



RITA CANAS DA SILVA

AUSÊNCIA TEMPORÁRIA DA PRESTAÇÃO DE TRABALHO. SUSPENSÃO LABORAL

Dissertação para Doutoramento em
Direito Privado pela Faculdade de
Direito da Universidade Nova de
Lisboa, sob orientação do Professor
Doutor José João Abrantes

Outubro de 2015



RITA CANAS DA SILVA

AUSÊNCIA TEMPORÁRIA DA PRESTAÇÃO DE TRABALHO. SUSPENSÃO LABORAL

Dissertação para Doutoramento em
Direito Privado pela Faculdade de
Direito da Universidade Nova de
Lisboa, sob orientação do Professor
Doutor José João Abrantes

Outubro de 2015

DECLARAÇÃO ANTI-PLÁGIO

Declaro que o texto apresentado é da minha exclusiva autoria e que toda a utilização de contribuições ou textos alheios está devidamente referenciada.

Ao meu Avô

INDICAÇÕES DE LEITURA

1. Todas as disposições legais citadas sem referência expressa ao diploma legal em que se integram pertencem ao Código do Trabalho português, tal como vigente em Julho de 2015.
2. Na primeira referência, as obras são identificadas pelo nome completo do autor, título integral, volume e/ou tomo, número de edição, editora, ano de edição e página.
3. Tratando-se de textos publicados em obras colectivas, depois do título são indicados o eventual responsável pela coordenação ou organização e o título da obra colectiva. Em publicação periódica, o título da publicação sucede o título do artigo citado. Nestes casos, são sempre indicadas a primeira e última páginas dos textos consultados.
4. Nas referências seguintes, as obras são identificadas pelo nome abreviado do autor e pela(s) primeira(s) palavra(s) do título e, por regra, são omitidos todos os restantes elementos, salvo a(s) página(s) relevante(s).
5. Quando nas notas de rodapé são citadas diversas obras, a citação segue a regra da sua ordenação cronológica, da menos recente para a mais actual, excepto quando razões de ordem expositiva exijam uma preferência diversa.
6. Na hipótese de serem mencionadas, na mesma nota, obras publicadas no mesmo ano, segue-se a ordem alfabética do último apelido do autor, salvo quando a exposição imponha um critério distinto.
7. Na bibliografia final, as obras encontram-se ordenadas por ordem alfabética do apelido do autor e, para cada autor, de acordo com a seguinte ordenação: as obras de autoria singular precedem as escritas em co-autoria; as obras são listadas por data de edição, da mais recente para a mais antiga; em caso de publicação no mesmo ano, as obras em monografia antecedem as publicações periódicas.
8. A bibliografia final apresenta apenas as obras consultadas que foram também citadas ao longo deste estudo, com a referência completa dos elementos acima referidos.

9. As transcrições, desde que não exista razão que justifique procedimento diverso, são feitas na língua original. Quando se opte por tradução, esta é da responsabilidade da autora, salvo quando se indique fonte diferente.
10. A jurisprudência nacional é citada pela indicação do tribunal, data, número de processo e relator. Salvo indicação em contrário, todas as decisões jurisprudenciais dos tribunais portugueses superiores citadas sem referência a publicação estão disponíveis em <www.dgsi.pt>.
11. A jurisprudência estrangeira, na falta de indicação contrária, foi obtida nas seguintes bases de dados: *Beck-online* (alemã), *HeinOnline* (britânica); *Westlaw* (espanhola); *Légifrance* (francesa); *ItalgireWeb* e, para decisões anteriores a 2010, *DeJure* (italiana).
12. O itálico assinala não só a grafia em língua estrangeira como destaca ou enfatiza ideias, conceitos ou expressões.
13. As remissões, em nota de rodapé, para outros pontos da dissertação são feitas para capítulos, secções, subsecções, parágrafos e/ou notas.
14. Todos os sítios da *internet* indicados na dissertação estavam acessíveis em Julho de 2015.
15. Para efeitos do presente trabalho, atendeu-se a legislação, doutrina, jurisprudência e demais documentação publicadas ou acessíveis até Julho de 2015 – apenas pontualmente foram considerados elementos posteriores.
16. Os diplomas legais incluídos na lista de abreviaturas e siglas têm por referência todas as alterações legais introduzidas, devendo ser considerados tal como vigentes em Julho de 2015, salvo quando se trate de diploma que já não se encontra em vigor, assumindo, em tal caso, todas as alterações legais registadas até à data da respectiva revogação.

ABREVIATURAS E SIGLAS

AAFDL – Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa
AA.VV. – autores vários
AC – *Law Reports, Appeal Cases (Third Series)*
AcP – *Archiv für die civilistische Praxis*
ACT – Autoridade para as Condições do Trabalho
act. – actualizado(a)
ADSTA – *Acórdãos Doutriniais do Supremo Tribunal Administrativo*
All ER – *All England Law Reports*
All ER REP – *All England Law Reports Reprint*
ampl. – ampliado(a)
APAV – Associação Portuguesa de Apoio à Vítima
AR-Blattei – *Arbeitsrecht-Blattei*
ArbRAktuell – *Arbeitsrecht Aktuell*
art. – artigo
Asp MLC – *Aspinall's Maritime Cases*
AZR – *Aktenzeichen Recht*
BAG – *Bundesarbeitsgericht*
BB – *Betriebs-Berater*
BFDUC – *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*
BGB – *Bürgerliches Gesetzbuch*
BGH – *Bundesgerichtshof*
BMJ – *Boletim do Ministério da Justiça*
BTE – *Boletim do Trabalho e do Emprego*
cap. – capítulo
c. – contra
CC – Código Civil
CCesp. – Código civil espanhol
CCfr. – Código civil francês
CCit. – Código civil italiano
CDFUE – Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia
CDP – *Cadernos de Direito Privado*
CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem
CEJ – Centro de Estudos Judiciários
Cesp. – Constituição espanhola
cf. – conforme
cfr. – confrontar
CIRE – Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas
cit. – citado(a)
CITE – Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego
CJ – *Colectânea de Jurisprudência*
colab. – colaboração de
Com.Cas. – *Commercial Cases*
compil. – compilado(a) por
cont. – continuado por
coord. – coordenação de
CPenal – Código Penal

CP – *Law Reports, Common Pleas*
CPit. – Código Penal italiano
CPP – Código de Processo Penal
CRCSPSS – Código dos Regimes Contributivos do Sistema Previdencial de Segurança Social
CRP – Constituição da República Portuguesa
CS – *Cadernos Sindicais*
CSC – Código das Sociedades Comerciais
CT 2003 – Código do Trabalho (2003)
CT ou CT 2009 – Código do Trabalho (2009)
dir. – direcção de
dissert. – dissertação
DL – Decreto-Lei
DR – *Diário da República*
DReg. – Decreto Regulamentar
DS – *Droit Social*
DStR – *Deutsches Steuerrecht*
DUDH – Declaração Universal dos Direitos do Homem
EAT – *Employment Appeal Tribunal*
ed. – edição
EFZG – *Entgeltfortzahlungsgesetz*
ERA – *Employment Rights Act 1996*
ESC – *Estudos Sociais e Corporativos*
ET – Estatuto de los Trabajadores
EWHC – *England and Wales High Court (Administrative Court)*
FDUC – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
FDUL – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
FDUNL – Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa
FDUP – Faculdade de Direito da Universidade do Porto
ICR – *Industrial Cases Reports*
i.e. – isto é
IEFP – Instituto do Emprego e Formação Profissional
INE – Instituto Nacional de Estatística
IRCT – instrumento de regulamentação colectiva de trabalho
IRLR – *Industrial Relations Law Reports*
IRRR – *Industrial Relations Review and Report*
ITR – *Industrial Tribunal Reports*
JURA – *Juristische Ausbildung*
JZ – *Juristenzeitung*
K.B. – *Law Reports, King's Bench*
KSchG – *Kündigungsschutzgesetz*
LAG – *Landesarbeitsgericht*
LBSS – Lei de Bases da Segurança Social
LCCT – Regime Jurídico da Cessação do Contrato Individual de Trabalho, incluindo as condições de celebração e caducidade do contrato de trabalho a termo
LCT – Regime Jurídico do Contrato Individual de Trabalho (1969)
LFFF – Regime Jurídico de Férias, Feriados e Faltas
LGDJ – *Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence*
LGR – *Local Government Reports*
LGTFP – Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas

LJCP – *Law Journal Reports, Common Pleas New Series*
L.J.K.B. – *Law Journal Reports, King’s Bench (New Series)*
LR – *Law Reports (1st series)*
LRCT – Regime Jurídico das Relações Colectivas de Trabalho
LSA – Regime Jurídico dos Salários em Atraso
LSCT – Regime Jurídico da Suspensão do Contrato de Trabalho
L.T. – *Law Times Reports*
LZ – *Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht*
n. – nota
n.º – número
NJW – *Neue Juristische Wochenschrift*
NZA – *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*
NZS – *Neue Zeitschrift für Sozialrecht*
o. – outros
OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico
OIT – Organização Internacional do Trabalho
org. – organização de
p. – página
PDT – *Prontuário de Direito do Trabalho*
PIDCP – Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos
PIDESC – Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais
PL – Proposta de Lei
policop. – policopiado
Proc. – processo
PUF – Presses Universitaires de France
QB – *Law Reports, Queen’s Bench (3rd Series)*
QL – *Questões Laborais*
RC – Tribunal da Relação de Coimbra
RCTPE – Regime dos Contratos de Trabalho dos Profissionais de Espectáculos
RdA – *Recht der Arbeit. Zeitschrift für Wissenschaft und Praxis des Gesamten Arbeitsrecht*
RDC – *Rivista del Diritto Commerciale*
RDES – *Revista de Direito e de Estudos Sociais*
RDICL – *Rivista di Diritto Internazionale e Comparato del Lavoro*
RDP – *Revista de Direito Público*
RDT – *Revue de Droit du Travail*
RE – Tribunal da Relação de Évora
Rec. – Recurso
REDE – *Revista Española de Derecho Europeo*
reimp. – reimpressão
rev. – revisto(a)
RG – Tribunal da Relação de Guimarães
RGLPS – *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*
RIDL – *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*
RJCA – Regime Jurídico do Contrato de Agência
RJCCG – Regime Jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais
RJCTPD – Regime Jurídico do Contrato de Trabalho do Praticante Desportivo e do Contrato de Formação Desportiva
RJCTSD – Regime Jurídico do Contrato de Trabalho do Serviço Doméstico
RJS – *Revue de Jurisprudence Sociale*

RL – Tribunal da Relação de Lisboa
RLJ – *Revista de Legislação e de Jurisprudência*
RMP – *Revista do Ministério Público*
Rn – Randnummer
ROA – *Revista da Ordem dos Advogados*
ROJ – *Repertorio Oficial de Jurisprudencia*
RP – Tribunal da Relação do Porto
s.e. – sem editora
s.p. – sem indicação de página
ss. – seguintes
STA – Supremo Tribunal Administrativo
STJ – Supremo Tribunal de Justiça
superv. – supervisão de
t. – tomo
TC – Tribunal Constitucional
TCEsp. – Tribunal Constitucional espanhol
TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem
TFUE – Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia
TL – *Temas Laborales*
T.L.R. – *Times Law Reports*
trad. – tradução de
TS – *Tribunal Supremo espanhol*
TULR(C)A – *Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act 1992*
UCE – Universidade Católica Editora
UCP – Universidade Católica Portuguesa
UE – União Europeia
UKHL – *United Kingdom Supreme Court*
UKPC – *United Kingdom Privy Council*
UNL – Universidade Nova de Lisboa
v. – ver
v.g. – por exemplo
vol. – volume
vs. – *versus*
WLR – *Weekly Law Reports*
WR – *Weekly Reporter*

RESUMO

A presente dissertação tem por objecto a análise da *suspensão laboral*, no Direito português, enquanto termo neutro que procura abarcar os factos que inviabilizam transitoriamente o trabalhador de realizar a actividade contratada com o empregador e aos quais é afectada qualificação suspensiva. A tese encontra-se dividida em duas partes.

A Parte I assinala a natureza transversal do fenómeno suspensivo – para lá da esfera laboral –, colocando a descoberto a essencialidade que reveste a natureza *duradoura* e *relacional* do contrato para a cabal compreensão do instituto. Entendemos que o acervo normativo geral do Direito comum, concebido segundo a matriz da transacção isolada, reclama ajuste perante vínculos duradouros. Tal necessidade de adaptação assume especial relevância num estudo reservado à suspensão laboral, atendendo à extensão e heterogeneidade que o Direito português imprime ao instituto: entre nós, a suspensão laboral convoca originalmente temáticas várias, enquadradas de modo disperso na sistemática do CC – impossibilidade, (in)cumprimento, mora do devedor, mora do credor e *exceptio non adimpleti contractus*.

Sucede que a compreensão dos contornos da suspensão laboral resulta diluída se não resultar claro como se processa a transposição destes institutos, tal qual previstos, em geral, no Direito Civil, para o domínio suspensivo laboral. Recuperamos, por isso, passo metodológico intermédio, descurado no tradicional processo comparativo (Direito Civil/Direito do Trabalho): a identificação de desvios e adaptações impostos às regras aplicáveis a contratos que, com o de trabalho, partilham característica específica – a *durabilidade* – com vista à delimitação da suspensão laboral e dos institutos aqui agregados. Identificamos, neste contexto, traços distintivos das obrigações duradouras, presentes igualmente no contrato de trabalho e que permitem enquadrar devidamente o fenómeno suspensivo também na esfera laboral: (i) função estabilizadora – tanto na vertente jurídica, como económica e social; (ii) exposição à superveniência; (iii) desdobramento estrutural – uno *vs.* múltiplo; (iv) dinâmica organizativa; e (v) acentuação da vinculação das partes aos deveres acessórios.

Enquanto a Parte I traduz uma visão abrangente do fenómeno suspensivo, conferindo especial enfoque à natureza duradoura contrato, autoexplicativa de múltiplas especificidades e efeitos do instituto em análise, na Parte II, a reflexão é centrada na suspensão em contexto laboral. Delimitamos, então, os principais conceitos operativos do fenómeno: *impossibilidade*, *imputação* e *natureza temporária*. Constatamos, neste âmbito, que por razões várias, o trabalhador *prefere* frequentemente a realização de interesses extralaborais, não comparecendo ao trabalho. E o ordenamento afasta, então, os efeitos por regra associados ao incumprimento, excluindo a responsabilidade do trabalhador. Para tanto, a esfera laboral simplifica a teia civilista, concebendo motivos atendíveis diversos, que agrega descomplexadamente, sob a fórmula

impedimento ou *impossibilidade*: o fundamento invocado justifica (ou não) valoração positiva do ordenamento, conforme a tutela afecta a cada caso –, assim se condicionando o direito do credor à execução pontual do acordado. Acresce que, no domínio laboral, a falta de cooperação creditória, embora transitória, promove, por regra, a inviabilização (definitiva) do trabalho que seria prestado: a dimensão complexa de contrato de trabalho motiva, neste âmbito, a convocação de uma impossibilidade da prestação de trabalho, em alternativa à mora do credor. O apelo, nestes casos, à impossibilidade suscitou, todavia, desde cedo, reservas em domínio laboral, atendendo aos reflexos que se assumiu que tal revestiria no destino da contraprestação retributiva. Verificamos, no entanto, em que medida esta leitura carece de ajuste, adiantando o enquadramento que se nos afigura mais adequado e a resposta a questões práticas diversas, condicionadas por uma tal premissa.

Segue-se a definição dos moldes em que deve ser delimitada a (*não*) *imputação* do impedimento às partes. Num tal exercício, é comum o confronto entre imputação laboral e imputação civilística, surgindo, com frequência, menção a um conceito próprio de (*não*) imputação para efeitos suspensivos (em domínio laboral). A par das hipóteses de suspensão em razão de factos fortuitos (caso fortuito e força maior) e por facto imputável ou no interesse do empregador, reservamos particular atenção à determinação da imputação do impedimento ao trabalhador e, nesse âmbito, à situação de suspensão por motivo de prisão.

Por fim, conquanto enunciemos elemento transversal às diversas variáveis suspensivas, é apontada especial complexidade à concretização da *natureza temporária* ou *definitiva* na suspensão por factos respeitantes ao trabalhador, revestindo, então, com frequência, manifesta indefinição a identificação do *limite* a partir do qual – considerados os interesses conflituantes das partes – não é mais adequado sustentar que o impedimento é temporário, havendo que concluir pela extinção, por caducidade. Procurámos tornar uma tal avaliação mais clara, enunciando critérios que permitam aferir, com maior rigor, a natureza transitória ou definitiva do obstáculo à execução – elementos essenciais à concretização do âmbito operativo do instituto.

ABSTRACT

The object of this thesis is the analysis of *labour suspension*, in Portuguese law, as a neutral term that seeks to comprise the facts that temporarily impair the employee from performing the activity engaged with the employer and to which is allocated suspensive qualification. This thesis is divided into two parts.

Part I highlights the cross-cutting nature of the suspensive phenomenon – beyond the labour scope –, emphasizing the importance of the *long-term* and *relational* nature of the contract for the full comprehension of the institute. It is our understanding that the general rules of law, designed on a single transaction model, claim for an adjustment in view of long-term contractual relations. Such need for adaptation is of particular relevance in an essay focused on labour suspension, considering the extension and heterogeneity that Portuguese law grants to the institute: pursuant to our law, the labour suspension originally calls several subjects, included in a rather disperse manner in the Civil Code – such as impossibility, temporary or definitive (non)compliance by the debtor, *mora credendi* and *exceptio non adimpleti contractus*.

However, the comprehension of the outline of the institute of labour suspension becomes diluted if the implementation of these institutes, as foreseen, in general, in Civil Law, into the labour suspensive field is not clear. We, therefore, recover an intermedium methodological step, disregarded on the traditional comparative process (Civil Law/Employment Law): the identification of deviations and adaptations imposed to the rules applicable to contracts which, together with the employment contract, share a specific feature – *the durability* – with a view to define the labour suspension and the institutes aggregated therein. Within this scope, we identify distinctive features of long-term obligations, also seen in the employment contract, and which enable to duly square the suspensive phenomenon also in the labour scope: (i) stabilising function – both in the legal and economic and social fields; (ii) exposure to supervening facts; (iii) structural division – single *vs.* multiple; (iv) organisational dynamic; and (v) intensification of the parties' binding to ancillary duties.

Whereas Part I provides for a wide view of the suspension phenomenon, with a particular emphasis on the long-term nature of the contract, self-explanatory of several specificities and effects of the institute under analysis, in Part II, the reflection is focused on the suspension within the labour scope. We, therefore, define the main operating concepts of the phenomenon: *impossibility*, *imputation* and *temporary nature*. We verify, in this regard, that, due to several reasons, the employee often *prefers* the fulfilment of interests outside the labour scope, not attending work. In such cases the legal system removes the effects generally associated to default, excluding the employee's liability. In this regard, the labour scope simplifies the civil scope, by foreseeing several compelling reasons, which are simply aggregated, under the form of *impediment*

or *impossibility*: the ground asserted justifies (or not) a positive valuation of the legal system, according to the rules applicable to each case -, and, thus, conditioning the creditor's right to the due execution of what was agreed. In addition, in the labour scope, the lack of the creditor's cooperation, although temporary, generally promotes the (definitive) unfeasibility of the work that would be rendered: the complex dimension of an employment contract leads, in this scope, to an impossibility to render the work, alternatively to the creditor's delay. However, resorting in these cases to the concept of impossibility raised, from the very instant, reservations within the labour scope, considering the consequences expected in the outcome of the remunerative consideration. We, nevertheless, verify in which extent this understanding lacks of adjustment, anticipating the frameworks that seems more adequate to us and the answer to several practical questions, conditioned by such an assumption.

Afterwards, we define the way in which the *(non-)imputation* of the impediment to the parties should be defined. In such an exercise, it is common the confrontation between labour imputation and civil imputation, often arising a reference to a specific concept of (non-) imputation for suspensive effects (in the labour scope). Besides the cases of suspension due to fortuitous events (fortuitous and force majeure events) and due to a fact imputable to the employer or in the interest of the latter, we make a particular reference to the determination of the imputation of the impediment to the employee and, within this scope, the suspension due to imprisonment.

Finally, although we assert the cross-cutting element to the various suspensive variables, we highlight a particular complexity in the materialisation of the *temporary* or *definitive nature* in the suspension due to facts concerning the employee, being often unclear the identification of the *limit* from which - considering the conflicting interests of the parties - it is no longer adequate to assert that the impediment is provisional but must conclude for the extinction of the contract. We tried to make a clearer assessment thereof, by listing criteria that enable to more strictly assess the temporary or definitive nature of the obstacle to the execution - essential elements to the fulfilment of the operating scope of the institute.

INTRODUÇÃO

1. ENUNCIADO DO PROBLEMA E DELIMITAÇÃO DO OBJECTO

I. O tema unificador da dissertação é o estudo dos factos que inviabilizam transitoriamente o trabalhador de realizar a actividade contratada com o empregador e aos quais é afectada qualificação suspensiva¹. Pelas suas características, o vínculo laboral surge, entre os duradouros, como particularmente vulnerável a interferências supervenientes, que travam temporariamente o normal desenvolvimento do programa contratual. Perante tais ameaças, intervém mecanismo jurídico que *reforça* as defesas do vínculo, garantindo a sua subsistência e obviando à cessação: por isso se diz que a suspensão “relaxa” e “restaura”². Este constitui, sucintamente, o objecto da dissertação, em diante designado “suspensão laboral”³: técnica de salvaguarda imediata e de (tendencial) garantia de plena execução futura, instrumento de tutela da estabilidade contratual.

II. Não obstante as referências legais paralelas à suspensão e à redução temporária do período normal de trabalho, trataremos apenas da suspensão⁴. Se é certo que “a redução pode traduzir-se numa espécie de «meia suspensão», dado que certos períodos normalmente trabalhados passam a ser de inactividade”, na verdade, “[...] na redução de actividade, ocorre apenas uma alteração quantitativa do funcionamento da empresa, *da qual não resulta a paralisia dos contratos de trabalho*, mas apenas uma modificação temporária na sua execução”⁵. Por outro lado, não circunscrita a análise a hipótese suspensiva específica, nem sequer restringida a dissertação a factos suspensivos referentes ao trabalhador ou ao empregador (conforme bipartição usual), é inevitável prescindir de análise desenvolvida dos contornos precisos de cada facto suspensivo em particular – cada qual, na sua diversidade, susceptível de convocar reflexão autónoma aprofundada. De assinalar igualmente que a

¹ Sendo certo que “o cumprimento de um dever implica a *possibilidade* de o fazer; aliás, o próprio dever é um *poder ser*, uma potencialidade, carregada embora de sentido axiológico. Se o comportamento devido, no caso concreto, não foi possível para o devedor, não pode dizer-se que ele tenha *violado o dever*” (Fernando Pessoa JORGE, *Ensaio sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil*, 2.^a reimp. da 1.^a ed. (1968), Almedina, 1995, p. 104, ênfase nossa).

² Jean-François ARTZ, “La Suspension du Contrat à Exécution Successive”, *Récueil Dalloz Sirey, Jurisprudence Generale Dalloz*, Paris, 1979, pp. 95-102, pp. 95 e 100.

³ A terminologia adoptada é justificada *infra*, § 3.2.

⁴ A este propósito, Bernardo da Gama Lobo XAVIER assinala que “o legislador distinguiu – impressivamente – a suspensão propriamente dita, que tem a ver com a inexecução prolongada, da mera interrupção, que supõe a diminuição da carga diária ou semanal de trabalho, através da redução de jornada ou da não prestação de um ou mais períodos normais do trabalho diário” (*O Despedimento Colectivo no Dimensionamento da Empresa*, Verbo, 2000, p. 482; v. ainda, n. 268).

⁵ António de Lemos Monteiro FERNANDES, *Direito do Trabalho*, 17.^a ed., Almedina, 2014, p. 475, ênfase nossa.

análise é cingida aos factos suspensivos regulados directamente no CT, sem prejuízo de referências pontuais, sempre que justificado, a regimes especiais.

O Direito português, ao regular expressamente a suspensão laboral, confere-lhe extensão e sistematização pouco comuns⁶. Acolhendo uma fórmula abrangente, o art. 294.º, n.º 1, do CT dispõe que “[...] a suspensão de contrato de trabalho pode fundamentar-se na impossibilidade temporária [...] total, de prestação de trabalho por facto relativo ao trabalhador ou ao empregador”. Para lá do protagonismo assim reservado à “impossibilidade”, é, no entanto, ainda prevista a “[...] a suspensão do contrato de trabalho” para “assegurar a viabilidade da empresa e a manutenção de postos de trabalho, em situação de crise empresarial” (cf. art. 294.º, n.º 2, a)), indicando o n.º 2, b), do mesmo preceito, que “permitem também a [...] a suspensão do contrato de trabalho, designadamente”, “o acordo entre trabalhador e empregador, nomeadamente acordo de pré-reforma”. Acresce, por fim, o art. 294.º, n.º 3, que admite a “suspensão de contrato de trabalho por iniciativa de trabalhador, fundada em falta de pagamento pontual da retribuição”. Certo, todavia, que a previsão aparentemente agregada não só contrasta com a dispersão assumida, logo em seguida, de uma pluralidade de eventos com virtualidade suspensiva e respectivos efeitos, como promove múltiplas interrogações, às quais cumpre dar resposta adequada.

III. Pressuposto lógico da investigação é o interesse e a utilidade teórica e prática de um estudo dedicado à suspensão laboral, no estágio actual do pensamento jurídico. Sendo a sua importância assinalada por todos os que de forma mais sucinta ou desenvolvida se lhe têm dedicado, paradoxalmente ou previsivelmente – consoante a perspectiva que se tenha da abrangência e complexidade dos problemas colocados –, as reflexões existentes não impediram, até hoje, que “a chamada suspensão do contrato de trabalho represent[e] um dos temas mais controversos no Direito do Trabalho”⁷. Assim é, entre outras razões, porque a suspensão laboral apela a um estudo exigente e abrangente, impondo reflexão articulada de temáticas muito variadas, de Direito Civil e de Direito do Trabalho – o que, redobrando, segundo cremos, o interesse da investigação, põe a descoberto a sua incontornável densidade. A este propósito, Mark FREEDLAND afirma: “[...] a clear notion of contractual suspension is an essential building block, one of the keystones indeed, in the construction of a rigorous and robust analysis of the law of personal employment contracts as a whole”⁸.

⁶ À “Redução da actividade e suspensão do contrato de trabalho” corresponde a Secção III (arts. 294.º a 322.º) do Capítulo V (“Vicissitudes contratuais”) do Título II (“Contrato de trabalho”) do Livro I (“Parte geral”). Sucede o enquadramento da “Transmissão de empresa ou estabelecimento” e da “Cedência ocasional de trabalhador”, que constituem, respectivamente, as Secções I e II do mesmo Capítulo.

⁷ Júlio Manuel Vieira GOMES, *Direito do Trabalho*, vol. 1, *Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra Editora, 2007, p. 852, itálico nosso.

⁸ *The Personal Employment Contract*, reimp. (2003), Oxford University Press, 2006, p. 465.

IV. Tal transversalidade é revelada em aspectos por vezes omitidos nos textos dedicados ao fenómeno suspensivo laboral. Importa, desde logo, ter presente a indissociabilidade do tema em face do paradigma de cessação em vigor, a par do maior ou menor condicionamento de formas de contratação não correspondentes ao modelo tradicional de vinculação – entre nós, a tempo inteiro e por período indeterminado. Afinal, a suspensão laboral testa a *elasticidade* (e a sobrevivência) do vínculo laboral: se um maior número de factos com virtualidade suspensiva (reflexo de *afinação* progressiva do instituto, considerados os avanços do Direito do Trabalho) torna o contrato mais maleável – já que maior a capacidade de adaptação perante eventos que condicionam a sua normal execução –, uma tal flexibilidade adquire um papel tanto mais relevante quanto mais rigoroso for o regime de cessação⁹. Associado o Direito do Trabalho português a um regime jurídico exigente no plano extintivo, a suspensão acaba por revestir, aqui, importância acrescida, articulando-se com princípios estruturantes do ordenamento, como o da conservação do negócio jurídico – especialmente relevante, atenta a dimensão constitucional que a protecção do trabalho assume, entre nós.

Um estudo reservado à suspensão laboral coloca ainda em evidência a *dinâmica* contratual aqui pressuposta e, em especial, a *tensão*, sempre presente, entre os interesses conflituantes das partes, que importa acomodar. A heterogeneidade do fenómeno suspensivo revela-se, afinal, na pluralidade de factos que ditam a operacionalidade do instituto, por se entender *inexigível* ao trabalhador o desenvolvimento da actividade acordada – havendo, então, que concluir por dispensa do dever de prestar – ou por se considerar *inexigível* ao empregador a prestação da colaboração necessária. Na suspensão por factos referentes ao trabalhador, o apelo à *inexigibilidade* é ainda retomado no que respeita à adstrição do empregador ao contrato e à determinação do tempo por que se estima adequado impor uma tal vinculação¹⁰.

Por outro lado, não obstante a menção, por vezes quase exclusiva à *impossibilidade* enquanto conceito operativo fundamental, o estudo da suspensão laboral convoca outras temáticas: importa renovar, neste domínio, o apelo à *mora do devedor* e à *mora do credor*, ao *(in)cumprimento* ou à *excepção de não cumprimento do contrato*. A apreensão precisa dos contornos da suspensão laboral resulta, todavia, diluída se não resultar claro como se processa a

⁹ Também Pietro ICHINO constata a *elasticidade* que a suspensão confere ao contrato de trabalho, atendendo, de um lado, a exigências empresariais supervenientes e, de um outro, a necessidades pessoais do trabalhador, que importa acomodar (*Il Contratto di Lavoro*, vol. 3, Giuffrè Editore, 2003, pp. 1-2).

¹⁰ “O conceito de *inexigibilidade* cumpre uma dupla função no direito civil português”. Por um lado, “o conceito de *inexigibilidade* contribui para determinar os limites da *vinculação do devedor*. Estando em causa uma prestação tão difícil que seria gravemente contrário à boa fé pretender o seu cumprimento, o *devedor não estaria obrigado a realizá-la*”. Por outro lado, “o conceito de *inexigibilidade* contribui para determinar os limites de *vinculação do credor*” (Nuno Manuel Pinto OLIVEIRA, *Princípios de Direito dos Contratos*, Coimbra Editora, 2011, p. 563, ênfase nossa).

transposição daqueles institutos, tal qual previstos, em geral, no Direito Civil, para o domínio suspensivo laboral. A este respeito, assumimos que a *dimensão temporal* do vínculo reveste dupla relevância: de um lado, o contrato de trabalho é, por essência, duradouro – a obrigação principal do trabalhador corresponde a uma actividade continuada e a do empregador a uma realização periódica. Por sua vez, a suspensão – travando transitoriamente a execução laboral, com vista à plena eficácia futura – exige dimensão temporal específica, sendo, pois, indissociável do carácter duradouro do vínculo. Admitimos, por sua vez, que o acervo normativo geral do Direito comum, concebido segundo a matriz da transacção isolada, reclama ajuste perante vínculos duradouros: só após uma tal adaptação, ainda que frequentemente desatendida nos estudos dedicados ao fenómeno suspensivo, se afigura adequada a sua transposição para a esfera laboral, consideradas as especificidades aqui pressupostas. Propomos, assim, *recuperar passo metodológico intermédio*, descuro no tradicional processo comparativo (Direito Civil/Direito do Trabalho), e sem o qual se obtém perspectiva aproximada, mas não exacta, do problema: a identificação de desvios e adaptações impostos às regras convocadas em contratos que, com o de trabalho, partilham característica específica – a *durabilidade* – e a esta luz (e com tal fito preciso) compreender a suspensão laboral e os institutos aqui agregados. Cumpre, por fim, determinar o que motiva que a suspensão, enquanto especial manifestação de “quiescência” contratual, encontre, na esfera laboral, espaço fértil de análise.

V. Para lá de tais especificidades, inerentes à natureza duradoura do vínculo, há, num outro plano, que alertar para a considerável margem de indefinição subsistente quanto à delimitação da *impossibilidade*, não só atenta a tendencial *flexibilização* do conceito em hipóteses suspensivas referentes ao trabalhador, mas considerando ainda as dificuldades pressupostas no apelo à *impossibilidade de colaboração do empregador*. Persiste ainda por clarificar os moldes em que deve, neste âmbito, ser delimitada a (não) *imputação* do impedimento às partes¹¹, e por identificar critérios que permitam aferir, com maior rigor e segurança, a natureza *transitória* ou *definitiva* do obstáculo à execução – elementos essenciais à concretização do âmbito operativo do instituto. Cumpre, por fim, dar nota que não só o *recorte* da suspensão laboral assume extensão e dificuldades assinaláveis, como o enquadramento da situação jurídica das partes, num tal período de *latência* ou *hibernação*¹², suscita hesitações várias. Permanece, na verdade, nebulosa perfeita identificação dos direitos e deveres das partes

¹¹ O art. 296.º, n.º 1, indica que “*determina a suspensão do contrato de trabalho o impedimento temporário por facto respeitante ao trabalhador que não lhe seja imputável e se prolongue por mais de um mês, nomeadamente doença, acidente ou facto decorrente da aplicação da lei do serviço militar*”. Acresce o disposto no n.º 5 daquele preceito, conforme o qual “*o impedimento temporário por facto imputável ao trabalhador determina a suspensão do contrato de trabalho nos casos previstos na lei*”. Já no plano da suspensão “*por facto respeitante ao empregador*”, o art. 309.º, n.º 1, renova o apelo a hipóteses suspensivas decorrentes de “*caso fortuito*” e de “*força maior*”, bem como de “*facto imputável ao empregador*” ou a “*motivo [do seu] interesse*”.

¹² V. *infra*, § 3.2.

durante a suspensão, multiplicando-se as dúvidas quanto à aplicabilidade e efeitos do instituto. cremos, pois, que um estudo aprofundado dedicado à suspensão laboral no Direito português actual possibilita não só leitura crítica do regime legal, como adiantar respostas para os múltiplos problemas surgidos durante o estado suspensivo, ainda mal compreendidos e insuficientemente explicados.

VI. No panorama internacional, cumpre destacar as obras incontornáveis de Alberto José Carro IGELMO¹³ (1959), de Giovanni LAVAGNINI (1961)¹⁴, de Toshio YAMAGUCHI¹⁵ (1963), de Jean-Marc BÉRAUD¹⁶ (1980), de José Vida SORIA (1965)¹⁷ e de Juan José Fernandez DOMINGUEZ¹⁸ (1993) – as quatro primeiras, de carácter geral e as duas últimas incidindo, respectivamente, sobre a suspensão por factos respeitantes ao trabalhador e ao empregador. Após um período de relativo abrandamento, constata-se, entusiasticamente, o surgimento de novos textos, além fronteiras¹⁹. Constituindo instrumentos de relevância evidente num trabalho de investigação, espelham, todavia, a estrutura interna dos respectivos ordenamentos, nem sempre se ajustando à realidade e enquadramento nacionais²⁰. Por sua vez, entre nós, após as obras de António de Lemos Monteiro FERNANDES (1964, 1966 e 1967)²¹ e de João Carlos Simões dos REIS (1993)²², a suspensão laboral não foi objecto de reflexão desenvolvida,

¹³ *La Suspensión del Contrato de Trabajo*, Bosch.

¹⁴ *La Sospensione del Rapporto di Lavoro*, Feltrinelli.

¹⁵ *La Théorie de la Suspension du Contrat de Travail et ses Applications Pratiques dans le Droit des Pays Membres de la Communauté Européenne*, LGDJ.

¹⁶ *La Suspension du Contrat de Travail, Essai d'Une Théorie Générale*, Editions Sirey.

¹⁷ *La Suspensión del Contrato de Trabajo. Estudio de las Causas que Afectan a la Prestación del Trabajador*, Instituto de Estudios Políticos.

¹⁸ *La Fuerza Mayor como Causa de Extinción y Suspensión del Contrato de Trabajo*, Civitas.

