pois, neste caso, se seguirmos o raciocínio por nós desenvolvido *supra*, não haveria direito a subsídio de almoço.

Em segundo lugar, se o acordo de banco de horas individual previr somente a compensação do acréscimo do trabalho mediante pagamento em dinheiro, o trabalhador poderá prestar mais 150 horas por ano, uma vez que não há qualquer cálculo médio do tempo de trabalho. Quanto

---

<sup>86</sup> A afirmação é de MONTEIRO FERNANDES, «A “reforma laboral” de 2012...», cit., p. 554.

<sup>87</sup> Cfr. BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*, Coimbra, Almedina, 1990, p. 183.

<sup>88</sup> Em sentido diferente, cfr. NUNES DE CARVALHO, «Tempo de trabalho», cit., p. 28.

<sup>89</sup> Recorde-se que a analogia tanto pode servir para determinar uma lacuna deste tipo como para a integração da mesma. Para mais desenvolvimentos, *vd.* BAPTISTA MACHADO, *op. cit.*, pp. 196-197.

<sup>90</sup> Sobre o processo de integração de lacunas por analogia, *vd.* BAPTISTA MACHADO, *op. cit.*, p. 202.

ao valor da compensação, valem aqui as considerações tecidas a propósito do banco de horas por regulamentação colectiva, para as quais remetemos. Como afirmámos, o pagamento da retribuição horária deve ser majorado para que se possa falar em compensação, embora não se imponha qualquer limiar mínimo para essa majoração, ao contrário do que sucede com o trabalho suplementar (art. 268.º)<sup>91</sup>, com a vantagem adicional, em comparação com o recurso ao trabalho suplementar, de o empregador nunca poder negociar individualmente com os trabalhadores uma redução dos montantes mínimos previstos para o pagamento do mesmo (art. 268.º), por se tratar de uma norma convénio-dispositiva, e, em consequência, o banco de horas assumir maior interesse neste domínio do que na modalidade correspondente prevista em IRCT.

Também aqui pensamos que o trabalhador não pode invocar motivo atendível para se recusar a prestar as horas do banco nos termos acordados, contrariamente ao que sucede no trabalho suplementar (art. 227.º, n.º 3), atendendo ao facto de estarmos perante uma obrigação contratualmente definida e não perante uma exigência unilateral do empregador, salvaguardando, evidentemente, o regime das faltas justificadas (arts. 249.º ss.). A não realização dessas horas por motivos não enquadráveis no âmbito do art. 249.º será, portanto, equiparada a uma ausência injustificada (art. 255.º), embora, para efeitos disciplinares, o motivo invocado para a recusa da prestação possa reduzir o grau de culpa do trabalhador.

### **3. Banco de horas grupal**

#### *3.1. Caracterização e utilidade do instituto*

A figura do banco de horas grupal foi introduzida no CT por via da Lei n.º 23/2012 que adicionou o art. 208.º-B, seguindo o modelo da adaptabilidade grupal já regulado no art. 206.º para o qual remete.

Como explicou HELENA TAPP BARROSO – a propósito da adaptabilidade grupal, mas cuja transposição pode ser feita, sem necessidade de adaptações, para o banco de horas grupal – estas figuras não correspondem a uma terceira modalidade de adaptabilidade ou de banco de horas, mas

---

<sup>91</sup> A retribuição das horas em singelo sempre seria devida, sem necessidade de qualquer menção legislativa expressa, como foi explicado *supra*, porque, entre outros motivos mencionados, a renúncia à retribuição não é permitida, pelo menos, durante a vigência do contrato de trabalho, ao que acresce, no caso do banco de horas individual, um argumento adicional: o aumento do tempo de trabalho sem o respectivo pagamento corresponderia a uma redução da retribuição não permitida pelo art. 129.º, n.º 1, al. d).

antes a mecanismos que permitem ao empregador estender o regime das modalidades de adaptabilidade ou de banco de horas a trabalhadores que, de outra forma, estariam excluídos do seu âmbito de aplicação<sup>92</sup>.

Esta necessidade nasce do facto de o âmbito subjectivo de aplicação destes regimes se encontrar limitado. O regime do banco de horas convencional (IRCT) só será aplicável a trabalhadores filiados nos sindicatos signatários, por força do princípio da filiação (art. 496.º), ou a não filiados que aderiram a CCT (ou decisão arbitral) aplicável no âmbito da empresa (art. 497.º) ou a trabalhadores abrangidos por portaria de extensão (art. 514.º). O regime do banco de horas individual vincula apenas os trabalhadores que não deduziram oposição escrita à proposta da entidade empregadora.

O legislador assume que as finalidades e características do banco de horas coincidem com as da adaptabilidade e, em consequência, considera que a utilização do instituto poderá ser inviabilizada se não for aplicado à generalidade dos trabalhadores. Não é necessariamente o caso, pois, como referimos *supra*, o banco de horas permite uma gestão individualizada do tempo de trabalho e não assume, por isso, uma vocação colectiva intrínseca. Voltaremos a este assunto adiante.

De qualquer forma, esse entendimento legislativo justifica a preocupação em atenuar tal problema<sup>93</sup>, através de duas modalidades de banco de horas grupal que têm em comum permitir ao empregador impor o banco de horas contra a vontade dos trabalhadores<sup>94</sup>: uma baseada no sistema de banco de horas convencional e outra no regime de banco de horas individual.

Passemos à análise de cada uma delas.

---

<sup>92</sup> HELENA TAPP BARROSO, «Notas sobre o efeito das fêrias e ausências na contagem do período normal de trabalho em regime de adaptabilidade», *RDES*, 2010, n.º 1, p. 42, nota 2. No mesmo termos, NUNES DE CARVALHO, «Notas sobre o art. 206.º...», cit., p. 216.

<sup>93</sup> Esta necessidade é assinalada por ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Direito do trabalho*, cit., p. 550; LUÍS MIGUEL MONTEIRO, in *Código do Trabalho anotado*, cit., p. 492; LIBERAL FERNANDES, *O tempo de trabalho...*, cit., p. 88; NUNES DE CARVALHO, «Notas sobre o regime do tempo de trabalho...», cit., p. 365, e «Notas sobre o art. 206.º...», cit., pp. 222, 224 e *passim*; BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER *et alli*, *Manual de direito do trabalho*, cit., p. 557, mas a propósito da adaptabilidade grupal.

<sup>94</sup> Como explica JÚLIO GOMES, «Algumas reflexões...», cit., p. 580, nota 7, evolui-se “do contrato para o *status*, reconhecendo que o contrato de trabalho cada vez menos se assemelha a um contrato”.

### 3.2. Modalidade aplicável ao banco de horas por regulamentação colectiva

No caso de vigorar um regime de banco de horas por regulamentação colectiva, o próprio IRCT, de acordo com o disposto no n.º 1 do art. 208.º-B, pode permitir ao empregador aplicá-lo ao conjunto dos trabalhadores de uma equipa, secção ou unidade económica se, pelo menos, 60% dos trabalhadores dessa estrutura estiverem por ele abrangidos: ou porque se encontram filiados na associação sindical signatária, ou por escolha expressa da CCT, na hipótese de não estarem sindicalizados, nos termos do art. 497.º O legislador vem, deste modo, permitir que um IRCT negocial possa atribuir, a si próprio, eficácia parcial *erga omnes*, afastando o princípio da filiação (art. 496.º)<sup>95</sup>.

A avaliação, no caso concreto, do preenchimento da percentagem indispensável para a extensão do regime do banco de horas exige a determinação prévia do perímetro relevante para o cômputo do número de trabalhadores. Para esse efeito, o legislador utilizou três conceitos alternativos, cuja escolha cabe, na falta de definição convencional, ao empregador<sup>96</sup>: equipa, secção ou unidade económica.

O recurso alternativo a estes conceitos, sendo certo que os primeiros dois não estão definidos na lei<sup>97</sup>, aumenta exponencialmente a margem

---

<sup>95</sup> Cf. LUÍS MIGUEL MONTEIRO, in *Código do Trabalho anotado*, cit., p. 492; FRANCISCO LIBERAL FERNANDES, «O acórdão n.º 338/10 do Tribunal Constitucional: a instrução em processo disciplinar laboral e a adaptabilidade grupal», *QL*, ano XVIII, 2011, n.º 38, p. 221.

<sup>96</sup> Assim, também, JÚLIO GOMES, «O Código do Trabalho de 2009 e a promoção da desfiliação sindical», in *Novos Estudos de Direito do Trabalho*, Coimbra, Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2010, p. 177; LIBERAL FERNANDES, «O acórdão n.º 338/10...», cit., p. 222, nota 23, e *O tempo de trabalho...*, cit., p. 89.

<sup>97</sup> LIBERAL FERNANDES, *O tempo de trabalho...*, p. 88, refere tratar-se de “conceitos de facto ou designações empíricas”. Esta qualificação parece-nos um pouco excessiva, apesar da indeterminação inerente, pois o conceito de equipa é utilizado a propósito do trabalho por turnos (art. 220.º) e, neste contexto, terá de constar do mapa de horário de trabalho (art. 215.º, n.º 4). Fora do trabalho por turnos, a sua determinação será muito mais *subjectiva* e assume “um conteúdo mais vasto”. O conceito de secção, utilizado por exemplo, no art. 369.º, n.º 1, al. a), poderá resultar do organigrama da empresa, caso o mesmo exista, embora o empregador possa sempre modificá-lo. A delimitação destes conceitos é realizada por NUNES DE CARVALHO, «Notas sobre o regime do tempo de trabalho...», cit., p. 367, e, especialmente, «Notas sobre o art. 206.º...», cit., pp. 229 ss. A noção de unidade económica é utilizada no âmbito da transmissão de empresa, estabelecimento, parte de empresa ou estabelecimento, e resulta da Directiva n.º 2001/23/CE do Conselho, de 12/03 (que consolidou diplomas precedentes), e da vasta jurisprudência do TJ(UE) que procedeu à densificação do conceito nesse domínio, embora se

de discricionariedade do empregador, tal como já vinha assinalando a doutrina a propósito da adaptabilidade grupal<sup>98</sup>. Não obstante, esta delimitação deve assentar em critérios objectivos<sup>99</sup>, atendendo à *ratio* do instituto. Nas palavras de NUNES DE CARVALHO<sup>100</sup>, o conceito utilizado deve permitir identificar, no caso concreto, “um conjunto de prestações com especial ligação entre si, ligação essa cuja intensidade seria incompatível, na prática, com a aplicação do esquema a uma parte, apenas, dos trabalhadores”.

Poderá o regime de banco de horas grupal ser aplicado no âmbito da empresa ou do estabelecimento? Inclinamo-nos para uma resposta afirmativa se este perímetro for identificável como uma unidade económica justificativa da conexão funcional enunciada<sup>101</sup>.

O alargamento do âmbito subjectivo do banco de horas só poderá manter-se enquanto a percentagem mínima legalmente prevista se mantiver<sup>102</sup>.

---

possa discutir se a mesma noção é transponível para este domínio. Veja-se o art. 285.º, n.º 5, e, entre vários outros, os estudos de JÚLIO GOMES, «Novas, novíssimas e não tão novas questões sobre a transmissão da unidade económica em direito do trabalho», in *Novos estudos de direito do trabalho*, Coimbra, Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2010, pp. 91 ss.; DAVID CARVALHO MARTINS, *Da transmissão da unidade económica no direito individual do trabalho*, Coimbra, Almedina, 2013, pp. 183 ss.

<sup>98</sup> Cfr. JÚLIO GOMES, «O Código do Trabalho de 2009...», cit., pp. 177-178; NUNES DE CARVALHO, «Notas sobre o art. 206.º...», cit., p. 231, e «Notas sobre o regime do tempo...», cit., p. 367.

<sup>99</sup> Assim, LIBERAL FERNANDES, *O tempo de trabalho...*, cit., p. 88.

<sup>100</sup> NUNES DE CARVALHO, «Notas sobre o art. 206.º...», cit., p. 230.

<sup>101</sup> Partilhamos assim a posição defendida por NUNES DE CARVALHO, «Notas sobre o art. 206.º...», cit., p. 230, nota 29. Em sentido negativo pronunciam-se LIBERAL FERNANDES, *O tempo de trabalho...*, cit., p. 88, e LUÍS MIGUEL MONTEIRO, in *Código do Trabalho anotado*, cit., p. 495.

<sup>102</sup> No caso da adaptabilidade grupal, que assume uma vocação marcadamente colectiva, esta solução legal pode dar origem a problemas práticos complexos, explicados por NUNES DE CARVALHO, «Notas sobre o art. 206.º...», cit., pp. 233 ss., e «Notas sobre o regime do tempo de trabalho...», cit., pp. 368 ss., pelo que se poderia justificar uma resposta legislativa diversa que atendesse ao número de trabalhadores relevante no momento da fixação do regime, admitindo a manutenção do mesmo até ao final do período de referência, ainda que ocorressem flutuações de pessoal susceptíveis de afectar a percentagem mínima legalmente fixada. Findo este período de referência, o regime da adaptabilidade grupal deixaria de ser aplicável. Todavia, pensamos que idêntica proposta não pode ser feita para o regime de banco de horas grupal, mesmo nos casos em que este assume a tal feição colectiva, pois, não prevendo a lei aqui de forma expressa um período de referência predefinido, nem a necessidade de previsão antecipada do modo

### 3.3. Modalidade aplicável ao banco de horas individual

Na hipótese de vigorar um regime de banco de horas individual, de acordo com o disposto no n.º 2 do art. 208.º-B, desde que a proposta escrita apresentada pelo empregador seja aceite por, pelo menos, 75% dos trabalhadores, da equipa, secção ou unidade económica a quem for dirigida, aquele pode aplicar o mesmo regime ao conjunto dos trabalhadores dessa estrutura.

O legislador alarga assim à figura do banco de horas a inovação dogmática que edificou com o regime da adaptabilidade grupal, à revelia do *pacta sunt servanda* (art. 406.º do Código Civil)<sup>103</sup>: a possibilidade de um “acordo de natureza pluri-individual”<sup>104</sup> ter eficácia externa em desfavor de terceiros. Refere LUÍS MIGUEL MONTEIRO que o n.º 2 do art. 406.º do Código Civil admite, excepcionalmente, que um contrato produza efeitos em relação a terceiros “nos casos e termos especialmente previstos na lei”<sup>105</sup>. Contudo, não conhecemos nenhum caso, no âmbito do direito civil, em que se permita o que estes efeitos sejam desfavoráveis aos terceiros<sup>106</sup>.

NUNES DE CARVALHO interpreta restritivamente o preceito no sentido de que esta modalidade de banco de horas grupal só poderia ser aplicada se a formação do acordo nos termos do art. 208.º-A resultasse de uma “proposta genericamente dirigida aos trabalhadores de certa unidade, desenhando um esquema comum”<sup>107</sup>. Partilhamos este entendimento por ser o que melhor se compagina com o espírito da norma e que melhor salvaguarda os direitos constitucionais afectados. Com efeito, a restrição de direitos fundamentais produzida é justificada pela necessidade de garantir a operabilidade da aplicação prática do banco de horas em virtude da sua vocação colectiva. Se esta vocação não for evidente, desabam os argumentos a favor da não inconstitucionalidade da norma que serão analisados *infra*.

---

de distribuição das horas, tal poderia implicar na prática a imposição unilateral deste regime durante um período indeterminado e de forma não programada, susceptível de agravar os problemas de inconstitucionalidade de que, em nossa opinião, a norma padece.

<sup>103</sup> Cf. ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Direito do trabalho*, cit., p. 550.

<sup>104</sup> LIBERAL FERNANDES, «O acórdão n.º 338/10...», cit., p. 226, e *O tempo de trabalho...*, cit., p. 93.

<sup>105</sup> In *Código do Trabalho anotado*, cit., p. 492.

<sup>106</sup> No sentido de que o art. 406.º, n.º 2, do Código Civil não “faculta a extensão a terceiros de “acordos” entre o empregador e outros trabalhadores”, NUNES DE CARVALHO, «Notas sobre o art. 206.º...», cit., p. 248.

<sup>107</sup> NUNES DE CARVALHO, «Tempo de trabalho», cit., p. 32.

Valem, nesta modalidade, as considerações precedentes sobre a ambiguidade de limitação do perímetro de cômputo relevante, para as quais remetemos.

Também aqui a extensão de tal regime só poderá ocorrer enquanto a percentagem mínima legalmente prevista se mantiver, com a complexificação inerente à normal variação do número de trabalhadores<sup>108</sup>.

### *3.4. Exclusões do banco de horas grupal*

Pelas razões que oportunamente desenvolveremos, o instituto do banco de horas grupal suscita sérias dúvidas de compatibilidade constitucional a vários níveis.

O legislador teve perfeita consciência desse facto, o que o levou a consagrar, no n.º 3 do art. 208.º-B, algumas excepções ao alargamento dos regimes de banco de horas, em paralelo com a solução prevista no art. 206.º, n.º 4, para a adaptabilidade.

Assim, por um lado, o banco de horas grupal (em qualquer uma das modalidades) não se aplica “a trabalhador abrangido por CCT<sup>109</sup> que disponha de modo contrário a esse regime” e, por outro, a primeira modalidade, ampliadora do campo subjectivo do banco de horas por regulamentação colectiva, não abarca trabalhadores representados por associação sindical que tenha deduzido oposição à portaria de extensão da CCT em causa.

A formulação legal suscita diversas dúvidas interpretativas, sobre as quais nos pronunciámos a propósito do regime congénere da adaptabilidade<sup>110</sup>, que passamos a enunciar no contexto do banco de horas.

As primeiras hesitações prendem-se com o alcance do elemento literal da primeira parte da norma. Quando o n.º 3 do art. 208.º-B prevê a não

---

<sup>108</sup> Cfr. NUNES DE CARVALHO, «Tempo de trabalho», cit., p. 33.

<sup>109</sup> Apesar de o proémio do n.º 1 se referir, em geral, a IRCT, esta referência aos tipos de abrangência por filiação ou adesão permite que se defenda tratar-se apenas de IRCT negociais. Assim, LUÍS MIGUEL MONTEIRO, in *Código do Trabalho anotado*, cit., p. 493. Admite a inclusão de decisões proferidas em arbitragem obrigatória, NUNES DE CARVALHO, «Notas sobre o regime do tempo de trabalho...», cit., p. 366, nota 78, e «Notas sobre o art. 206.º...», cit., p. 245, nota 57. A ideia da não inclusão das portarias de extensão decorreria da sua desnecessidade, em virtude de, nestes casos, o regime de banco de horas já ser aplicável a todos os trabalhadores por força deste IRCT. Todavia, como explicaremos no texto, esta interpretação esvazia, segundo pensamos, o alcance das exclusões do n.º 3 do art. 208.º-B.

<sup>110</sup> Cf. o nosso, «A desarticulação do regime legal do tempo de trabalho», cit., pp. 388 ss.

aplicação do banco de horas grupal “a trabalhador abrangido por CCT que disponha de modo contrário a esse regime”<sup>111</sup> exige que a CCT inclua uma cláusula nos termos da qual não é aplicável nenhum regime de banco de horas, ou bastará a mera ausência de previsão de tal instituto?

O primeiro entendimento é advogado por LUÍS MIGUEL MONTEIRO<sup>112</sup>, para quem a mera ausência de previsão de um regime de banco de horas não é suficiente, só por si, para impedir a aplicação a esses trabalhadores do banco de horas grupal. A favor desta interpretação milita o elemento literal, ao referir-se a “convenção coletiva *que disponha de modo contrário*”<sup>113</sup>. Uma posição mitigada é defendida por NUNES DE CARVALHO, segundo o qual não basta o mero silêncio da CCT, mas, como a lei também não exige “uma referência expressa e taxativa”, uma manifestação de vontade contrária à aplicação do banco de horas grupal poderá decorrer da “ponderação global do regime da convenção”<sup>114</sup>.

Porém, se uma CCT não prevê qualquer regime de banco de horas, tal só pode significar, segundo entendemos, que as partes não chegaram a acordo acerca da respectiva implementação. Até porque a inclusão de tal cláusula, cujo alcance útil seria somente excluir o banco de horas grupal<sup>115</sup>, depende do acordo dos parceiros negociais<sup>116</sup>. Bastaria, portanto, que o(s) empregador(es) ou associação patronal recusasse a inserção dessa cláusula no texto da CCT, para que o regime de banco de horas grupal fosse aplicável contra a vontade da associação sindical signatária ou, em alternativa, impedisse a celebração da CCT, com a possibilidade,

---

<sup>111</sup> Tal como afirma JÚLIO GOMES, «O Código do Trabalho de 2009...», cit., p. 176, estão aqui abrangidos, por um lado, os trabalhadores filiados noutra sindicato que seja parte outorgante de uma CCT aplicável naquela empresa e, por outro, aqueles que escolheram uma CCT ao abrigo do novo art. 497.º

<sup>112</sup> LUÍS MIGUEL MONTEIRO, in *Código do Trabalho anotado*, cit., p. 493. No mesmo sentido, LIBERAL FERNANDES, *O tempo de trabalho...*, cit., pp. 94-95.

<sup>113</sup> Sublinhado nosso.

<sup>114</sup> NUNES DE CARVALHO, «Notas sobre o art. 206.º...», cit., p. 245-246, e «Notas sobre o regime do tempo...», cit., p. 369, nota 85, reconhecendo que tal avaliação poderá revelar-se difícil no caso concreto.

<sup>115</sup> Tratar-se ia de uma mera cláusula de estilo, na expressão de NUNES DE CARVALHO, «Notas sobre o regime do tempo...», cit., p. 369.

<sup>116</sup> E, nesse sentido, só poderia aplicar-se a interpretação defendida por LUÍS MIGUEL MONTEIRO a CCT negociadas após o início de vigência da Lei que veio consagrar o regime de banco de horas grupal. Antes desse momento, não faria qualquer sentido inserir uma tal cláusula na CCT.

admitida pelos Autores, de os trabalhadores serem depois abrangidos por portaria de extensão ou por outra CCT.

Aplicar aos trabalhadores representados por este sindicato, em simultâneo com a CCT por ele celebrada, uma parte de outra CCT, concluída com outra associação sindical que não representa aqueles trabalhadores, apenas porque a primeira CCT não exclui expressamente esta possibilidade, parece-nos atentar, desde logo, contra o princípio da autonomia colectiva. Ora, a *ratio* do n.º 3 do art. 208.º-B coincide, na nossa opinião, com a preservação da liberdade sindical (positiva) e da autonomia colectiva, seu corolário. Por esse motivo, entendemos que tal interpretação frustraria o espírito da lei, pelo que deve ser afastada<sup>117</sup>.

Acresce a potencial violação do princípio da igualdade decorrente do facto de aplicarmos a estes trabalhadores — com a agravante de estarem filiados noutro sindicato e abrangidos por distinta CCT — somente uma parte menos favorável de um IRCT negocial, pois não podemos ignorar que este último acordo incluiria provavelmente, como contrapartida do regime de banco de horas, cláusulas mais favoráveis para os trabalhadores quando comparadas com o regime legal aplicável e que estas não vão beneficiar os trabalhadores filiados noutros sindicatos<sup>118</sup>. Retomaremos este argumento no último ponto do estudo.

A segunda dúvida relaciona-se com o alcance da segunda parte do n.º 3 do art. 208.º-B que recusa o alargamento do âmbito subjectivo do regime de banco de horas por regulamentação colectiva a trabalhadores representados por uma associação sindical que tenha deduzido oposição a portaria de extensão da CCT em causa. Estariam aqui abrangidas as hipóteses de sindicatos que não concluíram qualquer CCT que vincule o empregador e, ainda, para quem defenda a posição de LUÍS MIGUEL MONTEIRO, aqueles que as concluíram sem inserir uma cláusula que excluísse o banco de horas.

Desde logo, afigura-se discutível que uma portaria de extensão possa ser aplicada a trabalhadores filiados noutros sindicatos (sobretudo quando

---

<sup>117</sup> No sentido de que um trabalhador filiado noutro sindicato nunca pode ser abrangido por este regime, pronunciou-se JÚLIO GOMES, «O Código do Trabalho de 2009...», cit., p. 177.

<sup>118</sup> Este problema é também salientado, a propósito da adaptabilidade grupal, por JÚLIO GOMES, «O Código do Trabalho de 2009...», cit., pp. 177, nota 23, e NUNES DE CARVALHO, «Notas sobre o art. 206.º...», cit., p. 246, e, «Notas sobre o regime do tempo...», cit., p. 366. Este último advoga a aplicação das contrapartidas negociais também a estes trabalhadores, nos termos referidos *infra*.

não existem critérios de representatividade sindical), por violação da liberdade sindical e autonomia colectiva<sup>119</sup>.