¹⁹ Assim, apenas a respeito da suspensão por factos respeitantes ao empregador, v. Xavier Solà MONELLS, *La Suspensión del Contrato de Trabajo por Causas Empresariales*, La Ley, 2002, e os estudos de María Luisa RODRÍGUEZ COPÉ, *La Suspension del Contrato de Trabajo*, CES, 2004, e de Pilar Rivas VALLEJO, *La Suspensión del Contrato de Trabajo por Nacimiento o Adopción de Hijos*, Editorial Aranzadi, 1999, e *La Suspensión del Contrato de Trabajo. Naturaleza Jurídica y Supuestos Legales*, Editorial Bomarzo, 2007.

²⁰ A este propósito, v. *infra* § 3.3.

²¹ “Aspectos da Suspensão da Prestação de Trabalho (Comentário ao Novo Projecto de Diploma)”, *ESC*, ano 3, 1964, n.º 12, pp. 11-58. Outro estudo, publicado em 1970, de maior fôlego, foi, na verdade, também redigido em 1964 e actualizado em 1966, (“A Suspensão do Contrato de Trabalho por Factos Ligados à Empresa”, *BFDUC*, 1970, Suplemento 17, pp. 1-161). Nesta análise, ainda à luz da Lei n. 1952, o Autor assinalou, entre nós, a importância do tema, anunciando os contornos jurídicos e os efeitos essenciais a reconhecer à suspensão, em contexto laboral. Seguir-se-ia o estudo “Suspensão da Prestação do Trabalho por Impedimento Prolongado (Arts. 72.º-79.º do Dec.-Lei n.º 47032)”, *ESC*, ano 6, 1967, n.º 21, pp. 133-146.

²² Se o texto mais desenvolvido de MONTEIRO FERNANDES respeita, no essencial, à suspensão por facto respeitante ao empregador, a análise de JOÃO REIS (*A Suspensão do Contrato de Trabalho por Motivos Respeitantes ao Trabalhador*, dissert., policop., inédito, FDUC, 1993) trata, sobretudo, do regime previsto no DL n.º 398/83, de 2.11 e, em particular, do então acolhido nos arts. 3.º e 4.º daquele diploma. Identificamos ainda os trabalhos anteriores de Queiroz Vaz GUEDES, A

inexistindo estudo académico abrangente sobre o regime suspensivo português actual. Assumidos como elementos de referência no panorama doutrinário nacional, cremos que aquelas obras se distanciam da presente dissertação em dois pontos essenciais: não traduzem uma análise transversal aos diversos factos suspensivos²³ e reflectem o regime jurídico em vigor à época, hoje distante, atenta a relevância das mutações sociais e jurídicas, desde então verificadas²⁴. À excepção de um texto de Jorge LEITE (2002)²⁵, as publicações entretanto surgidas mantêm, por regra, visão parcial, centrada, muitas vezes, em aspecto particular, relativo a facto suspensivo concreto²⁶. Na ausência de produção científica actualizada e inovadora, o tratamento do tema é, na maioria dos manuais de Direito do Trabalho, sintomaticamente sintético e tendencialmente descritivo. A prática coloca, todavia, em permanência, novos desafios que importa resolver, abrindo espaço para uma análise aprofundada do instituto, à luz do Direito do Trabalho português actual.

Suspensão do Trabalho perante o Direito Civil, Imprensa Nacional, 1914, e de Duarte Nuno de Lima BARROSO, *Da Suspensão das Relações de Trabalho*, dissert., policop., inédito, FDUL, 1949-1950. V. ainda os elementos legais e jurisprudenciais compilados por António Rodrigues QUERIDO, *A Suspensão do Contrato de Trabalho. Na Teoria, na Prática, na Jurisprudência*, Europa Editora, 1991.

²³ Alerta JOÃO REIS não pretender “construir uma teoria geral da suspensão do contrato, nem sequer elaborar uma teoria geral da suspensão do contrato de trabalho” (*A suspensão cit.*, p. 15).

²⁴ António Menezes CORDEIRO constata, em 1991, que “a matéria da suspensão do contrato de trabalho, apesar de algum esforço doutrinário realizado nos anos sessenta” – referindo-se, precisamente, aos estudos de MONTEIRO FERNANDES referidos *supra*, n. 21 – “tem conhecido um tratamento legislativo bastante confuso” (*Manual de Direito do Trabalho*, Almedina, 1991, p. 765).

²⁵ “Notas para uma Teoria da Suspensão do Contrato de Trabalho”, *QL*, ano 9, 2002, n.º 20, pp. 121-138.

²⁶ V., a título de exemplo, Jorge LEITE, “Ausência do Trabalho no Desempenho de Funções Sindicais”, *RMP*, ano 8, 1987, n.º 32, pp. 85-100, e “O Desempenho de Funções Sindicais e o Expediente da Suspensão do Contrato”, *RDE*, anos 16 a 19, 1990 a 1993, pp. 513-537, João Leal AMADO, “Salários em Atraso – Rescisão e Suspensão do Contrato. Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 2 de Maio de 1991”, *RMP*, ano 13, 1992, n.º 51, pp. 155-162, e “Salários em Atraso (Direito à Rescisão do Contrato ou à Suspensão da Prestação de Trabalho)”, *PDT*, 1997, n.º 50, pp. 51-55, João Carlos Simões dos REIS, “Suspensão do Contrato. Dever de Comunicação do Impedimento”, *QL*, ano 1, 1994, n.º 2, pp. 80-88, Teresa Alexandra Coelho MOREIRA, “O Respeito pela Esfera Privada do Trabalhador: Natureza Jurídica das Faltas Cometidas por Motivo de Prisão Baseada em Crimes Praticados Fora do Trabalho”, *QL*, ano 8, 2001, n.º 18, pp. 155-189. Ainda tratando de aspectos específicos da suspensão, v. Miguel Noutel dos SANTOS, “A Suspensão do Contrato de Trabalho por Motivos Ligados ao Trabalhador: A Suspensão por Impedimento Prolongado e o Requisito da Não Imputabilidade”, *PDT*, 2004, n.º 68, pp. 109-161, Luísa Andias GONÇALVES, “A Licença por Maternidade e a Suspensão do Contrato de Trabalho”, *Miscelâneas do Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho*, 2006, n.º 4, Almedina, pp. 131-186, e *A Inexecução do Contrato de Trabalho. Um Enfoque à Luz da Igualdade Efectiva entre Sexos*, dissert., policop., inédito, Universidad de Salamanca, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho del Trabajo y Trabajo Social, 2010, disponível em <http://www.fd.unl.pt/anexos/conteudos/tese_luisaandias.pdf>, Miguel Ribeiro dos SANTOS, “Procedimentos de Lay-Off”, *RDES*, ano 51, 2010, n.ºs 1-4, pp. 247-280, José João Nunes ABRANTES, “Salários em Atraso e Excepção de Não Cumprimento do Contrato. Anotação ao Acórdão da Relação do Porto, de 18 de Maio de 1987”, *A Excepção de Não Cumprimento do Contrato*, reimp. da 2.ª ed. (2012), Almedina, 2014, pp. 187-208, e António Nunes de CARVALHO, “Suspensão ou Redução de Laboração em Situação de Crise Empresarial”, *RDES*, ano 53, 2012, n.ºs 1-2, pp. 119-161.

VII. Em traços gerais, propomo-nos repensar o instituto, conforme construção jurídica que teste a adequação da sistemática e regulação nacionais. Neste contexto, buscamos resposta a interrogações fundamentais: (i) Qual a relevância da natureza duradoura do vínculo de trabalho num estudo reservado ao fenómeno suspensivo? (ii) Quais os traços da suspensão laboral que melhor reflectem o propósito de estabilidade, buscado em vínculos duradouros? (iii) A subordinação jurídica subsiste durante a suspensão? (iv) Quais os fundamentos e qual o fim da suspensão laboral? (v) Existem limites à suspensão por acordo das partes? (vi) A suspensão pressupõe a inexistência da contraprestação retributiva? (vii) Qual a interferência da suspensão nas férias? (viii) Quais os reflexos da suspensão nos deveres acessórios autónomos da actividade laboral? (ix) Atenta a natureza duradoura do vínculo, como perspectivar a (in)execução do trabalho não prestado na suspensão – com especial reflexão reservada às hipóteses de (in)cumprimento, excepção de não cumprimento e impossibilidade? (x) Em que medida a perturbação que atinge um conjunto preciso do complexo duradouro torna inexigível a subsistência do contrato? (xi) Quais as principais leituras explicativas do fenómeno suspensivo? (xii) É possível reconduzir a suspensão ao fenómeno maior da “quiescência”? (xiii) A suspensão constitui uma vicissitude contratual? (xiv) O que motiva a especial atenção reservada à suspensão laboral, no confronto com outros domínios? (xv) Quais os traços próprios do contrato de trabalho modeladores do fenómeno suspensivo? (xvi) Que sentido reveste a menção aglutinadora à *impossibilidade* (absoluta ou relativa)? (xvii) Em que medida a flexibilização do apelo à *impossibilidade* opera não apenas para efeitos suspensivos, mas também no plano extintivo? (xviii) Como se explica a referência à impossibilidade na suspensão por factos respeitantes ao empregador? (xix) Em tais hipóteses suspensivas, por factos respeitantes ao empregador, qual o enquadramento reservado à contraprestação retributiva? (xx) Qual o melhor critério para solucionar hipóteses de concurso suspensivo? (xxi) Como delimitar os conceitos de *caso fortuito* e de *força maior*, de *facto imputável* ou no *interesse do empregador*? (xxii) Como aferir a imputação do impedimento ao trabalhador? (xxiii) Quais os critérios a atender para delimitar a natureza *transitória* ou *definitiva* do impedimento? (xxiv) Como se reflectem as respostas às questões anteriores na apreensão do fenómeno suspensivo laboral no Direito português?

O objecto assim delimitado tem correspondência no plano expositivo seguidamente indicado.

2. PLANO

PARTE I: DELIMITAÇÃO E RELEVO JURÍDICO DA SUSPENSÃO

CAPÍTULO I: O TEMPO E COMPROMISSOS DURADOUROS

CAPÍTULO II: NOTAS DISTINTIVAS DAS OBRIGAÇÕES DURADOURAS PERANTE O ENQUADRAMENTO GERAL – BREVE APONTAMENTO

CAPÍTULO III: O FENÓMENO SUSPENSIVO (EM GERAL): OUTRAS LEITURAS ENQUADRADORAS

CAPÍTULO IV: A SUSPENSÃO ENQUANTO FENÓMENO NÃO CIRCUNSCRITO AO CONTRATO DE TRABALHO. O PARTICULAR RELEVO DA SUSPENSÃO NA ESFERA LABORAL

CAPÍTULO V: NOTAS GERAIS REFERENTES AO FENÓMENO SUSPENSIVO – NÃO CIRCUNSCRITAS À ESFERA LABORAL

CAPÍTULO VI: SUSPENSÃO LABORAL E CONTRATO DE TRABALHO

PARTE II: IMPEDIMENTO TEMPORÁRIO DA PRESTAÇÃO DE TRABALHO

CAPÍTULO I: A IMPOSSIBILIDADE ENQUANTO CONCEITO OPERATIVO FUNDAMENTAL

CAPÍTULO II: IMPEDIMENTO (NÃO) IMPUTÁVEL: A DELIMITAÇÃO DA IMPUTAÇÃO

CAPÍTULO III: IMPEDIMENTO TEMPORÁRIO: A DELIMITAÇÃO DA NATUREZA TRANSITÓRIA OU DEFINITIVA DO OBSTÁCULO À EXECUÇÃO

3. PREVENÇÕES METODOLÓGICAS

3.1. “AUSÊNCIA TEMPORÁRIA DA PRESTAÇÃO DE TRABALHO”

I. Tendo a dissertação por objecto não apenas ausências por motivos respeitantes ao trabalhador, mas também as resultantes de factos que atingem o empregador – em conformidade com o tratamento (abrangente) acolhido na legislação nacional –, julgamos ainda adequado referenciar genericamente estas hipóteses como ausências temporárias de prestação de trabalho. A expressão mantém-se apropriada por se considerar que, em tais casos, embora o obstáculo imediato incida sobre o empregador, reflecte-se *mediatamente* sobre a prestação de trabalho. Tal decorre, na verdade, da necessária distinção entre a *impossibilidade de prestar* e a *impossibilidade de cumprir*²⁷. O título escolhido justifica-se, portanto, por abstracção, para este efeito, da esfera de origem do motivo de ausência e de opção por menção exclusiva ao resultado: a ausência temporária da prestação do trabalho.

II. Neste âmbito, cumpre ainda alertar que não obstante o apelo frequente ao Direito Civil, o diálogo permanente entre o Direito Civil e o Direito do Trabalho tem por finalidade melhor compreender e enquadrar os traços próprios da suspensão em domínio laboral, não se assumindo, pois, por propósito, a transmutação (por ampliação) do objecto da investigação. As referências ao Direito Civil, embora incontornáveis, revestem, assim, natureza meramente instrumental: outra leitura implicaria não só extensão desmedida do objecto da investigação, como outra profundidade de análise.

3.2. “SUSPENSÃO LABORAL”

I. O termo “suspensão laboral” é adoptado enquanto designação *neutra* do fenómeno. Não ignoramos, porém, a pertinência de dúvida terminológica, desde há muito debatida. JÚLIO GOMES atesta, aliás, que a complexidade do fenómeno suspensivo laboral “[...] começ[a], de resto, pela própria terminologia”²⁸, divergindo a doutrina quanto à forma mais correcta de qualificar o fenómeno²⁹.

²⁷ João Baptista MACHADO, “Risco Contratual e Mora do Credor (Risco da Perda do Valor-Utilidade ou do Rendimento da Prestação e de Desperdício da Capacidade de Prestar Vinculada)”, *Obra Dispersa*, vol. 1, *Scientia Iuridica*, 1991, pp. 257-343.

²⁸ *Direito cit.*, p. 852, ênfase nossa. Também BERAUD questiona: “l’expression «suspension du contrat de travail» est-elle adaptée à la réalité du phénomène qu’elle désigne?” (*La suspension cit.*, p. 267). E, em data anterior, YAMAGUCHI interroga se o problema fundamental subjacente ao estudo da suspensão seria reconduzível a uma questão terminológica: “s’agit-il simplement d’une question de terminologie?” ou “s’agit-il, au contraire, d’une question de fond?” (*La théorie cit.*, p. 1).

²⁹ Expressivamente, Maria da Conceição Tavares da SILVA assinalava que “o conceito de suspensão do contrato de trabalho está longe de ter assumido por toda a parte um conteúdo idêntico e bem definido. É ainda sobre soluções díspares, expressas em textos legislativos, convenções colectivas e decisões jurisprudenciais – soluções adoptadas progressivamente, sem

Entre outras, são usuais as referências à suspensão *do contrato, da prestação do trabalhador, da execução do contrato, das obrigações principais* das partes³⁰. O debate poderia ser teórico ou inconsequente se não derivasse de dificuldade maior: a determinação da *interferência* do instituto no vínculo laboral³¹ – assim se justificando nota breve a uma tal indefinição terminológica (também) no Direito do Trabalho português.

II. No CT, as disposições dedicadas à suspensão referem, por regra, a suspensão *do contrato*. Assim sucede com as normas especialmente dedicadas ao instituto (*v.g.*, arts. 294.º, 296.º, 298.º, n.º 1, 305.º, n.ºs 7 e 8, 311.º, n.º 1, e 317.º, n.º 4), agrupadas em Secção intitulada “Redução da actividade e suspensão *do contrato de trabalho*”³², e com as reservadas à suspensão por não pagamento pontual da retribuição, em particular, nos arts. 323.º, n.º 3, 325.º, n.ºs 1 e 2, 326.º e 327.º³³. Para além destes conjuntos agregados, a menção ao *contrato* é também a mais usual entre as referências dispersas à suspensão, nomeadamente, nos arts. 113.º, n.º 2, 185.º, n.º 2, 195.º, n.º 3, 253.º, n.º 4, 263.º, n.º 2, c), 291.º, n.º 1, 361.º, n.º 1, a), 468.º, n.º 8 e 536.º, n.º 1³⁴. A legislação nacional reflecte, todavia, a enunciada indefinição terminológica: muito embora a suspensão *do contrato* seja a designação mais frequente, não é a única utilizada³⁵. Se nos arts. 299.º, n.ºs 1, e

um plano pré-estabelecido – que a doutrina continua a esforçar-se por construir essa noção e elaborar a respectiva teoria geral”. Rematando, a este propósito, que “entretanto, a terminologia permanece incerta, flutuante” (“Serviço Militar e Relação de Trabalho”, ESC, ano 3, 1964, n.º 10, pp. 46-93, pp. 56-57).

³⁰ Assinalando idêntica flutuação, *v.* Michael HAGER, *Das ruhende Arbeitsverhältnis*, Verlag Dr. Kovac, 2007, p. 5 e ss.

³¹ MONTEIRO FERNANDES reconhece a importância da designação utilizada. Alerta, aliás, que “sob este ponto de vista as cautelas devem ser reforçadas, pois a expressão escolhida há-de variar com a concepção que se tenha do funcionamento do instituto” (“A suspensão ...” *cit.*, p. 31). Diferentemente, JOÃO REIS considera que, uma vez admitida a imprecisão de algumas das expressões usualmente utilizadas, “usar um destes termos” – referindo-se à “suspensão do contrato de trabalho” e à “suspensão da prestação de trabalho” – “ou um outro qualquer do tipo «suspensão na execução do contrato», «suspensão do vínculo de subordinação», ou suspensão dos efeitos do contrato», constitui[ria] questão terminológica sem relevo prático digno de registo” (*A suspensão cit.*, p. 4).

³² Referimo-nos à Secção III do Capítulo V do Título II do Livro I do CT, constituída pelos arts. 294.º a 322.º (*v. supra* n. 6). A referência à suspensão *do contrato de trabalho* é repetida na Subsecção II (“Suspensão de *contrato de trabalho* por facto respeitante a trabalhador”) e na Subsecção III (“[...] suspensão do *contrato de trabalho* por facto respeitante ao empregador”), ambas integradas naquela Secção.

³³ Com excepção da primeira disposição, as demais integram Secção intitulada “Suspensão do *contrato de trabalho* por não pagamento pontual da retribuição”. Esta Secção participa do Capítulo VI (“Incumprimento do contrato”) do Título II (“Contrato de trabalho”) do Livro I (“Parte geral”) do CT.

³⁴ Disposições que enquadram matérias tão diversas como a contagem do período experimental, o trabalho temporário, a transferência de local de trabalho, a comunicação de ausência ao trabalho, o subsídio de Natal, a cedência ocasional, o despedimento colectivo, as faltas de membros da direcção de associação sindical e a greve – também por aqui se antevendo a transversalidade do tema em estudo.

³⁵ Também no Direito inglês, a terminologia é diversa e as propostas de definição variam. Por vezes, é referido que o *contrato* é suspenso, que o *emprego* é suspenso ou que o *trabalhador* é

3, e 307.º, n.º 1, do CT o termo a que se recorre é a suspensão da *prestação de trabalho*, no art. 226.º, n.º 3, b), é feita menção à suspensão *de actividade*. Por último, enquanto os arts. 328.º, n.º 1, e), e n.º 3, c), e 331.º, n.º 5, prevêem a suspensão *do trabalho*, os arts. 329.º, n.º 5 e 354.º, n.º 1, referem-se à suspensão *do trabalhador*³⁶.

III. Admitimos, todavia, que não obstante utilização corrente, quer nos textos legais, quer na doutrina, as expressões “suspensão do contrato” e “suspensão da execução do contrato”³⁷ não retratam o fenómeno de forma fidedigna. Assim, embora adoptando a primeira designação, VIDA SORIA reconhece que não é pressuposta qualquer suspensão dos elementos constitutivos do contrato³⁸. Também Ricardo Del PUNTA nota que a locução “*sospensione del rapporto di lavoro*” sugere um estado de contradição: afectação do nexo causal e sobrevivência do vínculo, em estado de “quiescência”³⁹. Por sua vez, Juan Manuel Ramírez MARTÍNEZ assinala sugestivamente que não se trata tanto de “*suspensión del contrato*”, mas de “*supervivencia del mismo*”⁴⁰. A crítica reitera que a suspensão respeita apenas a *parte dos efeitos contratuais*⁴¹, atenta a subsistência de deveres acessórios, que vinculam as partes, em tal período⁴². Nesta medida, a insistir-se em menção ao *contrato*, apenas seria admissível o apelo a uma suspensão *parcial*⁴³. É, assim, frequente afirmar-se que “*no se trata de una suspensión del contrato o de la relación laboral*”, mas, ao invés, “*de una suspensión de las respectivas prestaciones de ambas partes*”⁴⁴.

Veremos, todavia, que, entre nós, à anunciada vitalidade dos deveres acessórios de conduta em período suspensivo (*maxime*, a lealdade), acresce que a suspensão não tem necessariamente de revestir carácter *bilateral*, operando em diversas situações em que o trabalhador mantém o direito à contraprestação⁴⁵.

suspensão, sendo ainda questionado se, durante a suspensão, o contrato *subsiste* ou *cessa*, ainda que temporariamente (FREEDLAND, *The personal cit.*, p. 464).

³⁶ Referimos, mais uma vez, disposições que regulam matérias muito distintas.

³⁷ Assim, Raymond SARRAUTE, que intitula uma das primeiras obras dedicadas à suspensão, precisamente, *De la Suspension dans l'Exécution des Contrats* (PUF, 1929).

³⁸ *La suspension cit.*, p. 4, n. 1.

³⁹ *Diritto del Lavoro*, 3.ª ed., Giuffrè Editore, 2010, p. 501.

⁴⁰ “Naturaleza y Fines de la Suspensión del Contrato: Delimitación Frente a Figuras Afines”, *La Suspensión del Contrato de Trabajo* (dir. José María Marín Correa), Consejo General del Poder Judicial, 1994, pp. 9-36, pp. 12 e ss. JOÃO REIS refere também que “a suspensão pode ser considerada uma modalidade de existência do contrato, ainda que, porventura, de uma modalidade anormal se trate” (*A suspensão cit.*, p. 11).

⁴¹ JÚLIO GOMES, *Direito cit.*, p. 852.

⁴² Conforme Hellmut Georg ISELE, o contrato de trabalho não cessa, nem é dissolvido: o vínculo persiste, atenta a subsistência de diversos direitos e deveres (“Das suspendierte Arbeitsverhältnis”, *Festschrift für Erich Molitor zum 75. Geburtstag*, Beck, 1962, pp. 107-121, p. 107).

⁴³ Assim, VIDA SORIA, *La suspension cit.*, p. 4, n. 1.

⁴⁴ RAMÍREZ MARTÍNEZ, “Naturaleza ...” *cit.*, p. 13.

⁴⁵ Acentuando a relevância da obrigação do trabalhador na modelação do contrato de trabalho, v. António de Lemos Monteiro FERNANDES, “Sobre o Objecto do Contrato de Trabalho”, *ESC*,

A este elemento importa ainda somar a eficácia do poder disciplinar e o juízo subscrito quanto à subsistência ou desaparecimento da subordinação jurídica, havendo que considerar finalmente o escopo estabilizador dos efeitos do vínculo laboral, pressuposto na suspensão e que autoriza dissociar o fenómeno suspensivo de outros fenómenos extintivos (parciais ou novatórios).

A suspensão é ainda frequentemente associada a imagens e locuções sugestivas, que ilustram a sua interferência na sorte do contrato: “hibernação jurídica”, “paralisação”, “letargia”, “adormecimento”, “morte aparente”, “vida latente” ou “vínculo relaxado”⁴⁶. Ainda que sem grande rigor, tais expressões revelam, afinal, os traços gerais e o significado substancial do instituto: fenómeno passageiro e perturbador da execução, mas não da *existência* do contrato⁴⁷.

Neste contexto, perante as dúvidas assinaladas e por entendermos que a designação do fenómeno deve ser *neutra*, não comprometendo *a priori* a delimitação do instituto, a expressão preferencialmente acolhida será “suspensão laboral”.

3.3. REFERÊNCIAS A OUTROS ORDENAMENTOS

I. Indicaremos, sempre que oportuno, o enquadramento reservado ao instituto, noutros ordenamentos. No entanto, o apelo a experiências além-fronteiras não assume propósito comparativo, no sentido rigoroso do termo: se certas matérias nos suscitam maior interesse em dado ordenamento, outras podem surgir referenciadas a propósito de ordenamento distinto, por especialmente ilustrativas. Não se inclui, por isso, grelha comparativa de análise, apenas se assinalando, quando oportuno, exemplos regimentais, doutrinários ou jurisprudenciais expressivos, em função da específica temática em análise. Com este intuito serão referidos, sobretudo, os Direitos espanhol, francês, italiano, alemão e inglês.

ano 7, 1968, n.º 25, pp. 13-35. Para este Autor, “o objecto do contrato de trabalho é a actividade laboral na medida em que é o débito de trabalho que lhe confere uma fisionomia típica” (p. 15). Por sua vez, Giuseppe SUPPIEJ conclui que “*si deve dunque propriamente parlare di sospensione non del rapporto di lavoro, ma soltanto dell’obbligazione di lavoro, ed eventualmente delle altre singole posizioni giuridiche per le quali, nelle varie ipotesi, è stabilito che temporaneamente vengano meno*” (Il Rapporto di Lavoro (Costituzione e Svolgimento), Enciclopedia Giuridica del Lavoro (dir. Giuliano Mazzoni), Cedam, 1982, p. 348).

⁴⁶ Entre muitos autores, encontramos tais expressões em SARRAUTE, *De la suspension cit.*, pp. 45 e 51, Jacques TREILLARD, “De la Suspension des Contrats”, *La Tendence à la Stabilité du Rapport Contractuel* (coord. Paul Durand), LGDJ, 1960, pp. 59-108, pp. 60 e 100, ARTZ, “La suspension ...” *cit.*, p. 100, e JOÃO REIS, *A suspensão cit.*, p. 4. V. ainda YAMAGUCHI, que reconduz a suspensão a “*état de vie latente*” ou “*état de repos*” (*La théorie cit.*, p. 9) e Benjamin Blasco SEGURA, que caracteriza a suspensão como “*un estado de letargo en la vida activa contractual*” (“La Suspensión del Contrato de Trabajo: Los Apartados i), j) y m) del Art. 45 del Estatuto de los Trabajadores”, *La Suspensión del Contrato de Trabajo* (dir. José María Marín Correa), Consejo General del Poder Judicial, 1994, pp. 173-221, p. 175).

⁴⁷ ARTZ, “La suspension ...” *cit.*, p. 100.

II. Temos presente que o apelo a outras experiências jurídicas e, nesse contexto, a busca de institutos equivalentes deve ser cuidadosamente considerada, de forma a não descuidar as idiossincrasias do Direito do Trabalho de cada ordenamento: neste âmbito, as comparações ditam, não raras vezes, equívocos e imprecisões, por se forçar confrontar o que não é comparável ou por se atender apenas a um instituto, sem considerar a malha normativa que o envolve e condiciona. Reproduzimos, neste âmbito, o alerta de LOBO XAVIER, que aqui assumimos como nota orientadora: “a transposição acrítica de dados pontuais estrangeiros, desligada do respectivo sistema e às vezes até do conhecimento elementar do instituto onde estão integrados ou da sua vivência, não permite uma utilização capaz dos materiais recolhidos, que servem apenas para – em citação avulsa – dar uma nota falsamente erudita nas tentativas de investigação. Procurámos fugir, porventura nem sempre com êxito, a este vulgar vício metodológico”⁴⁸. Tratamos, na verdade, de um tema em que as aparentes semelhanças acabam por revelar, a um olhar mais atento, diferenças substanciais, que importa não perder de vista. Ilustrando tais clivagens diremos que se no Direito português a suspensão surge, sobretudo, como garantia da continuidade contratual em geral e da estabilidade do emprego em particular, no Direito inglês, obedecendo o enquadramento jurídico do trabalho a matriz distinta, a suspensão é frequentemente identificada com um indesejável estado de *indefinição*. Assumindo esta perspectiva, a suspensão constitui, para Ron MCCALLUM, um *limbo* a evitar, já que deveria, simplesmente, “haver emprego” ou “não haver emprego”, sendo de rejeitar qualquer situação incerta ou de meio-termo⁴⁹. Importa ainda não desconsiderar que o próprio fenómeno suspensivo assume matizes diversas consoante o nível de tutela da estabilidade afecto, em cada ordenamento, às diversas hipóteses suspensivas e aos efeitos que lhe são associados, impondo-se também não descuidar os modelos de cessação vigentes em cada caso, e a margem de autonomia conferida, nesse âmbito, ao empregador, quanto à extinção unilateral do vínculo.

⁴⁸ O despedimento cit., p. 122.

⁴⁹ “Exploring the Common Law: Lay-Off, Suspension and the Contract of Employment”, *Australian Journal of Labour Law*, 1989, n.º 2, pp. 211-233, p. 233.

PARTE I DELIMITAÇÃO E RELEVO JURÍDICO DA SUSPENSÃO

CAPÍTULO I O TEMPO E COMPROMISSOS DURADOUROS

Para lá do plano jurídico, a suspensão corresponde ao acto ou efeito de suster, sobrestar ou diferir – dir-se-á que algo suspenso pende, por incompleto ou por resolver: a suspensão implica um processo inacabado, que sofre pausa ou imobilização, subsistindo, na expectativa de ser retomado. Também na ordem jurídica, a suspensão surge enquanto fenómeno transversal, como interferência que trava a continuidade de um processo encetado, induzindo um estado de *latência*⁵⁰ – enquadramento transponível igualmente para a suspensão laboral^{51/52}.

Enquanto mecanismo de resposta a evento que condiciona temporariamente a execução, a suspensão reflecte o decurso do *tempo*, acomodando o contrato à imprevisibilidade do devir: a essência da suspensão surge, assim, intrinsecamente associada à natureza *duradoura* do vínculo. cremos, no entanto, que temas vários, centrais à compreensão da suspensão – v.g., superveniência e tutela da estabilidade, (in)cumprimento e (im)possibilidade (temporária ou definitiva), *exceptio inadimpleti contractus* e

⁵⁰ Já desde há muito que se constata que, “juridicamente, a *suspensão*, em regra, importa numa *paralisação* [...] por *tempo limitado*, de uma *atividade*, ou de um *procedimento*” (Oscar Joseph de Plácido e SILVA, *Vocabulário Jurídico*, vol. 4, 2.^a ed., 1967, pp. 1509-1510).

⁵¹ Definida por Bernardo da Gama Lobo XAVIER como “especial modalidade de sobrevivência do contrato, durante a *impossibilidade prolongada e temporária* da execução da prestação do trabalho” (“Suspensão da Prestação do Trabalho”, *Verbo Enciclopédia Luso-Brasileira de Cultura*, vol. 17, Editorial Verbo, 1994, p. 910, ênfase nossa). Afectando à suspensão laboral “*naturalidade de pausa o paréntesis*”, v. CARRO IGELMO, *La suspensión* cit., p. 5.

⁵² No universo jurídico, atendendo à pluralidade de fórmulas terminologicamente aproximadas e ao tema da dissertação – circunscrito à suspensão laboral –, importa restringir o apelo à suspensão em Direito privado, nas variantes previstas no CC. Sem prejuízo de outras referências dispersas, é, nesse âmbito, perceptível a relevância de dois fenómenos suspensivos: (i) a condição e o termo suspensivos (arts. 270.º a 279.º do CC) e (ii) a suspensão da prescrição (no essencial, arts. 318.º a 322.º do CC, a par de outras regras dispersas). Contudo, se ao regime geral da condição e termo suspensivos corresponde, no plano laboral, o art. 135.º do CT, a prescrição encontra concretização no art. 337.º do CT. Não se tratando, certamente, de equivalentes funcionais da suspensão laboral, poderá justificar aferir-se se a proximidade terminológica pode ainda justificar a busca de elementos comuns – a convocar, sempre que oportuno. Serão, na verdade, adiante referidos não só propostas de aproximação da suspensão laboral à condição suspensiva (*infra*, Capítulo III, § 1) como pontos de contacto entre a suspensão laboral e a suspensão da prescrição (*infra*, Capítulo V, § 4). Sendo, todavia, omitida expressa menção, no CC, à suspensão como vicissitude contratual, haverá que concluir pela ausência de instituto perfeitamente equivalente, no plano sistemático, à suspensão laboral, o que não prejudica, não obstante, a delimitação de equivalente(s) funcional(is). Noutra dimensão (em Direito Comparado), Carlos Ferreira de ALMEIDA assinala, quanto à microcomparação, que “comparáveis serão apenas os institutos que, desempenhando funções equivalentes, intervenham na resolução de questões jurídicas através de instrumentos jurídicos de natureza semelhante” (*Direito Comparado. Ensino e Método*, Cosmos, 2000, p. 151).

relevância acentuada dos deveres acessórios –, assumem significado próprio, no conjunto mais vasto das obrigações duradouras, impondo adaptações às regras gerais, concebidas segundo o modelo das obrigações instantâneas.

O contrato de trabalho traduz um vínculo complexo, destinado a perdurar. Por conseguinte, centrar o estudo da suspensão laboral apenas nos traços específicos deste contrato – ainda que correspondendo à sistematização usual⁵³ –, descarta elemento essencial à compreensão do instituto. A título ilustrativo, diremos que é difícil tratar a impossibilidade temporária – conceito estrutural no âmbito da suspensão laboral^{54/55} – sem compreender o preciso sentido que assume no contexto de obrigação duradoura e que se distancia, em aspectos relevantes, do acolhido nas obrigações instantâneas. Acentuamos, por isso, a importância do tempo na conformação do contrato, enquanto justificativo de particularidades regimentais diversas.

⁵³ Assim, YAMAGUCHI, que constata, em nota introdutória a reflexão reservada à suspensão laboral: *“la mise en oeuvre de la suspension en matière de contrat de travail doit, de toute évidence, faire face à des problèmes nouveaux, inconnus de la théorie civiliste traditionnelle”* (La théorie cit., p. 1).

⁵⁴ V. aliás *supra* n. 51.

⁵⁵ Desde logo, atento o previsto no art. 294.º, n.º 1, onde se dispõe que a *“suspensão de contrato de trabalho pode fundamentar-se na impossibilidade temporária [...] total, de prestação de trabalho por facto relativo ao trabalhador ou ao empregador”*.

SECÇÃO I

A INFLUÊNCIA DO TEMPO NA EXECUÇÃO CONTRATUAL

I. Assinalada a potencial ligação entre suspensão e natureza duradoura do vínculo (laboral), importa identificar, ainda que sumariamente, particularidades regimentais associadas a tais vínculos de execução não instantânea. Trata-se, todavia, de uma análise comprometida com um fim específico: verificar, naquele contexto (duradouro), por que surge e que sentido assume a suspensão. Procurar-se-á, afinal, também por esta via, melhor compreender o fenómeno suspensivo laboral: dir-se-á pressuposta uma análise – selecta (porque direccionada) – da influência do *tempo* no Direito⁵⁶; a par de outros domínios que reflectem a sua eficácia, haverá que observar a sua acção na conformação e modelação de contratos.

Já Marie-Louise CROS alertara para a importância do tempo na vida jurídica, concluindo que, no domínio contratual, o tempo exerce uma influência particular: um contrato cuja execução se realiza num dado instante não pode observar um regime idêntico ao de negócio cuja execução se prolonga no tempo. Com efeito, neste último caso, as partes envolvem-se numa forma de *aposta* e assumem certos riscos porque não têm certezas quanto ao futuro, admitindo uma série de eventos que podem surgir e afectar o curso do contrato⁵⁷. Será tal manifestação do tempo no plano contratual, enquanto elemento constitutivo essencial, que será, em diante, referida⁵⁸.