Mas se admitirmos tal solução, o que resultaria da segunda parte do n.º 3 do art. 208.º-B seria precisamente a não aplicação, nesse caso, da portaria de extensão aos trabalhadores filiados em sindicatos que se opuseram à mesma. Ou seja, no caso de o regime de banco de horas resultar de IRCT não negocial, exclui-se do seu âmbito de aplicação os trabalhadores representados por sindicatos que se opuseram à extensão, caso a portaria venha a ser emitida e os inclua<sup>120</sup>. Na hipótese de não ser emitida, os trabalhadores representados pelo sindicato que deduziu oposição à portaria também não poderiam ser abrangidos por outro IRCT negocial.

Em sentido diferente, segundo LUÍS MIGUEL MONTEIRO<sup>121</sup> a aplicação deste preceito pressupõe que a portaria de extensão não tenha chegado a ser emitida, pois, caso contrário, o empregador não necessitaria de recorrer ao banco de horas grupal, bastar-lhe-ia aplicar a portaria de extensão. Se bem percebemos a argumentação do Autor, o resultado interpretativo advogado decorre da formulação do n.º 1 do art. 208.º-B

---

<sup>119</sup> Recusam essa aplicação, JORGE CARVALHO, «Extensão das convenções colectivas e pluralismo sindical», *Revista Técnica do Trabalho*, 1981, 9/10, pp. 47 ss.; JOSÉ BARROS MOURA, *A convenção colectiva entre as fontes de direito do trabalho*, Coimbra, Almedina, 1984, pp. 219 ss.; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito do Trabalho*, Coimbra, Almedina, 1994, p. 346; J. J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. I, 4.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 745; JÚLIO GOMES, «O Código do Trabalho de 2009...», cit., p. 176, nota 22; ROMANO MARTINEZ, *Direito do trabalho*, cit., pp. 1094 ss. Em sentido contrário, GONÇALVES DA SILVA, «Pressupostos, requisitos e eficácia da portaria de extensão», in *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, vol. I, coord. Pedro Romano Martinez, Coimbra, Almedina, 2001, pp. 759 ss. e in *Código do trabalho anotado*, cit., pp. 1030-1031. Segundo este Autor, tais valores constitucionalmente protegidos não são afectados porque os sindicatos podem sempre celebrar uma CCT e, com isso, fazer cessar a aplicação da portaria (art. 484.º). Todavia, a celebração de uma CCT não depende exclusivamente do sindicato, implica acordo com o empregador ou associação patronal e, na falta deste, que pode não ser imputável ao primeiro contraente, outras CCT, eventualmente com o conteúdo que este se recusou a aceitar, poderiam ser alargadas aos seus filiados.

<sup>120</sup> Saliente-se, contudo, que a prática seguida pelo ministério responsável pela área laboral demonstra que os trabalhadores representados por tais sindicatos serão, com elevada probabilidade, excluídos do âmbito de aplicação da portaria em caso de oposição sindical à extensão.

<sup>121</sup> LUÍS MIGUEL MONTEIRO, in *Código do Trabalho anotado*, cit., p. 493. Em sentido contrário, JÚLIO GOMES, «O Código do Trabalho de 2009...», cit., p. 176, nota 22.

articulado com a remissão para o n.º 1 do art. 206.º, segundo o qual o empregador só poderá alargar o âmbito de aplicação de um IRCT negocial. Com efeito, apesar de o n.º 1 se referir em geral aos IRCT, a al. a) do preceito limita-se a enunciar as hipóteses em que o IRCT é aplicável por força do princípio da filiação ou da adesão ao IRCT por via do art. 497.º Como a al. a) deste preceito não se refere aos IRCT não negociais, o Autor parece entender que estes últimos se aplicariam sempre a todos os trabalhadores (incluindo os filiados noutra sindicato que não celebrou qualquer CCT que vincule aquele empregador e, ainda, aqueles filiados em sindicatos que concluíram CCT que não contém cláusulas a excluir o banco de horas<sup>122</sup>), sem possibilidade de oposição por partes dos sindicatos.

De facto, reconhecemos que a formulação legal não é de todo feliz e permite a interpretação defendida, mas não podemos aderir à posição do Autor, atendendo designadamente à interpretação conforme à Constituição e à hierarquia de fontes supranacionais que vinculam o legislador ordinário.

Pensamos que o texto da lei atraçou o pensamento legislativo. O legislador, ao regular a possibilidade de oposição à portaria de extensão, pretendia afastar a aplicabilidade desta aos trabalhadores representados pelo sindicato que se opôs. Para o efeito, remeteu para o regime previsto no n.º 1, cujo proémio se refere somente os IRCT, sem ulteriores especificações. Contudo, não se apercebeu que a alínea a) do n.º 1 do art. 206.º prevê somente os IRCT negociais por se referir apenas à filiação sindical e à adesão por via do art. 497.º, permitindo interpretação diversa.

A *ratio* da segunda parte do n.º 3 do art. 208.º-B tem de ser compreendida no contexto da lei: evitar a violação da liberdade sindical positiva e da autonomia colectiva ao impor IRCT a trabalhadores representados por sindicatos que não os outorgaram, sejam estes IRCT aplicados directamente ou por via de portaria de extensão. Daí a letra do preceito não se referir a um projecto de portaria de extensão. Além do mais, é a interpretação que melhor se compagina as fontes hierarquicamente superiores que vinculam o legislador ordinário: arts. 55.º e 56.º da CRP, arts. 12.º e 28.º da CDFUE e diversas Convenções internacionais. Entre estas últimas

---

<sup>122</sup> Para chegarmos a este resultado, temos de afastar, nesta matéria, o princípio da supletividade dos IRCT não negociais (previsto nos arts. 515.º e 484.º), segundo o qual, na hipótese de vigorar uma CCT para trabalhadores filiados noutra sindicato, a portaria de extensão não lhes seria aplicável.

salientamos as Convenções da OIT n.ºs 87<sup>123</sup> e 98<sup>124</sup> e a Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais<sup>125</sup>, a qual assume aqui um importante protagonismo decorrente do papel desempenhado pela jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem no domínio da tutela da liberdade sindical (mormente, negativa), protegida pelo art. 11.º da Convenção<sup>126</sup>.

E se não houver qualquer projecto de portaria de extensão? O sindicato não poderá opor-se ao mesmo e, conseqüentemente, os respectivos filiados seriam abrangidos por outra CCT negociada com sindicato diverso. Não deixaria de suscitar alguma perplexidade que o sindicato, para evitar tal resultado, tivesse de solicitar ao ministério responsável pela área laboral a emissão de uma portaria de extensão, para em seguida se poder opor à mesma, por só assim conseguir impedir a aplicação do regime de banco de horas aos seus representados.

De qualquer forma, as exclusões previstas no n.º 3 do art. 208.º-B não são, segundo pensamos, suficientes para evitar a violação de preceitos constitucionais. Analisaremos esta questão no último ponto do presente estudo.

### 3.5. *Admissibilidade de recusa do trabalhador por motivo atendível*

Nas situações em que o empregador recorre ao banco de horas grupal – contrariamente ao que sucede no banco de horas por regulamentação colectiva ou no banco de horas individual –, o regime é imposto unilateralmente ao trabalhador, mesmo contra a sua vontade.

Esta configuração aproxima o banco de horas grupal, também nesta perspectiva<sup>127</sup>, do trabalho suplementar, uma vez que este último é obrigatório para o trabalhador (art. 227.º, n.º 3).

Todavia, no âmbito do trabalho suplementar, a lei acautelou a posição do trabalhador, ao admitir a possibilidade de ele invocar motivo atendível para legitimamente recusar a sua prestação, motivo que não tem de se

---

<sup>123</sup> Convenção de 1948, relativa à liberdade sindical e protecção do direito sindical, ratificada por Portugal através da Lei n.º 45/1977, de 07/07.

<sup>124</sup> Aprovada para ratificação pelo DL n.º 45.758, de 12/06/1964.

<sup>125</sup> Adoptada no âmbito do Conselho da Europa e aprovada para ratificação pela Lei n.º 65/78, de 13/10 (rectificada por Declaração da AR n.º 286/78, de 14/12).

<sup>126</sup> Para uma análise desta jurisprudência, *vd.* AA.VV., *Prontuario de jurisprudência social del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (1975-2009)*, Antonio Sempere Navarro (dir.) e Lourdes Morillo-Velarde (coord.), Aranzadi, Navarra, 2009, pp. 225 ss. e *passim*.

<sup>127</sup> Outros aspectos de aproximação dos dois regimes foram analisados *supra*.

enquadrar nas causas de justificação de faltas (art. 249.º), sob pena de a norma não ter sentido útil<sup>128</sup>.

Ora, a situação é análoga à do banco de horas grupal, uma vez que, também aqui, o empregador pode, verificadas as percentagens previamente analisadas, e em situação de “normalidade empresarial”<sup>129</sup>, exigir do trabalhador horas que excedem os limites máximos previstos, em regra, para o período normal de trabalho, afectando os mesmos valores jurídicos tutelados pela possibilidade de recusa admitida pelo art. 227.º, n.º 3. Situação agravada, em comparação com o trabalho suplementar, no caso de o banco de horas grupal alargar o âmbito de um regime previsto em IRCT, pois, neste caso, permite-se que o período normal de trabalho diário chegue às 12 horas, enquanto, em regra<sup>130</sup>, o empregador só pode exigir duas horas de trabalho suplementar em dia normal [art. 228.º, n.º 1, al. d)].

A analogia permite-nos, assim, identificar uma lacuna e proceder à respectiva integração, possibilitando ao trabalhador abrangido por um regime de banco de horas grupal invocar um motivo atendível para recusar a prestação desse trabalho. Este entendimento é partilhado pela maioria da doutrina<sup>131</sup>.

### III. Utilização do banco de horas em dias de descanso ou feriados

Tendo sido previsto um regime de banco de horas nos termos previamente analisados, suscita-se a dúvida sobre a possibilidade de o empregador recorrer à bolsa de horas em dia de descanso semanal obrigatório ou complementar ou ainda em dia feriado.

---

<sup>128</sup> Assim, LIBERAL FERNANDES, *O tempo de trabalho...*, cit., p. 242. Sobre o preenchimento do conceito indeterminado “motivo atendível” e (des)necessidade de consentimento do empregador, veja-se o mesmo Autor (pp. 242 ss.) e doutrina aí citada.

<sup>129</sup> Por contraposição à situação de “excepcionalidade” que caracteriza o trabalho suplementar por força do art. 227.º, n.º 1.

<sup>130</sup> Estes limites não se aplicam se o trabalho suplementar for exigido por motivo de força maior ou para prevenir ou reparar prejuízo grave para a empresa ou para a sua viabilidade (art. 228.º, n.º 4).

<sup>131</sup> Cf. NUNES DE CARVALHO, «Tempo de trabalho», cit., pp. 33 ss.; JOANA NUNES VICENTE, *op. cit.*, p. 131; LUÍS MIGUEL MONTEIRO, in *Código do Trabalho anotado*, cit., p. 503 (solução diversa da proposta pelo Autor para a adaptabilidade grupal); JÚLIO GOMES, «Algumas reflexões...», cit., p. 582; declaração de voto do Conselheiro JOAQUIM SOUSA RIBEIRO ao ac. do TC n.º 602/2013, *DR*, 1.ª série, n.º 206, de 24/10/2013, p. 6295.

O problema foi analisado por JÚLIO GOMES, cuja argumentação seguimos de perto na explanação subsequente<sup>132</sup>. O Autor teve em conta, na sua análise, apenas a modalidade de banco de horas por regulamentação colectiva, uma vez que o seu estudo é anterior à Lei n.º 23/2012. No entanto, estas considerações valem, por maioria de razão, para a outra modalidade de banco de horas, tendo em conta, designadamente, a sua posição na hierarquia das fontes (art. 3.º).

#### **a) Descanso semanal obrigatório**

No dia de descanso semanal obrigatório não é admissível, em nossa opinião, o recurso ao banco de horas<sup>133</sup>.

Em sentido contrário, poder-se-ia argumentar que o empregador pode exigir trabalho suplementar nesses dias (cujo limite máximo corresponde ao número de horas igual ao período normal de trabalho diário)<sup>134</sup>.