II. Ainda que as normas sobre obrigações em geral afectem reduzida atenção às obrigações duradouras, tal não impede a identificação de um regime próprio que lhes seja reservado – reunindo referências dispersas, adaptando regras existentes ou admitindo novas construções, que atendam à sua particular natureza. Na verdade, desde há muito que a doutrina lhes reconhece essência própria. Assim, Inocêncio Galvão TELLES admite que, embora a expressão

⁵⁶ Para Francesco CARNELUTTI, o tempo não é um facto jurídico, “a duração é que pode ser o requisito (dinâmico) de um acto, ou em geral de um facto jurídico, devendo, pois, distinguir-se os actos ou factos para que a dimensão temporal é relevante, daqueles para que essa relevância não é estatuída” (*Teoria Geral do Direito* (trad. Afonso Rodrigues Queiró e Artur Anselmo de Castro), Arménio Amado, 1942, p. 386). Já para Carlos Alberto da Mota PINTO, “o tempo é um facto jurídico não negocial, susceptível de influir, em muitos domínios do Direito Civil, em relações jurídicas do mais diverso tipo” (*Teoria Geral do Direito Civil*, por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, 2.^a reimp. da 4.^a ed. (2005), Coimbra Editora, 2012, p. 659).

⁵⁷ “Les Contrats à Exécution Échelonnée”, *Recueil Dalloz Sirey*, 1989, n.º 9, pp. 49-54, p. 49.

⁵⁸ Assinalando a relevância jurídica do tempo no plano jurídico e suas manifestações diversas, v. Angelo De MARTINI, “Obbligazione di Durata”, *Novissimo Digesto Italiano*, 1965, vol. 11, pp. 655-659, em especial as pp. 655 e 657-658, e Massimiliano GRANIERI, *Il Tempo e il Contratto. Itinerario Storico-Comparativo Sui Contratti di Durata*, Giuffrè Editore, 2007, pp. 30-31. Em análise dedicada aos contratos duradouros, é ainda frequentemente invocada uma analogia funcional com os direitos reais (Giorgio OPPO, “I Contratti di Durata”, *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, 1943, vol. 41, pp. 143-180, e vol. 42, pp. 17-46, em especial p. 150). Também Luigi DEVOTO assemelha os “*rapporti obbligatori di durata*” a “*un ponte di passaggio fra il campo delle obbligazioni e quello dei diritti reali*” (*L’Obbligazione a Esecuzione Continuata*, Cedam, 1943, p. 34).

“obrigação como processo” não revista especial utilidade, teria, pelo menos, o mérito de assinalar a complexidade pressuposta em obrigação duradoura – enquanto “*organismo* possuidor de *dinâmica própria evolutiva*”, que se desenrola “até à consecução da sua meta final, seguindo no tempo uma *progressão*”⁵⁹.

É, porém, evidente o plano acessório a que CC, doutrina e jurisprudência nacionais relegam os vínculos duradouros, atento o destaque reconhecido às obrigações instantâneas⁶⁰. Admitimos como transponível, para este contexto, certa *insensibilidade* do Direito aos efeitos do tempo e correlativo esforço de superação do fenómeno, no plano jurídico: “ontologicamente, o Direito implicará sempre o vector humano que consiste em segurar – ou tentar segurar – em função de determinadas coordenadas e de acordo com uma ideia de Justiça, uma realidade em permanente mutação”⁶¹. Lógica, de resto, consistente com a secundarização dos institutos jurídicos que melhor reflectem o passar do tempo – sobretudo a prescrição, a caducidade e o não uso (art. 298.º do CC)⁶² – e extensível, como cremos, ao tratamento reservado às obrigações duradouras. Estas assumem, afinal, como nota característica, não só um esforço de *antecipação*, mas (ainda) idêntica tentativa de *superação* do tempo pelo Direito⁶³: o futuro é, também aqui, antevisto (e, nesta medida, ajustado) pelas partes. Na verdade, “o contrato deve ser cumprido porque, num certo momento temporalmente limitado se assistiu a uma contratação. Digamos que o Direito «segura» o que, de outro modo, seria transitório e efémero”⁶⁴.

⁵⁹ *Direito das Obrigações*, reimp. da 7.ª ed. rev. e act. (1997), Coimbra Editora, 2010, pp. 18-19.

⁶⁰ A este propósito, quanto à doutrina estrangeira, *v. infra* n. 98. Já no plano nacional, *v. infra* n. 99.

⁶¹ António Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil V (Parte Geral)*, 2.ª ed. (rev. e act.), Almedina, 2015, p. 154.

⁶² Não obstante relevância prática evidente. Quando à prescrição, *v. Menezes CORDEIRO, Tratado cit., V (Parte geral) cit.*, pp. 157 e ss. Retomamos o apelo à prescrição *infra*, Capítulo V, § 4.

⁶³ Neste sentido, *v. ARTZ, “La suspension ...” cit.*, pp. 95 e ss.

⁶⁴ Menezes CORDEIRO, *Tratado cit. V (Parte geral)*, p. 154.

SECÇÃO II

A SUSPENSÃO LABORAL COMO UM FENÓMENO HETEROGÉNEO E COMPLEXO

I. Enunciado o tema, importa melhor enquadrar a sua análise no âmbito da dissertação. Admitimos que à suspensão laboral corresponda dupla valoração, nem sempre harmoniosa. Por um lado, uma tensão intrínseca “heterogeneidade”/“complexidade”⁶⁵, que inviabiliza a identificação, no CC, de instituto que ali assuma, com semelhante abrangência, função idêntica. A assimetria entre regime laboral suspensivo e normas gerais da civilística resulta da dificuldade em promover, neste âmbito, uma contraposição perfeita entre Direito Civil e Direito do Trabalho⁶⁶: ao tratamento tendencialmente agregado de institutos vários, sob a alçada da suspensão laboral, corresponde, no CC, quando existente, uma regulação geral e dispersa⁶⁷. Acresce o facto de tais conceitos e princípios de Direito comum dos contratos serem, em simultâneo e sem contradição, essenciais à conformação de aspectos diversos, convocados sob a égide da suspensão laboral.

Esta dinâmica contribui, segundo cremos, para os traços próprios do instituto no Direito português. A heterogeneidade e a complexidade da suspensão laboral resultam, desde logo, dos “*factos determinantes de redução ou*

⁶⁵ Assim, YAMAGUCHI, que constata: “*il existe de nombreux événements qui interviennent dans le cours du contrat de travail et qui sont susceptibles d’entraîner une interruption matérielle de l’exécution du contrat*” (*La théorie cit.*, p. 70). No mesmo sentido, v. Xavier BLANC-JOUVAN, “Suspension et Interruption du Contrat de Travail”, *RDICL*, ano 10, 1970, n.º 1, pp. 64-82, p. 67 e ss.

⁶⁶ O que encontra concretizações muito diversas na esfera laboral. António Menezes CORDEIRO assinala, a este propósito, que “conhecidos factores económicos, sociais, políticos e culturais [...] levam a que a doutrina obrigacional geral não tenha aplicação linear ao contrato de trabalho” (“Da Cessação do Contrato de Trabalho por Inadaptação do Trabalhador Perante a Constituição da República”, *RDES*, ano 33, 1991, n.ºs 3 e 4, pp. 369-418, em especial as pp. 383-384).

⁶⁷ Perspectiva inversa é assumida por JORGE LEITE, que considera que à diversidade do regime suspensivo laboral equivale regime uniforme de Direito Civil (“Notas ...” *cit.*, p. 129). Refere o Autor que “compreende-se que a *suspensão dos contratos em geral* esteja sujeita a um regime jurídico comum. Sendo as suas causas redutíveis aos casos fortuitos ou de força maior ou, como atrás se referiu, em que a prestação se haja tornado impossível por causa não imputável ao devedor, e tendo como seus comuns requisitos e limites a possibilidade de execução futura da prestação e o correspondente interesse do credor, não se vislumbram, com efeito, razões para a *diversificação do seu regime*” (p. 129). Esta concepção parte, todavia, do pressuposto que os factos suspensivos laborais encontram equivalente (único) no regime da impossibilidade temporária, previsto no art. 792.º do CC. Cremos, porém, que, não obstante certo grau de inevitável fragmentação, a suspensão laboral procura agregar, originalmente, fenómenos muito diversos, não reconduzíveis apenas à impossibilidade temporária – e que encontram equivalente em institutos distintos, dispersamente regulados no CC. Consideramos, por outro lado, que só aparentemente a “suspensão dos contratos em geral” se pode considerar sujeita a um regime jurídico comum, tal qual previsto no art. 792.º do CC. Na verdade, veremos que esta disposição regula, em primeira linha, o fenómeno da impossibilidade temporária em vínculos de execução instantânea: a sua transposição para vínculos duradouros – hipótese que converte a “impossibilidade temporária” em efectiva “suspensão contratual” – pressupõe adaptação da norma, em função da natureza duradoura do vínculo e subsequente acomodar do regime assim delimitado em função de contrato (duradouro), especificamente considerado (tema a desenvolver *infra*, Capítulo II, § 3).

suspensão”⁶⁸, tal como previstos no art. 294.^o⁶⁹, sem paralelo no Direito das Obrigações. O art. 294.^o, n.º 1, ao dispor que “[...] a suspensão de contrato de trabalho pode fundamentar-se na impossibilidade temporária [...] total, de prestação de trabalho por facto relativo ao trabalhador ou ao empregador”, apela, nomeadamente, aos temas da impossibilidade (absoluta/relativa), da mora do devedor e da mora do credor. Por sua vez, o art. 294.^o, n.º 2, a), ao admitir a “[...] a suspensão do contrato de trabalho” para “assegurar a viabilidade da empresa e a manutenção de postos de trabalho, em situação de crise empresarial”, sugere uma demarcação do regime da “impossibilidade”, enunciado no n.º 1⁷⁰. Já o art. 294.^o, n.º 2, b), ao prever que “permitem também a [...] a suspensão do contrato de trabalho, designadamente”, “o acordo entre trabalhador e empregador, nomeadamente acordo de pré-reforma”, não suscita, no Direito Civil, particulares dificuldades no que respeita ao acordo e não encontra paralelo quanto à pré-reforma⁷¹. Por fim, o art. 294.^o, n.º 3, admitindo a “suspensão de contrato de trabalho por iniciativa de trabalhador, fundada em falta de pagamento pontual da retribuição”, apela ao regime da excepção de não cumprimento⁷², regulada, em termos gerais, nos arts. 428.^o a 431.^o do CC.

⁶⁸ Também HAGER atesta, no Direito alemão, a multiplicidade de fenómenos reconduzíveis genericamente à relação de trabalho “dormente” (*Das ruhende cit.*, p. 1).

⁶⁹ Centramos a análise, para já, apenas no art. 294.^o, mas a questão torna-se, naturalmente, ainda mais complexa atenta a extensão da suspensão laboral a outras hipóteses, de enquadramento disperso (*v. infra* Parte II, Capítulo I, Secção III, § 2.1.6.). De todo o modo, o art. 294.^o reflecte, só por si, a vocação abrangente do instituto (JÚLIO GOMES, *Direito cit.*, pp. 853-854).

⁷⁰ A regulação autónoma destes casos no n.º 2 do art. 294.^o (“Permitem também ...”) revela a ligação (quase) umbilical ou, pelo menos, prioritária da suspensão laboral à impossibilidade, indicada no n.º 1 do art. 294.^o: “a verdade é que, enquanto a suspensão, no seu perfil originário, supõe a impossibilidade material do trabalho, por faltar o seu suporte ou «substrato» (encerramento total ou parcial do estabelecimento), o «lay-off» constitui uma medida directamente orientada a certos trabalhadores e até, porventura, compatível com a continuidade da laboração da empresa”. Por conseguinte, neste último caso, a actividade “não resulta propriamente impossível, é interrompida em virtude de decisão do empregador baseada em propósitos de compressão de custos” (MONTEIRO FERNANDES, *Direito cit.*, p. 452, com itálico nosso). E, nesta medida, o Autor qualifica a suspensão como “atípica” (p. 469). Entendemos, porém, que a lógica subscrita a respeito da suspensão por factos respeitantes ao empregador – aqui se incluindo, naturalmente, o “lay-off” – reclama valoração distinta, dispensando aferir se concorre ou não uma decisão do empregador (*v. infra* Parte II, Capítulo I, Secção IV, § 2.1.).

⁷¹ No âmbito específico da suspensão laboral, MONTEIRO FERNANDES qualifica a suspensão acordada pelas partes como “instrumento para certos fins úteis”, sendo certo que, “em tais hipóteses, não poderá decerto falar-se de impossibilidade da prestação de trabalho, mas sim de uma modificação convencional do contrato de trabalho” (*Direito cit.*, p. 450, itálico nosso). Por sua vez, na pré-reforma, “mais do que de uma forma atípica de suspensão”, tratar-se-á de “acordo novatório que não afecta a subsistência do vínculo entre trabalhador e empregador” (p. 479, com itálico nosso). Quanto à novação, *v. infra* Capítulo III, § 3.

⁷² Não sendo, todavia, esta a leitura de Maria do Rosário Palma RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho. Parte II – Situações Laborais Individuais*, 5.^a ed. (rev. e act.), Almedina, 2014, pp. 698-701. Para maiores desenvolvimentos, *v. infra* Capítulo II, § 2.

II. A *unidade* de regulação de fenómenos tão diversos confere à suspensão laboral inegável originalidade. Exige, todavia, esforço acrescido, atenta a convocação simultânea de uma pluralidade de regimes jurídicos dispersos na sistemática do CC: sem prejuízo da especialidade que lhe seja reconhecida, a suspensão laboral não prescinde de apelo à (im)possibilidade, à (in)exigibilidade, ao (in)cumprimento ou à excepção de não cumprimento, conforme o enquadramento previsto no Direito comum dos contratos – havendo, pois, que aferir como transpor o conjunto normativo que enquadra estas matérias no CC para o Direito do Trabalho. Neste contexto, importa, para já, verificar como vectores distintos – (i) a qualificação do contrato de trabalho como vínculo duradouro⁷³; (ii) a especial relevância da suspensão enquanto mecanismo de tutela da estabilidade de contrato de execução não instantânea⁷⁴; e (iii) a delimitação de desvios regimentais reservados, nos contratos com vocação duradoura, à regulação das matérias assinaladas⁷⁵ – confluem para a compreensão dos contornos precisos da suspensão laboral.

⁷³ *Infra*, Secção III deste Capítulo.

⁷⁴ *Infra*, Secção IV deste Capítulo.

⁷⁵ *Infra*, Secção V deste Capítulo e Capítulo II.

SECÇÃO III

O CONTRATO DE TRABALHO COMO VÍNCULO DURADOURO E A SUSPENSÃO COMO INSTITUTO VOCACIONADO À REGULAÇÃO DE OBRIGAÇÕES DURADOURAS

I. O contrato de trabalho é, por natureza, duradouro⁷⁶: a obrigação principal do trabalhador corresponde a uma actividade continuada e a do empregador a uma realização periódica⁷⁷ – cada uma destas obrigações recíprocas desdobra-se em sucessivas prestações, que se repetem no tempo⁷⁸. Neste âmbito, a afirmação do carácter duradouro do contrato de trabalho releva sobretudo porque, sendo o acervo normativo de Direito privado comum aplicável como regime geral subsidiário, em caso de lacuna ou dúvida interpretativa⁷⁹ – contanto, claro está,

⁷⁶ “Pelo contrato de trabalho estabelece-se uma relação duradoura, que deriva, muito simplesmente, dos interesses também duradouros das partes” (Bernardo da Gama Lobo XAVIER, “Da Justa Causa de Despedimento no Contrato de Trabalho, Separata do vol. 16 do Suplemento ao BFDUC, 1965, p. 14).

⁷⁷ O art. 11.º define contrato de trabalho como “aquele pelo qual uma pessoa singular se obriga, mediante retribuição, a prestar a sua actividade a outra ou outras pessoas, no âmbito de organização e sob a autoridade destas”. Enquanto, num contrato de compra e venda, “[...] duas pessoas [...] ficam obrigadas a executar duas prestações [...] que, em princípio, se esgotam num só momento, são instantâneas”, o mesmo não sucede “[...] noutros contratos, cuja execução se protraí no tempo, por as prestações implicarem uma conduta continuada ou uma série de actos e comportamentos: está-se, então, perante contratos duradouros ou de execução duradoura, entre os quais alinha o contrato de trabalho” (Monteiro Fernandes, *Direito cit.*, p. 162, *itálico nosso*). Jorge LEITE qualifica o contrato de trabalho como de execução sucessiva, “porque o seu cumprimento se traduz numa sucessão de actos escalonados no tempo” (*Direito do Trabalho*, vol. 2, policop., inédito, 2004, p. 45), sendo idêntica qualificação acolhida por João Leal AMADO, *Contrato de Trabalho*, 4.ª ed., Coimbra Editora, 2014, pp. 74-75; v. ainda Mário PINTO, Pedro Furtado MARTINS e António Nunes de CARVALHO, *Comentário às Leis do Trabalho*, vol. 1, Lex, 1994, p. 28. MENEZES CORDEIRO enquadra igualmente o contrato de trabalho entre os contratos duradouros, no essencial, porque “não se destina a apoiar uma obrigação efémera ou de extinção imediata pelo cumprimento, antes tendendo a subsistir” e de execução continuada porque “gera obrigações que, em múltiplos aspectos, não conhecem intervalos juridicamente relevantes na sua execução” (*Manual cit.*, p. 519). No mesmo sentido, Maria do Rosário Palma RAMALHO qualifica o contrato de trabalho como de execução continuada porque “a actividade de trabalho se desenvolve ao longo do tempo e a obrigação retributiva envolve uma prestação periódica” (*Tratado de Direito do Trabalho. Parte I – Dogmática Geral*, 3.ª ed. (rev. e act.), Almedina, 2012, p. 468). V. também Luís Manuel Telles de Menezes LEITÃO, *Direito do Trabalho*, 4.ª ed., Almedina, 2014, p. 113.

⁷⁸ JOSÉ JOÃO ABRANTES, “Salários ...” *cit.*, p. 198. Adiante indicamos, com maior precisão, o sentido inerente às qualificações utilizadas (v. *infra* Secção V, Subsecção II).

⁷⁹ Refere, a este respeito, PALMA RAMALHO que, “desde que não conflituem com princípios específicos do Direito do Trabalho, as normas civis, designadamente em matéria de teoria geral do negócio jurídico e de regime dos contratos obrigacionais, podem ser chamadas a integrar lacunas do regime laboral” (*Tratado cit.*, I, p. 38, e *Da Autonomia Dogmática do Direito do Trabalho*, Almedina, 2000, pp. 997 e ss.). Assinalando as insuficiências do Direito Comum para enquadrar as especificidades do vínculo laboral, Robert BIRD nota: “contract law, although not wholly incompatible with employment, does not fully account for the broad range of relational interests and contexts present in employment relationships” (“Employment as a Relational Contract”, *Journal of Labor and Employment Law*, 2005, vol. 8, pp. 149-217, p. 158). Quanto à construção relacional, v. *infra* Secção V, Subsecção I. Por fim, v. Gérard LYON-CAEN, “Du Rôle des Principes Généraux du

que não colida com as valorações e princípios próprios do ramo jurídico-laboral⁸⁰ –, haverá que verificar (ainda) se tais regras ou princípios não conhecem concretização ou adaptação perante obrigações duradouras. Se for o caso, é este conjunto mais restrito que será, por sua vez, transposto e ajustado ao regime laboral, que enquadra um vínculo duradouro específico, só assim se afastando (falsas) aparências de identidade.

Justifica-se, no entanto, um apontamento prévio: a referência, neste âmbito, às particularidades impostas em função do carácter duradouro do vínculo não se justifica apenas por o contrato de trabalho assumir tal natureza; se assim fosse, qualquer estudo de Direito do Trabalho pressuporia idêntica menção. Acrescem, porém, decorrências próprias do objecto em análise: “muitos autores consideram que a suspensão é um instituto típico dos contratos que

Droit Civil en Droit du Travail (Première Approche)”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1974, t. 72, pp. 229-248.

⁸⁰ Enquanto Direito privado especial, o Direito do Trabalho constitui um subsistema autónomo no universo jurídico privado. Reconhecendo que “[a]o alargamento, [à] autonomização, e [ao] desenvolvimento [do Direito do Trabalho] pela jurisprudência e pela doutrina”, corresponde “um dos progressos mais evidentes da cultura jurídica do nosso século”, v. Franz WIEACKER, *História do Direito Privado Moderno* (trad. António Manuel Hespanha), 3.^a ed., Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 635. Como nota José João Nunes ABRANTES, “estamos perante um ramo do Direito que ainda hoje se mantém fiel aos pressupostos, que estiveram na sua génese, de promoção da igualdade material e de protecção do contraente débil, que há muito mais de um século tão bem traduzidos foram no aforismo de que «entre o fraco e o forte é a lei que liberta e a liberdade que oprime»” (“A Constituição e as Reformas Laborais em Curso”, *Congresso Europeu de Direito do Trabalho* (coord. José João Abrantes), Almedina, 2014, pp. 13-26, p. 23). Entre nós, para lá da autonomia sistemática, António Menezes CORDEIRO reconduz o Direito do Trabalho aos parâmetros dogmáticos do Direito Civil (“Da Situação Jurídica Laboral: Perspectivas Dogmáticas do Direito do Trabalho”, *ROA*, 1982, pp. 89-149, em especial as pp. 96 e ss., e MENEZES CORDEIRO, *Manual cit.*, no essencial, pp. 101-104). Leitura idêntica é sustentada por Pedro Romano MARTINEZ, *Direito do Trabalho. Relatório*, Separata da FDUL, 1999, pp. 40 e ss., e *Direito do Trabalho*, 7.^a ed., Almedina, 2015, pp. 60 e ss. Acompanhamos, todavia, PALMA RAMALHO, que reconhece ao Direito do Trabalho não apenas autonomia sistemática, mas valoração axiológica própria e, nesta medida, autonomia científica ou dogmática (*Tratado cit.*, I, p. 38 e pp. 124 e ss., e *Da autonomia cit.*, em especial, pp. 961 e ss.). Alicerçam a autonomia dogmática do Direito do Trabalho, desde logo, a singularidade dos seus institutos: o *contrato de trabalho* – complexo, pessoal, organizacional, dominial e compromissório –, a *convenção colectiva de trabalho* e o *direito de greve*. A maturidade do Direito do Trabalho é também revelada em técnicas próprias, aqui desenvolvidas, de construção normativa, de aplicação e de interpretação das fontes, ao que acrescem as especificidades decorrentes do reconhecimento da greve e do poder disciplinar enquanto instrumentos de auto-tutela (PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, I, pp. 496-514, e *Da autonomia cit.*, p. 711 e ss.). Estes elementos justificam, por seu turno, a formulação de princípios próprios, que comportam subseqüentes derivações: o “princípio da compensação da posição debitória complexa das partes no contrato de trabalho” – desdobrável no “princípio da protecção do trabalhador” e no “princípio da salvaguarda dos interesses de gestão; o princípio do colectivo” e, por fim, o da “autotutela laboral” (PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, I, pp. 519 e ss., e *Da autonomia cit.*, pp. 961 e ss.). Para análise detalhada das principais orientações referentes à construção dogmática do vínculo laboral, v. PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, I, pp. 231 e ss., e *Da autonomia cit.*, pp. 215 e ss.; v. ainda MENEZES CORDEIRO, “Da situação jurídica ...” *cit.*, pp. 89-149.

não são de execução instantânea, não faltando, inclusive, quem detecte aqui alguma influência do Direito do Trabalho sobre o próprio Direito Civil”⁸¹.

Cremos, na verdade, que a suspensão laboral – travando momentaneamente os efeitos principais do contrato de trabalho, com vista à plena eficácia futura – exige particular compreensão da dinâmica própria das obrigações duradouras⁸². Concebemos, afinal, a suspensão enquanto decorrência, entre outros elementos, da dimensão temporal do vínculo, assim se justificando afirmar que, “*sendo um contrato duradouro, o contrato de trabalho pode sofrer modificações de diversa índole*”; e que, precisamente em função de uma tal natureza, “*o contrato de trabalho po[ssa] ficar transitoriamente suspenso, isto é, o contrato pode não se extinguir, não terminar, não morrer, mas manter-se como que em estado latente, vivo mas adormecido (em «hibernação jurídica»)*”⁸³. Dir-se-á, pois, que, exigindo o fenómeno suspensivo uma dimensão temporal específica, a suspensão laboral não é dissociável do carácter duradouro do contrato de trabalho.

⁸¹ JÚLIO GOMES, *Direito cit.*, p. 856, com itálico nosso. Identificamos, na doutrina nacional, referências pontuais à especial função da suspensão em relações duradouras: JOÃO REIS admite que a problemática da suspensão no Direito comum dos contratos, coloca-se “*fundamentalmente ao nível dos contratos duradouros, para as hipóteses de incumprimento contratual, verificadas que estejam, bem entendido, certas condições*”. Afinal, “*o facto de estes contratos, de forma ininterrupta ou sucessiva, se protelarem no tempo, torna-os mais frágeis ou vulneráveis a obstáculos ao seu cumprimento*” (*A suspensão cit.*, p. 5, itálico nosso).

⁸² Por isso se diz que “*a figura da suspensão representa um dos múltiplos aspectos da faculdade de adaptação do contrato de trabalho, fundamental num contrato que tem vocação para perdurar*” (JÚLIO GOMES, *Direito cit.*, p. 853, itálico nosso). Assinalando idêntica correlação entre a “*sospensione del rapporto di lavoro*” e a natureza duradoura do contrato de trabalho, v. AA.VV., *Trattato di Diritto Privato* (dir. Pietro Rescigno), Utet, 1986, pp. 556-557.

⁸³ LEAL AMADO, *Contrato cit.*, p. 335, ênfase nossa.

SECÇÃO IV (NECESSÁRIA) ADAPTAÇÃO DAS REGRAS GERAIS?

I. Há, pois, que verificar se e em que medida tal traço distintivo (a durabilidade) condiciona a leitura e a aplicação do acervo normativo identificado. Enunciámos, entre outras, referências à (im)possibilidade (temporária ou definitiva)/à (in)exigibilidade, ao (in)cumprimento, à excepção de não cumprimento e à acentuação dos deveres acessórios – a convocar na conformação da suspensão laboral.

Admitimos que as regras sobre as obrigações em geral são mais adequadas à ordenação de obrigações instantâneas ou fraccionadas – as mais simples de tratar numa perspectiva dogmática –, nem sempre se adaptando perfeitamente às obrigações duradouras⁸⁴. Neste sentido, Júlio Manuel Vieira GOMES nota que “as regras desenvolvidas no âmbito do direito dos contratos dos ordenamentos nacionais” ajustam-se mal aos contratos duradouros, já que o “modelo ou protótipo é representado pela transacção «isolada», podendo afirmar-se que a explicitação de princípios jurídicos gerais neste domínio não acompanhou a evolução verificada”⁸⁵. Convirá, todavia, não esquecer que, ainda que paradoxalmente, inexistindo regime legal que atenda às particularidades das obrigações duradouras, estas, no confronto com as instantâneas, constituem um conjunto muito numeroso e significativo da vida em sociedade⁸⁶.

Para este desacerto, concorreria, segundo certa perspectiva, a noção clássica de contrato: tal conceito, reduzido “a um acordo de vontades”, seria criticável, entre outras razões, “porque, em virtude da sua própria generalidade e abstracção”, constituiria “obstáculo à compreensão de que certas categorias de contratos – como, por exemplo, os contratos de longa duração – colocam

⁸⁴ Neste âmbito, Manuel António Carneiro da FRADA assinala que “há um conjunto de características e especificidades que se conjugam e singularizam de algum modo as relações duradouras” (*Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, reimp. da 1.ª ed. (2004), Almedina, 2007, p. 560). V. ainda, WIEACKER, *História cit.*, pp. 545 e 598.

⁸⁵ “Cláusulas de Hardship”, *Contratos: Actualidade e Evolução*, *Actas do Congresso Internacional Organizado pelo Centro Regional do Porto da Universidade Católica Portuguesa de 28 a 30 de Novembro de 1991* (coord. António Pinto Monteiro), UCP, 1997, pp. 167-204, p. 178. Também António Nunes de CARVALHO assume esta evidência, considerando “usual, no Direito dos contratos”, partir-se de “um modelo paradigmático, que não contempla as especificidades dos contratos de execução duradoura e, mais especificamente, do contrato de trabalho” (“Sobre o Dever de Ocupação Efectiva do Trabalhador”, *RDES*, ano 33, 1991, n.ºs 3-4, pp. 261-327, p. 319).

⁸⁶ Assim, Francesco MESSINEO, *Dottrina Generale del Contratto*, 3.ª ed. (rev. e ampl.), Giuffrè Editore, 1948 (trad. Rodolfo Fontanarrosa, Santiago Sentís Melendo e M. Volterra), Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952, p. 429. Para o mesmo alertando Paul DURAND, “Préface à l’Ouvrage Collectif”, *La Tendance à la Stabilité du Rapport Contractuel* (coord. Paul Durand), LGDJ, 1960, pp. 1-5, p. 2, MARTINI, “Obbligazione ...” *cit.*, p. 657, e Alain BENABENT, *Droit Civil. Les Obligations*, 11.ª ed., Montchrestien, 2007, p. 235. Entre nós, também Assunção CRISTAS assinala a importância crescente destes contratos (“É Possível Impedir Judicialmente a Resolução de um Contrato?”, *Estudos Comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa* (coord. Diogo Freitas do Amaral, Carlos Ferreira de Almeida e Marta Tavares de Almeida), vol. 2, Almedina, 2008, pp. 53-79, p. 76).

problemas específicos”^{87/88}. É, por isso, reconhecido que, não obstante “o indiscutível relevo prático e dogmático, a categoria das *relações obrigacionais duradouras*, enquanto fenómeno jurídico *a se*, manteve-se, durante muito tempo, à margem das codificações civis”⁸⁹.

Cientes destas dificuldades, os textos dedicados às obrigações duradouras procuram identificar as normas a modificar ou excepcionar, em cada hipótese⁹⁰. O exemplo mais evidente resulta, porventura, do regime jurídico da resolução, por constituir um dos raros casos em que o legislador atende expressamente à natureza duradoura do vínculo: se, em geral, nos contratos de execução *unicu actu perficitur*, a resolução opera retroactivamente, nos restantes produz, tendencialmente, efeitos *ex nunc*⁹¹. Outras manifestações de desconformidade regimental impõem, porém, novas adaptações, ainda que menos evidentes, por não textualmente referidas; admitimos que assim suceda a respeito de parte significativa das matérias acima enunciadas – especialmente relevantes na delimitação da suspensão laboral. Sem prejuízo de desenvolvimento ulterior,

⁸⁷ JÚLIO GOMES, “Cláusulas ...” *cit.*, pp. 168-169.

⁸⁸ Importa, neste contexto, precisar, quanto à destriça entre “contrato-acto” e “contrato-relação”, que a dissertação respeita, no essencial, a esta última acepção. A tal propósito, resulta especialmente ilustrativo o confronto do disposto nos arts. 35.º e 36.º e nos arts. 41.º e 42.º do CC ou a contraposição dos arts. 49.º e 50.º com os arts. 52.º e 53.º do CC. João de Matos Antunes VARELA refere, a este respeito, que “o conceito moderno de contrato, assente no acordo de vontades das partes, constitui o remate de uma longa evolução histórica” (*Das Obrigações em Geral*, vol. 1, reimp. da 10.ª ed. rev. e act. (2000), Almedina, 2015, p. 214). É certo que “o contrato é essencialmente um *acordo* vinculativo de vontades opostas, mas harmonizáveis entre si” (p. 216). Todavia, nem sempre “o contrato é concebido nos mesmos termos”. Na verdade, “a mesma realidade ontológica é apresentada pelos autores sob prismas diferentes. Uns vêem no contrato o *acordo* de vontades dos contraentes, gerador de obrigações ou de outros efeitos jurídicos. Outros consideram o contrato como a *relação jurídica* emergente do acordo”, a título de exemplo se referindo que “é como se dissessem que o casamento não consiste no acto momentâneo que os nubentes realizam perante o oficial público ou o ministro da religião, mas na comunhão duradoura de vida que os cônjuges estabelecem entre si, na sequência do acto matrimonial” (p. 218). A este propósito, v. Rui Pinto DUARTE, *Tipicidade e Atipicidade dos Contratos*, Almedina, 2000, p. 23, e PINTO OLIVEIRA, *Princípios* *cit.*, pp. 104-107. V. também, Gino GORLA, *Il Contratto. Lineamenti Generali*, vol. 1, Giuffrè, 1954, p. 1, Rudolf SCHLESINGER, *Formation of Contracts. A Study of the Common Core of Legal Systems*, vol. 1, Dobbs Ferry, Oceana Publications, Inc. e Stevens & Sons, 1968, p. 18, e Arthur von MEHREN, “A General View of Contract”, *International Encyclopedia of Comparative Law*, cap. 1, vol. 7, *Contracts* (ed. Arthur von Mehren), J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1982, p. 5.

⁸⁹ Fernando Ferreira PINTO, *Contratos de Distribuição. Da Tutela do Distribuidor Integrado em Face da Cessação do Vínculo*, UCP, 2013, p. 103-104.

⁹⁰ Otto von GIERKE, “Die Dauernde Schuldverhältnisse”, *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, 1914, pp. 355-411, acessível em <<http://dlib-zs.mpijg.de/pdf/2084957/64/1914/20849576419140361.pdf>>, pp. 356-357, e DEVOTO, *L’obbligazione* *cit.*, p. 5.

⁹¹ “Nos contratos de execução continuada ou periódica, a resolução não abrange as prestações já efectuadas, excepto se entre estas e a causa de resolução existir um vínculo que legitime a resolução de todas elas” (art. 434.º, n.º 2, do CC; v. ainda o art. 277.º, n.º 1, do CC). Retomamos *infra*, Secção V, Subsecção II, § 2.3., referência a esta hipótese.

tomemos, por ora, por exemplo, o disposto no art. 792.^o do CC. No contexto em que nos movemos, esta disposição releva por duas razões:

(i) Desde logo, atenta a tendencial justificação da suspensão laboral por referência – por vezes, quase exclusiva⁹² – à impossibilidade temporária⁹³. Neste sentido, é particularmente ilustrativa a síntese de MONTEIRO FERNANDES, ao assimilar a suspensão laboral “a situações diversas, que se reconduzem, de um modo ou de outro, à impossibilidade superveniente temporária da prestação de trabalho, quando não seja imputável (a título de culpa) ao trabalhador”⁹⁴. Perante a referência feita, no art. 294.^o, n.^o 1, à impossibilidade, também PALMA RAMALHO assinala tratar-se de “impossibilidade superveniente, nos termos do art. 790.^o do CC”, acrescentando que “o regime da suspensão obsta, justamente, ao efeito

⁹² O que não temos por acertado, atenta a convocação, já antecipada, de outros institutos para a compreensão da suspensão laboral.

⁹³ Em fenómeno não limitado ao ordenamento português. A propósito do Direito francês, Michel ROGER indica que “la suspension du contrat de travail apparaît comme un moyen exceptionnel d’empêcher ou seulement de retarder la rupture du contrat lorsque l’exécution de celui-ci est temporairement impossible” (“Les Effets de la Délinquance d’un Salarié sur son Contrat de Travail”, *DS*, 1980, n.^o 2, pp. 173-186, p. 181). O apelo à impossibilidade, no contexto da suspensão laboral traduz fenómeno comum a diversos ordenamentos (assim, *infra*, Parte II, Capítulo I, Secção I, § 1.).