Contudo, o trabalho suplementar só pode ser prestado em situações de “excepcionalidade empresarial”, definidas no art. 227.º, e implica encargos para o empregador susceptíveis de desincentivar a sua utilização fora dos casos em que é manifestamente essencial: uma contrapartida correspondente a um acréscimo de 50% da retribuição horária (art. 268.º) e a salvaguarda de um dia de descanso compensatório remunerado a gozar num dos três dias úteis seguintes (art. 229.º, n.º 4). Além do mais, o banco de horas por regulamentação colectiva pode permitir a prestação de 12 horas diárias, limite que excede o previsto, em regra, para o trabalho suplementar<sup>135</sup>. Por razões de coerência do sistema jurídico, a figura do banco de horas não pode ser utilizada para defraudar normas imperativas em matéria de trabalho suplementar.

Por fim, não podemos esquecer que, o regime do descanso semanal tem de respeitar o direito da UE. O art. 5.º da Directiva n.º 2003/88/CE impõe, aos Estados-membros, a previsão de um período de descanso

---

<sup>132</sup> JÚLIO GOMES, «Nótula sobre o banco de horas...», cit., pp. 247 ss.

<sup>133</sup> Neste sentido, pronunciou-se JÚLIO GOMES, «Nótula sobre o banco de horas...», cit., pp. 252-253.

<sup>134</sup> Art. 228.º, n.º 1, al. e).

<sup>135</sup> Estes limites só não se aplicam se o trabalho suplementar for exigido por motivo de força maior ou para prevenir ou reparar prejuízo grave para a empresa ou para a sua viabilidade (art. 228.º, n.º 4).

semanal mínimo ininterrupto de 24 horas, por cada período de sete dias<sup>136</sup>, ao qual se adicionam 11 horas de descanso diário<sup>137</sup>. A configuração concreta do regime de banco de horas não pode conduzir a um resultado contrário à disposição comunitária, por força dos princípios do primado e interpretação conforme<sup>138</sup>.

A Directiva admite excepções ao art. 5.º, nos termos definidos nos arts. 17.º, n.ºs 2 e 3, e 18.º, mas estas não foram consagradas pelo legislador nacional. De qualquer forma, a sua previsão só poderia ter lugar por via legislativa, regulamentar, administrativa ou através de CCT. Está, portanto, afastada qualquer possibilidade de derrogação por contrato de trabalho, o que exclui a possibilidade de o banco de horas individual prever a respectiva utilização em dia de descanso semanal obrigatório. Por sua vez, o legislador só poderia permitir derrogações previstas por CCT desde que fossem concedidos aos trabalhadores em causa períodos equivalentes de descanso compensatório ou que, em casos excepcionais em que não fosse possível, por razões objectivas, a concessão desses períodos de descanso compensatório, assegurasse aos trabalhadores em causa uma protecção adequada.

### ***b) Descanso semanal complementar***

A existência de um dia de descanso semanal complementar depende de previsão em IRCT ou em contrato de trabalho (art. 232.º, n.º 3).

Consequentemente, não vislumbramos obstáculos a que o próprio IRCT permita a utilização do banco de horas nesse dia<sup>139</sup>, embora tenha

---

<sup>136</sup> O dia de descanso semanal poderia ser determinado num período de referência que não excedesse os 14 dias, mas, nesse caso, Portugal deveria ter consagrado esta solução de forma expressa, nos termos do art. 16.º, al. a), da Directiva – como aliás fez o legislador espanhol –, o que não acontece.

<sup>137</sup> Previstos nos arts. 3.º e 5.º da Directiva e transposto para o nosso ordenamento jurídico pelos arts. 214.º e 233.º, com as excepções aí enumeradas e admitidas em termos gerais pelo diploma da UE, embora nem sempre o legislador português tenha assegurado a sua transposição de forma completa. Cfr. o nosso, «A regulamentação nacional do tempo de trabalho...», cit., pp. 46 ss.; LIBERAL FERNANDES, *O tempo de trabalho...*, cit., pp. 155 e 294.

<sup>138</sup> Sobre o alcance dos princípios do primado e da interpretação conforme, *vd.*, por todos, PATRÍCIA FRAGOSO MARTINS e SOFIA OLIVEIRA PAIS in AA.VV., *Princípios Fundamentais de Direito da União Europeia – Uma Abordagem Jurisprudencial*, coord. Sofia Oliveira Pais, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 37 ss. e 89 ss., respectivamente.

<sup>139</sup> Em sentido similar, JÚLIO GOMES, «Nótula sobre o banco de horas...», cit., p. 252. Também LIBERAL FERNANDES, *O tempo de trabalho...*, cit., p. 107, parece admitir esta solução.

de ser assegurado o disposto no art. 233.º, n.º 1. Tal significa que o trabalhador tem direito a descansar um período consecutivo de 35 horas (24 horas correspondentes ao dia de descanso semanal obrigatório mais 11 horas de descanso diário), salvo se se verificar alguma das excepções enumeradas no n.º 3.

O mesmo vale para o banco de horas individual, quando a existência de um dia de descanso complementar resulta do contrato de trabalho.

Dúvidas podem ser suscitadas quando o IRCT prevê a existência de um dia de descanso complementar e o banco de horas individual possibilita a sua utilização neste dia de descanso, por força das regras em matéria de articulação de fontes que só permitem ao contrato de trabalho afastar disposições de IRCT em sentido mais favorável ao trabalhador (art. 476.º).

### **c) Feriados**

Menos evidente é a solução a aplicar em relação à utilização do banco de horas nos feriados<sup>140</sup>. Antes de mais, há que atender à distinção, realizada pelos arts. 234.º a 236.º, entre feriados obrigatórios e facultativos.

Em relação aos feriados obrigatórios, a lei não permite a sua substituição por outros dias de não trabalho, ainda que prevista em IRCT<sup>141</sup>. Logo, é duvidoso que o IRCT, através do banco de horas, possa contornar essa indisponibilidade legal, permitindo aos empregadores a utilização de horas do banco nesses dias. Como foi salientado no recente ac. do TC n.º 602/2013, os feriados são instituídos no sentido de dar tradução a interesses públicos, destinados à participação colectiva em comemorações civis ou religiosas relevantes para a comunidade e não como momentos de descanso e lazer individual<sup>142</sup>. Estes objectivos são desvirtuados se se

---

<sup>140</sup> Veja-se, a título exemplificativo, o contrato colectivo de trabalho celebrado entre a AIMMAP e o SINDEL, cit. (citado por JÚLIO GOMES, *ult. op. cit.*, pp. 251-252), cuja cláusula 53.ª, n.º 15, dispõe que “O trabalho prestado neste âmbito em dia feriado ou em dia de descanso semanal complementar confere ao trabalhador o direito a uma majoração de 50%, a qual poderá ser registada a crédito de horas, ou paga pelo valor da retribuição horária”.

<sup>141</sup> Com as excepções reguladas nos n.ºs 2 e 3 do art. 234.º: a Sexta-Feira Santa poderá ser substituída por outro feriado com “significado local no período da Páscoa” e, mediante legislação específica, certos feriados a identificar em diploma próprio poderiam ser gozados na segunda-feira da semana subsequente.

<sup>142</sup> Ac. do TC n.º 602/2013, cit., pp. 6262 ss., com várias referências doutrinárias no mesmo sentido.

permitir a prestação de trabalho nesses dias em situação de “normalidade empresarial”.

Também aqui se poderia argumentar que o empregador pode exigir trabalho suplementar em dia feriado obrigatório (cujo limite máximo corresponde ao número de horas igual ao período normal de trabalho diário)<sup>143</sup>. Todavia, como já foi salientado, o trabalho suplementar é prestado em situações de “excepcionalidade empresarial” e com uma contrapartida, no caso dos feriados, correspondente a um acréscimo de 50% da retribuição horária (art. 268.º). Além do mais, o banco de horas por regulamentação colectiva pode permitir a prestação de 12 horas diárias, limite que excede o previsto, em regra, para o trabalho suplementar.

Assim, parece-nos que o banco de horas não pode ser utilizado em feriados obrigatórios<sup>144</sup>.

Uma excepção pode ser admitida no caso das empresas que estão autorizadas a funcionar durante esses dias, em relação aos trabalhadores que se encontram a realizar a respectiva prestação. Neste caso, o empregador pode exigir-lhes o alongamento do respectivo período normal de trabalho recorrendo à bolsa de horas<sup>145</sup>.

No que respeita aos feriados facultativos (terça-feira de Carnaval e feriado municipal), a resposta é diferente, uma vez que a sua consagração depende de previsão em IRCT ou de contrato de trabalho (art. 235.º, n.º 1), admitindo-se ainda a sua substituição por acordo entre empregador e trabalhador (art. 235.º, n.º 2).

#### **IV. Dispensa de prestação de trabalho em regime de banco de horas**

A lei dispensa determinados trabalhadores da prestação do trabalho em regime de bancos de horas, por razões e mediante requisitos nem sempre coincidentes.

---

<sup>143</sup> Art. 228.º, n.º 1, al. e).

<sup>144</sup> Com esta convicção, JÚLIO GOMES, «Nótula sobre o banco de horas...», cit., pp. 251-252.

<sup>145</sup> LIBERAL FERNANDES, *O tempo de trabalho...*, cit., p. 298, entende que, mesmo nestes casos, em que a empresa se encontra isenta da obrigação de encerrar ou de suspender a actividade, não se trata de “dias normais de trabalho” e o dever de o trabalhador prestar a sua actividade não integra o conteúdo normal do contrato de trabalho. Refere que se trata antes de um “regime especial de trabalho suplementar”, o que pode conduzir a uma resposta diferente da propugnada no texto.

### ***1. Trabalhadoras grávidas, puérperas ou lactantes e progenitores em caso de aleitação***

Por motivos que se prendem com a saúde e segurança da trabalhadora, do nascituro e/ou com a articulação entre a vida profissional e pessoal, o art. 58.º dispensa do regime de banco de horas as trabalhadoras grávidas, puérperas ou lactantes<sup>146</sup>, bastando para esse efeito que as mesmas tenham cumprido a obrigação de informação e apresentação de atestado médico imposta pelo n.º 1 do art. 36.º Caso não tenham cumprido este dever, podem ainda ser dispensadas do regime de banco de horas se o empregador tiver conhecimento da situação ou do facto relevante (n.º 2 do art. 36.º).

Trata-se de um direito e não de uma proibição, pelo que estas trabalhadoras, se assim o pretenderem, poderão prestar trabalho neste regime.

Esta dispensa passa a incluir também os progenitores do sexo masculino, nas hipóteses em que estes assumem a responsabilidade pela aleitação da criança. Com efeito, se a aleitação tanto pode ser realizada pela mãe como pelo pai (art. 47.º, n.º 2)<sup>147</sup>, quando ambos exercem actividade profissional<sup>148</sup>, ambos têm de beneficiar da dispensa de regimes de flexibilidade de tempo de trabalho, sob pena de violação do princípio da igualdade e não discriminação. Contudo, nesta hipótese, ao contrário da anterior, a dispensa depende de prova do facto de que o regime do banco de horas afecta a regularidade da aleitação. Esta dispensa de prestar trabalho em regime de banco de horas deve ser articulada com a dispensa para aleitação (art. 47.º, n.º 2), o que significa que se poderá manter apenas até o filho perfazer um ano.

---

<sup>146</sup> O art. 36.º define trabalhadora grávida como “trabalhadora em estado de gestação que informe o empregador do seu estado, por escrito, com apresentação de atestado médico”; trabalhadora puérpera é “a trabalhadora parturiente e durante um período de 120 dias subsequentes ao parto que informe o empregador do seu estado, por escrito, com apresentação de atestado médico ou certidão de nascimento do filho” e trabalhadora lactante é “a trabalhadora que amamenta o filho e informe o empregador do seu estado, por escrito, com apresentação de atestado médico”.

<sup>147</sup> O art. 64.º alarga a dispensa para aleitação ao adoptante, tutor, pessoa a quem for deferida a confiança judicial ou administrativa do menor, bem como ao cônjuge ou a pessoa em união de facto com qualquer daqueles ou com o progenitor, desde que viva em comunhão de mesa e habitação com o menor. Nestas hipóteses, também beneficiarão do regime previsto no art. 58.º, n.º 2.

<sup>148</sup> Se apenas um dos progenitores exercer uma actividade profissional, o outro não beneficia de dispensa para aleitação.

## **2. Trabalhadores menores**

No que respeita a trabalhadores menores, o art. 74.º prevê idêntica dispensa condicionada ao facto de a prestação de trabalho em regime de banco de horas poder prejudicar a saúde ou segurança do menor<sup>149</sup>. Admite, portanto, que o banco de horas possa ser aplicável a menor se se demonstrar que não afecta os valores jurídicos enunciados<sup>150</sup>. Nas palavras de LIBERAL FERNANDES, o “exercício da faculdade consagrada neste preceito depende tão só da verificação (e respectiva prova) dos fundamentos previstos e não propriamente da decisão da entidade empregadora”<sup>151</sup>.

Para este efeito, o n.º 2 do art. 74.º impõe a realização de um exame de saúde antes da aplicação do regime de banco de horas.

## **3. Trabalhadores portadores de deficiência ou doença crónica**

Um regime similar ao anterior vale para os trabalhadores com deficiência ou doença crónica, nos termos do art. 87.º

A dispensa de prestação de trabalho em regime de banco de horas é aplicável se puder prejudicar a sua saúde ou segurança no trabalho.

Essa avaliação será realizada através de um exame de saúde antes da aplicação do regime de banco de horas.

## **4. Trabalhadores estudantes**

No caso dos trabalhadores estudantes, a preocupação legislativa é não prejudicar a educação ou formação do trabalhador<sup>152</sup>.

---

<sup>149</sup> Diferentemente, o art. 62.º do CT 2003 não permitia que o período normal de trabalho de um menor com idade igual ou superior a 16 anos excedesse as oito horas por dia ou 40 por semana, incluindo nestes limites o trabalho prestado em regime flexível. Em relação aos menores com menos de 16 anos, cujos limites máximos ao período normal de trabalho são reduzidos para sete horas diárias e 35 semanais (art. 73.º, n.º 3), é duvidoso se se aplicam os regimes de flexibilização do tempo de trabalho. Cfr. LIBERAL FERNANDES, *O tempo de trabalho...*, cit., pp. 68-69.

<sup>150</sup> Assim, LIBERAL FERNANDES, *O tempo de trabalho...*, cit., p. 78, defende que não estamos perante uma proibição, pois apenas se permite ao menor requerer a respectiva dispensa sempre que “a realização de trabalho em regime de flexibilidade possa provocar os referidos efeitos”, continuando o menor a realizar a sua actividade em regime normal. Também MONTEIRO FERNANDES, *Direito do trabalho*, cit., p. 329, refere que a dispensa não é automática, mas “tem de ser requerida e de haver certificação dos específicos efeitos nocivos da irregularidade de horários”.

<sup>151</sup> *O tempo de trabalho*, cit., p. 78.

<sup>152</sup> Nos termos do art. 89.º, considera-se trabalhador-estudante “o trabalhador que frequenta qualquer nível de educação escolar, bem como curso de pós-graduação, mestrado

Nestes termos, o trabalhador-estudante não é obrigado a prestar trabalho em regime de banco de horas, mas apenas se o mesmo coincidir com o horário escolar ou com prova de avaliação (n.º 6 do art. 90.º).

Ainda assim, se o trabalhador-estudante prestar trabalho em regime de banco de horas, ser-lhe-á assegurado um dia por mês de dispensa, sem perda de direitos, que será contabilizado como prestação efectiva de trabalho (n.º 7 do art. 90.º). Como explica LIBERAL FERNANDES, este dia de dispensa não prejudica o direito conferido pelo art. 90.º, n.º 1, sob pena de este último ficar “em termos práticos privado de qualquer eficácia ou utilidade”<sup>153</sup>, sendo aplicável cumulativamente com a protecção conferida por aquele artigo.

## V. Articulação e possibilidade de cúmulo entre o banco de horas e outros institutos flexibilizadores do tempo de trabalho

As fronteiras entre os novos e *velhos* institutos legais em matéria de tempo de trabalho e, por vezes, a própria utilidade prática desta multiplicação de figuras legais são equívocas. O legislador foi acumulando regimes sem qualquer preocupação de coerência sistemática ou sequer de avaliação da utilidade dos mesmos, dado que, muitas das vezes, os resultados pretendidos poderiam ser obtidos mediante a mera modificação dos regimes das figuras flexibilizadoras do tempo de trabalho já existentes<sup>154</sup>.

Em consequência, caberá ao intérprete e aplicador do direito a árdua tarefa de deslindar a articulação e possibilidade de cúmulo entre os diversos institutos flexibilizadores do tempo de trabalho<sup>155</sup>.

Partindo das poucas respostas legislativas que temos, a única afirmação segura que podemos fazer é a de que um regime de adaptabilidade não pode ser acumulado com trabalho suplementar, excepto no caso de este último se dever a motivo de força maior (n.ºs dos arts. 204.º e 205.º), nem com o regime de horário concentrado (art. 209.º, n.º 2).

---

ou doutoramento em instituição de ensino, ou ainda curso de formação profissional ou programa de ocupação temporária de jovens com duração igual ou superior a seis meses”.

<sup>153</sup> *O tempo de trabalho...*, cit., p. 77.

<sup>154</sup> Sobre esta questão, veja-se o nosso, «A desarticulação do regime legal do tempo de trabalho», cit., pp. 359 ss.

<sup>155</sup> Suscitam o problema, NUNES DE CARVALHO, «Tempo de trabalho», cit., p. 36, JÚLIO GOMES, «Algumas reflexões...», cit., pp. 581-582, e LIBERAL FERNANDES, *O tempo de trabalho...*, cit., p. 107.

Poderá o intérprete retirar desta análise legal que em todos os outros casos a acumulação de regimes é possível? Essa solução é defensável<sup>156</sup>. Se o legislador teve o cuidado de expressamente negar a possibilidade de acumulação de certos regimes flexibilizadores do tempo de trabalho e nada disse em relação a outros, então é porque, quanto a estes últimos, não se opõe a qualquer cumulação.

Todavia, o resultado a que chegamos é muito pouco coerente em termos de unidade do sistema jurídico. A título de exemplo, recordemos a análise comparativa que fizemos entre o banco de horas e o regime de adaptabilidade. Concluímos que a primeira figura aumenta significativamente os poderes flexibilizadores do empregador conferidos pelo regime da adaptabilidade, os limites máximos aos períodos normais de trabalho diário e semanal coincidem e o banco de horas pode conduzir a um aumento anual do número de horas de trabalho, algo que não sucede na adaptabilidade. Se assim é, como é se consegue justificar que o empregador não possa exigir trabalho suplementar a um trabalhador em regime de adaptabilidade (excepcionados os casos de força maior) e já o possa fazer a um trabalhador em regime de banco de horas? A mesma pergunta pode ser colocada a propósito do horário concentrado. Se o legislador proíbe uma acumulação menos gravosa para o trabalhador, não deverá proibir a mais gravosa? E poderá aplicar-se aos mesmos trabalhadores um regime de adaptabilidade e um outro de banco de horas?

As dúvidas podem multiplicar-se se invocarmos institutos relativamente aos quais não existe qualquer previsão legal quanto à possibilidade de cúmulo com outros regimes de flexibilização do tempo de trabalho. Pensemos, por exemplo, na isenção total de horário de trabalho<sup>157</sup>. Sabemos que, nestes casos, só haverá trabalho suplementar se o trabalhador realizar a sua prestação em dia de descanso ou feriado [art. 226.º, n.º 3, al. a)]. Mas o trabalhador isento de horário poderá estar também sujeito a um regime de banco de horas ou de adaptabilidade?

---

<sup>156</sup> Nesse sentido pronuncia-se LUÍS MIGUEL MONTEIRO, in *Código do Trabalho anotado, cit.*, p. 500, que entende que a omissão foi deliberada. Parece ser este também o entendimento de LIBERAL FERNANDES, *O tempo de trabalho..., cit.*, p. 107, embora o Autor acrescente que “as razões que explicam aquela não cumulação sejam extensíveis às combinações dos restantes mecanismos de flexibilidade do tempo de trabalho”.

<sup>157</sup> Modalidade supletiva, prevista no art. 219.º, n.º 1, al. a), nos termos da qual o trabalhador não está sujeito aos limites máximos do período normal de trabalho diário ou semanal em dia normal de trabalho.

A análise destes problemas justifica um estudo autónomo, que remetemos para momento ulterior. Contudo, parte das respostas podem ser dadas pela análise da questão suscitada no ponto subsequente: existem limites máximos em termos de duração do trabalho que se imponham a qualquer regime de flexibilização do tempo de trabalho, incluindo os casos de acumulação de vários institutos?

## **VI. Descanso diário e limite máximo da duração média do trabalho semanal**

O primeiro limite indirecto à duração do trabalho diário prestado em regime de banco horas em acumulação com trabalho suplementar ou outra figura de flexibilização do tempo de trabalho decorre do art. 214.º que impõe um período de descanso mínimo de 11 horas entre dois períodos diários de trabalho consecutivos<sup>158</sup>.

Porém, o n.º 2 deste artigo consagra um amplo leque de excepções, incluindo o “trabalho suplementar prestado por motivo de força maior, ou por ser indispensável para reparar ou prevenir prejuízo grave para a empresa ou para a sua viabilidade devido a acidente ou a risco de acidente iminente”.

Nas hipóteses excluídas do âmbito de aplicação do n.º 1 do art. 214.º, o limite à duração do trabalho terá de ser determinado a partir do art. 211.º, que transpõe para o ordenamento jurídico nacional o art. 6.º, al. b), da Directiva n.º 2003/88/CE.

De acordo com o disposto no art. 211.º, em regra, a duração média do trabalho semanal, não pode ser superior a 48 horas, num período de referência estabelecido em IRCT (que não pode ultrapassar 12 meses) ou, na falta deste, num período de referência de 4 meses, ou de 6 meses (nos casos previstos no n.º 2 do art. 207.º), incluindo todo o trabalho suplementar e os diversos regimes de flexibilização do tempo de traba-

---

<sup>158</sup> Nesse sentido, também LIBERAL FERNANDES, *O tempo de trabalho...*, cit., p. 108. Trata-se, como foi referido anteriormente, da transposição do art. 3.º da Directiva n.º 2003/88/CE. Contudo, como salientou M.ª DE FÁTIMA RIBEIRO, «O tempo de trabalho no direito comunitário», in *Dois temas de direito comunitário do trabalho*, UCP Editora, Porto, 2000, p. 136, a Directiva refere-se a um descanso “de 11 horas consecutivas por cada período de 24 horas” (dia *natural*), pois o que “a Directiva pretende garantir é que, em caso algum, um trabalhador preste mais do que treze horas de trabalho num dia (das 0 às 24 horas), ou em qualquer período pré-estabelecido e sequencial de vinte e quatro horas”, o que poderá não ser assegurado pelo actual art. 214.º

lho<sup>159</sup>. Assim, o tempo de trabalho que ultrapasse este limite médio terá de ser retribuído como trabalho suplementar<sup>160</sup>.

Trata-se de uma das poucas normas em matéria de tempo de trabalho, relativamente à qual o legislador admitiu uma única excepção: não se aplica a trabalhador que ocupe cargo de administração ou de direcção ou com poder de decisão autónomo, que esteja isento de horário de trabalho.

Os n.ºs 2 e 3 prevêem regras de “neutralização” que visam impedir distorções no cálculo da duração média do trabalho, provocadas pela inclusão/exclusão de certos períodos em que não há efectiva prestação de trabalho. Assim, no cálculo da média de 48 horas semanais, os dias de férias são subtraídos ao período de referência em que são gozados, logo, vai ocorrer, em princípio, uma extensão do período de referência correspondente às férias gozadas. Por outro lado, os dias de ausência por doença, bem como os dias de licença parental e de licença para assistência a filho com deficiência ou doença crónica são considerados com base no correspondente período normal de trabalho; ficciona-se, portanto, que o trabalhador prestou a sua actividade naqueles dias<sup>161</sup>.

Surpreendentemente, a violação do disposto no art. 211.º não implica qualquer responsabilidade contra-ordenacional<sup>162</sup>, ao contrário do que sucede com as restantes normas relativas à duração e organização do tempo de trabalho, o que levanta sérias dúvidas quanto à integral transposição do direito da UE, pois os Estados-membros devem adoptar todas as medidas necessárias para assegurar a aplicação dos preceitos das Directivas, as quais devem ser efectivas, proporcionais e dissuasivas.

## **VII. A compatibilidade constitucional do regime do banco de horas grupal**

O regime de adaptabilidade grupal suscita, em nossa opinião, várias dúvidas quanto à sua compatibilidade com a CRP, sobre as quais nos

---

<sup>159</sup> Com esta convicção, LIBERAL FERNANDES, *O tempo de trabalho...*, cit., pp. 74, 108 e *passim*. Este Autor entende ainda que existe um terceiro limite que só autoriza um aumento de quatro horas ao período normal de trabalho diário, salvo casos de força maior.