⁹⁴ *Direito cit.*, p. 449, itálico nosso. Já em 1967, a respeito do DL n.^o 47032, de 27.5.1966, o Autor indicava que, “em tese geral, a suspensão do contrato de trabalho consiste basicamente na manutenção do vínculo apesar de se verificar a impossibilidade temporária da prestação de trabalho. Em homenagem – como se sabe – à estabilidade do emprego, trata-se no fundo de reduzir as sequelas jurídicas da impossibilidade aos meros efeitos naturalísticos que ela envolve”. Explicitando esta ideia refere: “a prestação de trabalho não pode ser efectuada (sem que tal circunstância possa ser imputada ao trabalhador, bem entendido)? Pois mantenha-se o contrato, com todos os seus efeitos – apenas não sendo efectivada a prestação impossível” (MONTEIRO FERNANDES, “Suspensão da ...” *cit.*, p. 134, com itálico nosso). Por sua vez, em 1970, Bernardo da Gama Lobo XAVIER, indicava que “a impossibilidade da prestação do trabalho em que se baseia a suspensão pode ser determinada por factos ligados ao trabalhador ou pelo próprio comportamento da entidade patronal que o põe em condições de não poder executar o trabalho (v.g. pelo encerramento da empresa)” (“Da Estabilidade no Direito do Trabalho Português”, ano 8, 1970, n.^o 31, pp. 35-68, p. 45, ênfase nossa). LUÍSA ANDIAS GONÇALVES nota igualmente que “a suspensão do contrato de trabalho é o *nomen iuris* atribuído ao efeito jurídico paralisador de um vínculo, produzido pela impossibilidade temporária do cumprimento de uma obrigação” (“A licença ...” *cit.*, p. 141). Também RIBEIRO DOS SANTOS subscreve leitura da suspensão agregada em torno da impossibilidade: “no Código do Trabalho prevêm-se diversas modalidades de [...] suspensão do contrato de trabalho: elas podem fundamentar-se na impossibilidade temporária de prestação de trabalho por facto relativo ao trabalhador ou ao empregador” (“Procedimentos ...” *cit.*, p. 249, com itálico nosso). V. ainda Maria Irene da Silva Ferreira GOMES, que refere: “a paralisação dos direitos e deveres ligados à efetiva prestação de trabalho explica-se em virtude da impossibilidade temporária, por circunstâncias várias, de o trabalhador prestar o trabalho ou de o empregador o receber; a manutenção do vínculo contratual impõe-se, nessas situações, essencialmente por força do princípio da estabilidade do emprego” (*O Dirigente no Direito do Trabalho*, dissert., policop., inédito, Escola de Direito da Universidade do Minho, 2012, p. 350). Para uma síntese das diversas posições que reconduzem a suspensão laboral à lógica da impossibilidade temporária, v. RIVAS VALLEJO, *La suspensión cit.*, pp. 21 e ss. e 41 e ss. Segundo a Autora, independentemente da teoria explicativa do fenómeno, não haveria dúvidas em identificar a impossibilidade superveniente da prestação como fundamento último da suspensão (pp. 21-22).

extintivo geral da obrigação que resultaria desta impossibilidade, nos termos do art. 802.º do CC”⁹⁵.

(ii) Mas também por ser comum o confronto – ainda que para delimitação adequada das especificidades e notas diferenciadoras da suspensão no Direito do Trabalho – entre a suspensão laboral e o regime da impossibilidade temporária, previsto no CC⁹⁶. Sem reflectirmos, para já, sobre a adequação destas pressuposições, parece-nos que, por regra, se prescinde de uma referência essencial. O regime da impossibilidade temporária acolhido no art. 792.º do CC não constitui – pelo menos, sem adaptação – equivalente funcional da suspensão laboral. Ou, por outras palavras, tal contraposição, ainda que tenha possibilitado, em certa medida, a emancipação da suspensão laboral em face do Direito Civil⁹⁷, apenas acrescenta que os pressupostos não coincidem – o que é insuficiente.

II. Haverá que admitir, segundo cremos, etapa intermédia, descurada no tradicional processo comparativo (Direito Civil/Direito do Trabalho), e sem a qual se obtém uma perspectiva aproximada, mas não exacta, do problema. Importa, assim, recuperar o passo metodológico em falta: identificar os desvios e adaptações impostos às regras convocadas em contratos que com o de trabalho partilham uma característica específica – a durabilidade. Neste contexto, há, primeiro, que determinar os traços que demarcam obrigações duradouras e obrigações instantâneas para, em seguida e na falta de expressa sistematização normativa, indagar da existência de regime jurídico àquelas especialmente adaptado.

É de assinalar, porém, que, não obstante a relevância de tal análise, não se segue, por certo, estudo exaustivo das obrigações duradouras – o que extravasaria o objecto desta investigação e que seria, só por si, tema bastante para dissertação autónoma, conforme extensa e aprofundada bibliografia além-fronteiras. Tais estudos permitem, na verdade, concluir não restarem já dúvidas

⁹⁵ *Tratado cit.*, II, p. 830, n. 54. Quanto ao apelo assim feito – atenta a invocação do art. 802.º do CC –, v. *infra* Capítulo II, § 3.4.

⁹⁶ Tal contraposição é, na verdade, frequente em diversos textos que, de uma forma mais ou menos desenvolvida, se ocupam da suspensão laboral. Assim, JORGE LEITE afirma que a suspensão laboral é moldada “por princípios diferentes do direito comum das obrigações” (*Direito cit.*, p. 170, n. 25). Em conformidade, em “Notas ...” *cit.*, trata, de início, da inexecução temporária dos contratos em geral, sem, porém, incluir destrinça – que julgamos necessária – em função da natureza duradoura ou instantânea do vínculo (p. 121). ANDIAS GONÇALVES reforça igualmente que “o regime civilista da suspensão dos contratos” – reconduzido, no caso, ao regime da impossibilidade temporária – “não permite resolver grande parte dos problemas que se colocam no decorrer de uma relação laboral” (“A licença ...” *cit.*, p. 138).

⁹⁷ Conforme CARRO IGELMO “*los fenómenos propios de la suspensión del contrato de trabajo, han de ser análogos a los que nos ofrecerían en cualquier contrato civil, aunque modificados en su alcance y caracteres por las naturales especialidades del derecho del trabajo*” (*La suspensión cit.*, pp. 15-16). Por sua vez, JOÃO REIS nota que “o regime da suspensão no contrato de trabalho não assume carácter excepcional em relação ao regime do Direito comum, mas apenas um carácter especial, o que já não é pouco” (*A suspensão cit.*, p. 15).

quanto à existência de uma dogmática geral dos contratos *qui habent tractum successivum et dependentiam de futuro*⁹⁸. Não deixamos, todavia, de notar o contraste com o tratamento, entre nós, reservado ao tema. As referências são, em regra, breves ou dispersas⁹⁹, tornando mais complexo um estudo que se

⁹⁸ Tratamos, ainda assim, de fenómeno que apenas no século XX se afirmou consistentemente, cf. MARTINI, “Obbligazione ...” *cit.*, p. 656. Entre nós, v. António Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil VI (Direito das Obrigações)*, 2.^a ed. (rev. e act.), Almedina, 2012, pp. 560-561. FERREIRA PINTO refere, no plano da delimitação das relações obrigacionais duradouras, que, “até época recente, a invocação da figura constituía uma fundamentação mais aparente do que real para as soluções propugnadas, visto que os seus contornos se encontravam insuficientemente esclarecidos” (*Contratos cit.*, p. 104). Embora já há muito Friedrich Karl von SAVIGNY houvesse autonomizado as prestações efémeras das duradouras (*Das Obligationenrecht als Teil des heutigen römischen Rechts*, reimp. da edição de 1851-1853, Scientia Verlagen Aalen, 1987, pp. 302 e ss.), reveste, neste âmbito, particular importância a obra de GIERKE, “Die Dauernde ...” *cit.*, pp. 355 e ss., cujas ideias viriam a ser desenvolvidas, entre muitos autores, por Paul KRÜCKMANN, “Einige Bemerkungen zu den «dauernden Schuldverhältnissen», *Jherings Jahrbücher*, 1916, vol. 66, pp. 1-17, disponível em <<http://dlib-zs.mpg.de/pdf/2084957/66/1916/20849576619160005.pdf>>, e por Franz GSCHNITZER, “Die Kündigung nach dem deutschem und österreichischem Recht”, Parte 1, *Jherings Jahrbücher*, 1926, vol. 76, pp. 317-415, e Parte 2, *Jherings Jahrbücher*, 1927-1928, vol. 78, pp. 1-86. Depois de 1945, o tema foi retomado nomeadamente por Günther BEITZKE, *Nichtigkeit, Auflösung und Umgestaltung von Dauerrechtsverhältnissen*, Otto Meissners Verlag, 1948, por Günther WIESE, “Beendigung und Erfüllung von Dauerschuldverhältnissen”, *Festschrift für Hans Carl Nipperdey: zum 70. Geburtstag*, vol. 1, C. H. Beck, 1965, pp. 355-411, e por Peter GAUCH, *System der Beendigung von Dauerverträgen*, Universitätsverlag Freiburg Schweiz, 1968, disponível em <http://unifr.ch/ius/assets/files/chaire/CH_Stoekli/files/Peter%20Gauch/diss%20gauch.pdf>. Seguiram-se diversos estudos, com destaque para o de Hartmut OETKER, *Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung. Bestandsaufnahme und kritische Würdigung einer tradierten Figur der Schuldrechtsdogmatik*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1994, e dissertações várias, a par dos extensos comentários dedicados à temática. Em Itália, assumiram marcada relevância os textos de Giuseppe OSTI, com especial menção ao texto “La Così detta Clausola *rebus sic standibus* nel suo Sviluppo Storico”, *Rivista di Diritto Civile*, 1912, vol. 4, pp. 1-58, e “Appunti per una Teoria della «Sopravvenienza» (La Così detta Clausola *rebus sic standibus* nel Diritto Contrattuale Odierno”, *Rivista di Diritto Civile*, 1913, vol. 5, pp. 471-498 e pp. 647-697, e ainda “Contratto (Concetto, Distinzioni)”, *Nuovo Digesto Italiano*, 1938, vol. 16, pp. 36-70, em especial as pp. 67 e ss. Surgem ainda, como referências incontornáveis, DEVOTO, *L’obbligazione cit.*, pp. 5 e ss. e OPPO, “I contratti ...” *cit.* vol. 41, pp. 143 e ss., e vol. 42, pp. 17 e ss. Dando conta do surgimento e enquadramento da temática dos vínculos contratuais duradouros, em Itália e na Alemanha, v., entre nós, Paulo Alberto Videira HENRIQUES, *A Desvinculação Unilateral ad nutum nos Contratos Civis de Sociedade e de Mandato*, Coimbra Editora, 2001, pp. 197-198, n. 8. É de assinalar, por fim, que, embora o tema encontre já bases doutrinárias sólidas, mantêm-se frequentes as dúvidas relativas à perfeita delimitação das relações obrigacionais duradouras e, em especial, a identificação precisa dos ajustes reclamados perante cada hipótese, em face do regime geral (FERREIRA PINTO, *Contratos cit.*, p. 105).

⁹⁹ Na manualística, o tratamento é, em regra, sintético e limitado à destriça entre obrigações instantâneas e duradouras; algo não muito diferente sucede, porém, nos manuais estrangeiros, que dedicam ao tópico, salvo raras excepções, apenas algumas páginas. É, todavia, manifesta a ausência, entre nós, de obras especificamente dedicadas às relações duradouras – aqui contrastando com a realidade além-fronteiras. Ainda que de forma indirecta, tal falta tem vindo a ser colmatada em textos dedicados a outros temas, que, nesse contexto, aprofundam aspectos específicos das relações contratuais duradouras. Nesta linha, MENEZES CORDEIRO assinala o desenvolvimento sectorial do tema, sem pretensões de teorização geral, destacando, a este

pretende breve – por orientado para a solução de problema consequente ou derivado, à luz do ordenamento nacional: a suspensão (laboral) enquanto técnica jurídica de preservação de vínculo duradouro específico.

III. Neste contexto, dir-se-á que embora circunscrito o objecto da dissertação à influência da suspensão no vínculo laboral^{100/101} – exemplo expressivo de “*Dauervertrag*” –, assume especial relevo aferir da operacionalidade do instituto em obrigações duradouras¹⁰². Um tal apelo pressupõe, todavia: (i) a delimitação do conceito de obrigação duradoura e instantânea¹⁰³; (ii) a equação de uma lógica específica, reservada às obrigações duradouras, no confronto com as instantâneas¹⁰⁴; e, por fim, (iii) a qualificação da suspensão como técnica jurídica que obedece a tal filosofia própria¹⁰⁵ – sequência a observar, em seguida.

propósito, a regulação dos contratos de trabalho, de arrendamento e de sociedade (*Tratado cit.*, VI (*Direito das obrigações*), pp. 564-565).

¹⁰⁰ Quanto à distinção, por vezes reclamada, entre “contrato de trabalho” e “relação laboral” – atenta a contraposição entre teorias institucionalistas e contratualistas –, diremos tão-só que a utilização das expressões “relação de trabalho” ou “relação laboral”, ao longo do texto, não reveste outro sentido que o de vínculo resultante de um contrato de trabalho. Seguimos, nesta medida, opção idêntica à de ROMANO MARTINEZ, *Direito do trabalho cit.*, p. 301, n. 595.

¹⁰¹ Sem prejuízo de concretização da suspensão noutros domínios (*v.*, a este respeito, o referido *infra*, Capítulos IV e V).

¹⁰² Sobre o conceito de “*Dauerschuldverhältnisse*” e indicando a recondução do contrato de trabalho a um tal conjunto, *v.* Karl LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Erster Band, Allgemeiner Teil, 14.^a ed. (rev.), Beck, 1987, pp. 29 e ss.

¹⁰³ *V. infra*, seguidamente, Subsecções I e II da Secção V.

¹⁰⁴ *V. infra* Subsecção III da Secção V.

¹⁰⁵ *V. infra* Capítulos II e III.

SECÇÃO V

TEORIZAÇÃO DOS VÍNCULOS DURADOUROS: “RELATIONAL” E “DISCRETE CONTRACTS”. OBRIGAÇÕES DURADOURAS E INSTANTÂNEAS

Diversos autores denunciam a incerteza inerente às obrigações duradouras, sobretudo no plano contratual. Tratamos, afinal, de conflito profundo e permanente entre a procura de *estabilidade* e a inevitável necessidade de *adaptação* à mudança¹⁰⁶. Por muito tempo, a análise foi centrada no momento formativo, com secundarização da vivência do vínculo. As insuficiências de uma tal perspectiva viriam, todavia, a ser progressivamente assinaladas, no essencial, por duas vias: pelo movimento de origem anglo-saxónica que registou as idiossincrasias dos designados “*relational contracts*” perante os “*discrete contracts*”; e pela identificação, mais difundida entre nós, das especificidades contratuais inerentes a vínculos duradouros¹⁰⁷.

¹⁰⁶ É, aliás, assim que Ian Roderick MACNEIL inicia o seu texto “Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations Under Classical, Neoclassical, and Relational Contract Law”, *Northwestern University Law Review*, 1978, vol. 72, n.º 6, pp. 854-905, p. 854. Por sua vez, no que respeita à exigência de adaptação, Ewan MCKENDRICK constata que, num mundo tão turbulento, a capacidade para adaptar e ajustar é vital (“The Regulation of Long-Term Contracts in English Law”, *Good Faith and Fault in Practice Law* (org. Jack Beatson e Daniel Friedman), Oxford Clarendon Press, 1995, pp. 305-333, p. 310).

¹⁰⁷ Entrecruzando referências, PINTO OLIVEIRA descreve os contratos relacionais como “contratos de execução duradoura, tendencialmente abertos e flexíveis, através dos quais se constitui uma relação de cooperação entre dois (ou mais) sujeitos, baseada nas suas qualidades pessoais” (*Princípios cit.*, p. 132). Nesta medida, “os contratos de execução instantânea, em que o essencial é a *transacção*, podem chamar-se *contratos transaccionais*; os contratos de execução duradoura, em que o essencial é a *relação*, podem chamar-se *contratos relacionais*”. Havendo, neste contexto, que distinguir ainda os *contratos organizacionais* (aqui se incluindo o contrato de sociedade e o contrato de trabalho) dos *não organizacionais* (pp. 132-133). Também Carlos Ferreira de ALMEIDA identifica “*relational contracts*” e contratos duradouros (*Texto e Enunciado na Teoria do Negócio Jurídico*, vol. 1., Almedina, 1992, p. 11, n. 29). Da nossa parte, diremos que os contratos que designamos duradouros (cf. Subsecção II *infra*) são tendencialmente relacionais. Afinal, e como abaixo melhor explicado, os contratos antes se afiguram *mais* ou *menos* relacionais – o que pressupõe variação de grau – e não tanto como relacionais ou não relacionais, enquanto categorias estanques. Admitimos, no entanto, que a inversa não seja verdadeira: nem todos os contratos relacionais são duradouros. Dir-se-á, por exemplo, que um contrato de empreitada, ainda que, por regra, não constitutivo de um vínculo duradouro (*v. infra* n. 178), configura um contrato relacional. Quanto à delimitação dos vínculos duradouros, *v. ainda* GRANIERI, *Il tempo cit.*, pp. 25 e ss.

SUBSECÇÃO I

TEORIA RELACIONAL DOS CONTRATOS

1. MACNEIL: A CONTRAPOSIÇÃO “DISCRETE” VS. “RELATIONAL CONTRACTS” E A CRÍTICA À CONSTRUÇÃO “CLÁSSICA”

Embora a delimitação dos contratos de execução duradoura seja mais usual no nosso ordenamento, importa melhor caracterizar os designados “*relational contracts*” – entre os quais, o contrato de trabalho alinha como exemplo particularmente ilustrativo. No Direito anglo-saxónico, Ian Roderick MACNEIL surge como referência incontornável nesta matéria: ao contrapor os “*discrete*” aos “*relational contracts*”, promoveu intensa reflexão não apenas jurídica, mas também (e acentuadamente) económica e sociológica sobre a troca¹⁰⁸. Sobretudo a partir do início dos anos 70 do século XX, esta análise

¹⁰⁸ Neste domínio, a obra de MACNEIL é extensa e seguida de densa reflexão. Não descurando esta advertência, *v.*, em especial, “Whither Contracts”, *Journal of Legal Education*, 1969, n.º 21, pp. 403-418, “Many Futures of Contracts”, *Southern California Law Review*, 1974, vol. 47, n.º 3, pp. 691-816, “Restatement (Second) of Contracts and Presentation”, *Virginia Law Review*, 1974, vol. 60, pp. 589-610, “Contracts ...” *cit.*, pp. 854-905, “Values in Contract: Internal and External”, *Northwestern University Law Review*, 1983, vol. 78, n.º 2, pp. 340-418, e “Relational Contract: What We Do and Do Not Know”, *Wisconsin Law Review*, 1985, pp. 483-525. Admitimos que a fase mais interessante da teoria relacional de MACNEIL resulte, no essencial, da obra produzida entre 1969 e 1980 – indicamos, por isso, sobretudo textos desta época. Nos anos seguintes, MACNEIL devota boa parte da sua atenção a expandir e melhor justificar a construção proposta – atendendo à diversas críticas que lhe foram sendo dirigidas – e/ou a demarcá-la de variantes relacionais, entretanto surgidas. Entre outros textos mais recentes, *v.*, nomeadamente, “Relational Contract Theory: Challenges and Queries”, *Northwestern University Law Review*, 2000, vol. 94, n.º 3, pp. 877-908, e Ian MACNEIL e Paul GUEDEL, *Contracts: Exchange, Transactions and Relations. Cases and Materials*, 3.ª ed., Foundation Press, 2001. Agregando os principais trabalhos de MACNEIL, *v.* ainda AA.VV, *Ian Macneil and the Relational Theory of Contract: Selected Works of Ian Macneil* (ed. David Campbell), Sweet & Maxwell, 2001. A vitalidade da teoria relacional é demonstrada pela incessante bibliografia produzida, um pouco por toda a parte, e pelos seminários que continuam a promover o debate. De uma tal intemporalidade é exemplo o seminário a que assistimos em 2012, na Universidade de Leeds, subordinado ao tema “The future of relational contract: a symposium in honour of Ian Macneil” (cf. <<http://www.law.leeds.ac.uk/events/2012/the-future-of-relational-contract>>). Importa, não obstante, reconhecer que a teoria relacional deve também muito à obra de Stewart MACAULAY. Entre outros textos de relevo, *v.* “Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study”, *American Sociological Review*, 1963, vol. 28, pp. 55-67, “Changing a Continuing Relationship Between a Large Corporation and Those Who Deal With It: Automobile Manufacturers, Their Dealers and the Legal System”, *Wisconsin Law Review*, 1965, pp. 3-212, “Elegant Models, Empirical Pictures, and the Complexities of Contract”, *Law & Society Review*, 1977, n.º 11, pp. 507-528, “Relational Contracts Floating on a Sea of Custom? Thoughts About the Ideas of Ian Macneil and Lisa Bernstein”, *Northwestern University Law Review*, 2000, vol. 94, n.º 3, pp. 775-804, “The Real and the Paper Deal: Empirical Pictures of Relationships, Complexity and the Urge for Transparent Simple Rules”, *Modern Law Review*, 2003, vol. 66, pp. 44-79, “Freedom from Contract: Solutions in Search of a Problem?”, *Wisconsin Law Review*, 2004, pp. 777-820, e “The New versus the Old Legal Realism: Things Ain't What They Used To Be”, *Wisconsin Law Review*, 2005, pp. 365-403. Evidenciando a importância da obra de MACNEIL e de MACAULAY, *v.* Robert

forma a base de uma teoria alternativa, dita “relacional”, do Direito dos Contratos. A sua importância resulta do aceso debate que, ainda hoje, promove quanto à pertinência do *tempo* na execução contratual e na modelação do comportamento das partes.

2. “DISCRETE CONTRACTS” E “PRESENTIATION”

I. O primeiro obstáculo à perfeita compreensão da proposta de MACNEIL decorre da dificuldade em apreender a distinção básica que lhe subjaz: a contraposição entre “discrete” e “relational contracts”. MACNEIL descreve os “discrete contracts” como contratos por regra de curta duração, com limitada interacção pessoal e objectos de troca facilmente mensuráveis. Estão em causa transacções que requerem o mínimo comportamento cooperativo das partes no futuro¹⁰⁹. A tais contratos seria ainda inerente a ideia de “presentiation”: no momento da celebração, as partes anteveriam quase tudo (senão tudo) o relacionado com a respectiva execução. Como caso exemplar de “discrete transaction”, é referida a hipótese de A (a pé) e B (a cavalo), que dão entrada numa cidade, por direcções opostas. Encontram-se no centro e A acorda na compra do cavalo a B, por 10 dólares, devendo o negócio efectivar-se ao pôr-do-sol. A e B não manterão qualquer interacção até àquela hora, não tendo também que retomar futuramente o contacto¹¹⁰. Na hipótese enunciada, a troca é *projectada* no futuro: nada fica por detalhar, já que tudo foi, afinal, “presentiated”¹¹¹.

II. Para MACNEIL, a lógica contratual “clássica”¹¹² adequar-se-ia perfeitamente a uma tal premissa, reforçando a eficácia vinculativa do

GORDON, “Macaulay, Macneil and the Discovery of Solidarity and Power in Contract Law”, *Wisconsin Law Review*, 1985, pp. 565-579.

¹⁰⁹ MACNEIL, “Restatement ...” *cit.*, p. 594. Acrescentando que as partes concebem estas transações como “free of entangling strings” (*idem*).

¹¹⁰ E podendo nutrir reciprocamente o sentimento de um “Viking” ao negociar com um “Saxon” (MACNEIL, “Restatement ...” *cit.*, p. 594).

¹¹¹ Para MACNEIL, é mais rigoroso referir a *projecção do presente no futuro*, já que *antecipar o futuro no presente* seria mais complexo (“Restatement ...” *cit.*, p. 590). “To presentiate” é assim explicado: “«to make or render present in place or time; to cause to be perceived or realized as present». Presentiation is only a manner in which a person perceives the future's effect on the present; but it depends upon events outside the individual psyche, events viewed as determining the future. Presentiation is thus a recognition that the course of the future is bound by present events, and that by those events the future has for many purposes been brought effectively into the present” (p. 589).

¹¹² Indicando MACNEIL que “classical contract law refers (in American terms) to that developed in the 19th century and brought to its pinnacle by Samuel Williston in *The law of contracts* (1920) and in the *Restatement of Contracts* (1932)”. Por sua vez, “neoclassical contract law refers to a body of contract law founded on that system in overall structure but considerably modified in some, although by no means all, of its detail. The latter is epitomized by the U.C.C. Art. 2, and *Restatement (Second) of Contracts* (Tent. Drafts, 1973-78)” (“Contracts ...” *cit.*, p. 855, n. 2). O Autor refere muitas vezes indistintamente estas duas concepções (clássica e neoclássica), sob a designação “traditional contract law” (*idem*). A perspectiva neoclássica reconheceria, porém, a disfuncionalidade de um sistema muito rígido e buscaria, por isso, maior abertura – necessária, sobretudo, em contratos

acordado¹¹³. Daqui resultaria, porém, em simultâneo, a fragilidade de semelhante construção, que dificilmente supera os constrangimentos inerentes a qualquer esforço de total antecipação. Estes contratos espelhariam elevado grau de rigidez e manifesta dificuldade em lidar com qualquer ideia de partilha do risco – um conceito estrito de “*presentiation*” redundaria em reduzida margem de flexibilidade¹¹⁴. Tendo em conta as evidentes limitações de uma completa apreensão de todo e qualquer fenómeno causa-efeito, tais hipóteses – em que às partes tudo (ou quase tudo) é possível antecipar e estatuir – seriam, afinal, pouco frequentes.

3. “RELATIONAL CONTRACTS”, COOPERAÇÃO E INCERTEZA

I. Aos “*relational contracts*” seriam, por sua vez, assinaladas outras características: duração relevante, envolvimento acentuado de (pelo menos) uma das partes, tendencial ausência de exacta mensurabilidade (no mínimo) de uma das obrigações, comportamento cooperativo, repartição futura de vantagens e benefícios e ocorrência provável de perturbações supervenientes¹¹⁵. Concorrendo todos estes elementos no contrato de trabalho, melhor se compreende que este seja apontado como exemplo paradigmático de contrato relacional¹¹⁶: tendo embora subjacente a troca de trabalho por remuneração (“*a fair day’s pay for a fair day’s work*”¹¹⁷), mesmo em sistemas de *common law* tal configuração seria manifestamente redutora, não retratando fidedignamente a estrutura complexa do vínculo, de vocação duradoura e (diz-se, com frequência) profundamente relacional¹¹⁸. Acresce, como nota típica, um

de longa duração – e concretizada, entre outros expedientes, no recurso a fórmulas externas de ajustamento, não manipuláveis pelas partes (como, por exemplo, actualizações salariais variáveis em função da inflação ou o recurso a entidades independentes). A flexibilidade surgiria, assim, planeada; certos vazios subsistiriam propositadamente e as respostas subsequentes seriam (ainda) resultado de uma extensão/ficção (mais ou menos forçada) do consentimento inicial. A fragilidade de uma tal construção seria, porém, na perspectiva de MACNEIL, dificilmente ultrapassável (“*Contracts ...*” *cit.*, pp. 866-873 e pp. 900-901).

¹¹³ MACNEIL, “*Restatement ...*” *cit.*, pp. 592-593, e “*Contracts ...*” *cit.*, pp. 863 e ss.

¹¹⁴ Ocorrendo, pois, com muito maior probabilidade, soluções de transferência do risco do que de repartição cooperativa do risco (MACNEIL, “*Contracts ...*” *cit.*, p. 861). Nesta medida, “*relational contracting signifies a commitment to cooperate in far more depth than a mere bargained-for allocation of risk*” (BIRD, “*Employment ...*” *cit.*, p. 153).

¹¹⁵ Charles GOETZ e Robert SCOTT assinalam que, quando o futuro é particularmente intrincado ou incerto, surgem dificuldades que obstem aos esforços das partes de alocação óptima, no momento da contratação, de todos os riscos (“*Principles of Relational Contracts*”, *Virginia Law Review*, 1981, vol. 67, n.º 6, pp. 1089-1150, p. 1090).

¹¹⁶ Diogo Leite de CAMPOS, “*Dos Contratos de Relação às Relações de Associação*”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida* (org. José Lebre de Freitas, Rui Pinto Duarte, Assunção Cristas, Vítor Pereira das Neves e Marta Tavares de Almeida), vol. 2, Almedina, 2011, pp. 201-223, pp. 202-203, e JÚLIO GOMES, *Direito cit.*, p. 41.

¹¹⁷ FREEDLAND, *The personal cit.*, pp. 89.

¹¹⁸ FREEDLAND, *The personal cit.*, pp. 90-92. O Autor confronta “*exchange transactions*” e “*relational contracts*” (p. 88). Identificando os elementos que, no contrato de trabalho, denotam a sua

denominador comum da maior importância: a incontornável *incompletude* associada a estes casos¹¹⁹. O regime jurídico dos contratos relacionais e, em especial, dos contratos de longa duração¹²⁰, pressuporia (inevitavelmente) lacunas variadas¹²¹. Nestes vínculos – sujeitos a eventos não perfeitamente antecipáveis –, a alternativa passaria: (i) por desvendar *ex ante* tudo o que poderá vir a ocorrer, enquadrando cada hipótese, com o máximo de detalhe possível; ou (ii) prescindir de tal antecipação, reconhecendo a insuficiência do

natureza marcadamente relacional, v. BIRD, “Employment ...” *cit.*, pp. 153 e ss. Este Autor mais refere adiante que “*employment is a relational contract. Employment relations immediately transcend wage-for-services exchanges and develop into complex whole person relationships based upon trust, commitment, and shared solidarity*” (p. 215); v. ainda Victor GOLDBERG, “A Relational Exchange Perspective on the Employment Relationship”, *Readings in the Economics of Contract Law* (ed. Victor Goldberg), reimp. (1989), Cambridge University Press, 1990, pp. 147-151. Colocando em evidência o afastamento do contrato de trabalho, enquanto contrato *relacional*, do regime geral dos contratos – moldado conforme o paradigma das relações instantâneas –, JÚLIO GOMES nota que a regulamentação dos contratos civis procura “eliminar ou mitigar desequilíbrios de poder que são instantâneos ou que, pelo menos, não surgem tanto em contratos com um conteúdo marcadamente relacional” (*Direito cit.*, pp. 36-37). Noutra perspectiva – em crítica à construção relacional –, considerando que as especificidades do contrato de trabalho decorrem, sobretudo, dos seus traços próprios e não tanto da sua natureza relacional, v. Douglas BRODIE, “How Relational is the Employment Contract?”, *Industrial Law Journal*, 2011, vol. 40, n.º 3, pp. 232-253, pp. 252-253.

¹¹⁹ Nesta medida, Robert SCOTT refere indistintamente “*relational contracts*” ou “*incomplete contracts*” (“The Case for Formalism in Relational Contract”, *Northwestern University Law Review*, 2000, vol. 94, n.º 3, pp. 847-876, p. 847). É também segundo este modelo que FERREIRA PINTO qualifica os contratos de distribuição como contratos relacionais: são, afinal, contratos “*duradouros, complexos e com forte pendor relacional, celebrados num contexto de assimetria informativa entre os contraentes e cujo desenho comporta lacunas ontológicas [...]*” (*Contratos cit.*, p. 187). Quanto à assimetria informativa no contrato de trabalho, v. *infra* Subsecção III, § 2.

¹²⁰ GOETZ e SCOTT reconhecem que, embora subsistindo alguma ambiguidade e sem prejuízo de tendencial sobreposição, o contrato relacional e o de longa duração não são confundíveis (“Principles ...” *cit.*, p. 1091); no mesmo sentido, MCKENDRICK, “The regulation ...” *cit.*, p. 307. Aliás, quanto à delimitação precisa de “longa duração”, o Autor questiona “*how long is «long»?*” (p. 306). Também Melvin EISENBERG refere, a este propósito, que determinada duração, ainda que mais extensa, não torna, só por si, o contrato relacional, tal como a curta duração não basta para tornar um contrato discreto (“Why There is no Law of Relational Contracts”, *Northwestern University Law Review*, 2000, vol. 94, n.º 3, pp. 805-822, p. 815). Na mesma linha, identificando relações contratuais longas, porém, não relacionais, e contratos de curta duração acentuadamente relacionais, v. Fernando Correia de ARAÚJO, *Teoria Económica do Contrato*, Almedina, 2007, p. 419. Por sua vez, enunciando elementos estruturais usualmente identificáveis em contratos relacionais de longa duração, v. JÚLIO GOMES, “Cláusulas ...” *cit.*, pp. 177-178. Neste contexto, v. ainda Richard POSNER e Andrew ROSENFELD, “Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An Economic Analysis”, *Readings in the Economics of Contract Law* (ed. Victor Goldberg), reimp. (1989), Cambridge University Press, 1990, pp. 212-220, Victor GOLDBERG, “Impossibility and Related Excuses”, *Readings in the Economics of Contract Law* (ed. Victor Goldberg), reimp. (1989), Cambridge University Press, 1990, pp. 221-224, e Victor GOLDBERG, “Price Adjustment in Long-Term Contracts”, *Readings in the Economics of Contract Law* (ed. Victor Goldberg), reimp. (1989), Cambridge University Press, 1990, pp. 225-235.

¹²¹ FERNANDO ARAÚJO associa às “relações contratuais não-instantâneas” o que designa de “*inacabamento estrutural*”, traduzido em “*margem inerradicável de incerteza*” e que admite “*impossível ou economicamente impraticável tentar resolver*” (*Teoria cit.*, p. 156).

vínculo e relegando para *ex post* a solução reservada a cada (nova) questão¹²². Ao acompanhar persistentemente o decurso do tempo, o contrato é sensível à alteração e “em grande medida *constitucional* ou *procedimental*”¹²³: cada troca futura (que integra o complexo) não deverá ser perspectivada isoladamente, antes participando de uma “rede relacional”¹²⁴.

II. Resulta, pois, evidente que quanto mais relacional o negócio, menor relevância assume qualquer tentativa de “*presentiation*”¹²⁵. Quanto mais complexo e extenso o contrato, mais difícil antever a superveniência, impondo-se um ajustar de obrigações e expectativas¹²⁶. Concorre, pois, como nota típica, um esforço de *contextualização* do contrato mais do que a identificação de um ponto, que assinale e concentre, por via de um encontro de vontades, todo o conteúdo. Dir-se-á que a envolvente negocial prevalece, nestes casos, sobre o comportamento individual¹²⁷. Refere, a este propósito, Gunther TEUBNER que “*relational contracting takes account of mutual informal adaptation, of new common interpretations in the light of new events, and of an interactive morality*”¹²⁸.

Daqui resultando o passo seguinte: o modelo clássico de Direito dos Contratos não governaria adequadamente estes vínculos, que apenas uma lógica de preservação contratual permitiria enquadrar¹²⁹. Cooperação,

¹²² Dir-se-á, em síntese, que, nestes casos, as partes não esperam visualizar todo o futuro da relação, antecipado num momento específico (MACNEIL, “Restatement ...” *cit.*, p. 595).

¹²³ JÚLIO GOMES, “Cláusulas ...” *cit.*, pp. 176-177.

¹²⁴ MACNEIL, “Restatement ...” *cit.*, p. 595. Conforme esta perspectiva, a relação tornou-se uma “mini-sociedade”, com uma vasta gama de normas para além daquelas focadas na troca e seus processos inerentes (MACNEIL, “Contracts ...” *cit.*, p. 901).

¹²⁵ O que, para MACNEIL, seria causa de perturbação para a perspectiva tradicional do Direito dos Contratos (“Restatement ...” *cit.*, p. 596).

¹²⁶ Sugestivamente, MACNEIL refere que seria necessário um projector multidimensional para, em tais circunstâncias, gerar uma tal “antecipação”. Qualquer construção baseada numa ideia de total “antecipação”, num dado instante, imporia o recurso a um projector de *slides* que incluiria, porém, um único *slide* (“Restatement ...” *cit.*, p. 597).

¹²⁷ David CAMPBELL, “Ian Macneil and the Relational Theory of Contract”, *Ian Macneil and the Relational Theory of Contract: Selected Works of Ian Macneil*, Sweet & Maxwell, 2001, pp. 3-58, pp. 10-11. É assim que, para BIRD, “*a contract is not just a piece of paper. Just as a single word is the skin of a living thought, so is a contract evidence of a vital, ongoing relationship between human beings*” (“Employment ...” *cit.*, p. 149).

¹²⁸ “Contracting Worlds – The Many Autonomies of Private Law”, *Social & Legal Studies*, 2000, vol. 9, pp. 399-417, p. 404.

¹²⁹ Para GOETZ e SCOTT, a doutrina convencional falhou em explicar adequadamente a natureza e a função destes contratos relacionais e em que medida diferem dos contratos ditos *standard* (“Principles ...” *cit.*, p. 1091). Melhor explicando: “*contracts of this nature are not efficiently governable by the classical law of contract. [...] Rather, they can be governed efficiently only if the parties adopt a consciously cooperative attitude [...]. The norms Macneil identifies create such an attitude, setting the boundaries within which legitimate negotiation and competition are allowed*” (CAMPBELL, “Ian Macneil ...” *cit.*, p. 16). V. ainda, à luz do Direito alemão, Jürgen OESCHSLER, “Wille und Vertrauen im privaten Austauschvertrag – Die Rezeption der Theorie des Relational Contract im deutschen Vertragsrecht in rechtsvergleichender Kritik”, *RZFAIP*, 1996, vol. 60, pp. 91-124, em especial as pp. 109 e ss., onde são referidas as insuficiências que foram apontadas por MACAULAY ao enquadramento clássico dos vínculos contratuais duradouros (“*Spezifische*

interdependência e solidariedade revelar-se-iam, conforme uma análise empírica e holística do contrato, elementos da maior importância, secundarizando o propósito de maximização da utilidade individual¹³⁰. Na verdade, não raras vezes, a troca “relacional” espelharia situações em que o interesse de cada contraente conflituaria, a longo prazo, com o intento de maximização de tal vantagem a curto prazo, assim se justificando, no entender de MACNEIL, o surgir de um conjunto de normas às quais cada contraente espera aderir e às quais concebe a adesão dos restantes¹³¹. Tais contratos, obedecendo a uma lógica de cooperação, reclamariam um entendimento específico de temas tão diversos como a formação, o cumprimento, a variação, a cessação e os remédios contratuais¹³². GOETZ e SCOTT admitem, na verdade, que a incompletude e a complexidade características destes vínculos ditariam respostas relacionais próprias, inevitavelmente mais criativas. Procurar-se-ia contornar a rigidez típica do modelo clássico, reconhecendo maior flexibilidade ao contrato¹³³. Neste âmbito, duas notas relacionais se afirmariam, com especial vigor: preservação do vínculo e solução dos conflitos no seu seio¹³⁴. A boa fé vincularia as partes a alterações impostas pelo decurso do tempo, tendo em

Defizite des Common Law of Contract im Umgang mit Dauerschuldverhältnissen“). OESCHSLER contraria, todavia, a visão de MACAULAY e de MACNEIL, concluindo que o Direito contratual alemão não reflecte os desajustes identificados pela teoria relacional (pp. 110 e ss.) e indicando, como exemplo especialmente ilustrativo, precisamente o enquadramento reservado ao contrato de trabalho (p. 112). Assinala, aliás, que o contrato de trabalho tem um cunho marcadamente pessoal, tendo em conta o profundo envolvimento da personalidade do trabalhador, enquanto traço modelador da troca pressuposta (p. 113).

¹³⁰ MACNEIL, “Whither ...” *cit.*, pp. 405-406. Entre nós, LEITE DE CAMPOS enfatiza o comprometimento das partes relativamente à duração (mais ou menos prolongada) do contrato (“Dos contratos ...” *cit.*, p. 201). Por sua vez, para DAVID MAGALHÃES, “a predisposição da relação obrigacional duradoura para uma permanência temporal d[aria] azo a um mais prolongado e intenso contacto pessoal entre as partes, que, assim, poder[iam] revelar uma acentuada dependência relativamente ao comportamento negocial da outra para efeitos de preservação de bens jurídicos de que [fossem] titulares e prossecução dos seus interesses” (*A Resolução do Contrato de Arrendamento Urbano*, Coimbra Editora, 2009, p. 60).

¹³¹ Ian Roderick MACNEIL, “Exchange Revisited: Individual Utility and Social Solidarity”, *Ethics*, 1986, vol. 96, n.º 3, pp. 567-593, pp. 578-579.

¹³² CAMPBELL, “Ian Macneil ...” *cit.*, p. 18.

¹³³ E daí, nomeadamente, o especial enfoque reconhecido aos deveres deontológicos e às obrigações fiduciárias (“Principles ...” *cit.*, p. 1127), bem como às obrigações de não concorrência (p. 1093). No que respeita à extinção, MACNEIL observa que o sistema neoclássico colocava, por regra, reduzidos obstáculos à cessação, ainda que unilateral, desde que cuidadosamente planeada. Assistir-se-ia, porém, mesmo no âmbito da construção neoclássica, ao surgir de limites à extinção unilateral (“Contracts ...” *cit.*, p. 883). Acompanhamos, neste âmbito, JÚLIO GOMES, ao referir que, sendo certa “uma menor intensidade da vinculação nos contratos duradouros”, há, não obstante, que “reconhecer que a possibilidade de pôr termo ao contrato não pode redundar em prejuízo das legítimas expectativas da contraparte”. Em suma, “impõe-se uma ponderação de interesses em que serão confrontados não só os interesses das partes, mas também o interesse da comunidade na segurança e estabilidade das transacções” (“Cláusulas ...” *cit.*, p. 183).

¹³⁴ MACNEIL, “Contracts ...” *cit.*, p. 895.

conta as mudanças entretanto surgidas¹³⁵; ditaria também um reajustamento dos desequilíbrios, mais ou menos evidentes, que atingem as partes¹³⁶ - sendo, assim, natural, a recondução do vínculo laboral a uma tal dinâmica. Entre nós, embora não avultando referências à natureza relacional do contrato de trabalho, JÚLIO GOMES reconhece que a boa fé adquire aqui especial intensidade, assimilando o contrato de trabalho ao modelo relacional¹³⁷; e também Bernardo da Gama Lobo XAVIER dedica particular atenção às contingências que conformam o vínculo laboral, que qualifica de "*relational contract*", por "incompleto" e "aberto ao futuro" - constituindo, afinal, um "contrato de progresso"¹³⁸.

4. A TEORIA RELACIONAL FALHOU O PROPÓSITO?

I. MACNEIL clarificou, todavia, que a alternativa "*discrete transactions*"/"*relational exchanges*" não pretendia espelhar duas categorias excludentes. Mais rigorosa seria a identificação de um espectro integrado por contratos em que tais elementos relacionais assumem intensidade variável: num extremo, contratos acentuadamente relacionais, sobretudo de longa duração¹³⁹; num outro, contratos menos relacionais, em regra de execução instantânea ("*spot contracts*")¹⁴⁰. Dir-se-ia, por conseguinte, que todos os contratos são relacionais e todos os contratos são pontuais ou isolados, havendo apenas que registar uma variação de intensidade - afinal, mesmo no mais "*discrete*" dos contratos seriam decifráveis elementos relacionais¹⁴¹.

¹³⁵ EISENBERG, "Why there ..." *cit.*, pp. 808 e 818. É, neste âmbito, convocada a doutrina da alteração das circunstâncias, negligenciada, segundo MACNEIL, pela construção clássica e neoclássica no Direito norte-americano: em homenagem ao princípio da liberdade contratual, perante uma tal alteração, não acordando as partes os ajustamentos a introduzir, seria tentado o recurso às doutrinas da impossibilidade, da "*frustration*" e do erro ("*Contracts* ..." *cit.*, pp. 873-875). Certo é, porém, que tais soluções não teriam por propósito a subsistência do vínculo, antes revelando um esforço de junção de "peças de contratos estilhaçados" (p. 875).

¹³⁶ EISENBERG, "Why there ..." *cit.*, pp. 808 e 818.

¹³⁷ *Direito cit.*, p. 921.

¹³⁸ *Manual de Direito do Trabalho* (colab. Pedro Furtado Martins, António Nunes de Carvalho, Joana Vasconcelos e Tatiana Guerra de Almeida), 2.^a ed. (rev. e act.), Verbo, 2014, pp. 329 e ss. LOBO XAVIER contrapõe os "contratos de relacionamento" aos "contratos efémeros", concluindo pela adequação e fecundidade da transposição de um tal enquadramento conceptual para o domínio laboral: "o que é facto é que o contrato de trabalho conduz a um duradouro relacionamento cooperativo e ao permanente reajuste do seu conteúdo pelos contraentes, preservação da relação, norteadas por ideias de boa fé e de equidade, respeito de implícitos contratuais e a importância de *norms* (regulamentos empresariais, padrões de conduta estabelecidos - o *dress code*, por exemplo), tendo assim a maior parte dos ingredientes que justificam a teorização dos *relational contracts*" (p. 336).

¹³⁹ Aqui se incluindo, precisamente, o contrato de trabalho, *maxime*, quando celebrado por tempo indeterminado.

¹⁴⁰ MACNEIL, "Restatement ..." *cit.*, pp. 595-596.

¹⁴¹ Dir-se-ia acentuadamente "*discrete*", o conhecido exemplo da compra de gasolina numa estação de serviço em *New Jersey Turnpike*, por alguém que raramente circulasse naquelas estradas: diminuto envolvimento das partes; comunicação limitada à transacção de bens

Anulada a destriça, identificamos, contudo, a primeira fragilidade da teoria relacional¹⁴²: para EISENBERG, a afirmação de uma tal construção exigiria algo mais que uma crítica à concepção clássica; seria ainda necessária a formulação de um novo conjunto de regras adequado a tais hipóteses¹⁴³ – o passo que a teoria relacional não teria logrado¹⁴⁴. Embora teoricamente robusta, a lógica relacional frustrara o seu propósito prático: à difícil distinção entre “discrete” e “relational contracts” – no limite, “meros arranjos analíticos”¹⁴⁵ –, havia que somar a inviável identificação de um corpo de regras adequado à realidade relacional¹⁴⁶. As particularidades supostamente apontadas à regulação de tais hipóteses seriam, afinal, comuns a todos os contratos, que sempre se afiguram, em maior ou menor grau, relacionais¹⁴⁷. É assim, aliás, que MCKENDRICK prefere outra segmentação: sendo reconhecido às partes poder negocial que permita a inclusão de cláusulas de ajustamento contratual, a autonomização dos contratos relacionais nada acrescentaria; noutra perspectiva, não dispondo as partes de igual poder negocial, o legislador deve intervir, tutelando a parte mais frágil – não decorrendo, todavia, tal circunstância de o contrato ser ou não, em tais casos, relacional¹⁴⁸.

precisamente definidos; ausência de contacto anterior; e reduzida probabilidade de interacção futura. Mesmo assim, seria possível identificar elementos relacionais: o comprador irá pagar a gasolina porque esta não lhe pertence; o funcionário permitirá a aproximação de um estranho porque, naquelas circunstâncias, esse comportamento é usual; a comunicação é possível mediante uma linguagem comum; o produto, pelo simples facto de se encontrar em dado recipiente, assume características especiais (gasolina de certa espécie) (MACNEIL, “Contracts ...” *cit.*, pp. 856-857, n. 10).

¹⁴² Por conseguinte, “contratos discretos” – contratos não relacionais – seriam quase tão imaginários como unicórnios (EISENBERG, “Why there ...” *cit.*, p. 816).

¹⁴³ Afinal, a maior utilidade a retirar de tal destriça conceptual advirá das derivações normativas a extrair. Em referência às relações instantâneas *vs.* relações duradouras, é assinalado que a clarificação dogmática destas últimas “visou prioritariamente chamar a atenção para os problemas específicos que as mesmas suscitam e para a necessidade de a ordem jurídica encontrar respostas adequadas para esses problemas” (FERREIRA PINTO, *Contratos cit.*, p. 109).

¹⁴⁴ EISENBERG, “Why there ...” *cit.*, p. 813.

¹⁴⁵ FERNANDO ARAÚJO, *Teoria cit.*, p. 398.

¹⁴⁶ Também concluindo pela desadequação de uma “bifurcação dogmática dos contratos”, por referência aos “spot contracts” e aos “relational contracts”, *v.*, entre nós, CARNEIRO DA FRADA, *Teoria cit.*, p. 561.

¹⁴⁷ EISENBERG, “Why there ...” *cit.*, pp. 808 e pp. 818-819. Em suma e lapidariamente: “*what relational contract theory has not done, and cannot do, is to create a law of relational contracts. Because there is no significant difference between contracts as a class and relational contracts, relational contracts must be governed by the general principles of contract law, whatever those should be. Of course, certain categories of contracts present special kinds of problems. These problems, however, derive not from the fact that the contracts in these categories are relational, but from more specific attributes. [...]. But relational contracts, as such, are not a special category of contract, because all or virtually all contracts are relational. That is why we do not have, and should not have, a law of relational contracts*” (p. 821).

¹⁴⁸ “The regulation ...” *cit.*, p. 332. Conclui, por conseguinte, que “*English law would not be justified in taking the step of recognizing the existence of a formal category of relational contracts. In the vast majority of cases parties can insert into their contracts provisions which will provide the flexibility necessary to enable them to adapt their contract to changing circumstances*” (*idem*). Considerando

Crítica idêntica teria eco previsível na esfera laboral. Em *Johnson v. Unisys* (2001), Lord Steyn, tendo em conta a ampla difusão da construção de MACNEIL, confirma o contrato de trabalho como relacional¹⁴⁹. BRODIE questiona, contudo, se a autonomização de uma tal categoria pressupõe que as regras gerais de Direito dos Contratos são, de facto, inadequadas ao enquadramento do vínculo laboral enquanto contrato duradouro ou se reflecte tão-só a conveniência de *adaptação* daqueles comandos – sendo apenas nesta medida oportuno considerar as particularidades apontadas pela teoria relacional. Disso mesmo seria, aliás, exemplo *Devonald v. Rosser & Sons* (1906) – adiante referido no contexto específico da suspensão por factos relativos ao empregador¹⁵⁰ –, em que o contrato de trabalho sofre ajustamento, conforme o que se entendeu ser a melhor distribuição do risco, consideradas as circunstâncias do caso¹⁵¹. De acordo com esta perspectiva, as regras gerais de Direito dos Contratos não seriam, afinal, estritas e inflexíveis – como a construção relacional fazia crer –, comportando margem para adaptação¹⁵². Nesta medida, BRODIE contraria a premissa de que os contratos (ditos) relacionais assumiriam traços próprios, reclamando autonomização; tais especificidades seriam, afinal, mera decorrência dos particularidades que demarcam cada contrato (aqui se incluindo o de trabalho) e que não devem, em caso algum, ser descuradas¹⁵³.

As críticas à construção relacional encontrariam ainda voz expressiva em TEUBNER, que aponta ao pensamento de MACNEIL um predecessor não assumido: precisamente, GIERKE, cuja construção sempre se afiguraria preferível não só por ser a original, mas também por desprovida de referências, no seu entender dispensáveis, à cooperação e à solidariedade, pretensamente explicativas da teoria contratual moderna¹⁵⁴. Este contexto justifica que se

também que normas relacionais nada acrescentariam, *v. Richard AUSTEN-BAKER, “A Relational Law of Contract?”, Journal of Contract Law*, 2004, vol. 20, pp. 125-144, p. 144.

¹⁴⁹ [2001] UKHL 13. Estava em causa determinar quais os direitos de trabalhador cujo contrato de trabalho, não obstante em execução há mais de vinte anos, o empregador havia cessado unilateralmente e de forma particularmente intempestiva. Pela cessação ilícita, o *Employment Tribunal* reconheceu ao trabalhador a indemnização legalmente estatuída, no montante de £11.691,88. Este pretendia, porém, que lhe fosse atribuído o montante adicional de £400.000, consideradas as sequelas de tal conduta – *maxime*, a dificuldade, que se revelara manifesta, em encontrar emprego alternativo. Foram, para esse efeito, invocados a idade (52 anos) e o estado psicológico do trabalhador, a sua reduzida força anímica e as escassas perspectivas de reingresso no mercado de trabalho. Reflectindo sobre a jurisprudência que tendia a negar tal indemnização e admitindo a necessidade de reformular a concepção usual de contrato de trabalho, Lord Steyn alerta: “it is no longer right to equate a contract of employment with commercial contracts. One possible way of describing a contract of employment in modern terms is as a relational contract” (§ 20).

¹⁵⁰ Cf. *infra*, Parte II, Capítulo I, Secção I, § 1.

¹⁵¹ BRODIE, “How relational ...” *cit.*, p. 235.

¹⁵² BRODIE, “How relational ...” *cit.*, p. 238.

¹⁵³ “How relational ...” *cit.*, pp. 252-253.

¹⁵⁴ Lapidariamente, assinala: “Ian Macneil may not be aware of it, but his never-mentioned spiritual mentor, Otto von Gierke, who actually invented relational contracting in his recourse to mediaeval Germanic social institutions surely was (von Gierke, 1863, 1902). It is a fatal error to understand the

afirme, com frequência, que a teoria relacional falhou no resultado: normas cuja aplicabilidade depende da localização de um contrato num espectro – ou seja, quantos elementos relacionais e de que espécie o contrato dispõe – seriam regras apenas no papel¹⁵⁵. A isto se soma, não raras vezes, censura quanto à visão (excessivamente) optimista promovida pela teoria relacional: “*relational contracting is out of step with today’s realities if it is understood as the warm, human, cooperative interpersonal relation that overcomes the cold economic instrumentalism with a communitarian orientation*”¹⁵⁶.

Cremos, na verdade, que mais do que a autonomização de duas categorias contratuais distintas, o mérito mais evidente da escola de MACNEIL não resulta tanto daquela diferenciação como da difusão das ideias debatidas a esta luz¹⁵⁷ e das insuficiências apontadas à regulação contratual dita tradicional¹⁵⁸. Nesse âmbito, a construção relacional assumiu posição de relevância incontestável, promovendo uma avaliação rica, empírica, contextual e multidisciplinar da contratação¹⁵⁹. Ainda assim, e sem descurar os notáveis ensinamentos da construção relacional, assumimos preferência por apelo à obrigação duradoura (por mais precisa)¹⁶⁰, à qual reconhecemos traços próprios, atenta a necessária

social embeddedness of modern contract as simply as communal cooperation and solidarity” (“Contracting ...” *cit.*, p. 405).

¹⁵⁵ EISENBERG, “Why there ...” *cit.*, p. 814, com itálico nosso. Também MCKENDRICK conclui que a definição de uma categoria de contratos relacionais potenciaria, na verdade, mais dúvidas que respostas (“The regulation ...” *cit.*, p. 316).

¹⁵⁶ TEUBNER, “Contracting ...” *cit.*, p. 405.

¹⁵⁷ Tal qual reconhecido, um pouco por toda a parte. Assim, GRANIERI, *Il tempo cit.*, p. 58. Entre nós, FERREIRA DE ALMEIDA considera que o pensamento de MACNEIL denuncia o “modelo académico dos contratos por ser irrelevante ou inadequado à realidade, em especial quando se trata de *relational contracts* (isto é, de contratos duradouros), em relação aos quais a doutrina seria incerta e contraditória, abrindo o caminho para soluções que decorrem efectivamente da renegociação e da praxis” (*Texto cit.*, p. 11, n. 29). É também referido que “o contributo da *teoria dos contratos relacionais* para o desenvolvimento do direito dos contratos está em esclarecer que os actuais princípios e as actuais regras do direito dos contratos, por terem como paradigma contratos de execução instantânea, devem *afeiçoar-se* aos contratos de execução duradoura” (PINTO OLIVEIRA, *Princípios cit.*, p. 134). Por fim, FERREIRA PINTO admite não ser possível refutar que o pensamento de Macneil impulsionou “o aprofundamento de temas tão importantes como o da relevância da solidariedade e da cooperação nos contratos, da incompletude ontológica dos mesmos, da gestão do risco nas relações duradouras, da eclosão de comportamentos oportunistas no seu seio, do funcionamento de sanções extrajurídicas e da exploração de mecanismos alternativos de composição de litígios” (*Contratos cit.*, p. 118). V. ainda a reflexão de Higinia Orvalho CASTELO, *O Contrato de Mediação*, Almedina, 2014, p. 226-227, n. 631, e a análise de Joana FARRAJOTA, *A Resolução do Contrato sem Fundamento*, Almedina, 2015, pp. 339 e ss. e, em especial, pp. 346 e ss.

¹⁵⁸ A teoria relacional é assumida como “rival” da perspectiva contratual “clássica” (CAMPBELL, “Ian Macneil ...” *cit.*, p. 9). Todavia, CAMPBELL assinala que o objectivo essencial da obra de MACNEIL não é tanto distinguir o contrato relacional do discreto, mas revelar a constituição relacional de todos os contratos (p. 5).

¹⁵⁹ FERNANDO ARAÚJO, *Teoria cit.*, p. 426.

¹⁶⁰ FERREIRA PINTO nota que as categorias autonomizadas por MACNEIL “correspondem mais a concepções plásticas de tipo *descritivo* e *impressivo* – sobrevalorizando aspectos *extrajurídicos* a que por vezes se conectam preocupações de justiça social, de cunho marcadamente paternalista – do que a verdadeiras categorias jurídicas que arrastem consigo *precisas consequências* de

adaptação do modelo normativo, concebido conforme a matriz das obrigações instantâneas¹⁶¹.

regulamentação, que já não decorram da dogmática dos *contratos duradouros*, tal como aprofundada e reflectida nos direitos da Europa continental" (*Contratos cit.*, p. 125).

¹⁶¹ Na verdade, como assinalado por TEUBNER, "Contracting ..." *cit.*, p. 405, o pensamento jurídico europeu e a reflexão adensada a respeito das especificidades das relações obrigacionais duradouras precedem MACNEIL e MACAULAY, com merecido destaque para GIERKE, "Die Dauernde ..." *cit.*, pp. 355 e ss. Sobre a influência do pensamento de GIERKE na construção relacional, *v.*, nomeadamente, OESCHSLER, "Wille und ..." *cit.*, pp. 114 e ss., para quem a lógica relacional mais não seria do que uma releitura do que a doutrina alemã já havia sustentado em fase anterior (p. 114); tratar-se-ia, pois, de adaptação americana do legado jurídico germânico (p. 116). A par de outros elementos, é, neste âmbito, acentuada a importância da boa fé na conformação da conduta das partes, cf. § 242 do BGB ("*Leistung nach Treu und Glauben*") (*idem*).

SUBECÇÃO II

OBRIGAÇÕES DURADOURAS E INSTANTÂNEAS

1. Obrigação duradoura (continuada ou periódica) e obrigação instantânea (simples, fraccionada ou prolongada)

No tratamento desta matéria, nem sempre a terminologia é coincidente. Para maior clareza expositiva, importa justificar de antemão os conceitos utilizados. A natureza instantânea ou duradoura respeita, no entender da doutrina, em certos casos, à “obrigação”, noutros à “prestação”¹⁶² e, não raras vezes, ao “contrato”¹⁶³. Trata-se de hesitação comum a qualquer execução duradoura – aqui se incluindo, por conseguinte, também a laboral. Cremos que a tal divergência se reporta VAZ SERRA quando refere, a propósito da locação, que, para alguns, “as várias prestações resultam de uma só obrigação (a derivada do contrato de locação) e, segundo outros, há várias obrigações, a cada uma das quais corresponde uma prestação, obrigações que vão surgindo à medida que o tempo passa, embora envolvidas numa relação complexa que se vai desenvolvendo”¹⁶⁴.

Consideradas as divergências existentes, acolhemos, para efeitos expositivos, os termos *obrigação instantânea* ou *duradoura*; admitimos, por sua

¹⁶² Como indica Ana PRATA, em rigor, as obrigações cumprem-se e as prestações realizam-se (cf. arts. 397.º e 762.º do CC) (*Dicionário Jurídico*, vol. 1, 7.ª reimp. da 5.ª ed. act. e ampl. (2008), Almedina, 2014, pp. 974 e 1093). Concretizando o sentido de “obrigação” e de “prestação”, v. Adriano Paes da Silva Vaz SERRA, “Objecto da Obrigação. A Prestação – Suas Espécies e Requisitos”, *BMJ*, 1958, n.º 74, pp. 15-283.

¹⁶³ No que respeita às variações acolhidas na doutrina alemã, v. OETKER, *Das Dauerschuldverhältnis cit.*, p. 66. Quanto à contraposição, proposta pelo Autor, entre o “punktuellem Austauschvertrag” e os “langfristige Verträge” e a subdivisão destes em “Langzeitverträge im weiteren Sinn” e “Dauerverträge” e, por sua vez, a referência, neste último caso, aos “Sukzessivverträge” e aos “Dauerschuldverträge”, v. pp. 96 e ss. e 142 e ss. Distinguindo “prestações instantâneas” e “não instantâneas ou duradouras”, v. Manuel Domingues de ANDRADE, *Teoria Geral das Obrigações* (colab. Rui de Alarcão), 3.ª ed., Almedina, 1966, pp. 159 e ss., GALVÃO TELLES, *Direito cit.* p. 10, ANTUNES VARELA, *Das obrigações cit.*, vol. 1, pp. 61 e ss., e Mário Júlio de Almeida COSTA, *Direito das Obrigações*, reimp. da 12.ª ed. rev. e act. (2009), Almedina, 2014, pp. 73 e ss. Já MOTA PINTO contrapõe “obrigações duradouras” e “de execução instantânea” (*Teoria cit.*, p. 659), enquanto MESSINEO autonomiza o “contrato de execução única” e o “contrato de execução continuada ou periódica” (*Dottrina cit.*, p. 429; identicamente, MARTINI, “Obbligazione ...” *cit.*, p. 655). Quanto às dificuldades operativas de tal classificação sempre que reportada ao contrato, dir-se-á que certos vínculos contratuais podem assumir natureza diversa (instantânea ou duradoura), conforme as circunstâncias: ainda que a empreitada corresponda, por regra, a uma execução instantânea, embora prolongada (v. *infra* n. 178), assim não sucederá em todos os casos. As tentativas e consequentes hesitações de qualificação do contrato como de execução instantânea, prolongada ou duradoura são ilustrativas das dificuldades em rotular certos contratos, conforme as classificações disponíveis. Também FERREIRA PINTO nota que não é tanto o contrato que reveste natureza duradoura, mas as obrigações que deste emergem: “o contrato é duradouro se as obrigações fundamentais que recaem sobre um ou ambos os contraentes forem qualificáveis como duradouras” (*Contratos cit.*, p. 106).

¹⁶⁴ “Objecto da ...” *cit.*, p. 29, n. 64, realce nosso.

vez, que, se a *obrigação instantânea* pode revestir forma “simples”, “fraccionada” ou “prolongada”, a *obrigação duradoura* pode implicar uma “prestação continuada” ou uma pluralidade de “prestações periódicas”¹⁶⁵. Assumimos, pois, que uma (única) obrigação (duradoura) pressupõe ora uma pluralidade de prestações periódicas, ora uma execução continuada¹⁶⁶ – serão estes os conceitos preferencialmente utilizados^{167/168}.

2. O sentido específico de obrigação duradoura

Justificada a terminologia, constatamos – aliás, à semelhança do sucedido noutros ordenamentos – que também a parte geral do CC português, por regra, não diferencia as obrigações em função da sua duração¹⁶⁹. Sucede que uma tal distinção não reveste interesse meramente teórico: admitida a possível afectação às obrigações duradouras de um conjunto normativo adaptado, importa delimitar as hipóteses aqui reconduzíveis.

2.1. A fragilidade da dimensão temporal como critério de destrição

I. Tomando a dimensão temporal por critério, dir-se-á que a obrigação *instantânea*, *momentânea* ou *transeunte* comporta um único acto de execução – *quae unico actu perficiuntur*. Nestes casos, o tempo não exerce qualquer influência no conteúdo da prestação, que se realiza *num instante*, “de um só golpe”, extinguindo-se em tal ocasião e assim satisfazendo o interesse do credor¹⁷⁰. O mesmo não sucede nas obrigações duradouras, em que o tempo

¹⁶⁵ No âmbito específico do contrato de trabalho, PALMA RAMALHO reconduz a actividade de trabalho ao conceito técnico-jurídico de prestação, por se tratar de “conduta desenvolvida no interesse do credor” (*Tratado cit.*, I, p. 21). V. ainda PALMA RAMALHO, *Da autonomia cit.*, p. 78.

¹⁶⁶ Embora reconhecendo a redundância da referência a uma “execução continuada”, acolhemos a expressão, por difundida.

¹⁶⁷ No entanto, sempre que, por razões expositivas, tal se afigure mais ajustado (por generalizado), será feita menção a “contratos/vínculos instantâneos” ou “duradouros”, por referência a contrato que assuma, tipicamente, tal natureza.

¹⁶⁸ Acolhendo uma construção diversa, DEVOTO considera que a relação duradoura procede de fonte única, ditando que o devedor tenha de cumprir, por repetidas vezes, distintas obrigações, cada qual obedecendo a causa própria (*L'obbligazione cit.*, pp. 84-87, 89 e ss., e 96). É, porém, pressuposta a unidade dos comandos: estes são diversos se, por exemplo, em Janeiro, A acordar vender a casa a B; em Fevereiro, doar 100 a C; em Março, arrendar um imóvel a D (pp. 86-87). Para DEVOTO, o comando assume os contornos exigíveis quando se ordenam actos iguais: o mesmo devedor deve ao mesmo credor, a mesma coisa, pela mesma razão – com variações apenas no tempo ou no espaço. Criticando a construção de DEVOTO e a pluralidade de obrigações identificadas pelo Autor, v. MESSINEO, *Dottrina cit.*, p. 431.

¹⁶⁹ Assim, CROS, a respeito do CC francês (“*Les contrats ...*” *cit.*, p. 49).

¹⁷⁰ Na expressão de MOTA PINTO, *Teoria cit.*, p. 659. V. ainda MESSINEO, *Dottrina cit.*, p. 429, MANUEL DE ANDRADE, *Teoria cit.*, p. 159, e ANTUNES VARELA, *Das obrigações cit.*, vol. 1, p. 92. A execução instantânea não inviabiliza, todavia, actos prévios ou deveres acessórios (ALMEIDA COSTA, *Direito cit.*, p. 699).

condiciona, de facto, o seu desenvolvimento¹⁷¹, surgindo como um elemento essencial (não acessório) para as partes e assim determinando a quantidade da prestação e o reitar da execução¹⁷².

Nestas hipóteses, o contrato compreende actos repetidos ou continuados, que não autorizam o cumprimento instantâneo e impõem a subsistência da obrigação, assim delimitada: “as relações obrigacionais duradouras são aquelas cujo conteúdo não consiste em prestações a fazer uma só vez, mas se prolongam por um período mais ou menos longo, visto terem *por conteúdo* uma conduta duradoura ou prestações singulares que se repetem em determinadas épocas”¹⁷³. Atento o exposto, dir-se-ia que a extensão da obrigação seria o elemento mais espontâneo e elementar de destrinça¹⁷⁴.

II. A falibilidade de uma tal autonomização torna-se, porém, evidente perante obrigações que, embora não se esgotando num só momento, não revestem natureza duradoura. A compra e venda, modelo dos contratos onerosos alienatórios, constitui exemplo paradigmático de contrato de execução instantânea¹⁷⁵: “de facto, na maioria das situações, os [seus] efeitos [...] esgotam-se *num só momento*; o efeito translativo é imediato e, depois, há a ter em conta os momentos da entrega da coisa e do pagamento do preço”¹⁷⁶. O contrato conserva, todavia, tal natureza (instantânea) ainda que a venda seja feita a prestações, com reserva de propriedade, sendo o preço repartido em parcelas¹⁷⁷. Esta lógica é também transponível, com frequência, para a obrigação que, no contrato de empreitada, incumbe ao empreiteiro – e que, embora prolongada, manterá, por regra, natureza instantânea¹⁷⁸. Dir-se-á, quanto a estes

¹⁷¹ MOTA PINTO, *Teoria cit.*, p. 659. Por isso se diz que “[...] nas relações duradouras não estão compreendidos os casos em que o tempo não tem influência sobre o conteúdo e montante da prestação” (Carlos Alberto da Mota PINTO, *Cessão da Posição Contratual*, reimp. (1982), Almedina, 2005, p. 435, n. 1). No Direito francês, em termos idênticos, v. CROS, “Les contrats ...” *cit.*, p. 50.

¹⁷² MESSINEO, *Dottrina cit.*, p. 430. Também assim, Anne-Sophie Lavefve LABORDERIE, *La Pérennité Contractuelle*, LGDJ, 2005, p. 209. Já OSTI indicava que, em tais casos, “*il tempo, o meglio la durata, in tale ipotesi è elemento essenziale di determinazioni della prestazione, per la natura propria di questa*” (“Contratto ...” *cit.*, p. 67).

¹⁷³ Adriano Paes da Silva Vaz SERRA, “Comentário ao Acórdão do STJ de 14.3.1972”, *RLJ*, ano 106, 1973, n.º 3494, pp. 79-80, e n.º 3495, pp. 85-88, p. 87, *itálico* nosso.

¹⁷⁴ Cf. MANUEL DE ANDRADE, *Teoria cit.*, pp. 160-161, e ALMEIDA COSTA, *Direito cit.*, pp. 699 e ss.

¹⁷⁵ Assim, arts. 874.º e ss. e, em especial, art. 939.º do CC.

¹⁷⁶ Pedro Romano MARTINEZ, *Direito das Obrigações (Parte especial)*. *Contratos. Compra e Venda. Locação. Empreitada*, reimp. da 2.ª ed. (2001), Almedina, 2014, p. 26.

¹⁷⁷ Cf. arts. 934.º e ss. do CC.

¹⁷⁸ Se apenas em hipóteses pontuais reconhecemos natureza instantânea *stricto sensu* à obrigação do empreiteiro – cf. exemplos indicados por ROMANO MARTINEZ, *Direito das obrigações cit.*, pp. 362-363 –, também não consideramos que revista, com frequência, carácter duradouro (porém, referindo situações menos comuns em que a empreitada assume tal natureza duradoura, v. p. 489). Por regra, cremos mais ajustada a qualificação da obrigação do empreiteiro como prolongada (*i.e.*, instantânea *lato sensu*): o tempo decorrido não altera nem conforma o conteúdo da obrigação – o resultado prometido (a entrega da obra, cf. art. 1207.º do CC). No mesmo sentido, MESSINEO, para quem, nestes casos, o tempo concerne à produção do resultado, para o que é necessário que a actividade do devedor se dilate por um certo período de tempo, mas não à execução, que é instantânea (*Dottrina cit.*, pp. 430-431). Por conseguinte, nos casos mais

casos, estarmos, afinal, perante obrigação *prolongada, dividida, fraccionada ou repartida* (não duradoura)¹⁷⁹. O universo das obrigações duradouras surge, assim, circunscrito às obrigações *continuativas, contínuas* ou de *execução continuada* e a *prestações periódicas, reiteradas, repetidas* ou com *trato sucessivo*, excluindo outras, em que, à semelhança dos casos referidos, a duração é (tão-só) aparente¹⁸⁰.

III. Uma vez limitado o universo das obrigações duradouras, importa explicitar os termos: as obrigações *continuativas* consubstanciam uma actividade ou abstenção ininterrupta, por período mais ou menos longo, conforme as regras da prática. Reflectem uma actuação permanente, *quotidie et singulis momentis* ou sem quebras de continuidade¹⁸¹ – aqui se contando a obrigação de o trabalhador executar a actividade acordada¹⁸². As demais, de execução periódica, renovam-se por todo o período do contrato¹⁸³: o cumprimento exige actos vários de execução, a satisfazer regularmente (as designadas obrigações periódicas *stricto sensu* – assim, por regra, com a obrigação de pagamento da retribuição, a cargo do empregador¹⁸⁴) ou sem regularidade precisa^{185/186}. Claro

comuns, “cada acto singular de execução, realizado pelo empreiteiro, não satisfaz uma parte correspondente do interesse do comitente, que só se realiza plenamente com a entrega da obra” (ROMANO MARTINEZ, *Direito das obrigações cit.*, p. 363). A este propósito, v. ainda João Baptista MACHADO, “Anotação ao Acórdão do STJ de 8.11.1983”, *RLJ*, ano 118, 1986, n.º 3738, pp. 271-282, n.º 3739, pp. 317-320, e n.º 3740, pp. 328-332, p. 276, João de Matos Antunes VARELA e Fernando Andrade Pires de LIMA, *Código Civil Anotado*, vol. 2, reimp. da 4.ª ed. rev. e act. (1997), Coimbra Editora, 2010, pp. 864-865, ANTUNES VARELA, *Das obrigações cit.*, vol. 1, p. 92, n. 2, e pp. 96-97, e BÉNABENT, *Droit civil cit.*, p. 16. Não ignoramos, todavia, que, em hipóteses em que apenas identificamos uma obrigação prolongada, o contrato surge frequentemente qualificado, na doutrina e na jurisprudência, como duradouro – assim, v. acórdão do STJ de 10.11.1987, Proc. n.º 075313 (JOAQUIM FIGUEIREDO).