<sup>160</sup> Assim, LIBERAL FERNANDES, *O tempo de trabalho...*, cit., p. 75.

<sup>161</sup> Sobre estas regras de “neutralização”, vd. LUÍS MIGUEL MONTEIRO, in *Código do Trabalho anotado*, cit., pp. 508-509; e especialmente HELENA TAPP BARROSO, *op. cit.*, pp. 40 ss., e LIBERAL FERNANDES, *O tempo de trabalho...*, cit., pp. 126 ss.

<sup>162</sup> Problema que já vem do CT 2003.

manifestámos em momento anterior<sup>163</sup>. O TC pronunciou-se sobre a compatibilidade do art. 206.º com a CRP<sup>164</sup>, tendo concluído pela não inconstitucionalidade do mesmo, embora com cinco votos vencidos<sup>165</sup>.

Estas incertezas são agravadas pelo novo regime de banco de horas grupal, em virtude de a sua configuração afectar certos direitos fundamentais de forma mais intensa e gravosa do que a adaptabilidade grupal, nos termos já enunciados ao longo do trabalho. Apesar disso, recentemente, o TC<sup>166</sup> pronunciou-se igualmente no sentido de não declarar a inconstitucionalidade do art. 208.º-B. A decisão foi sufragada com seis votos vencidos<sup>167</sup>, o que evidencia a divisão do TC quanto a esta matéria.

Procuraremos, de forma necessariamente breve, explicar as várias dúvidas suscitadas e os argumentos que militam, segundo pensamos, no sentido da não constitucionalidade da norma, em diálogo, com o TC e a doutrina.

A primeira modalidade de banco de horas grupal (art. 208.º-B, n.º 1) consagra um desvio claro ao princípio da filiação (art. 496.º) susceptível de afectar o princípio constitucional da liberdade sindical (art. 55.º da CRP), quer na sua vertente positiva, quer na sua vertente negativa, e da autonomia colectiva (art. 56.º, n.º 4).

Como foi dito previamente, o legislador procurou evitar a violação da liberdade sindical positiva através da consagração das exclusões previstas no 3 do art. 208.º-B, mas este resultado só poderá ser alcançado, segundo pensamos, mediante uma interpretação do preceito – que, como vimos, está longe de ser pacífica – que exclua o alargamento parcial do IRCT negocial ou não negocial a trabalhadores filiados noutros sindicatos nos termos referidos *supra*, para cujas considerações remetemos.

---

<sup>163</sup> *Vd.*, o nosso, «A desarticulação do regime legal do tempo de trabalho», cit., pp. 392 ss.

<sup>164</sup> Ac. n.º 338/2010, *DR*, 1.ª série, n.º 216, de 8/11/2010.

<sup>165</sup> Dos Conselheiros MARIA LÚCIA AMARAL, CATARINA SARMENTO E CASTRO, JOÃO CURA MARIANO, JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO e ANA MARIA GUERRA MARTINS.

<sup>166</sup> Ac. do TC n.º 602/2013, *DR*, 1.ª série, n.º 206, de 24/10/2013.

<sup>167</sup> Votaram vencidos seis Conselheiros alegando a violação da liberdade sindical em sentido negativo (CATARINA SARMENTO E CASTRO, ANA MARIA GUERRA MARTINS e JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO), a violação dos direitos ao repouso, lazer, conciliação de vida familiar, bem como a falta de justificação e a desproporção na restrição (CATARINA SARMENTO E CASTRO, JOÃO CURA MARIANO, MARIA LÚCIA AMARAL, ANA MARIA GUERRA MARTINS, MARIA JOSÉ MESQUITA e JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO). A Conselheira MARIA DE FÁTIMA MATA-MOUROS, embora acompanhando o sentido da decisão do Tribunal, manifestou dúvidas.

A CRP não obsta à atribuição de eficácia *erga omnes* às CCT (art. 56.º, n.º 4, *in fine*)<sup>168</sup>, mas tal configuração do modelo de contratação colectiva (vigente, aliás, em países que nos são próximos) exige a definição de critérios objectivos gerais e justificados que passam, designadamente, pela consagração de critérios de representatividade sindical e não permite a atribuição de eficácia *erga omnes* a parte de uma CCT que, *por acaso*, até é a parte menos favorável aos trabalhadores. A falta de eficácia *erga omnes* das CCT é de facto um problema sério do sistema de relações industriais nacional, passível de tornar ingerível a gestão de *recursos humanos* numa empresa<sup>169</sup>, mas que o nosso legislador sempre se absteve de resolver, optando por medidas *avulsas* como a adaptabilidade ou banco de horas grupal ou a adesão individual do art. 497.º, com os problemas daí decorrentes. Com isto pretendemos dizer que, embora reconheçamos a relevância dos interesses empresariais que conduziram à consagração dos regimes de adaptabilidade e banco de horas grupal, existem outras formas de assegurar a protecção de tais interesses sem afrontar direitos constitucionalmente tutelados.

No caso do art. 208.º-B, é a própria CCT, celebrada por um certo sindicato, que pode determinar a sua eficácia *erga omnes*, atribuindo ao empregador a possibilidade de a aplicar parcialmente a trabalhadores não sindicalizados ou até, eventualmente, filiados noutra sindicato. Se entendermos que tal resultado só será impedido, nos termos do n.º 3 do art. 208.º-B, se os trabalhadores filiados em sindicato diverso estiverem abrangidos por uma CCT que “disponha de modo contrário a esse regime”, a autonomia destes trabalhadores “passa a ser condicionada pela vontade de uma associação sindical diferente daquela que os representa”, o que dificilmente pode ser conforme com princípio da liberdade sindical e da autonomia colectiva<sup>170</sup>.

Além disso, pode mesmo suceder que o empregador aplique uma CCT celebrada por um sindicato que não represente, naquele momento, trabalhadores daquela empresa, em consequência do mecanismo de ade-

---

<sup>168</sup> De acordo com este preceito, caberá à lei estabelecer as regras relativas à eficácia da CCT e, portanto, optar por atribuir eficácia *erga omnes* ao conteúdo normativo das CCT. Neste sentido, JORGE LEITE, *Direito do trabalho*, cit., p. 161; LIBERAL FERNANDES, «O acórdão n.º 338/10...», cit., p. 222, e *O tempo de trabalho...*, cit., p. 89.

<sup>169</sup> Cfr. BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER, *et alli*, *Manual de direito do trabalho*, cit., pp. 262-263 e 271.

<sup>170</sup> Assim, LIBERAL FERNANDES, «O acórdão n.º 338/10...», cit., p. 224, e *O tempo de trabalho...*, cit., pp. 90 ss.

são individual a CCT facultado pelo art. 497.º, desde que esta alcance a percentagem exigida<sup>171</sup>. Tal poderá acontecer mesmo que a maioria dos trabalhadores sindicalizados da empresa esteja filiada noutra sindicato com o qual o empregador não concluiu qualquer CCT (ou, tendo concluído, esta não tenha uma cláusula “que disponha de modo contrário a esse regime” para os autores que defendem esta interpretação)<sup>172</sup>.

O TC, no ac. n.º 602/2010, procura contornar estes argumentos, aderindo à posição adoptada por NUNES DE CARVALHO<sup>173</sup>, a propósito da adaptabilidade grupal, alargando-se agora ao banco de horas grupal, no sentido de que não é a CCT o título de atribuição ao empregador do direito de extensão do regime de adaptabilidade ou de banco de horas nela previsto. Diferentemente, ela constituiria apenas um “pressuposto *do exercício de um poder que assenta, afinal, na própria lei* (e não na autonomia colectiva ou na autonomia individual...)”, à semelhança do que sucede com “outras vicissitudes do contrato de trabalho objecto de previsão legal, como a mobilidade funcional, a transferência unilateral e o trabalho suplementar, onde assoma o carácter “incompleto” e “aberto ao futuro” e, por isso, “intrinsecamente adaptável” do contrato de trabalho”<sup>174</sup>. Este entendimento é igualmente invocado para afastar uma possível violação da liberdade sindical negativa.

Com o devido respeito, não podemos aderir a esta posição. Como afirma, o Conselheiro SOUSA RIBEIRO “é a própria lei que admite que o instrumento de regulamentação colectiva de trabalho preveja que o empregador submeta ao banco de horas grupal trabalhadores não vinculados por tal instrumento. Ou seja, a lei habilita o IRCT a uma previsão que, por sua vez, habilita o empregador a exercer o seu poder de direcção em

---

<sup>171</sup> Veja-se o exemplo apresentado por JÚLIO GOMES, «Algumas reflexões...», cit., p. 581.

<sup>172</sup> Manifesta dúvidas quanto à possibilidade constitucional de a adesão individual prevista no art. 497.º poder servir de base para a atribuição de eficácia *erga omnes* à CCT, LIBERAL FERNANDES, «O acórdão n.º 338/10...», cit., pp. 224-225, e *O tempo de trabalho...*, cit., pp. 91 ss.

<sup>173</sup> «Notas sobre o art. 206.º...», cit., pp. 242 ss. Também ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Direito do trabalho*, cit., p. 551, entende que “estes desvios estão legitimados directamente pela lei (já que, no fundo, estas normas têm a natureza de norma habilitante) e se mantêm dentro de parâmetros razoáveis”, sendo “razoável e axiologicamente justificado em dois princípios laborais fundamentais”: os princípios do colectivo e da prevalência dos interesses de gestão.

<sup>174</sup> Ponto 18.

sentido impositivo do banco de horas”<sup>175</sup>. Além disso e mais relevante, neste caso e diferentemente do que sucede com as vicissitudes invocadas como lugares paralelos, a configuração do regime de adaptabilidade ou do banco de horas não é realizada pela lei, mas sim pela CCT. É certo que tal configuração tem de operar dentro dos limites fixados pelo art. 208.º, mas, como vimos *supra*, a lei confere ampla margem de manobra à CCT na regulação dos mesmos, o que é aliás demonstrado pelo conteúdo de CCT concretas cujo regime referimos e questionámos ao longo deste trabalho. É esse regime definido em CCT negociada com sindicatos que não representam os trabalhadores, e não definido na lei, que vai regular as relações laborais concretas. O poder do empregador é exercido dentro dos parâmetros e equilíbrio de interesses acordados na CCT com sindicatos não representativos dos trabalhadores.

Por este motivo, entendemos que a dimensão negativa da liberdade sindical também é afectada e, neste domínio, não há interpretação da “cláusula de imunidade”<sup>176</sup> do n.º 3 do art. 208.º-B que obste a esse resultado. Como certamente explicou JÚLIO GOMES, a liberdade sindical negativa não tem um significado meramente formal, mas assume um carácter material que inclui “o direito de não ser prejudicado pelos resultados negociais em sede de contratação colectiva, a que cheguem as associações sindicais a que não se pertence”<sup>177</sup>.

---

<sup>175</sup> Na declaração de voto, o Conselheiro SOUSA RIBEIRO acrescenta que “esta sucessiva mediação, e a necessidade de uma determinação unilateral do credor do trabalho, nada muda da substância das coisas. E essa é a de que uma associação sindical pode dispor sobre o tempo de trabalho de sujeitos que não lhe conferiram poderes de representação. É certo que não diretamente, mas através da outorga ao empregador de um concreto poder de direcção que, de outro modo, lhe faltaria. Mas é nisto, precisamente, que se traduz a interferência com a liberdade sindical negativa dos não sindicalizados: por atuação negocial, em sede de contratação coletiva, uma associação sindical pode estabelecer um pressuposto, uma condição *sine qua non*, de sujeição de trabalhadores não inscritos ao poder do empregador de, sem ou contra a sua vontade, lhes fixar um regime de banco de horas”.

<sup>176</sup> A expressão pertence a NUNES DE CARVALHO, «Notas sobre o art. 206.º...», cit., p. 245.

<sup>177</sup> JÚLIO GOMES, «O Código do Trabalho de 2009...», cit., pp. 169 ss., opinião partilhada pelos Conselheiros CATARINA SARMENTO E CASTRO, ANA MARIA GUERRA MARTINS e JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO nos respectivos votos de vencido aos acórdãos do TC n.ºs 338/2010 e 610/2013. Em sentido diverso, LIBERAL FERNANDES, *O tempo de trabalho...*, cit., pp. 89-90, e «O acórdão n.º 338/10...», cit., p. 223, entende que “a restrição da autonomia individual dos trabalhadores não filiados na situação concreta não se afigura excessiva”.