¹⁷⁹ Tal como na venda a prestações, também na empreitada, a obrigação de pagamento do preço, ainda que escalonada, assume natureza fraccionada. Nesta medida, “embora a empreitada não seja um contrato de prestação duradoura e o preço só seja devido, em princípio, no acto de aceitação da obra (art. 1211.º, n.º 2)”, tal não obsta a “que as partes convencionem o pagamento escalonado do preço, em prestações sucessivas, à medida que a execução da obra progride, a fim de ser o dono da obra, e não o empreiteiro, a entidade financiadora do empreendimento” (ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA, *Código Civil cit.*, vol. 2, p. 875).

¹⁸⁰ Assim, DEVOTO, *L'obbligazione cit.*, pp. 102-103, e ainda Antonio LOMBARDI, *La Risoluzione per Impossibilità Sopravvenuta*, Giuffrè Editore, 2007, p. 201.

¹⁸¹ MENEZES CORDEIRO, *Tratado cit.*, VI (*Direito das obrigações*), p. 560.

¹⁸² ANTUNES VARELA, *Das obrigações cit.*, vol. 1, pp. 92-93.

¹⁸³ MESSINEO, *Dottrina cit.*, p. 431, e MARTINI, “*Obbligazione ...*” *cit.*, p. 657.

¹⁸⁴ A obrigação retributiva, “enquanto principal obrigação a cargo do empregador, insere-se na categoria das chamadas obrigações duradouras, mais concretamente na sua modalidade das obrigações periódicas ou reiteradas. Significa isto que o tempo se revela um factor de extrema importância no tocante à conformação global da prestação do empregador, influenciando decisivamente o respectivo conteúdo” (João Leal AMADO, “A Protecção do Salário”, *BFDUC*, 1995, Suplemento 39, pp. 1-260, p. 78).

¹⁸⁵ Assim, a obrigação de fazer reparações em determinada coisa, quando necessário (ALMEIDA COSTA, *Direito cit.*, p. 700).

está que a diferenciação assim estabelecida – entre obrigações continuadas e periódicas – não é estanque, tal qual resulta, aliás, evidente no contrato de trabalho: a obrigação do trabalhador é de execução continuada, não obstante as necessárias e programadas interrupções à actividade contratada^{187/188}.

IV. Registada a insuficiência de um critério formal de destrinça¹⁸⁹, dir-se-á – retomando a depuração proposta – que mais que a extensão da execução, importa, afinal, determinar o sentido específico reservado às obrigações duradouras. A título ilustrativo, é tal valoração que permite explicar a inclusão do fornecimento entre os contratos de execução duradoura – prestação contínua ou prestações periódicas do fornecedor em troca de pagamentos periódicos, a cargo da contraparte¹⁹⁰ –, rejeitando idêntica subsunção no que respeita à venda a prestações: tal resultará, segundo cremos, do que conforma, em cada caso, a respectiva execução. Dir-se-á que, “num contrato de fornecimento de gás, cada prestação, apesar de integrada num todo contratual, tem *autonomia*; deste modo, o pagamento efectuado num mês *não é parcela do preço*”. Não se trata, afinal, “de parcelas de uma mesma prestação”, sem que se prescinda, todavia, de uma “estreita relação entre elas, derivada do facto de terem por base o mesmo vínculo jurídico”¹⁹¹. Diferentemente, na compra e venda, a obrigação de

¹⁸⁶ ANTUNES VARELA refere “as prestações a que poderá chamar-se *intermitentes* ou *desgarradas*, como as que recaem, por exemplo, sobre o mandatário judicial – que também se prolongam no tempo, mas sem a *periodicidade* e a *homogeneidade* próprias das prestações *reiteradas*, *periódicas* ou de *trato sucessivo*” (*Das obrigações cit.*, vol. 1, p. 92, n. 1).

¹⁸⁷ Neste sentido, CROS, que assim ilustra as dificuldades, por vezes, em destrinçar “continuidade” e “repetição”: no contrato de trabalho (de execução continuada), não há absoluta continuidade da actividade contratada – o trabalhador não está, constantemente, à disposição do empregador (“*Les contrats ...*” *cit.*, p. 50). O que, na verdade, assume relevância para delimitação, adiante, da suspensão perante as interrupções programadas (*v. infra* Capítulo III, § 5.).

¹⁸⁸ Em França, a par da classificação que contrapõe “*contrats instantanés*” e “*contrats à exécution successive*”, é, por vezes, sugerida categoria intermédia: a dos “*contrats à exécution échelonnée*” – assim, entre outras referências, *v.*, em especial, CROS, “*Les contrats ...*” *cit.*, pp. 49-54, e ainda Jean LEPARGNEUR, *La Prorogation des Contrats à Exécution Successive Après un Cas de Force Majeure et Particulièrement à la Suite de la Guerre de 1914*, Librairie Vuibert, 1920, p. 4, LABORDERIE, *La pérennité cit.*, p. 210, e BENABENT, *Droit civil cit.*, p. 17.

¹⁸⁹ Também FERREIRA PINTO assinala que “a duração, só por si, não constitui critério de individualização das relações obrigacionais duradouras, até porque quase todos os vínculos obrigacionais implicam a existência de um lapso temporal, ainda que mínimo, entre o momento em que nascem e aquele em que se extinguem” (*Contratos cit.*, p. 107).

¹⁹⁰ Para lá das dúvidas de qualificação do contrato – ora enquanto variante da compra e venda, ora como contrato misto ou atípico afim da compra e venda –, importa determinar se o contrato de fornecimento institui, afinal, uma relação duradoura. ANTUNES VARELA refere a obrigação do fornecedor como exemplo típico de prestação continuada (*Das obrigações cit.*, vol. 1, p. 93). Também em acórdão de 27.9.2007, o STJ inclui o fornecimento entre os contratos de execução continuada (Proc. n.º 07B2759, GIL ROQUE). Por sua vez, ANA PRATA reconhece eficácia sucessiva ao contrato de fornecimento, já que “[...] uma das partes se obriga a entregar à outra, durante um certo período, em momentos pré-fixados ou quando lhe forem exigidas, dadas quantidades de uma coisa móvel, contra remuneração” (*Dicionário cit.*, p. 380).

¹⁹¹ ROMANO MARTINEZ, *Direito das obrigações cit.*, pp. 26-27.

pagamento do preço é única: poderia ser executada de uma só vez, num instante, enquanto contrapartida do bem adquirido; simplesmente é preferida a sua repartição em parcelas, a executar em momentos distintos.

V. Por conseguinte, para além da extensão associada ao cumprimento, há um elemento que melhor distingue obrigações instantâneas e duradouras: o *fim* da sua existência e a relevância para as partes de execução não isolada/pontual¹⁹². O interesse do credor na obrigação traduz uma necessidade duradoura; a prestação do devedor deve, por conseguinte, adequar-se a tal interesse, conforme uma articulação temporal que corresponda à necessidade a satisfazer, sendo desajustado um cumprimento *uno actu* ou um escalonamento temporal diverso¹⁹³. Também MESSINEO nota que o “dilatar” do cumprimento é condição para que o contrato produza o efeito querido pelas partes e satisfaça a necessidade duradoura que as induziu a contratar; a duração não é *tolerada*, mas, ao invés, *desejada* pelas partes, sendo a utilidade do contrato proporcional à sua duração¹⁹⁴.

São estes os elementos caracterizadores das obrigações duradouras e as razões para os desvios regimentais que lhe são associados – necessários porque melhor reflectem o propósito das partes, vinculadas duradouramente; e é esta a ideia que deve nortear a análise e a identificação de núcleo comum às obrigações duradouras – entre as quais, as pressupostas no vínculo laboral, atento o significado que a continuidade aqui reveste. Se obrigações instantâneas e duradouras “têm um princípio e um fim, uma existência entre dois pólos temporais”, o que releva, como elemento distintivo, não é tanto a *duração*, mas a *função* que a dimensão temporal assume, por tal se entendendo “o sentido que toma a sua existência entre o ponto inicial e o momento final”: sintomaticamente, enquanto as obrigações instantâneas são criadas para a extinção, as duradouras têm em vista a permanência no tempo¹⁹⁵.

Decisivo é, assim, aferir o significado do tempo no conteúdo e *quantum* do acordado: ao invés do que sucede em obrigações duradouras, nas fraccionadas,

¹⁹² Nas relações duradouras, “a prestação protela-se no tempo, tendo a duração temporal da relação creditória influência decisiva na conformação global da prestação” (ANTUNES VARELA, *Das obrigações cit.*, vol. 1, p. 92).

¹⁹³ MARTINI, “Obbligazione ...” *cit.*, p. 655. V. ainda acórdão do STJ de 27.9.2007, Proc. n.º 07B2759.

¹⁹⁴ *Dottrina cit.*, pp. 429-430. No mesmo sentido, OPPO, “I contratti ...” *cit.*, p. 169, e GAUCH, *System cit.*, p. 7. V. ainda Norbert HORN, “Vertragsdauer – Die Vertragsdauer als schuldrechtliches Regelungsproblem. Empfiehlt sich eine zusammenfassende Regelung der Sonderprobleme von Dauerschuldverhältnissen und langfristigen Verträgen?”, Bundesminister der Justiz (dir.), *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, vol. 1, Bundesanzeiger Verlagsgesellschaft, 1981, pp. 551-645, p. 561, OETKER, *Das Dauerschuldverhältnis cit.*, p. 24, GRANIERI, *Il tempo cit.*, pp. 200 e ss., e FERREIRA PINTO, *Contratos cit.*, p. 108.

¹⁹⁵ E, por isso, “o seu montante, em vez de estar pré-determinado, cresce com o decurso do tempo” (MOTA PINTO, *Cessão cit.*, p. 435, n. 1).

o tempo não assume *função modeladora essencial*¹⁹⁶. Retomando exemplo anterior, diremos que, na venda a prestações, apesar de a designação sugerir pluralidade e o pagamento do preço surgir repartido, a prestação é única e o seu valor pré-definido, não variando em função da maior ou menor extensão temporal das fracções: a liquidação da dívida não constitui obrigação duradoura, mas simples obrigação (instantânea) fraccionada^{197/198}. Por conseguinte, a obrigação manter-se-á instantânea se única, embora exigindo algum tempo para completo cumprimento.

2.2. A essencialidade do cumprimento num tempo próprio

I. Consideramos, como elemento distintivo, que o tempo assume, nas obrigações duradouras, sentido particular – o contrato deve ser executado de modo não imediato, apenas assim cumprindo o seu escopo. Convirá, todavia, autonomizar esta lógica de reflexão distinta, que aqui se intersecta: noutro plano, apelamos (ainda) à essencialidade que o cumprimento, em dado momento, pode assumir, na perspectiva do credor; trata-se agora, todavia, de análise (indiferenciada), que abrange, por conseguinte, obrigações instantâneas e duradouras¹⁹⁹. Reportamo-nos à importância de certas obrigações (instantâneas ou não) serem cumpridas num tempo próprio: se executadas noutro momento, não revestem mais interesse para o credor²⁰⁰. Embora não constituindo traço exclusivo de obrigações duradouras, também aqui haverá que assinalar a relevância que reveste a não realização, no momento acordado,

¹⁹⁶ Refere PINTO OLIVEIRA que, “nas obrigações de prestação duradoura em sentido próprio, a duração da relação obrigacional influencia a conformação da prestação devida”. Já nas “obrigações de prestação duradoura em sentido impróprio, a duração da relação obrigacional não influencia a conformação da prestação devida” (*Princípios cit.*, p. 107).

¹⁹⁷ Dispõe o art. 781.º do CC que, “se a obrigação puder ser liquidada em duas ou mais prestações, a falta de realização de uma delas importa o vencimento de todas”; no caso da venda a prestações, v. o art. 934.º do CC. No sentido exposto no texto, v. ANTUNES VARELA, *Das obrigações cit.*, vol. 1, p. 92, n. 2, e MOTA PINTO, *Teoria cit.*, pp. 659-660. Também ANA PRATA define prestação fraccionada como “prestação instantânea por natureza, que deve ser executada por diversas parcelas, em consequência de convenção das partes. O objecto global da prestação é, neste caso, e ao invés do que sucede na prestação duradoura, desde o início fixado, mas a execução é escalonada no tempo, fazendo-se por diversas fracções ou prestações” (*Dicionário cit.*, p. 1095). Seguindo distinta terminologia, v. MANUEL DE ANDRADE, *Teoria cit.*, pp. 160-161. ALMEIDA COSTA adopta um conceito abrangente de prestação duradoura, no qual inclui quer as prestações fraccionadas, quer as periódicas e de execução continuada (*Direito cit.*, pp. 699-702).

¹⁹⁸ Neste sentido se refere que “a venda é um contrato de execução instantânea: resolve-se para cada um dos contraentes, numa prestação principal momentânea e única. A entrega da coisa (se for divisível) ou o pagamento do preço poderá fazer-se por partes, no caso de assim se estipular, mas cada uma dessas partes, embora também se chame prestação num sentido especial do termo, não é uma prestação autónoma: é simples fracção ou parcela da prestação global, objecto de crédito unitário. Não haverá tantas dívidas quantas as parcelas ou fracções, e sim uma dívida única, a cumprir em momentos ou lugares diversos” (Inocência Galvão TELLES, “Aspectos Comuns aos Vários Contratos”, *BMJ*, 1951, n.º 23, pp. 18-91, p. 79, *itálico nosso*). Em sentido idêntico, v. MARTINI, “*Obbligazione ...*” *cit.*, p. 657.

¹⁹⁹ ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA, *Código Civil cit.*, vol. 2, p. 45.

²⁰⁰ DEVOTO, *L'obbligazione cit.*, pp. 73-74 e 91.

de cada prestação (autónoma): aspecto importante para a exacta compreensão do regime que molda a execução duradoura e, sobretudo, para aferir do carácter definitivo ou temporário de obstáculo que possa condicioná-la. É esta, afinal, a distinção que permite concluir que, nos designados “negócios fixos absolutos”²⁰¹, o atraso no cumprimento inviabiliza, em termos definitivos (e não meramente temporários), a prestação²⁰² – e (veremos adiante) com reflexos vários, tal qual na delimitação precisa da impossibilidade temporária que no Direito do Trabalho atinge o trabalhador; ou para determinação do âmbito operativo da mora do credor e da impossibilidade da prestação, especialmente relevante no contexto da suspensão por factos respeitantes ao empregador²⁰³. Dir-se-á que, em tais circunstâncias, ainda que o devedor “não dev[a] mais”, certamente “arrisca mais” porque assume “o risco de já não poder prestar com efeitos de cumprimento, se uma impossibilidade temporária o impedir de prestar dentro de certo prazo”²⁰⁴. Embora com especial relevo para a correcta compreensão dos temas a tratar, esta constitui, todavia, nova destriça, sobreposta à acima enunciada (obrigação instantânea *vs.* duradoura).

II. Do que foi dito resulta, porém, nota adicional importante: o não cumprimento oportuno de dada(s) prestação(ões) de complexo duradouro nem sempre inviabiliza (em definitivo) o seu cumprimento diferido – rejeitamos, pois, que o atraso *sempre* revista natureza essencial, impossibilitando o

²⁰¹ Quando fixado prazo (essencial) de cumprimento, não sendo a prestação efectuada quando estipulado, “seja qual for a razão do não cumprimento, a obrigação se considera *definitivamente não cumprida*. São, de um modo geral, os casos da prestação com *termo absolutamente fixo* [...]” (João de Matos Antunes VARELA, *Das Obrigações em Geral*, vol. 2, reimp. da 7.^a ed. rev. e act. (1997), Almedina, 2013, p. 80). O art. 63.º do Anteprojecto do CC dispunha, sob a epígrafe, “Negócio fixo” que, “*convencionando-se que a obrigação deve ser cumprida dentro de determinado prazo ou certa data, com a significação de que o prazo ou data devem ser observados pelo devedor, embora seja ainda possível a prestação ulterior, a impossibilidade temporária no prazo ou data fixados não extingue a obrigação; mas, tratando-se de contrato bilateral e significando a estipulação que o credor se reserva o direito de recusar a prestação ulterior, tem ele, na dúvida, o direito de resolver o contrato, se a prestação não se efectua naquele prazo ou naquela data, sem culpa sua, e seja ou não imputável ao devedor a falta da prestação no prazo ou na data fixados*” (Adriano Paes da Silva Vaz SERRA, “Direito das Obrigações: Com Excepção dos Contratos em Especial: Anteprojecto”, Separata do BMJ, 1960, pp. 1-653, p. 46). Esta previsão tinha subjacente precisamente a distinção entre “negócios fixos absolutos” e os “negócios fixos de segunda espécie” (Adriano Paes da Silva Vaz SERRA, “Impossibilidade Superveniente por Causa Não Imputável ao Devedor e Desaparecimento do Interesse do Credor”, BMJ, 1955, n.º 46, pp. 5-152, pp. 64-65). Ainda a este propósito e replicando a destriça promovida no Direito alemão, v. MANUEL DE ANDRADE, *Teoria cit.*, p. 416, n. 3. Em termos idênticos, PINTO OLIVEIRA distingue o prazo ou termo essencial absoluto ou relativo: o primeiro determina o fim do contrato e o segundo concede ao credor um direito potestativo de resolução (*Princípios cit.*, pp. 384 e 827-828).

²⁰² ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA, *Código Civil cit.*, vol. 2, p. 45, e ANTUNES VARELA, *Das obrigações cit.*, vol. 2, p. 80.

²⁰³ Temas desenvolvidos *infra*, Capítulo II, § 3. e Parte II, Secção I e Secção IV.

²⁰⁴ João Baptista MACHADO, “Risco contratual e mora do credor (Risco da perda do valor-utilidade ou do rendimento da prestação e de desperdício da capacidade de prestar vinculada)”, *Obra dispersa*, vol. 1, *Scientia Iuridica*, 1991, pp. 257-343, p. 273.

cumprimento tardio²⁰⁵. Por conseguinte, e não obstante as razões que sustentam lógica inversa, acompanhamos DEVOTO, quando reconhece que a localização temporal das prestações singulares de obrigação duradoura assume, muitas vezes, sentido meramente *indicativo*, ao invés de relevância *essencial*. Assim, se, num contrato de fornecimento, a mercadoria deve ser entregue no primeiro dia de cada mês, o atraso no cumprimento de dada prestação não impede nem compromete inevitavelmente o cumprimento tardio daquela mesma prestação²⁰⁶. Também neste sentido, David MAGALHÃES afirma que “os contratos duradouros nem sempre se caracterizam como negócios com prazo absolutamente fixo”, do que resulta que “o não cumprimento atempado apenas corresponderá a uma situação de impossibilidade da prestação quando o interesse do credor não seja satisfeito na mesma medida em que o seria com o cumprimento pontual”²⁰⁷. Concedemos, pois, que nos vínculos duradouros – a termo ou de duração indefinida – há ainda espaço para os designados “negócios geralmente fixos”, nos quais, embora convencionado que o prazo deve ser “rigorosamente observado (declara-se, por exemplo, que a prestação deve ser feita «o mais tardar», «precisamente», «exactamente», no prazo ou dia fixados)”, na verdade, “a prestação tardia pode ainda ter interesse para o credor e, por conseguinte, não se trata de impossibilidade da prestação que dê lugar imediatamente à aplicação das regras respectivas”²⁰⁸. Subsistem, no entanto, certamente (e porventura, em maioria) muitos casos em que o atraso no cumprimento da prestação, quer continuada, quer periódica, traduz inutilização definitiva da prestação não oportunamente executada – assim, por regra, a actividade devida pelo trabalhador ou a mercadoria a fornecer no início de cada mês e cuja falta não possibilita abastecimento alternativo. Revestindo o tempo de execução (de cada prestação) importância essencial, surge, então, questão distinta: perante impossibilidade ou incumprimento definitivo de prestação(ões) singular(es) que integra(m) o complexo duradouro, o que concluir quanto à subsistência do contrato?²⁰⁹ Atenta a lógica operativa da suspensão, enunciaremos questões essenciais à operacionalidade do instituto – e que apelam, afinal, aos contornos próprios da obrigação duradoura.

²⁰⁵ BAPTISTA MACHADO refere, a respeito de “prestações de gozo de uma coisa (locação) ou prestações em que seja fulcral um elemento locativo”, que “é preciso ter presente que estas prestações, sendo prestações de duração, podem além disso ser prestações temporalmente modalizadas (seja prestações de prazo absolutamente fixo) e normalmente são-no (“Risco contratual ...” *cit.*, p. 296, *itálico* nosso).

²⁰⁶ *L’obbligazione cit.*, p. 113.

²⁰⁷ *A resolução cit.*, p. 65.

²⁰⁸ Adriano Paes da Silva Vaz SERRA, “Mora do Devedor”, *BMJ*, 1955, n.º 48, pp. 5-317, pp. 246-247. A este propósito, *v.* acórdão do STJ, de 28.4.2009, Proc. n.º 09A0679 (HELDER ROQUE).

²⁰⁹ Tema a retomar *infra*, Capítulo II, §§ 3.5. e 4.

2.3. Desvio regimental expresso: a essencialidade da execução duradoura e a eficácia *ex nunc* da resolução

I. O especial sentido que demarca obrigações duradouras e instantâneas é justificação para desvio regimental expresso, que atende à natureza duradoura do vínculo²¹⁰. Nos contratos de execução instantânea, a resolução é equiparada, quanto aos seus efeitos, à nulidade ou anulabilidade do negócio, cessando com eficácia retroactiva presuntiva. Daqui deriva, como regra, o dever de as partes restituírem o que tiver sido prestado ou, não sendo possível a restituição em espécie, o valor correspondente²¹¹. Para os contratos duradouros, é, todavia, prevista regra inversa: “*nos contratos de execução continuada ou periódica, a resolução não abrange as prestações já efectuadas*”²¹² – aqui, por princípio, o contrato cessa para o futuro, com salvaguarda dos efeitos produzidos²¹³. Para lá de outras interrogações, no contexto que nos ocupa, interessa sobretudo aferir as razões que motivam esta ressalva, sendo diversas as respostas apresentadas: desde logo, a impossibilidade de *restitutio in integrum* de certas prestações, como seja a actividade prestada pelo trabalhador, no contrato de trabalho²¹⁴, ou o gozo proporcionado ao arrendatário, em contrato de arrendamento – situações já extintas *per se*. Outras explicações são, no entanto, indicadas²¹⁵: para DEVOTO, esta solução deriva, no essencial, do carácter extintivo, que associa ao cumprimento do comando singular e que a inobservância de prestação subsequente não faria, por regra, ressurgir²¹⁶. cremos, porém, que aqui assume, na verdade, relevância incontornável – como nota explicativa fundamental – a

²¹⁰ Tal qual já enunciado *supra*, n. 91.

²¹¹ Cf. arts. 433.º, 434.º, n.º 1, e 289.º, n.º 1, do CC. Trata-se, todavia, de regra que admite excepção, sendo a retroactividade afastada, caso contrarie “*a vontade das partes ou a finalidade da resolução*” (art. 434.º, n.º 1, *in fine*, do CC).

²¹² Cf. art. 434.º, n.º 2, 1.ª parte, do CC. Contudo, a não retroactividade deixa de ter aplicação nas hipóteses em que entre as prestações já efectuadas “*e a causa da resolução existir um vínculo que legitime a resolução de todas elas*” (art. 434.º, n.º 2, 2.ª parte, do CC). Sobre esta ressalva, v. João de Matos Antunes VARELA e Fernando Andrade Pires de LIMA, *Código Civil Anotado*, vol. 1, reimp. da 4.ª ed. rev. e act. (1987), Coimbra Editora, 2010, p. 411, e FERREIRA PINTO, *Contratos cit.*, p. 422. São hipóteses em que não se verifica o “pressuposto da correspectividade, ínsito à não retroactividade”; tal qual se o inquilino pagou adiantadamente rendas, mas “não chegou a gozar o prédio porque o senhorio não lho entregou [...]”. São casos em que se impõe a restituição do que foi entregue, visto ainda não ter ocorrido a liquidação «natural» em que se baseia a primeira parte do citado n.º 2” (DAVID MAGALHÃES, *A resolução cit.*, p. 60).

²¹³ Trata-se de regra comum a vários ordenamentos (ARTZ, “*La suspension ...*” *cit.*, p. 99).

²¹⁴ Está, na verdade, também em causa a complexidade reconhecida às posições das partes: “para além da impraticabilidade de repetição das prestações principais, é também impraticável a devolução da miríade de prestações secundárias de cada uma das partes, que também contribuem para tornar complexas as respectivas posições negociais” (PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, II, p. 216, n. 410).

²¹⁵ Seja a intangibilidade dos efeitos produzidos até à extinção ou a não retroactividade como efeito desejado pelas partes, (ainda) em concretização da *lex mercatoria*. Referenciando outras razões, v. DEVOTO, *L’obbligazione cit.*, pp. 8 e ss.

²¹⁶ DEVOTO, *L’obbligazione cit.*, pp. 326-331.

enunciada indissociabilidade *obrigação duradoura/sentido constitutivo do tempo da execução*²¹⁷, a par da autonomia reconhecida às prestações que participam da obrigação, cada qual seguindo a sua sorte, sem influir nas demais – reflexo da auto-suficiência que LOMBARDI reconhece a cada prestação²¹⁸. Também BAPTISTA MACHADO acentua esta lógica, ao assinalar que, revestindo estas prestações dimensão temporal própria, a resolução *ex nunc* não significa preservação de um suposto cumprimento parcial (do contrato). É, na realidade, mais rigoroso concluir que, nestes casos, a utilidade que deriva de cada prestação é uma utilidade *pro tempore*, que não pode ser restituída nem, por regra, recuperada: a reposição do *statu quo ante* é, usualmente, desajustada à natureza destas obrigações²¹⁹. Acresce, por fim e no essencial, que apenas por esta forma se atende à corresponsabilidade pressuposta entre as diversas prestações. Referimos, na verdade, lógica transversal aos vínculos duradouros, com reflexos importantes na delimitação da impossibilidade que atinge a(s) prestação(ões) singular(e)s que participa(m) de tal complexo – assim sucedendo também no contrato de trabalho.

Aqui chegados, diremos, pois, que a durabilidade e a dimensão relacional, enquanto traços conformadores do contrato de trabalho, justificam ajustamentos ao enquadramento geral do Direito das Obrigações. Melhor se compreendendo por que antecipámos que temas vários – tais como a (im)possibilidade, o (in)cumprimento, a *exceptio* ou a relevância acentuada dos deveres acessórios –, estruturais em estudo dedicado à análise de impedimentos temporários que condicionam a actividade laboral, reclamam adaptações que atendam aos contornos próprios de um vínculo duradouro.

²¹⁷ Assim, ANTUNES VARELA, *Das obrigações cit.*, vol. 1, p. 94. Também MOTA PINTO considera que as obrigações duradouras “*estão ligadas ao tempo que passa, a cada momento, e o seu montante vai ser determinado em função dele*” (*Teoria cit.*, p. 662). MESSINEO acrescentava ainda que seria antieconómico e contrário ao princípio da conservação do contrato anular prestações já cumpridas, por força de um incumprimento subsequente (*Dottrina cit.*, p. 433).

²¹⁸ “*Deve, difatti, ritenersi, come le particolari natura e modalità esecutive della categoria contrattuale in commento [...] che ciascuna prestazione eseguita [...] troverà la propria giustificazione causale nella relativa controprestazione*” (LOMBARDI, *La risoluzione cit.*, p. 199).

²¹⁹ BAPTISTA MACHADO, “*Anotação ...*” *cit.*, p. 329. O Autor considera que não seria “*normativamente aconselhável calcular o valor da prestação irrestituível, para efeitos de restituição desse valor, senão nos termos de equivalência resultantes do contrato*” (p. 329). Também FERREIRA PINTO indica que, nas obrigações duradouras, o “*decorso do tempo corresponde a satisfação efectiva dos interesses (maxime, económicos) das partes, pelo que a destruição retroactiva dos efeitos já produzidos, ou se revela impraticável (quod factum est, infetum fieri nequit), ou constitui uma operação totalmente inútil e sem qualquer vantagem para os envolvidos*” (*Contratos cit.*, p. 421).

SUBSECÇÃO III

(TRAÇOS ESSENCIAIS DAS) OBRIGAÇÕES DURADOURAS E LÓGICA SUSPENSIVA

Tendo em conta as especificidades apontadas pela teoria relacional e o sentido preciso que reservamos às obrigações duradouras, importa enunciar, ainda que brevemente, os traços próprios destas obrigações, presentes também no contrato de trabalho e que contribuem para a operacionalidade e plena compreensão da suspensão laboral.

1. Função estabilizadora (jurídica, económica e social)

I. Prosseguindo propósitos muito distintos, as obrigações duradouras têm uma função particular; transcendem o estrito objectivo da troca instantânea, consentindo um acesso estável a realidades muito diversas. Ao possibilitarem a satisfação de necessidades humanas duradouras, mediante hábitos de fidelização, solidariedade e cooperação, assumem, enquanto instrumento estabilizador, papel significativo na vida económica e social. A este respeito, é, aliás, convocada a congregação de elementos marcadamente pessoais, que promovem, mais que a troca, a criação de uma dada organização social²²⁰. No plano jurídico-económico, seria possível identificar, pelo menos, duas formas típicas de satisfação de necessidades duradouras: por meio de uma pluralidade de contactos instantâneos ou de um contrato duradouro²²¹, caso em que a “troca” é presente e *futura*²²² – o que resultaria, aliás, particularmente acentuado, nas áreas laboral e comercial²²³. A importância do tema é expressiva: as obrigações duradouras, enquadrando múltiplas situações da vida em sociedade cuja estabilidade importa acautelar, surgem como garante de continuidade jurídica, económica e social, concentrando esforços e consolidando as relações encetadas²²⁴, havendo mesmo quem denote uma aversão geral ao desaparecimento dos contratos e à instabilidade

²²⁰ Reflectindo sobre a posição de GIERKE, a este propósito, v. DEVOTO, *L'obbligazione cit.*, p. 34.

²²¹ DEVOTO, *L'obbligazione cit.*, pp. 80-82: em caso de necessidade (duradoura) de aquisição de certo produto para revenda, haveria, na primeira hipótese, que recorrer, para cada aquisição, a diferentes distribuidores, celebrando contratos distintos; em cada caso, impor-se-ia prospectar o mercado, divulgar as características do produto e avaliar as diversas propostas, para, por fim, negociar e fixar as condições de cada transacção. Noutra perspectiva, ilustrando um crescendo “relacional” entre a compra ocasional e a criação de laços comerciais duradouros de intensidade e complexidade variáveis, v. CAMPBELL, “Ian Macneil ...” *cit.*, pp. 19-20.

²²² LEITE DE CAMPOS, “Dos contratos ...” *cit.*, p. 207. Também daqui resulta (em articulação com a estrutura complexa da obrigação duradoura – *supra*, § Subsecção II) o sentido específico que reveste, nestes casos, o (in)cumprimento de cada prestação: o incumprimento e, em geral, tudo o que impossibilite a continuação da relação, após execução de conjunto preciso de prestações, retira razão de ser ao comando genérico, mas não aos comandos já executados. Estes são independentes, surgindo agregados apenas para obviar à celebração de uma multiplicidade de contratos. V. ainda DEVOTO, *L'obbligazione cit.*, p. 82.

²²³ FERNANDO ARAÚJO, *Teoria cit.*, p. 381.

²²⁴ Noutras hipóteses, a multiplicação de transacções instantâneas não é apenas ineficiente, mas inviável.

contratual^{225/226}. E o Direito, atento a tais preocupações, deverá endereçá-las, multiplicando referências a mecanismos de defesa da estabilidade e do respeito pelo acordado, em reforço da força vinculativa de contratos com vocação duradoura: a celebração de um vínculo para perdurar significa, afinal, um comprometimento com projecção no futuro – aqui se retomando inevitável apelo à “*presentiation*” –, cabendo ao ordenamento a salvaguarda do acordado²²⁷. Mas não só: frequentemente, a estabilidade assume não apenas o sentido de tutela do que foi estabelecido, mas de continuidade futura. O que é um *plus*: num tal nível (superior) de garantia, a estabilidade não significaria já (tão-só) preservação do que foi definido, mas *promoção* da subsistência do contrato, por dado período²²⁸. Sucede que tal patamar adicional de tutela – que agrega expedientes vários, comprimindo a cessação unilateral e imotivada e/ou impondo um tempo mínimo de duração do contrato – surge em salvaguarda de interesses específicos, o que se revela patente no enquadramento legal reservado ao contrato de trabalho, sobretudo no modo como a liberdade de desvinculação do empregador é coarctada e atenta a excepcionalidade do regime de contratação a termo e temporária. A evolução registada acentua, afinal, o afastamento da lógica paritária do Direito dos Contratos – preterida em favor do reforço das garantias reconhecidas ao trabalhador e da manutenção do emprego²²⁹. Já no que respeita aos reflexos sociais de tal estabilidade, dir-se-á que o ordenamento procura não só a satisfação dos interesses (duradouros) das partes (trabalhador e empregador), dando também resposta a “interesses gerais – marcadamente ligados à salubridade da economia, à confiança dos operadores económicos e à eficiência e competitividade das empresas –, para o que é tão indesejável a instabilidade de emprego como um sistema de absoluto

²²⁵ TREILLARD, “De la suspension ...” *cit.*, p. 60.

²²⁶ Sem esquecer, porém, as resistências a uma tutela reforçada da estabilidade: “*although the rules of contract law should operate to prevent one party from opportunistically using an insubstantial breach or the non-fulfillment of an insignificant condition as a contrived excuse for breaking a deal, the concept that legal rules can keep a living relationship together is quixotic. Association compelled by law against the wishes of a party is not a living relationship, or at best is a highly impoverished relationship*” (EISENBERG, “Why there ...” *cit.*, p. 819). No domínio específico das relações de trabalho, a garantia da estabilidade deve também ser ponderadamente considerada: “[n]ão se contestando a vantagem ou necessidade de atribuir ao trabalhador médio uma situação (até psicológica) de estabilidade na empresa, no sentido de ter o seu lugar assegurado e defendido, será sempre imprescindível deixar de reserva meios expulsivos para evitar que, por uma deformada ideia de tal estabilidade, o trabalhador se torne improdutivo, cumpra mal os seus deveres, assumindo uma conduta inadequada que não atinja, contudo, a orla da justa causa para imediata rescisão do contrato, sem indemnizações” (LOBO XAVIER, *Manual cit.*, p. 720).

²²⁷ FERNANDO ARAÚJO reconhece que “as relações contratuais longas parecem exigir do Direito sobretudo meios de salvaguarda e de preservação dos interesses das partes” (*Teoria cit.*, p. 378).

²²⁸ FERREIRA PINTO, *Contratos cit.*, p. 229.

²²⁹ Na verdade, “no que se refere à estabilidade de emprego, tal estabilidade constitui uma garantia de vida e subsistência, e isto de tal modo que a protecção do direito do trabalhador ao lugar e, portanto, à sua permanência na empresa se tornou um capítulo fundamental do Direito do trabalho moderno” (LOBO XAVIER, *Manual cit.*, pp. 718-719). A este propósito, v. MÁRIO PINTO, “Garantia de Emprego e Crise Económica; Contributo Ensaístico para um Novo Conceito”, *RDES*, ano 29, 1987, pp. 435-464.

bloqueamento das possibilidades de desvinculação”²³⁰. Convocamos ainda um apontamento *relacional*: contratos marcadamente relacionais implicam uma dinâmica própria, modeladora da sua evolução, *maxime*, em matéria de incumprimento. Implicando tais vínculos acentuada *cooperação*, “a resposta relacional a um não cumprimento de uma parte das obrigações, não [seria] o fim da relação, *mas o modo como se deve[ria] restabelecer essa relação*”, o que implica acolher “procedimentos, como negociação e mediação, a arbitragem ou todo o processo que favoreça a cooperação, tentando evitar-se a resolução do contrato ou a indemnização”²³¹. É esta a lógica que legitima, num vínculo duradouro, a preferência por uma dada ordenação das causas extintivas²³² e por soluções conservatórias²³³. Assim se anuncia, porém, o especial *conflito* que caracteriza a dinâmica duradoura: de um lado, *estabilidade* – e, neste sentido, a busca de mecanismos que reforcem a continuidade/intangibilidade do vínculo – e, de um outro, *flexibilidade*, com a previsão de fórmulas de ajustamento e de libertação, já que a vinculação não deve prevalecer sempre e a qualquer custo, sob pena de se transmutar “numa prisão”, sem qualquer correspondência “[n]o interesse das partes”. Importa, pois, assegurar que “os meios que promovem a rigidez contratual” não se transformam em “meios de perpetuação de situações patológicas”²³⁴. Referimos, na verdade, uma tensão especialmente patente no contrato de trabalho: por se tratar de vínculo duradouro, há que assegurar *liberdade de saída*, assim se contrariando a ligação a um contrato que não corresponde mais ao intento das partes²³⁵, havendo que não descurar a

²³⁰ LOBO XAVIER, *O despedimento cit.*, p. 11, itálico nosso. Quanto ao conceito e implicações da estabilidade neste contexto, *v. ainda*, deste Autor, “A estabilidade ...” *cit.*, p. 36 e ss.

²³¹ LEITE DE CAMPOS, “Dos contratos ...” *cit.*, p. 207, itálico nosso.

²³² Nesta medida, “a caducidade e a denúncia, enquanto formas fisiológicas de cessação dos vínculos obrigacionais duradouros t[eriam] [...] prevalência sobre a resolução por justa causa, que constitui[ria] um instrumento de drástica (e antecipada) cessação do vínculo, privilegiando-se a estabilidade deste último em face de pretensões liberatórias dos sujeitos que nele participam” (FERREIRA PINTO, *Contratos cit.*, pp. 405-406).

²³³ Por conseguinte, verificadas “circunstâncias objectivas que perturbem gravemente a sua regular execução, mas revelando-se ainda possível um reequilíbrio da relação mediante adequada alteração do programa obrigacional, o contraente atingido deverá enveredar por uma *resolução-modificação*, propondo à parte contrária a conservação da relação em moldes ajustados ao novo contexto ambiental” (FERREIRA PINTO, *Contratos cit.*, p. 406).

²³⁴ FERNANDO ARAÚJO, *Teoria cit.*, p. 380. Ao que acresce a problemática da confiança: “é precisamente da triangulação de interesses característica das relações duradouras, que tem os seus pólos na *estabilidade, flexibilidade e confiança*, que derivam os múltiplos problemas de regulamentação que elas especificamente convocam” (FERREIRA PINTO, *Contratos cit.*, p. 109). Quanto à menção (frequente) à confiança – atenta a sua maior acentuação, em vínculos longos –, importa, porém, contrapor os maiores abusos a que estas relações se encontram expostas: “a confiança recíproca vai-se formando ao longo das relações contratuais duradouras, ao mesmo tempo que a própria duração vai incrementando e acumulando as oportunidades de abuso – servindo aquela como contrapartida desta” (FERNANDO ARAÚJO, *Teoria cit.*, p. 379).

²³⁵ Neste sentido, Pedro Furtado MARTINS refere que, “sendo a relação de trabalho uma relação duradoura e em que têm especial relevância os elementos pessoais, pressupondo por isso a manutenção de uma colaboração e uma confiança mútuas, a necessidade de garantir a

importância, neste domínio, do direito à propriedade privada²³⁶, do princípio da livre iniciativa económica privada²³⁷ e da autonomia a reconhecer ao empregador não só relativamente à criação, gestão e encerramento de unidades produtivas, mas também quanto ao ajustamento dos vínculos laborais pressupostos em cada organização²³⁸ – o que conflitua, todavia, com preocupações de estabilidade, transversais a qualquer complexo duradouro e especialmente acentuadas no de trabalho²³⁹.

Neste contexto, é evidente a relevância da suspensão, enquanto instrumento apto à conservação do vínculo laboral²⁴⁰, considerados os efeitos gerais que lhe são associados: (i) subsistência “[d]os direitos, deveres e garantias das partes que não pressuponham a efectiva prestação de trabalho” (art. 295.º, n.º 1)^{241/242}; (ii) em reverso, uma vez terminado o período suspensivo,

desvinculação unilateral surge especialmente reforçada” (*Cessação do Contrato de Trabalho*, 3.ª ed. (rev. e act.), Principia, 2012, p. 14).

²³⁶ Cf. art. 62.º, n.º 1, da CRP.

²³⁷ Cf. art. 61.º, n.º 1, da CRP.

²³⁸ FURTADO MARTINS, *Cessação cit.*, p. 17.

²³⁹ Cf. art. 53.º da CRP.

²⁴⁰ Já em 1970, LOBO XAVIER acentuava a importância da suspensão neste plano: a par da restrição da liberdade extintiva do empregador, a suspensão seria garante essencial da estabilidade do vínculo laboral: “com efeito, a legislação laboral tende a conservar o contrato, ainda em certas situações que a mecânica do direito comum faria arrastar para a dissolução das relações contratuais. Estamos caídos em toda a problemática da suspensão, expressa na linguagem vulgar pela obrigação de «guardar o lugar» em que estão constituídas as empresas em certas situações (v.g. serviço militar, doença, acidente)” (“A estabilidade ...” *cit.*, p. 40).

²⁴¹ Ao que acresce que a “suspensão não tem efeitos no decurso de prazo de caducidade, nem obsta a que qualquer das partes faça cessar o contrato nos termos gerais” (art. 295.º, n.º 3). Por sua vez, no âmbito preciso do período experimental, é previsto que “não são considerados na contagem os dias de falta, ainda que justificada, de licença, de dispensa ou de suspensão do contrato” (art. 113.º, n.º 2). Já no que respeita à interferência da suspensão no decurso de pacto de permanência que tenha sido acordado (cf. art. 137.º), João Zenha MARTINS sustenta que, na ausência de estipulação diversa das partes, há que atender à finalidade que subjaz a um tal pacto – no essencial, a amortização do investimento feito, pelo empregador, na formação do trabalhador –, concluindo que a plena consecução de um tal propósito exige a prestação efectiva de trabalho, propondo, assim, que a suspensão laboral deve ditar a suspensão do prazo definido para a permanência convencionada na suspensão por factos respeitantes ao trabalhador (*Dos Pactos de Limitação à Liberdade de Trabalho*, dissert., policop., inédito, FDUNL, 2014, pp. 223 e ss.). Em data anterior, embora reconhecendo a complexidade do tema, MARIA IRENE GOMES sustentara a conveniência de resposta diferenciada, consoante estejamos perante uma suspensão por facto respeitante ao empregador ou ao trabalhador. No primeiro caso, “o não aproveitamento da atividade mais qualificada do trabalhador durante tal período inscreve-se na esfera do empregador, recaindo sobre ele o risco da perda de vigência da obrigação de não concorrência”. Dir-se-á, pois, que “neste caso, o período da suspensão do contrato de trabalho não suspende, então, a contagem do período de vigência do pacto de permanência”. Diversamente, resultando a suspensão de facto referente ao empregador, a Autora entende, embora com dúvidas, que ocorre “uma espécie de inversão do risco, ficando, então, suspensa a contagem do período de vigência do pacto de permanência” (*O dirigente cit.*, pp. 321-322).

²⁴² Sendo certo que a estabilidade é estendida a “outros aspectos da situação jurídica do trabalhador”, que subsistem “incólumes à suspensão”. Assim, não obstante a suspensão, “o trabalhador continua integrado no sistema de segurança social a que pertence e pode beneficiar das respectivas prestações, bem como das prestações que já auferia por incapacidade devida a

restabelecimento “[d]os direitos, deveres e garantias das partes decorrentes da efectiva prestação de trabalho” (art. 295.º, n.º 4) e (iii) cômputo “[d]o tempo de [...] suspensão [...] para efeitos de antiguidade” (art. 295.º, n.º 2). É, aliás, por entendermos que a subsistência do contrato de trabalho, no tempo de ausência, constitui a razão essencial do instituto²⁴³, que encaramos com reservas a recondução à suspensão, por parte da doutrina espanhola, de hipóteses em que o trabalhador ausente é titular tão-só de um direito preferencial de reingresso:

a) No Direito espanhol, a doutrina não é unânime quanto à essencialidade da reserva do posto de trabalho, na caracterização da suspensão. A este propósito, o art. 48 do ET (“*Suspensión con reserva de puesto de trabajo*”) prevê que, “*al cesar las causas legales de suspensión, el trabajador tendrá derecho a la reincorporación al puesto de trabajo reservado, en todos los supuestos a que se refiere el apartado 1 del artículo 45*”, assim não sucedendo, porém, nos casos “*señalados en los párrafos a) y b) del mismo apartado y artículo, en que se estará a lo pactado*”²⁴⁴. Parece, pois, que, nas hipóteses excepcionadas, as partes poderiam afastar a reserva do posto de trabalho. Ainda que, para alguma doutrina, tal exclusão seja radicalmente inversa à suspensão²⁴⁵ – assumindo, assim, a reintegração como elemento modelador do instituto²⁴⁶ –, na opinião dominante, tal constituiria uma consequência tendencial, porém não inevitável, do fenómeno suspensivo: essenciais seriam tão-só os efeitos previstos no art. 45, n.º 2, do ET (ou seja, exoneração temporária das obrigações recíprocas de trabalhar e de remunerar²⁴⁷), assim se explicando a regulação autónoma da reserva do posto de trabalho, no art. 48 do ET. Acresce que apenas uma tal leitura permitiria considerar a designada “*excedencia voluntaria*” (cf. art. 46 do ET, salvo no referente à “*excedencia forzosa*”) como hipótese suspensiva²⁴⁸,

acidente de trabalho ou a doença profissional (é um efeito que a lei realça a propósito da suspensão por adesão à greve, no art. 536.º, n.º 2 *in fine*, mas que tem alcance geral)” (PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, II, p. 712).

²⁴³ JOÃO REIS nota que “a suspensão do contrato é um mecanismo jurídico que visa impedir a cessação do contrato, isto é, que excepciona um fundamento de resolução” (*A suspensão cit.*, p. 46). JORGE LEITE assinala igualmente a ligação entre a suspensão e a garantia de conservação do contrato e, neste domínio, a estabilidade do emprego (“Notas ...” *cit.*, p. 128). Também no Direito italiano, Tiziano TREU regista tendência de transmutação, sempre que possível, de circunstâncias extintivas em suspensivas (“Italy”, *International Encyclopedia for Labour Law and Industrial Relations*, Kluwer Law International 2006, p. 93).

²⁴⁴ Versão consolidada do ET, acessível em <<http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-7730&p=20141017&tn=1#a38>>.

²⁴⁵ VIDA SORIA, *La suspensión cit.*, pp. 63-64. V. ainda Antonio Martín VALVERDE, Fermín Rodríguez-Sañudo GUTIÉRREZ e Joaquín García MURCIA, *Derecho del Trabajo*, 21.ª ed., tecnos, 2012, p. 758.

²⁴⁶ Em decisão de 25.10.2000, Proc. STS 7701/2000, disponível em <<http://www.poderjudicial.es>>, o TS corrobora a leitura de que a suspensão, tal qual prevista no art. 45 do ET, traduz uma vicissitude contratual que corresponde a um direito do trabalhador e a um dever do empregador à reserva do posto de trabalho. V. ainda RAMÍREZ MARTÍNEZ, “Naturaleza ...” *cit.*, pp. 9-36, em especial as pp. 15-16.

²⁴⁷ Quanto à essencialidade que reveste a suspensão da obrigação retributiva, v. *infra* § 2.

²⁴⁸ RAMÍREZ MARTÍNEZ, “Naturaleza ...” *cit.*, p. 12.

atento o disposto no art. 46, n.º 5, do ET, que prevê expressamente: “*el trabajador excedente conserva sólo un derecho preferente al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría a la suya que hubiera o se produjeran en la empresa*”²⁴⁹. A jurisprudência procura, na verdade, justificar o tratamento diferenciado da “*excedencia voluntaria*” não só em face da “*excedencia forzosa*”²⁵⁰, mas também perante outras hipóteses suspensivas: à “*excedencia voluntaria*” corresponderiam, tipicamente, interesses individuais do trabalhador – quaisquer interesses pessoais ou profissionais, sem necessidade de motivação²⁵¹, que assim resultam impostos ao empregador, contanto que compatíveis com a boa fé e verificados os requisitos que condicionam o exercício de um tal direito –, um mínimo de antiguidade e limites (mínimo e máximo) da ausência (cf. art. 46, n.º 2, do ET). Já as hipóteses suspensivas elencadas no art. 45 do ET respeitariam a factos distintos, que traduzem ora um impedimento do trabalhador, ora situações decorrentes do funcionamento da empresa ou da vontade conjunta das partes²⁵². A distinção regimental resultaria também evidente quando perspectivada a situação do trabalhador contratado a termo para a substituição do trabalhador ausente – apenas se admitindo a formalização de um tal vínculo (temporário) “*cuando se trate de sustituir a trabajadores con derecho a reserva del puesto de trabajo*” (cf. art. 15, n.º 1, c), do ET).

b) Destrinçando as situações, o TS indica que aos trabalhadores em situação de “*excedencia voluntaria*” – aos quais apenas se concede um direito de reingresso preferencial em vaga adequada – não deveria ser reconhecido direito a compensação económica em caso de despedimento por razões objectivas, verificado durante uma tal “*excedencia*”. Uma vez que o dano a ressarcir em tais casos corresponde à perda do posto de trabalho, o TS entende que aquele apenas se produz relativamente a trabalhadores que, à data do despedimento, executam de modo pleno e efectivo a sua actividade ou se encontram em situação suspensiva com reserva do posto de trabalho. À margem de tais situações, estariam precisamente os trabalhadores aos quais se reconhece uma mera expectativa de reingresso, condicionado à existência de vaga²⁵³.

²⁴⁹ Havendo quem sustente que a “*excedencia*” voluntária antes corresponde a situação atípica de extinção com readmissão condicionada à existência de vaga ou, noutra leitura, a exemplo híbrido, por não constituir um caso de suspensão em sentido próprio, atenta a ausência de reserva do posto de trabalho, não traduzindo igualmente, porém, hipótese extintiva (MARTÍN VALVERDE, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ e GARCÍA MURCIA, *Derecho cit.*, p. 770).

²⁵⁰ “*La «excedencia forzosa» da lugar a la reserva de puesto de trabajo y al cómputo de la antigüedad en el servicio*” (RIVAS VALLEJO, *La suspensión cit.*, p. 225). Já a “*excedencia voluntaria*” não só configura “*una mera expectativa de reingresso preferente*” como dita a irrelevância do tempo de ausência para efeito de antiguidade. É ainda questionável se e em que medida se mantêm os designados “*deberes éticos*” (p. 233).

²⁵¹ “*En buena parte de los casos, como observa atinadamente la sentencia de suplicación impugnada, los períodos de excedencia se utilizan por los trabajadores como medio legítimo de promoción o experiencia profesional en otro trabajo por cuenta propia o por cuenta ajena*” (decisão do Tribunal Supremo de 25.10.2000 cit.).

²⁵² Decisão do TS de 25.10.2000 cit.

²⁵³ “*Se trata con toda seguridad de un derecho profesional distinto al que se reconoce en las situaciones suspensivas del art. 45 del ET. Evidentemente no es lo mismo un derecho preferente al reingresso,*

Importa, pois, reter que – mais do que hesitações doutrinárias e jurisprudenciais tecidas a respeito da “*excedencia voluntaria*” – é a divergência subjacente quanto à subsistência do vínculo e à estabilidade do emprego²⁵⁴ que assinala a dissonância fundamental quando tratamos da suspensão laboral nos ordenamentos português e espanhol^{255/256}.

II. No Direito português, a suspensão laboral é, pois, indissociável da subsistência do vínculo²⁵⁷ – assim se reforçando a suspensão enquanto fenómeno tendente à conservação do negócio jurídico^{258/259} – o que resulta

condicionado a la existencia de vacantes, que un derecho incondicional a la reserva del puesto” (decisão do Tribunal Supremo de 25.10.2000 cit.). Veja-se, todavia, a argumentação expendida nos votos de vencido.

²⁵⁴ A esta luz, RIVAS VALLEJO autonomiza três variantes suspensivas: primeiramente, a “*suspensión simple*”, que seria “*regida por la autonomia de la voluntad de las partes*”; seguidamente, “*la «suspensión com reserva de puesto de trabajo» (cuyo ejercicio está dotado de las mayores garantías, al reconocerse al trabajador los derechos a la reserva de puesto y al cómputo de antigüedad)*”; e, por fim, “*la «suspensión provisional» (categoría en la que encajaría la excedencia voluntaria), caracterizada por ser una situación intermedia entre la suspensión y la extinción, al estar condicionado el reingreso a la existencia de vacante*” (*La suspensión cit.*, p. 100).

²⁵⁵ A par da essencialidade que reveste, no ordenamento espanhol, a suspensão da obrigação retributiva (*v. infra* § 2.).

²⁵⁶ O regime português demarca-se também, a este propósito, do francês e do inglês. No que respeita ao Direito inglês, tal resulta do que indicamos adiante, a respeito da “*continuity of employment*”. Já quanto ao Direito francês, ilustrando a destriça entre cessação à qual é acoplada preferência no reingresso e suspensão, *v. os arts. L 1225-66 a 69, que enquadram a “Démission pour élever un enfant”, e o art. L 1225-24 (“Congé de maternité”) do Code du travail. No primeiro caso, o art. L 1225-67 prevê que, “dans l’année suivant la rupture de son contrat, le salarié peut solliciter sa réembauche. Le salarié bénéficie alors pendant un an d’une priorité de réembauche dans les emplois auxquels sa qualification lui permet de prétendre. L’employeur lui accorde, en cas de réemploi, le bénéfice de tous les avantages qu’il avait acquis au moment de son départ*”. Já o art. L 1225-24, que dita a suspensão por “*congé de maternité*”, dispõe que “*le congé de maternité entraîne la suspension du contrat de travail. La salariée avertit l’employeur du motif de son absence et de la date à laquelle elle entend y mettre fin. La durée de ce congé est assimilée à une période de travail effectif pour la détermination des droits que la salariée tient de son ancienneté*”. A distinção entre as duas situações – cessação temporária e reingresso *vs.* suspensão – é esquematicamente descrita por JOÃO REIS, em função de três variáveis: (i) *tempo de ausência* – na ruptura temporária, o ex-trabalhador é um elemento externo; na suspensão, o trabalhador integra a organização, encontrando-se sujeito às vicissitudes que ali tenham lugar; (ii) *regresso do trabalhador* – na ruptura transitória, o retorno é condicionado à celebração de novo contrato; na suspensão, tal ocorre automaticamente; e (iii) situação do trabalhador após o retorno – *maxime*, quanto ao *cômputo* ou irrelevância do tempo de ausência para efeito de antiguidade (*A suspensão cit.*, pp. 22-24).

²⁵⁷ Por esta razão, anunciámos a desadequação de menção à “*suspensão do contrato de trabalho*” (*v. supra* Introdução, § 3.2.).

²⁵⁸ Da sobrevivência do vínculo resulta que o trabalhador em situação de suspensão deve, por regra, ser considerado para o *cômputo* do número de trabalhadores (JÚLIO GOMES, *Direito cit.*, p. 859). Neste sentido e mais desenvolvidamente, *v. Catarina de Oliveira CARVALHO, Da Dimensão da Empresa no Direito do Trabalho. Consequências Práticas da Dimensão da Empresa na Configuração das Relações Laborais Individuais e Colectivas*, Coimbra Editora, 2011, pp. 771-773. Acresce que, subsistindo o contrato, o mesmo pode sofrer mutação, verificada durante a suspensão: em acórdão de 1.6.1984, refere o STJ que, na suspensão por impedimento prolongado do trabalhador, o empregador pode promover a transferência do trabalhador, “*observados que*

acentuado pela relevância do tempo de ausência para o cômputo da

sejam todos os condicionalismos legais. A transferência assim operada é inteiramente válida e eficaz” (Proc. n.º 000698, (LICÍNIO CASEIRO). E em acórdão de 3.11.2004, a RL afirma que o direito “de os trabalhadores verem transmitida *ope legis* para o adquirente do estabelecimento a que se encontram vinculados, a titularidade de empregador nos respectivos contratos de trabalho, assiste tanto aos trabalhadores em efectividade de funções como àqueles que, embora mantenham o seu vínculo à empresa e estabelecimento se encontrem, aquando da transmissão, com os respectivos contratos suspensos, por exemplo em virtude de impedimento temporário prolongado [...]” (Proc. n.º 5668/04, MARIA JOÃO ROMBA, CJ, 2004, t. 5, pp. 147-148, p. 148, *itálico* nosso). Também neste sentido, PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, II, p. 807.

²⁵⁹ A subsistência do contrato a par da suspensão promove, todavia, diversas interrogações. Assim, quanto ao direito de defesa do trabalhador no âmbito de procedimento disciplinar, a RP concluiu, em hipótese de suspensão por impedimento prolongado do trabalhador por doença, que “a impossibilidade de prestar trabalho *não determina necessariamente a impossibilidade de o Autor apresentar a sua defesa*”, sugerindo, assim, a necessidade de, em cada caso, se aferir da viabilidade do exercício atempado de um tal direito (acórdão de 2.12.2002, Proc. n.º 0240775, FERNANDA SOARES, *itálico* nosso). Especificamente quanto à interferência de decisão penal no prosseguimento de acção disciplinar em razão de ausência do trabalho por motivo de prisão, *v. infra* Parte II, Capítulo II, Secção III, § 2. Somam-se, noutro plano, outras questões: JÚLIO GOMES reconhece ao trabalhador o direito de votar e de ser eleito para as comissões e subcomissões de trabalhadores (*Direito cit.*, p. 859). ANDIAS GONÇALVES admite também a subsistência dos “direitos de carácter colectivo”, tal como o de “votar ou ser eleito para as estruturas de representação colectiva” (“A licença ...” *cit.*, p. 169). A este propósito, ROGER refere que “*en principe la suspension, quelle que soit sa cause n’entraîne pas de conséquences sur le lien d’entreprise, le salarié en étant toujours membre: il est compté dans les effectifs, il reste électeur et éligible*” (“Les effets ...” *cit.*, p. 184; sustentando idêntica leitura, atenta a tendencial neutralidade da suspensão, *v. BERAUD, La suspension cit.*, pp. 182 e ss.). No mesmo sentido se pronuncia, à luz do Direito espanhol, RIVAS VALLEJO, que considera aliás intocada a tutela reforçada reconhecida aos representantes dos trabalhadores no art. 68 do ET (*La suspensión cit.*, p. 134); identicamente, VIDA SORIA, *La suspensión cit.*, pp. 68-69, e SOLA MONELLS, *La suspensión cit.*, p. 501. Especificamente sobre este tema, María del Junco CACHERO explicita a posição assumida pelo TS (cf. *Sentencia de Unificación de Doctrina del TS* de 8.4.2006): “[...] el efecto suspensivo del contrato de trabajo, que produce la incapacidad temporal, no causa como efecto reflejo la suspensión de las facultades legales reconocidas al miembro del Comité de empresa; éste podrá seguir desempeñando su actividad representativa, de carácter institucional, siempre que los trabajos que realice sean compatibles con la situación de incapacidad temporal, cuyo reconocimiento exige que el trabajador esté impedido para el trabajo” (“Suspensión por Incapacidad Temporal de las Funciones Representativas de un Miembro del Comité de Empresa”, *TL*, 2007, n.º 92, pp. 217-226, pp. 222-223). Acolhendo entendimento próximo quanto ao direito do trabalhador eleger e ser eleito, embora reconhecendo que certas hipóteses suspensivas podem, por natureza, inviabilizar um tal exercício, *v. ISELE, “Das suspendierte ...” cit.*, p. 107 (a este propósito, *v. infra* § 5.). JÚLIO GOMES questiona ainda se o trabalhador em situação de suspensão mantém direito de acesso ao local de trabalho (*Direito cit.*, p. 859). No âmbito do “lay-off”, o art. 308.º dispõe expressamente que “a medida de redução ou suspensão relativa a trabalhador que seja delegado sindical ou membro de estrutura de representação colectiva dos trabalhadores não prejudica o direito ao exercício das correspondentes funções na empresa”. Em termos mais amplos, SOLA MONELLS entende que, nas hipóteses de suspensão por factos referentes ao empregador, por regra, salvo em caso de encerramento total, “parece claro que el empresario debe facilitar la entrada en la empresa del trabajador afectado por la suspensión cuando se haya convocado una reunión o permitir que los representantes accedan al local que tienen dentro del centro de trabajo aunque éste se encuentre cerrado debido a la paralización temporal de la actividad” (*La suspensión cit.*, p. 503). A este propósito, *v. ainda* Jean-Marc BERAUD, “L’influence de la suspensión du contrat de travail sur les relations institutionnelles dans l’entreprise”, *DS*, 1980, n.º 2, pp. 151-164, pp. 152 e ss.

antiguidade²⁶⁰. O art. 295.º, n.º 2, dispõe, como princípio geral²⁶¹, que “o tempo de redução ou suspensão conta-se para efeitos de antiguidade”: à manutenção do contrato, acresce, pois, esta consequência; a antiguidade, enquanto elemento desgarrado da prestação efectiva de trabalho²⁶², surge em reflexo da natureza duradoura do contrato, promovendo o “vínculo de pertença do trabalhador a uma dada organização, desde o início da execução do seu contrato de trabalho até à respectiva cessação”²⁶³.

Entre nós, a antiguidade condiciona efeitos vários²⁶⁴: para além do previsto na contratação colectiva²⁶⁵, o CT assume a importância da antiguidade no contexto da comparação igualitária (*v.g.*, arts. 31.º, n.º 3, *in fine*, e 150.º, n.ºs 4 e 5), da prestação retributiva (cf. art. 262.º, n.º 2, b)), do exercício de direitos (cf. arts. 317.º, n.º 3, b)), da extensão de aviso prévio (cf. arts. 363.º, n.º 1, 371.º, n.º 3, 378.º, n.º 2, e 400.º, n.º 1), do montante de compensação²⁶⁶ ou indemnização (cf. arts. 344.º, n.º 2, 345.º, n.º 4, 366.º, n.º 1, 391.º, n.º 1, 392.º, n.º 3, e 396.º, n.ºs 1 e 2) e dos critérios de selecção (cf. art. 368.º, n.º 2, e)). É ainda em função da tutela afecta à antiguidade que se considera proibido ao empregador “fazer cessar o contrato e readmitir o trabalhador, mesmo com o seu acordo, com o propósito de o prejudicar em direito ou garantia decorrente da antiguidade” (cf. art. 129.º, n.º 1, j)). Neste âmbito, diversas disposições referem os períodos a considerar ou a

²⁶⁰ Acórdão da RL de 12.5.1999, Proc. n.º 0018734 (SARMENTO BOTELHO).

²⁶¹ Salvo na suspensão disciplinar com perda de retribuição e antiguidade (cf. art. 328.º, n.º 1, e)) e sem prejuízo de regimes especiais que disponham de modo distinto. Assim, *v.* o previsto no art. 281.º, n.º 2, da LGTFP.

²⁶² Quanto ao início da contagem da antiguidade, *v.*, todavia, o disposto nos arts. 112.º, n.º 6, e 113.º, n.º 1.

²⁶³ PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, II, p. 492.

²⁶⁴ “Temos pois que a antiguidade, que outra coisa não representa senão um modo de ser ou uma consequência da estabilidade, influi directamente sobre o conteúdo do contrato” (LOBO XAVIER, “A estabilidade ...” *cit.*, p. 41).

²⁶⁵ *Maxime* no que respeita a promoções automáticas (*v.* acórdão da RP de 4.5.2009, Proc. n.º 0847919, FERREIRA DA COSTA). Quanto aos limites impostos à antiguidade convencionada em contrato de trabalho para o cálculo do aviso prévio e da compensação por despedimento colectivo, *v.* acórdão do STJ de 1.10.2014, Proc. n.º 1202/11.0TTMTS.P1.S1 (PINTO HESPAHOL), onde se concluiu que a antiguidade apta a fixar a extensão “do aviso prévio em relação à data de cessação do contrato de trabalho e determinar o montante da compensação por despedimento colectivo *cinge-se ao tempo de inserção do trabalhador na empresa empregadora*” (Sumário, I, *itálico* nosso). Em sentido divergente, *v.*, porém, acórdão da RE, de 12.2.2015, Proc. n.º 761/13.7TTSTB.E1, JOSÉ FETEIRA). Quanto à antiguidade, *v.*, na doutrina, Bernardo da Gama Lobo XAVIER e Pedro Furtado MARTINS, “Cessão da Posição Contratual. Relevância dos Grupos Económicos. Regras de Contagem da Antiguidade”, *RDES*, ano 36, 1994, n.º 4, pp. 384-427, e Mário PINTO, Pedro Furtado MARTINS e António Nunes de CARVALHO, “Antiguidade” e “Antiguidade Convencional”, *Glossário de Direito do Trabalho e Relações Industriais*, UCE, 1996, pp. 43-45, p. 43.

²⁶⁶ A Lei n.º 70/2013, de 30.8, que estabelece os regimes jurídicos do fundo de compensação do trabalho, do mecanismo equivalente e do fundo de garantia de compensação do trabalho, faz corresponder a obrigação de entregas para o fundo de compensação do trabalho ao período computado para efeitos de antiguidade (art. 11.º, n.º 3).

excluir para o cômputo da antiguidade: arts. 112.º, n.º 6²⁶⁷, 147.º, n.º 3²⁶⁸, 162.º, n.º 5²⁶⁹, 245.º, n.º 2²⁷⁰, 256.º, n.º 1²⁷¹, 328.º, n.º 1, e)²⁷², 290.º, n.º 2²⁷³, 321.º, n.º 3²⁷⁴, 389.º, n.º 1, b)²⁷⁵, e 393.º, n.º 2, b)²⁷⁶. A este conjunto se junta o art. 295.º, n.º 2, e, em concretização deste princípio geral, o disposto no art. 536.º, n.º 3, no referente à greve²⁷⁷: a relevância do tempo de ausência para efeitos de antiguidade é sintomática do alcance afecto, entre nós, à suspensão, enquanto instituto estabilizador do vínculo contratual²⁷⁸. Importa, no entanto, reconhecer que nem sempre assim resulta acolhido, sendo frequente, noutros ordenamentos, a autonomização de um tal efeito em face da suspensão²⁷⁹:

²⁶⁷ “A antiguidade do trabalhador conta-se desde o início do período experimental”.

²⁶⁸ “Em situação referida no n.º 1 ou 2, a antiguidade do trabalhador conta-se desde o início da prestação de trabalho, excepto em situação a que se refere a alínea d) do n.º 1, em que compreende o tempo de trabalho prestado em cumprimento dos contratos sucessivos”.

²⁶⁹ “O tempo de serviço prestado em regime de comissão de serviço conta para efeitos de antiguidade do trabalhador como se tivesse sido prestado na categoria de que este é titular”.

²⁷⁰ “No caso referido na alínea a) do número anterior, o período de férias é considerado para efeitos de antiguidade”.

²⁷¹ “A falta injustificada constitui violação do dever de assiduidade e determina perda da retribuição correspondente ao período de ausência, que não é contado na antiguidade do trabalhador”.

²⁷² Que considera sanção disciplinar a “suspensão do trabalho com perda de retribuição e de antiguidade”.

²⁷³ “Em caso de cessação do acordo de cedência ocasional, de extinção da entidade cessionária ou de cessação da actividade para que foi cedido, o trabalhador regressa ao serviço do cedente, mantendo os direitos que tinha antes da cedência, cuja duração conta para efeitos de antiguidade”.

²⁷⁴ “Em caso de falta culposa de pagamento da prestação de pré -reforma ou, independentemente de culpa, se a mora se prolongar por mais de 30 dias, o trabalhador tem direito a retomar o pleno exercício de funções, sem prejuízo da antiguidade [...]”.

²⁷⁵ “Sendo o despedimento declarado ilícito, o empregador é condenado [...] na reintegração do trabalhador no mesmo estabelecimento da empresa, sem prejuízo da sua categoria e antiguidade, salvo nos casos previstos nos artigos 391.º e 392.º”.

²⁷⁶ “Sendo o despedimento declarado ilícito, o empregador é condenado [...] caso o termo ocorra depois do trânsito em julgado da decisão judicial, na reintegração do trabalhador, sem prejuízo da sua categoria e antiguidade”.

²⁷⁷ Onde é previsto que “o período de suspensão conta-se para efeitos de antiguidade e não prejudica os efeitos decorrentes desta”.

²⁷⁸ Tal qual indicado, salvo na suspensão como sanção disciplinar (art. 328.º, n.º 1, e)). Relativamente a tal hipótese, *v. infra* Capítulo II, § 2.2., II.

²⁷⁹ Quanto ao cômputo da antiguidade no Direito espanhol – salvo desvios pontuais por princípio apenas excluído na suspensão convencional e na disciplinar –, *v. VIDA SORIA, La suspensión cit.*, pp. 64 e ss., e SOLÀ MONELLS, *La suspensión cit.*, pp. 481-482. Também no Direito italiano, a ausência é geralmente – mas não inevitavelmente – computada na antiguidade. Conforme os arts. 2110, 3, e 2111, 2, do CCit., quando a suspensão opere por “*infortunio*”, “*malattia*”, “*gravidanza*”, “*puerperio*” e “*servizio militare*”, a ausência deve ser considerada para efeitos de antiguidade. Certo é, porém, que inúmeras hipóteses de “*congedi*” não relevam para essa contabilização – referindo tais casos, *v. Giuseppe SANTORO-PASSARELLI, Diritto dei Lavori*, 3.^a ed., G. Giappichelli Editore, 2009, p. 171, DEL PUNTA, *Diritto cit.*, pp. 516-517, e Luisa GALANTINO, *Diritto del Lavoro*, G. Giappichelli Editore, 2010, pp. 360-361. Versão do *Codice* acessível via *Gazzetta Ufficiale* (<<http://www.gazzettaufficiale.it/>>), com sinalização das principais alterações em <<http://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:regio.decreto:1942-03-16:262>>. Por sua vez, no Direito francês, o art. L 1234-11 do *Code du travail* – versão consolidada do *Code* acessível em <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=6A92E2F131BAC29BBAA479AA0D>>

a) No Direito inglês, a “*continuity of employment*” assume traços próprios: qualifica legalmente dada ausência como período de vinculação laboral – ao que pode (ou não) acrescer o cômputo desse tempo para efeitos próximos dos afectos, entre nós, à antiguidade.

A estrutura interna complexa dos “*personal employment contracts*” – na designação de FREEDLAND – surgiria em evidência através da já referida destriça entre contratos de troca instantânea (“*exchange*”/“*spot transactions*”) e contratos relacionais (“*relational contracts*”)²⁸⁰: da qualificação do contrato de trabalho como “*relational contract*” resultaria a noção de “*continuity of employment*”, estrutural à configuração do vínculo no Direito inglês e também à delimitação da suspensão. A “*continuity of employment*” é regulada nas Secções 210 a 219 do ERA 1996²⁸¹, condicionando a aplicação de outras disposições previstas naquele diploma: (i) a sua maior ou menor extensão é especialmente relevante porque o exercício de certos direitos pressupõe uma continuidade mínima²⁸²; (ii) noutro plano – e à semelhança da relevância que assume, entre nós, a antiguidade do trabalhador na concretização de certos valores indemnizatórios – faz variar os montantes devidos ao trabalhador²⁸³. A

4C3D63.tpdila20v_2?cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20150320> – promove uma distinção relevante no que respeita à antiguidade: “*les circonstances entraînant la suspension du contrat de travail, en vertu soit de dispositions légales, soit d'une convention ou d'un accord collectif de travail, soit de stipulations contractuelles, soit d'usages, ne rompent pas l'ancienneté du salarié appréciée pour la détermination du droit à l'indemnité de licenciement*”. Todavia, “*la période de suspension n'entre pas en compte pour la détermination de la durée d'ancienneté exigée pour bénéficier de ces dispositions*”, o que corresponde a destriça que também não é, entre nós, acolhida. Em reflexão reservada à disposição precedente, de teor equivalente, v. BÉRAUD, *La suspension cit.*, pp. 247 e ss. No Direito alemão, HAGER explicita que, de acordo com o entendimento prevalecente na doutrina, a antiguidade não sofre, por princípio, interrupção ou suspensão em período de suspensão laboral, por força da subsistência do vínculo (*Das ruhende cit.*, pp. 46-47 e 261 e ss.). Assim, Wolfgang ZÖLLNER, Karl-Georg LORITZ e Curt Wolfgang HERGENRÖDER, que observam: “[...] *die Betriebszugehörigkeit und die betriebsverfassungsrechtliche Rechtsstellung des Arbeitnehmers bleiben während der Zeit der Arbeitsaussetzung in der Regel erhalten [...]*” (*Arbeitsrecht*, 6.^a ed. act., C. H. Beck, 2008, p. 151).