Quanto a esta vertente da liberdade sindical, o ac. n.º 602/2013, além do argumento anteriormente referido, afasta ainda a sua possível violação em virtude de a CRP admitir “o alargamento do âmbito de aplicação pessoal de convenções coletivas a trabalhadores não filiados em associações sindicais que tenham assinado as convenções em causa”<sup>178</sup>. Retoma assim a linha de argumentação já percorrida pelo anterior ac. n.º 338/2010, que, a este respeito, chamou à colação o princípio da igualdade como justificativo da possibilidade de extensão do regime das CCT em vigor a trabalhadores não sindicalizados, para concluir que os “trabalhadores que operam no quadro de uma mesma empresa ou de um mesmo sector devem estar sujeitos a um mesmo conjunto de condições de trabalho, a menos que haja uma razão válida para assim não suceder”<sup>179</sup>.

Como argumentou acertadamente, em voto vencido, SOUSA RIBEIRO, “o princípio da igualdade é desfocadamente invocado”, pois “não está em causa a generalização de um tratamento favorável ou a prevenção de um arbitrariamente desfavorável — no que se realiza a função garantística, deontologicamente fundada, do princípio da igualdade —, mas antes a aplicação de um tratamento desfavorável a um grupo de trabalhadores, com dispensa da sua aceitação, com base em que a ele estão sujeitos trabalhadores que laboram no mesmo sector ou unidade e que voluntariamente, por acordo individual ou colectivo, o aceitaram, o que seria justificado pelo interesse de um terceiro, parceiro contratual de ambos os grupos em confronto”. Ora, a “actuação, neste sentido, do princípio da igualdade contraria abertamente o seu étimo fundante, dando-lhe um enfoque utilitarista que manifestamente lhe é estranho”.

Além do mais, esquece que “a posição dos voluntariamente aderentes a este regime de horário não é igual, por isso mesmo, à dos não aderentes”, pelo que uma “solução, com este fundamento, corre o risco sério de provocar, ela própria, uma situação de desigualdade. De facto, a anuência dos trabalhadores, individual ou, sobretudo, em convenção colectiva, a algo que os prejudica terá sido obtida mediante a concessão de contrapartidas, de que não beneficiarão aqueles a quem a solução é imposta, por um ‘efeito de arrastamento’”<sup>180</sup>. Note-se, aliás, que doutrina

---

<sup>178</sup> Cfr. o ponto n.º 19.

<sup>179</sup> Embora adira à solução final de não inconstitucionalidade da norma, ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Direito do trabalho, cit.*, p. 551, nota 520, rejeita o argumento da igualdade de tratamento.

<sup>180</sup> Neste sentido também a declaração de voto da Conselheira CATARINA SARMENTO E CASTRO ao ac. n.º 620/2010.

invocada pelo ac. n.º 602/2013 para defender a não inconstitucionalidade do regime de banco de horas grupal é sensível a este argumento. NUNES DE CARVALHO<sup>181</sup> reconhece que os regimes de flexibilização do tempo de trabalho têm “conexão directa com outras matérias, no habitual jogo de concessões e recompensas”, podendo designadamente envolver “atribuições patrimoniais específicas”. Em consequência, advoga a inadmissibilidade de extensão não acompanhada “da aplicação das regras com que directamente está conexonada”. Contudo, como o Autor admite, pode ser muito difícil avaliar, no caso concreto, as específicas contrapartidas do regime flexibilizador do tempo de trabalho, pois a “determinação de conjuntos suficientemente homogéneos de normas” envolve sempre incerteza, situação agravada no caso de a relação de trabalho ser regida por outras CCT, o que pode tornar a sua operacionalidade inexequível.

A situação não é equiparável sequer à das portarias de extensão, uma vez que estas últimas são emitidas por um “órgão estadual competente que, ponderando razões de interesse público, dá vigência alargada ao que foi acordado na convenção”, sendo certo que é a portaria e não a CCT que permite aplicar o regime convencional fora do respectivo âmbito subjectivo de eficácia<sup>182</sup>. Ora, nos arts. 206.º e 208.º-B permite-se que a própria CCT que não vincula o trabalhador preveja que o empregador possa aplicar, em certas condições, o regime de adaptabilidade ou banco de horas grupal negociado com determinado sindicato, impondo-o independentemente da vontade do primeiro.

Por outro lado, o TC advoga, no ac. n.º 602/2013, que “o interesse de gestão e de um número muito significativo de trabalhadores na modulação dos tempos de trabalho no âmbito de uma mesma equipa, secção ou unidade económica sempre seria também, para tal efeito, uma razão objectiva e materialmente fundada para justificar a habilitação legal do empregador de tornar extensivo a trabalhadores não directamente abrangidos o regime constante de uma CCT. Ou seja, mesmo que estivesse em causa a extensão de tal instrumento de regulamentação por decisão do empregador, a habilitação legal para o efeito não seria incompatível com

---

<sup>181</sup> «Notas sobre o art. 206.º...», cit., p. 246, «Notas sobre o regime do tempo de trabalho...», cit., p. 366, a propósito da adaptabilidade grupal.

<sup>182</sup> Declaração de voto do Conselheiro SOUSA RIBEIRO ao ac. n.º 338/2010. Além da própria constitucionalidade das portarias de extensão ser questionada por alguma doutrina. Cfr. o nosso, «A desarticulação do regime do tempo...», cit., pp. 394-395 e doutrina citada nas notas 97 e 98.

a Constituição”<sup>183</sup>. Não vemos como é que uma tal restrição à liberdade sindical e autonomia colectiva poderia ser justificada pelo “interesse de gestão”, alicerçado na livre iniciativa económica (art. 61.º da CRP)<sup>184</sup>, à luz do art. 18.º da CRP, desde logo, porque se afigura duvidosa a indispensabilidade de mais um mecanismo de regime de flexibilização do tempo de trabalho<sup>185</sup>, e, mesmo que o fosse, o objectivo visado pelo banco de horas grupal poderia ser alcançado por outros meios.

Acresce que, em nossa opinião, o TC não analisou as especificidades do banco de horas em relação ao regime da adaptabilidade<sup>186</sup>. Com efeito, invoca que “estas limitações aos direitos dos trabalhadores que não tenham aderido ou que estejam contra a instituição concreta dos regimes de adaptabilidade grupal ou de banco de horas grupal, são indispensáveis à operacionalização desses institutos de modulação do tempo de trabalho, já que os mesmos só são praticáveis no quadro da estrutura para que tenham sido instituídos – a equipa, secção ou unidade económica – e desde que a estrutura no seu todo seja por eles abrangida”<sup>187</sup>. Se esta afirmação pode ser verdadeira em rela-

---

<sup>183</sup> Ponto 19.

<sup>184</sup> Aliás, o Autor em cuja posição o TC se funda para defender a não inconstitucionalidade do art. 208.º-B – NUNES DE CARVALHO «Notas sobre o art. 206.º...», cit., p. 242 – afirma expressamente que, se considerarmos estar em causa a extensão de CCT por decisão do empregador, “é muito duvidosa a compatibilidade com o recorte constitucional da autonomia colectiva e da liberdade sindical (*não ficando a dívida sanada pela razoabilidade intrínseca que se entenda reconhecer ao regime do art. 206.º*)”. Sublinhado nosso.

<sup>185</sup> Neste sentido, pronuncia-se o Conselheiro SOUSA RIBEIRO, na declaração de voto: “Com o banco de horas grupal, o empregador passa a dispor de sete (!) instrumentos de organização flexível do tempo de trabalho – adaptabilidade por regulamentação coletiva, adaptabilidade individual, adaptabilidade grupal, banco de horas por regulamentação coletiva, banco de horas individual, banco de horas grupal, e horário concentrado –, não sendo credível que o banco de horas grupal venha preencher uma lacuna real de tutela do interesse empresarial em causa, tutela só alcançável por esta nova figura, e não por nenhuma das outras já de pé ou pela consagração de uma inovadora, mas menos agressiva para a condição laboral, quanto aos direitos ao repouso, à realização pessoal e à vida familiar.” Podemos aditar à lista enunciada um oitavo mecanismo de flexibilização do tempo de trabalho: a isenção de horário de trabalho.

<sup>186</sup> Salgue-se, todavia, que estas especificidades foram tidas em conta por alguns Conselheiros, nos respectivos votos de vencido, onde reforçaram que os argumentos justificativos da declaração de voto proferida no âmbito do ac. n.º 338/2010 eram aqui aplicáveis *por maioria de razão*. Cfr. as declarações de voto ao ac. n.º 620/2010 da Conselheira CATARINA SARMENTO E CASTRO e dos Conselheiros JOÃO CURA MARIANO e JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO.

<sup>187</sup> Ponto 20.

ção à generalidade das hipóteses de adaptabilidade<sup>188</sup>, já está longe de o ser relativamente ao banco de horas. Como explicámos ao longo deste estudo, o banco de horas não assume necessariamente uma vocação colectiva. Pode ser utilizado individualmente, sem conexão com a actividade dos restantes trabalhadores, num sistema de “movimentação de horas a crédito e a débito”, substitutivas do trabalho suplementar ou da isenção de horário, e que não exigem a programação inerente ao regime de adaptabilidade. Assim, por exemplo, o empregador pode exigir apenas a um trabalhador que preste duas horas do banco, com a antecedência prevista (que pode ser de uma hora), para receber um cliente fora do horário que normalmente lhe está atribuído, sem que tal prestação tenha de ser articulada com a dos restantes colegas. A prática recente tem, aliás, demonstrado isso mesmo, pois o regime do banco de horas individual tem vindo a ser inserido em contratos de trabalho de forma indiscriminada. Com isto pretendemos dizer que o banco de horas grupal não é indispensável para a aplicação prática e útil do respectivo regime por parte do empregador, suscitando, por isso, dúvidas de compatibilidade constitucional acrescidas em relação à adaptabilidade grupal.

No ac. n.º 602/2013, o TC invocou ainda uma “*presunção de favorabilidade*” do regime de banco de horas decorrente da sua aceitação por parte de, pelo menos, 60% dos trabalhadores abrangidos por CCT que acolha o banco de horas grupal e 75% dos trabalhadores não se tenham oposto por escrito à proposta do empregador<sup>189</sup>. Segundo nos parece, esta afirmação é irrealista em função de vários factores<sup>190</sup>.

Desde logo, a forma como tal acordo foi obtido: no caso do banco de horas individual, já descrevemos *supra* o mecanismo de adesão e as significativas limitações em termos de liberdade contratual, considerações

---

<sup>188</sup> Cfr. NUNES DE CARVALHO, «Notas sobre o art. 206.º...», cit., p. 217.

<sup>189</sup> Cfr. o ponto n.º 19.

<sup>190</sup> Este irrealismo é assinalado pelo Conselheiro SOUSA RIBEIRO, na declaração de voto, ao assinalar que tal entendimento “contende com a própria *morfologia dos interesses* em presença e com a estrutural contraposição que entre eles se estabelece. É por demais evidente que o banco de horas produz, na prossecução de interesses empresariais, uma afetação negativa dos interesses tutelados pelo horário de trabalho, representando uma *restrição* – justificada ou não, essa é uma outra questão – aos direitos consagrados nas alíneas b) e e) do artigo 59.º da CRP. Constitui seguramente uma desvantagem, que os trabalhadores podem, todavia, aceitar, pelas mais diversas razões, sejam elas as contrapartidas oferecidas, as constringências sofridas no ambiente real de trabalho, ou, até, por uma ponderação custo-benefício, tendo em conta os reflexos, na segurança do seu emprego, dos resultados da empresa. Mas é ir longe demais, mesmo na ótica que fez vencimento, falar, a este respeito, de uma ‘presunção de favorabilidade’”.

para as quais remetemos; no caso do banco de horas por regulamentação colectiva, lembramos apenas que a aceitação pode decorrer da adesão operada por força do art. 497.º, que pode ela própria constar do contrato de trabalho de adesão, com os mesmos problemas, em termos de limitação à liberdade contactual efectiva, suscitados a propósito da figura anterior.

Em segundo lugar, não podemos esquecer que a percentagem de trabalhadores relevante é avaliada não necessariamente no perímetro da empresa, mas sim no de equipa, secção ou unidade económica, cuja escolha cabe ao empregador, se não for definida na CCT, além de que a própria circunstância de se tratar de conceitos indeterminados permite manipulações por parte deste<sup>191</sup>.

Por fim, a avaliação da “favorabilidade” depende de factores subjectivos não susceptíveis de generalização: “[o]s trabalhadores têm diferenciadas condições de vida pessoal, nelas se projetando, com variável repercussão negativa, um regime de flexibilidade do tempo laboral”<sup>192</sup>. Nas palavras da Conselheira MARIA JOSÉ MESQUITA, “estando em causa direitos pessoais, o seu exercício não pode deixar de considerar a diversidade das circunstâncias de vida dos que compõem a minoria que não anuiu (não contempladas nas exceções previstas na lei)”<sup>193</sup>. A título de exemplo, se uma determinada “equipa” é constituída maioritariamente por trabalhadores jovens, que não têm dependentes a cargo, e que entendem que os seus interesses não são significativamente afectados com a variabilidade do período normal de trabalho e horário pois valorizam mais as contrapartidas oferecidas, isso significa que tal avaliação vale para a minoria de trabalhadores da mesma “equipa” que têm filhos menores e que vão ver sensivelmente afectada a sua vida familiar? O TC parece intuir que a utilização do banco de horas estaria ligada a “interesses [que] poderão passar, nomeadamente, pela viabilidade económica da empresa e pela consequente manutenção dos postos e condições de trabalho dos trabalhadores”<sup>194</sup>. Contudo, não há qualquer ligação legal entre a sua utilização e situações de crise empresarial. Fora deste contexto, os interesses da maioria, determinada a partir do perímetro escolhido pelo empregador, não podem servir de presunção de favorabilidade em relação à minoria. Neste sentido, afirma acertada-

---

<sup>191</sup> Esta possibilidade de manipulação é também assinalada por NUNES DE CARVALHO «Notas sobre o art. 206.º...», cit., p. 231, e «Notas sobre o regime do tempo de trabalho...», cit., p. 367.

<sup>192</sup> Declaração de voto do Conselheiro SOUSA RIBEIRO.

<sup>193</sup> Declaração de voto da Conselheira MARIA JOSÉ MESQUITA.

<sup>194</sup> Ponto 20.

mente o Conselheiro JOÃO CURA MARIANO, na respectiva declaração de voto, que tratando-se de direitos de conteúdo eminentemente pessoal o seu “nível de proteção constitucionalmente exigido não desaparece nem se fragiliza pelo facto de a maioria dos trabalhadores da mesma estrutura económica de uma empresa terem concordado em autolimitar os seus direitos com igual conteúdo. Nem essa adesão maioritária é suscetível de permitir o funcionamento de uma presunção de favorabilidade da instituição do banco de horas para todos os trabalhadores, uma vez que os motivos dessa adesão podem ser os mais diversos”<sup>195</sup>.

Debateu-se ainda o problema do regime do banco de horas grupal colidir com os direitos de conciliação da vida profissional com a vida familiar, do livre desenvolvimento da personalidade e da família, do repouso e lazer. Aliás, o ac. n.º 338/2010 já tinha desenvolvido grande parte da sua argumentação em torno da compatibilidade do regime da adaptabilidade grupal com o direito ao repouso e o direito à conciliação da actividade profissional com a vida familiar, tutelado pelo art. 59.º, als. *d)* e *b)*, da CRP. Em 2013, o TC segue o mesmo entendimento. Assim, embora reconheça que o banco de horas afecta o direito ao repouso e dificulta a conciliação da vida profissional com a profissional, entendeu que o juízo de ponderação entre estas restrições e o interesse de todos os trabalhadores integrarem a nova modulação do tempo de trabalho ditava a verificação do preenchimento do princípio da proporcionalidade,

---

<sup>195</sup> Em sentido próximo, a Conselheira MARIA LÚCIA AMARAL conclui que “o julgamento a que se chegou radica em última análise na ideia segundo a qual a deliberação maioritária de um grupo de trabalhadores, que aceita a modelação do tempo de trabalho em banco de horas, tem por si só – e justamente por força da sua natureza maioritária – a virtualidade de ser conforme com o interesse de *todos* os trabalhadores, como se de uma “vontade geral” se tratasse (ou, melhor dito, como se de o veículo seguro para a revelação de uma “vontade geral” se tratasse). Só este fundamento pode justificar que se não censure a imposição do banco de horas à minoria de trabalhadores que nele não consentiu. Não creio, contudo, que a Constituição possa conviver com o laivo transpersonalista de um tal entendimento. Ainda que aceite o seu ponto de partida ideal – da CRP não decorre (nem tem que decorrer) uma dogmática juslaboral que, por assentar na irredutível conflitualidade de interesses dos dois polos da relação de trabalho, impeça o acolhimento do conceito de interesse coletivo da empresa, enquanto interesse comum (a empregadores e a trabalhadores) na sobrevivência e no florescimento dos postos de trabalho – tal não pode deixar de ter como limite direitos que são, na sua titularidade e exercício, direitos dos indivíduos. E como penso que os direitos enunciados no artigo 59.º, n.º 1, alínea *b)*, da CRP, para além desta característica *individual*, detêm ainda o *valor objetivo* que é próprio dos direitos fundamentais de *defesa*, entendo que deles decorrem limites impostergáveis à conceção que, aqui, o Tribunal adotou”.

exigido pelo art. 18.º na restrição de direitos, liberdades e garantias. Os argumentos prendem-se com as ideias já referidas, e contestadas, de realização de interesses prevalentes que se podem relacionar com a viabilidade económica da empresa<sup>196</sup> e com a previsão de limites máximos diários, semanais e anuais ao aumento de trabalho<sup>197</sup>. Também quanto a este aspecto, pensamos que o TC não avaliou devidamente o potencial flexibilizar acrescido do banco de horas quando comparado com a adaptabilidade<sup>198</sup>, pelas diversas razões que descrevemos no decurso da nossa exposição para as quais remetemos<sup>199</sup>.

---

<sup>196</sup> Ponto n.º 20.

<sup>197</sup> Como esclarece o Conselheiro JOÃO CURA MARIANO, na respectiva declaração de voto, “a Constituição impõe ao legislador a fixação, a nível nacional, dos limites da duração do trabalho, designadamente da jornada de trabalho [artigo 59.º, n.ºs 2, alínea b), e 1, alínea d)], conferindo simultaneamente aos trabalhadores um direito ao repouso e aos lazeres e à organização do trabalho em condições que permitam a conciliação da atividade profissional com a vida familiar [artigo 59.º, n.º 1, alíneas b) e d)]. Para assegurar esses direitos fundamentais dos trabalhadores não basta que o legislador estabeleça tetos aos horários laborais, mas também que os tetos estabelecidos se situem num nível que permitam ao trabalhador o repouso, o lazer e tempos dedicados à vida familiar razoáveis, de acordo com os padrões e ritmo de vida atuais, sendo nestes domínios essenciais os limites máximos das horas diárias e semanais de trabalho”. Ao permitir-se que o empregador exija, sem o consentimento do trabalhador, que este preste a sua atividade “durante um período que pode ascender a 12 em 24 horas, se não esquecermos os necessários intervalos para tomar as refeições e o tempo despendido nas deslocações entre a residência e o local de trabalho que nas grandes cidades chega a ultrapassar as duas horas, é de uma flagrante evidência que tal regime ofende o direito ao repouso, ao lazer e à conciliação da atividade profissional com a vida familiar dos trabalhadores, uma vez que lhes ‘rouba’ o tempo minimamente necessário para gozarem essa parte das suas vidas. E a previsão da redução do horário de trabalho normal em períodos posteriores ou o pagamento de uma prestação pecuniária retributiva não é capaz de repor os níveis de descanso definitivamente perdidos, nem a falta de dedicação à vida familiar irreparavelmente ocorrida, funcionando apenas como uma mera compensação para o acréscimo de disponibilidade exigido. As necessidades empresariais são incapazes de justificar minimamente uma restrição tão severa destes direitos fundamentais...”

<sup>198</sup> Esta perspectiva foi tida em conta pelo Conselheiro SOUSA RIBEIRO, na declaração de voto, salientando que “este mecanismo de flexibilização da organização de trabalho, não só não importa necessariamente uma compensação através de uma redução equivalente do tempo de trabalho prestado por acréscimo – o que faz com que possa originar um aumento do tempo médio de trabalho – como a movimentação, num sentido ou noutro, das horas de trabalho processa-se à margem do horário de trabalho e das obrigações legais a ele conexas, bastando que o empregador a comunique com a devida antecedência”.

<sup>199</sup> No sentido de que o art. 208.º-B, n.ºs 1 e 2, “afeta desproporcionadamente o direito ao repouso e ao lazer e à organização do trabalho em condições socialmente

Por outro lado, a proporcionalidade da medida seria ainda assegurada pela dispensa da prestação do trabalho neste regime por parte de “trabalhadores em condições mais vulneráveis”, remetendo o TC para as considerações relativas à protecção da parentalidade que, a esse propósito, foram tecidas pelo ac. n.º 338/2010. Ora, como vimos *supra*, esta dispensa está longe de beneficiar todos os progenitores com filhos menores. Com efeito, só se aplica a trabalhadora grávida, puérpera ou lactante ou a qualquer um dos progenitores em caso de aleitação, mas, nesta hipótese, somente se se provar que a prestação de trabalho em regime de banco de horas afecta a regularidade da aleitação. Tal significa que, após a criança perfazer um ano de idade, só a mãe trabalhadora poderá invocar tal dispensa se e enquanto estiver a amamentar, o que suscita, a nosso ver, fundadas dúvidas quanto à proporcionalidade da restrição.

Finalmente, no que respeita a problemas de compatibilidade constitucional exclusivos da segunda modalidade de banco de horas grupal, decorrente do referido acordo pluri-individual com eficácia externa, limitamo-nos a recordar as sensatas palavras do Conselheiro SOUSA RIBEIRO<sup>200</sup> no sentido de que “na área da autonomia privada [...], a liberdade negativa, como liberdade de não ficar vinculado por efeitos que não se querem, é expressão mais básica da autodeterminação (constitucionalmente consagrada no artigo 26.º, n.º 1, da CRP), a primeira e mais digna de tutela manifestação da liberdade negocial”.

No ac. n.º 602/2013, a Conselheira MARIA DE FÁTIMA MATA-MOUROS<sup>201</sup>, embora tenha acompanhado o sentido da decisão do TC, manifestou dúvidas quanto à compatibilidade da segunda modalidade de banco de horas grupal com o art. 56.º, n.ºs 3 e 4, da CRP. Justificou a sua hesitação no facto de a extensão do regime do banco de horas por adesão de determinada percentagem de vontades individuais de trabalhadores ser

---

dignificantes (previsto no artigo 59.º da Constituição), já que a organização do trabalho imposta – permitindo a alteração, a todo o tempo e unilateral, do período normal de trabalho, dentro de uma ampla janela temporal – não permite a conciliação da vida familiar com a atividade profissional, prejudicando também a protecção da família e do exercício da parentalidade (artigos 36.º e 67.º da Constituição) e mesmo, nalguns casos limite, o direito à saúde (artigo 64.º da Constituição)”, pronunciou-se, em declaração de voto ao ac. n.º 620/2010, a Conselheira CATARINA SARMENTO E CASTRO. Em termos próximos, *vd.* a declaração de voto da Conselheira MARIA JOSÉ MESQUITA.

<sup>200</sup> Declaração de voto ao ac. do TC n.º 338/2010. No mesmo sentido pronunciou-se, em declaração de voto ao ac. n.º 620/2010, a Conselheira CATARINA SARMENTO E CASTRO.

<sup>201</sup> Em declaração de voto.

realizada à margem de qualquer estrutura organizativa representativa dos interesses dos trabalhadores a quem possa ser imputada a defesa colectiva dos interesses destes.

LIBERAL FERNANDES suscita ainda dúvidas quanto à compatibilidade deste regime com o princípio constitucional da hierarquia da lei ou dos actos normativos (art. 112.º, n.º 2, da CRP), em virtude de o monopólio da produção de normas laborais com eficácia externa ser reservado, no plano constitucional, à CCT<sup>202</sup>.

---

<sup>202</sup> LIBERAL FERNANDES, «O acórdão n.º 338/10...», cit., pp. 226-227, e *O tempo de trabalho...*, cit., pp. 92 ss., no contexto da adaptabilidade grupal, mas cujos argumentos são transponíveis para o banco de horas.