²⁸⁰ *The personal cit.*, p. 87. Sobre a construção relacional, v. o referido *supra*, Subsecção I.

²⁸¹ Disposições que indicam quais os períodos a considerar para a “*continuity of employment*” em situações diversas.

²⁸² Assim, a título ilustrativo, o período mínimo de dois anos exigido para o trabalhador intentar acção por “*unfair dismissal*” (cf. Secção 108 do ERA). Este período foi alargado, em 2012, de um para dois anos – cf. “*The Unfair Dismissal and Statement of Reasons for Dismissal (Variation of Qualifying Period) Order 2012*”, disponível em <<http://www.legislation.gov.uk/ukxi/2012/989/article/3/made>>; a este propósito, v. *infra* Parte II, Capítulo I, Secção I, § 1. Indicando outros efeitos, para os quais a “*continuity*” assume relevância, v. Stephen TAYLOR e Astra EMIR, *Employment Law. An Introduction*, 2.^a ed., Oxford University Press, 2009, p. 80, e Norman SELWYN, *Selwyn's Law of Employment*, 16.^a ed., Oxford University Press, 2011, pp. 410-411.

²⁸³ Assim se verifica, por exemplo, em caso de “*unfair dismissal*” ou “*redundancy*” (SELWYN, *Selwyn's Law cit.*, p. 398, e TAYLOR e EMIR, *Employment cit.*, p. 80).

determinação, em cada caso, da concreta continuidade reveste, pois, importância teórica e prática evidente²⁸⁴.

b) Regra geral, dir-se-á que a celebração de contrato de trabalho por certo período gera uma presunção de continuidade²⁸⁵. É, todavia, importante saber se e de que modo ausências ao trabalho interferem com tal pressuposição. A resposta a esta dúvida parece depender das razões e da duração de cada ausência²⁸⁶. TAYLOR e EMIR autonomizam, neste contexto, hipóteses distintas²⁸⁷:

– Num primeiro conjunto, a “*continuity of employment*” é preservada (“*it will not break continuity*”), mas o tempo de ausência não é incluído na duração total do vínculo (“*it does not count towards continuity*”): perante uma ausência de dois meses num contrato de um ano, a sua duração, computada a final, seria de dez meses²⁸⁸. O mesmo é dizer que, embora o vínculo se mantenha, a ausência não releva para efeitos de antiguidade. E daqui resulta que, nesta hipótese, “*continuity of employment*” significa, no essencial, subsistência de emprego, sem que da mesma se infira, necessariamente, que o tempo de ausência deva ser computado para a duração total do vínculo – assim sucedendo, entre outros, em caso de greve²⁸⁹.

– Todavia, por princípio, dir-se-á que a continuidade é preservada e o período de ausência releva para o seu cômputo – efeitos coincidentes com os reconhecidos, entre nós, à suspensão laboral²⁹⁰. Retomando o exemplo anterior, perante uma ausência de dois meses num contrato de um ano, a sua duração, computada no final, seria de doze meses²⁹¹. Assim sucede,

²⁸⁴ FREEDLAND, *The personal cit.*, pp. 98 e ss.

²⁸⁵ Cf. Secção 210 (5) do ERA, “*a person’s employment during any period shall, unless the contrary is shown, be presumed to have been continuous*”. Versão consolidada do ERA disponível em <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/18/introduction?timeline=true>> – importa, todavia, ter presente que as versões disponibilizadas apenas incluem as alterações introduzidas até 2002; após essa data, há que verificar em <<http://www.legislation.gov.uk/changes>> modificações que podem não ter sido ainda integradas. Sobre a indicada presunção, v. *Sweet & Maxwell’s Encyclopedia of Employment Law*, Sweet & Maxwell, vol. 1, 2004-2007, 2D-104.

²⁸⁶ TAYLOR e EMIR, *Employment cit.*, p. 80.

²⁸⁷ *Employment cit.*, pp. 80-84.

²⁸⁸ TAYLOR e EMIR, *Employment cit.*, p. 82.

²⁸⁹ Assim se prevê na Secção 216 (1) e (2) do ERA. Conforme SELWYN, “*any week during which, or during part of which, an employee takes part in a strike will not count towards continuity, but will not break continuity. This rule applies whether the strike is official or unofficial*” (*Selwyn’s Law cit.*, p. 407); v. ainda Simon DEAKIN e Gillian MORRIS, *Labour Law*, 5.^a ed., Hart Publishing, 2009, p. 983. Para maiores desenvolvimentos quanto à evolução da greve no Direito inglês, v. *infra* Parte II, Capítulo I, Secção III, § 2.5.

²⁹⁰ A esta hipótese corresponde a regra aplicável. A situação referida no ponto anterior, de que é exemplo a greve, constitui excepção ao princípio geral (*Sweet & Maxwell’s cit.*, 7E-501).

²⁹¹ A Secção 212 (1) do ERA dispõe que, por princípio, qualquer semana em que o trabalhador tenha estado integral ou parcialmente ao serviço do empregador deve ser computada no tempo de emprego: “*any week during the whole or part of which an employee’s relations with his employer are governed by a contract of employment counts in computing the employee’s period of employment*”.

nomeadamente, em caso de licença de maternidade ou de doença²⁹² e no tempo de ausência até ordem de “reinstatement” ou de “re-engagement”, perante “unfair dismissal”^{293/294}.

²⁹² Neste sentido, SELWYN, *Selwyn's Law cit.*, pp. 401 e ss. Relativamente às diversas modalidades de licença e condicionantes de aplicação, v. Stephen HARDY, “Great Britain”, *International Encyclopedia for Labour Law and Industrial Relations*, Kluwer Law International, 2007, pp. 153-156.

²⁹³ V. Secção 219 do ERA e, na doutrina, TAYLOR e EMIR, *Employment cit.*, pp. 82-84. Quanto à “order for reinstatement” e à “order for re-engagement”, v. as Secções 113 e ss. do ERA.

²⁹⁴ Fora os casos indicados no texto, vigora o princípio conforme o qual, se o contrato de trabalho cessa, vindo o trabalhador a ser “re-engaged”, a continuidade é desfeita em caso de ausência por período superior a uma semana, entre dois períodos de emprego (SELWYN, *Selwyn's Law cit.*, p. 401). Concorrem, porém, hipóteses em que os períodos de afastamento relevam – para lá de ausência por uma semana – para o cômputo da “continuity”, ainda que o contrato cesse, vindo a ser posteriormente retomado: ou seja, situações em que, normalmente, salvo expressa ressalva, a “continuity of employment” seria quebrada, reiniciando-se a sua contagem de raiz. Dir-se-á, a este respeito, que:

(a) Aqui se enquadram as hipóteses em que o contrato cessa (por “resignation”, “dismissal”, “frustration”, etc.) porque o trabalhador se encontra “incapable of work in consequence of sickness or injury”, vindo, porém, a retomar o trabalho após tal período. Uma vez extinto o contrato, a continuidade é mantida até ao máximo de vinte e seis semanas (cf. Secção 212 (3) e (4) do ERA) – sobre o tema, v. TAYLOR e EMIR, *Employment cit.*, pp. 82-83. Em caso de doença, certos instrumentos de regulamentação colectiva prevêem que os trabalhadores sejam transferidos para um “holding department” ou “inactive register”; uma tal previsão não confere um direito automático ao posto trabalho anteriormente ocupado, mas preserva a “continuity of employment” (HARDY, “Great Britain ...” *cit.*, p. 151). Na densificação dos conceitos, dir-se-á que, para este efeito, “incapable of work” (cf. 212 (3) (a)) reporta-se a “contractual work” e não a qualquer trabalho, em geral (*Sweet & Maxwell's cit.*, 2D-202). Concede-se, inclusivamente, que o trabalhador se coloque, em tal período, ao serviço de outro empregador – a continuidade é assegurada desde que o trabalhador se mantenha incapaz para o desempenho das funções que antes lhe competiam junto do empregador inicial. Assim se decidiu em *Donnelly v. Kelvin International Services*, [1992] IRLR 496: o EAT considerou que a expressão “incapaz para o trabalho” não significava incapaz para todo e qualquer trabalho, mas tão-só para o executado até ao surgir da incapacidade (v., a este propósito, a síntese de SELWYN, *Selwyn's Law cit.*, p. 402).

(b) Os mesmos efeitos são reconhecidos na “ausência do trabalho por cessação temporária de trabalho” – cf. Secção 212 (3) (b) do ERA (TAYLOR e EMIR, *Employment cit.*, p. 83, e SELWYN, *Selwyn's Law cit.*, p. 402). Para este efeito, não seria relevante aferir a razão da cessação, que pode resultar de motivos vários (p. 403). Esta hipótese pressupõe, mais uma vez, a inexistência, no período de ausência, de contrato de trabalho em vigor entre as partes (*Selwyn's Law cit.*, p. 402). Por conseguinte, cessando o vínculo por insuficiência de ocupação, sendo o trabalhador “rehired” algumas semanas ou meses depois, a continuidade é preservada. Para tanto, terá apenas de ocorrer: (i) “cessação de trabalho”, enquanto ausência de ocupação suficiente; (ii) transitoriedade da extinção; e (iii) que a razão para a ausência do trabalhador seja a inexistência do trabalho antes executado pelo trabalhador (TAYLOR e EMIR, *Employment cit.*, p. 83, e SELWYN, *Selwyn's Law cit.*, pp. 403 e ss., com indicações jurisprudenciais relevantes).

(c) A lei prevê, por último, conforme a Secção 212 (3) (b) do ERA, a preservação da continuidade, por acordo das partes ou costume. Terá de se estar perante uma hipótese em que a suspensão não decorre de previsão contratual (SELWYN, *Selwyn's Law cit.*, pp. 404-405). SELWYN dá conta de que são hoje menos frequentes as hipóteses de preservação da continuidade por costume; ainda assim, em *Gray v Burntisland Shipbuilding Co.* – [1967] 2 ITR 255 –, foi admitido um costume, bem conhecido na indústria da construção naval, conforme o qual, inexistindo trabalho, os trabalhadores seriam “laid-off”, sendo chamados ao desempenho

III. Atento o confronto com modelos diversos, constatamos que a estabilidade contratual assume, entre nós, especial tutela, por via da suspensão: o vínculo persiste; uma vez finda a suspensão, o trabalhador tem direito a retomar a plena execução do contrato; e o tempo de ausência é, por regra, computado para efeitos de antiguidade²⁹⁵. Perante este quadro, mais se justifica antecipar nota dissonante quanto ao entendimento subscrito com frequência na doutrina relativamente a tema próximo. Temos, na verdade, por inerente à continuação do vínculo a subsistência da subordinação jurídica: trata-se, afinal, de traço caracterizador/conformador do contrato de trabalho²⁹⁶; por conseguinte, mantido o vínculo – e daí, mais uma vez, a inadequação de uma referência à suspensão *do contrato*²⁹⁷ –, não há por que concluir pela paralisação da subordinação jurídica:

a) O desaparecimento da subordinação jurídica na suspensão laboral foi sustentado por BÉRAUD, enquanto decorrência da incidência limitada da subordinação à obrigação de prestar trabalho e outras obrigações incindíveis daquela²⁹⁸. Entre nós, acolhem esta leitura, nomeadamente, JOÃO REIS²⁹⁹ e ANDIAS GONÇALVES, para quem, durante a suspensão, é “paralisado o poder de direcção do empregador e o correspondente dever de subordinação jurídica do trabalhador”. É, a este propósito, indicado que “a suspensão surge em virtude da incompatibilidade da situação conjuntural do trabalhador com o exercício do poder de direcção do empregador, pelo

de funções sempre que surgisse ocupação – o que justificava, por si, a “*continuity of employment*” (*Selwyn’s Law cit.*, p. 405; v. ainda *Sweet & Maxwell’s cit.*, 2D-206).

²⁹⁵ Salvo na suspensão enquanto sanção disciplinar (cf. art. 328.º, n.º 1, e)); a este propósito, v. *infra* Capítulo II, § 2.2., II.

²⁹⁶ Cremos que a subordinação jurídica se mantém, entre nós, como critério fundamental para a caracterização do contrato de trabalho, não obstante as perspectivas que tendem a acentuar a designada “crise da subordinação jurídica”, buscando outras vias de delimitação do vínculo laboral e, por consequência, de expansão do próprio Direito do Trabalho.

²⁹⁷ V. *supra* Introdução, § 3.2. “*Interrumpidas las dos prestaciones recíprocas fundamentales para la caracterización del contrato de trabajo, éste, sin embargo, continuará en vigor*” (VIDA SORIA, *La suspensión cit.*, p. 62). No Direito alemão, HAGER nota que “*das Grundverhältnis bleibt erhalten, während das Erfüllungsverhältnis vorübergehend entfällt*” (*Das ruhende cit.*, p. 5; v. ainda pp. 207 e ss.).

²⁹⁸ *La suspension cit.*, pp. 64 e ss. Daqui resultando, atenta tal associação, que “*la suspension du contrat n’emporte pas suspension des obligations indépendantes du lien de subordination, c’est-à-dire de celes ne se rattachant pas directement a la prestation de travail*” (p. 86). Subscrevendo este entendimento, v. ROGER, “*Les effets ...*” *cit.*, p. 184. O ensaio de BÉRAUD reconhece traços próprios à suspensão laboral, revelada, no essencial, na subsistência do vínculo e no desaparecimento da subordinação jurídica (*La suspension cit.*, pp. 61 e ss.). Esta construção traduz clivagem perante as teses civilistas clássicas, que perspectivavam a suspensão – em domínios que extravasavam o laboral – ora como manifestação da *exceptio*, ora em decorrência de impedimento por força maior temporária (pp. 23-61). Atento o desaparecimento da subordinação jurídica, o Autor autonomiza as designadas “obrigações contínuas” – que dissocia da subordinação jurídica e que, por conseguinte, subsistiriam durante a suspensão (v.g., lealdade) – e as “obrigações descontínuas”, não autónomas em face da subordinação jurídica e neutralizadas na suspensão (pp. 123-182).

²⁹⁹ Para o Autor, “há suspensão do contrato de trabalho quando o vínculo de subordinação jurídica se encontra temporariamente inoperante” (*A suspensão cit.*, p. 34).

que a inexistência de subordinação jurídica é, também, um elemento característico da suspensão do contrato de trabalho por facto respeitante ao trabalhador”^{300/301}. Entendimento diverso é, todavia, sustentado por Jean PÉLISSIER, para quem a subordinação sempre se manteria durante a suspensão, ainda que de modo atenuado³⁰², e, entre nós, por JÚLIO GOMES, que considera que a subordinação jurídica não se resume “ao dever de trabalhar, dever que, de facto, desaparece transitoriamente, mas também se exprime no dever de colaborar lealmente com o empregador, dever esse que subsiste, ainda que o seu conteúdo e intensidade se vejam afectados”. Importa, na verdade, ter presente que uma tal obrigação, ainda que transversal a outros contratos, reveste, aqui, “especial coloração ou intensidade”^{303/304}.

b) A distinção entre comportamento leal (exigível durante a suspensão) e colaboração activa (inexigível naquele período, atento o desaparecimento da subordinação jurídica) é frequente na doutrina francesa³⁰⁵. Surge, no seguimento da posição de BÉRAUD, para legitimar a acção disciplinar relativamente a certos comportamentos do trabalhador durante o tempo de suspensão, atendendo a que, conforme aquela leitura, desaparecida a subordinação jurídica, não subsistiria legitimidade para censura laboral. Assim, a possibilidade de o empregador sancionar comportamentos desleais verificados durante a suspensão não seria decorrência da subordinação jurídica – inexistente na suspensão –, mas do dever geral de boa fé, transversal à generalidade das obrigações contratuais³⁰⁶. Admitimos, diversamente, que a subsistência da lealdade, a par de outros deveres acessórios autónomos da execução da actividade laboral, e o exercício do poder disciplinar em caso de infracção³⁰⁷ são ainda

³⁰⁰ “A licença ...” *cit.*, p. 144, itálico nosso. No Direito espanhol, também RIVAS VALLEJO parece acolher este entendimento (*La suspensión cit.*, pp. 113-114).

³⁰¹ Quanto à natureza e fundamento do poder de direcção do empregador, v. Rui ASSIS, *O Poder de Direcção do Empregador. Configuração Geral e Problemas Actuais*, Coimbra Editora, 2005, em especial, pp. 53 e ss. e pp. 109 e ss.

³⁰² “Réflexions à Propos de la Suspension du Contrat de Travail”, *Etudes de Droit du Travail Offertes à André Brun*, Librairie Sociale et Economique, 1974, pp. 427-449, p. 435.

³⁰³ JÚLIO GOMES, *Direito cit.*, pp. 857-858; v. ainda Alfredo Montoya MELGAR, *La Buena Fe en el Derecho del Trabajo*, tecnos, 2001, pp. 19 e ss., e Rita Canas da SILVA, “Dever de Lealdade do Trabalhador e Níveis de Gestão”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida* (org. José Lebre de Freitas, Rui Pinto Duarte, Assunção Cristas, Vítor Pereira das Neves e Marta Tavares de Almeida), vol. 3, Almedina, 2011, pp. 581-615.

³⁰⁴ Entre outras manifestações, v. o disposto no art. 253.º, n.º 4. Quanto à solução aqui acolhida, v. *infra* § 5.

³⁰⁵ Dando conta das dificuldades inerentes a uma tal distinção, com referências à bibliografia francesa, v. JÚLIO GOMES, *Direito cit.*, p. 857, n. 2101. A este propósito, v. BÉRAUD, *La suspension cit.*, pp. 160 e ss.

³⁰⁶ Assim, BÉRAUD, que conclui: “le simple fait de son existence dans des contrats autres que le contrat de travail montre qu’elle est étrangère au lien de subordination puisque ce dernier en constitue le critère distinctif” (*La suspension cit.*, p. 80). Divergindo desta leitura, v. JÚLIO GOMES, *Direito cit.*, pp. 857-858.

³⁰⁷ “A justificação do poder disciplinar laboral é uma justificação de índole negocial, porque é encontrada no próprio contrato de trabalho, mas pode ser concebida autonomamente, no sentido em que não decorre da justificação do poder directivo, e assenta nos aspectos mais

manifestações da subordinação jurídica que caracteriza o vínculo laboral *também* em período suspensivo³⁰⁸. E esta premissa condiciona a conclusão quanto à permanência da subordinação jurídica, a par da suspensão.

c) A subordinação jurídica assume intensidade e contornos distintos³⁰⁹, variando a sua efectivação em função de aspectos tão diversos como o contrato de trabalho celebrado, o perfil do trabalhador, a actividade contratada, o nível hierárquico ocupado, o modo específico de execução do vínculo, a estrutura e a dimensão da organização ou a actividade prosseguida pelo empregador³¹⁰. Na jurisprudência, é frequentemente assinalado que “a subordinação deve perspectivar-se enquanto *conceito de «geometria variável», que comporta graus de intensidade diversos*”, revestindo

singulares do contrato de trabalho, que são evidenciados na zona laboral do vínculo (as componentes de pessoalidade e organizacional e o débito alargado que resulta destas componentes para cada uma das partes)” (PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, II, p. 792 e, em especial, *Do Fundamento do Poder Disciplinar Laboral*, Almedina, 1993, sobretudo pp. 299 e ss. e pp. 415 e ss.). Reconduzindo o fundamento do poder disciplinar ao contrato de trabalho, v. JÚLIO GOMES, *Direito cit.*, pp. 879 e ss., que considera que a infracção disciplinar sempre constitui uma violação contratual (pp. 882-883) – leitura que admite corroborada pela sistemática acolhida no CT, que enquadra o poder disciplinar em capítulo reservado ao incumprimento do contrato (p. 892) e conforme opção mantida no CT 2009. O Autor reconhece, todavia, que “o poder disciplinar representa uma das matérias mais controversas de todo o regime do contrato de trabalho, ao ponto de ser difícil encontrar alguns momentos de consenso”. Na verdade, “discute-se praticamente tudo, desde o fundamento do poder disciplinar, à sua autonomia, ou antes à sua natureza instrumental face ao poder de direcção, bem como quais os interesses que serve” (p. 879). Em reflexão crítica quanto à opção sistemática do enquadramento do poder disciplinar no CT (ainda a respeito do CT 2003), v. Maria do Rosário Palma RAMALHO, “O Poder Disciplinar Laboral no Código do Trabalho”, *Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos* (coord. Jorge Miranda, Luís de Lima Pinheiro e Dário Moura Vicente), vol. 1, Almedina, 2005, pp. 1133-1147, pp. 1135 e ss. Quanto ao fundamento do poder disciplinar, v. ainda João Francisco de Almeida POLICARPO e António Monteiro FERNANDES, “Fundamento do Poder Disciplinar”, *ESC*, ano 6, 1967, pp. 17-51, e ROMANO MARTINEZ, *Direito do trabalho cit.*, pp. 647-648.

³⁰⁸ Para BÉRAUD, o poder disciplinar subsiste durante a suspensão, não constituindo, porém, reflexo da subordinação jurídica (*La suspension cit.*, pp. 198 e ss.).

³⁰⁹ V., a este propósito, JÚLIO GOMES, *Direito cit.*, pp. 101 e ss.

³¹⁰ Enquanto parte da doutrina reconduz a subordinação jurídica a um traço próprio da actividade laboral – heterodeterminada –, PALMA RAMALHO considera a subordinação jurídica elemento inerente à *posição relativa* das partes (trabalhador e empregador), no contrato de trabalho. Em síntese, a subordinação não surge enquanto qualidade do *trabalho*, antes constituindo um *estado* pessoal do trabalhador: “a subordinação tem pois uma dimensão eminentemente subjectiva, cifrando-se naquilo que os juslaboralistas germânicos designaram como «dependência pessoal» (*persönliche Abhängigkeit*) do trabalhador perante o empregador” (*Tratado cit.*, I, pp. 26 e 445, e PALMA RAMALHO, *Da autonomia cit.*, p. 758-759). A subordinação jurídica retrata o estado de sujeição do trabalhador e o traço dominial pressuposto no contrato de trabalho – que resulta particularmente acentuado atenta a exigência expressa no art. 11.º de que a actividade seja prestada “*sob a autoridade*” do empregador. A referência ali feita à “*autoridade*” deve ser considerada em sentido amplo, incluindo não apenas o poder disciplinar (cf. art. 98.º), mas também o poder de direcção do empregador (cf. art. 97.º). Subscrevemos, nesta medida, a perspectiva de PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, II, pp. 40-42.

natureza jurídica e não técnica, sendo potencial (não efectiva), bastando-se com a “possibilidade de exercício dos inerentes poderes pelo empregador”³¹¹.

d) Em favor do desaparecimento da subordinação jurídica no tempo de suspensão, militaria o art. 536.º, que dispõe que “a greve suspende o contrato de trabalho de trabalhador aderente, incluindo o direito à retribuição e os deveres de subordinação e assiduidade”. Trata-se, todavia, de regra que nos suscita as maiores reservas: não apenas quanto à suspensão do dever de assiduidade³¹², mas, sobretudo, quanto à referida suspensão da subordinação jurídica³¹³. Uma tal leitura apenas pode proceder caso se conclua que a subsistência do dever de lealdade, bem como o possível exercício do poder disciplinar em caso de infracção³¹⁴, não constitui *ainda* decorrência da subordinação jurídica³¹⁵; esta lógica apenas se afigura, pois, coerente se se entender que a subordinação jurídica se apresenta como reflexo somente do poder de direcção do empregador e não já do poder disciplinar nem de obrigações acessórias, autónomas da obrigação principal, tais como a lealdade. O desaparecimento da subordinação jurídica na suspensão laboral resulta, na verdade, da afirmação corrente de que (apenas) o poder directivo constitui o *reverso* da subordinação jurídica³¹⁶; inexistindo, no período suspensivo, prestação efectiva de

³¹¹ Acórdão do STJ, de 21.5.2014, Proc. n.º 517/10.9TTLSB.L1.S1 (MÁRIO MELO MORGADO), Sumário, V, realce nosso.

³¹² A tal propósito, v. *infra* n. 664.

³¹³ A este respeito, v. PALMA RAMALHO, *Do fundamento cit.*, pp. e ss. 228; em especial, quanto à designada “tese da suspensão limitada”, oposta à tese da “suspensão total”, que colocaria o trabalhador, neste período, “fora do contrato”, v. pp. 237 e ss., e Maria do Rosário Palma RAMALHO, “Acidentes de Trabalho em Situação de Greve”, *ROA*, ano 53, 1993, n.º 3, pp. 521-574, republicado em *Estudos de Direito do Trabalho*, vol. 1, Almedina, 2003, pp. 338-389, pp. 354-355, bem como *Lei da Greve Anotada*, Lex, 1994, pp. 43 e ss. Já à luz do CT 2009, v. *Tratado cit.*, III, pp. 46 e ss.

³¹⁴ Em decorrência do disposto no art. 295.º, n.º 1, há que concluir que “quase todos os direitos com expressão patrimonial implicam a efectividade do serviço, muito embora subsistam as posições jurídicas ligadas à sobrevivência do vínculo, como por exemplo a antiguidade (ressalvada no n.º 2 do art. 295.º), o dever de lealdade, o dever de mútuo respeito e, de um modo geral, os direitos e deveres de carácter pessoal. A persistência destes deveres explica que, mesmo estando suspenso o contrato, possam ser aplicadas sanções disciplinares ao trabalhador que os infringir, as quais, nos casos mais graves, poderão ir até ao despedimento” (LOBO XAVIER, *Manual cit.*, p. 705, *itálico* nosso).

³¹⁵ Cf. acórdão da RL, de 17.7.1985, “se a greve suspende, no que respeita aos trabalhadores grevistas, que a ela aderiram, as relações emergentes do contrato de trabalho, desvinculando-os dos deveres de subordinação e assiduidade, isso não permite que tais trabalhadores infrinjam os deveres para com outros trabalhadores (liberdade de adesão à greve) e para com a entidade patronal (deveres de lealdade e de custódia) – deveres esses que não são atingidos ou suspensos pela declaração da greve” (Sumário, I, com *itálico* nosso). Por conseguinte, “a violação de tais deveres constitui infracção disciplinar que pode determinar o despedimento se, pela sua gravidade e consequências, tiver tornado impossível a subsistência da relação de trabalho” (Proc. n.º 0000385, PEDRO MACEDO, Sumário, II, com *itálico* nosso).

³¹⁶ Refere LEAL AMADO que “a subordinação jurídica consiste no reverso do poder directivo do empregador, ou seja, no poder de o credor da prestação conformar, através de comandos e instruções, a prestação a que o trabalhador se obrigou, definindo como, quando e onde e com

trabalho, o poder directivo resultaria, naquele tempo, esvaziado, decaindo o contraponto que sustentaria a subordinação jurídica.

e) PALMA RAMALHO assinala que “o binómio subordinação do trabalhador/domínio do empregador constitui a moldura típica do desenvolvimento do vínculo laboral”³¹⁷. Sucede que quer a obediência do trabalhador, quer o poder dominial do empregador não são autonomizáveis – na delimitação da subordinação jurídica – *também* do poder disciplinar, revestindo, pois, a subordinação jurídica conteúdo *amplo*: “a subordinação do trabalhador reconduz-se à sua disponibilidade para acatar as determinações do empregador/credor relativas ao modo de cumprimento da prestação principal e às exigências decorrentes da organização do empregador na qual o trabalhador se integra. Esta subordinação manifesta-se no dever de obediência do trabalhador, *nos restantes deveres acessórios que compõem a posição devedora ampla e complexa por ele assumida no contrato de trabalho* (art. 128.º do CT), e ainda na sua *sujeição às sanções disciplinares* que lhe sejam aplicadas pelo empregador. O limite desta subordinação é dado pelos direitos e garantias do trabalhador (art. 129.º do CT)”³¹⁸. Por conseguinte, na suspensão laboral, embora o exercício do poder directivo se encontre *adormecido*, o mesmo não sucede com o poder disciplinar³¹⁹; e constituindo a sujeição do trabalhador ao poder disciplinar³²⁰ manifestação da subordinação jurídica³²¹, não se afigura

que meios deve esta ser executada” (*Contrato cit.*, p. 70, com itálico nosso). No mesmo sentido, LOBO XAVIER assinala que “à subordinação característica da prestação de trabalho corresponde o poder directivo da entidade empregadora” (*Manual cit.*, p. 311, itálico nosso).

³¹⁷ *Tratado cit.*, II, p. 34.

³¹⁸ *Tratado cit.*, II, pp. 34-35, com itálico nosso. Aliás, em exercício de “delimitação do poder disciplinar, verifica-se até, nos diversos sistemas jurídicos, uma área de largo consenso doutrinal: o poder disciplinar é sempre integrado e explicado no quadro de uma posição global mais ampla do trabalhador no negócio – a posição de subordinação jurídica – ou seja, num quadro de relacionamento desigual entre as partes, não obstante a qualificação privada do negócio jurídico” (PALMA RAMALHO, *Do fundamento cit.*, p. 90).

³¹⁹ Nesta medida, “[...] impõe-se uma conclusão de âmbito geral: na situação de suspensão do contrato de trabalho não se mantém efectivo o poder de direcção do empregador mas subsiste a efectividade do poder disciplinar laboral” (PALMA RAMALHO, *Do fundamento cit.*, p. 241).

³²⁰ Sendo “o dever de obediência de qualificar como um *dever* no sentido técnico-jurídico estrito e o dever de acatamento das sanções disciplinares de reconduzir tecnicamente a um *estado de sujeição*” (PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, I, p. 446).

³²¹ Para MENEZES LEITÃO, “é esta conjugação do poder de direcção com o poder disciplinar do empregador – a que se contrapõem o dever de obediência e a sujeição a sanções disciplinares por parte do trabalhador – que exprime a subordinação jurídica, a qual aparece assim como um elemento essencial do contrato de trabalho” (*Direito do trabalho cit.*, p. 110). Por sua vez, António José MOREIRA nota que “no contrato de trabalho subsiste um binómio inultrapassável: a subordinação jurídica do trabalhador versus poderes do empregador. E, nestes, o poder disciplinar é a manifestação paradigmática da noção jurídica de poder, sendo, nas palavras de Ricardo Del Punta [...] *um dos índices sintomáticos mais vistosos da natureza subordinada do contrato de trabalho*” (“O Poder Disciplinar. A Necessária Caminhada para o Direito”, *Congresso Europeu de Direito do Trabalho* (coord. José João Abrantes), Almedina, 2014, pp. 291-307, p. 296). Na verdade, não obstante o art. 2094 do CCit. não fazer expressa menção ao poder disciplinar – apenas incluindo referência ao poder directivo –, o seu exercício eventual constitui reflexo “*della natura subordinata di un rapporto di lavoro*” (DEL PUNTA, *Diritto cit.*, p. 438). E também PALMA

rigoroso concluir pelo desaparecimento desta última no tempo de suspensão.

f) Sustentamos, pois, a permanência da subordinação jurídica em período suspensivo, em resultado de duas premissas: (i) o exercício do poder disciplinar enquanto derivação da subordinação jurídica³²² e (ii) a subsistência do poder disciplinar durante a suspensão – ao invés do que sucede com o poder de direcção³²³. É, na verdade, indiscutível o vigor da lealdade na suspensão e a possibilidade de exercício, pelo empregador, do poder disciplinar em caso de infracção cometida neste período. Ora, se tal exercício encontra ainda expressão na subordinação jurídica pressuposta no contrato, seria um contra-senso concluir pela sua exclusão na suspensão³²⁴. Neste sentido, observa a RP, a propósito da pré-reforma: “*permanecem na sua vigência poderes patronais que determinam o estado de subordinação jurídica do trabalhador, designadamente o poder disciplinar, podendo no seu decurso o trabalhador sofrer sanções disciplinares e, até, o contrato vir a findar*”³²⁵. A subordinação jurídica do trabalhador é, pois, o reverso não apenas do poder de direcção, mas também do poder disciplinar do empregador, assumindo, assim, conteúdo amplo.

RAMALHO atesta que “*o poder disciplinar é sempre referenciado em ligação com a temática da subordinação jurídica do prestador do trabalho* – esta forma de perspectivar o fenómeno disciplinar não só nos aparece na apreciação doutrinal da matéria, como tem importância suficiente para o esforço de delimitação do próprio contrato de trabalho pela via jurisprudencial em sistemas jurídicos em que este contrato não é merecedor de autonomia sistemática na lei” (*Do fundamento cit.*, p. 255, ênfase nossa). Lapidariamente é ainda afirmado: “[...] a especificidade da subordinação do trabalhador, ou dito numa perspectiva inversa e menos eufemística, a especificidade da posição dominial do empregador no contrato de trabalho não reside tanto na componente directiva como na componente disciplinar dos poderes laborais” (PALMA RAMALHO, *Da autonomia cit.*, p. 760).

³²² “O poder disciplinar exprime, por forma singular, a situação de subordinação, de subalternidade, de uma das partes em face da outra” (António de Lemos Monteiro FERNANDES, “Sobre o Fundamento do Poder Disciplinar”, *ECS*, ano 5, 1966, n.º 18, pp. 60-83, pp. 69-70). Mais tarde indicando que “o poder disciplinar que a entidade patronal tem sobre os trabalhadores ao seu serviço e a correlativa «subordinação jurídica» em que os trabalhadores se encontram face à entidade patronal, emerge da constituição da relação de trabalho” (João Francisco de Almeida POLICARPO e António de Lemos Monteiro FERNANDES, *Lei do Contrato de Trabalho Anotada*, Almedina, 1970, p. 81, itálico nosso). Acolhendo ainda idêntica posição em “As sanções disciplinares e sua graduação”, *ESC*, 1973, n.º 36, pp. 23-54, p. 24.

³²³ Durante a suspensão, o poder directivo do empregador é, naturalmente, afectado, atenta a desnecessidade de conformação da prestação do trabalhador; já o poder disciplinar subsiste, por referência aos deveres acessórios que se mantêm em vigor.

³²⁴ Excluir a subordinação jurídica no tempo de suspensão exigiria, pois, não perspectivar o poder disciplinar como reflexo (*a par* do poder directivo) da subordinação jurídica. Já não se afigura coerente, porém, reconduzir o poder disciplinar ainda à subordinação jurídica, sustentando, em simultâneo, o desaparecimento desta última na suspensão – mantendo-se, contudo, activo o poder disciplinar.

³²⁵ Acórdão de 21.10.2013, Proc. n.º 230/12.TTSTS-A.P1 (FERREIRA DA COSTA), itálico nosso.

g) Acresce a constatação de que o poder disciplinar laboral contribui, de forma determinante, para a singularidade do contrato de trabalho³²⁶, acompanhando a sua vigência³²⁷: o respectivo exercício constitui critério determinante da qualificação do vínculo laboral em situações em que o poder directivo resulta enfraquecido³²⁸. Por conseguinte, ainda que o poder directivo se encontre menos vigoroso na suspensão³²⁹, o mesmo não sucede quanto aos deveres acessórios autónomos da actividade laboral, que persistem e vinculam o trabalhador³³⁰ e a respeito dos quais o poder

³²⁶ “Trata-se, pois, de um poder profundamente singular no universo negocial privado, sendo nessa singularidade que se funda a sua aptidão específica para a qualificação do contrato de trabalho” (PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, II, p. 61). V. ainda PALMA RAMALHO, *Do fundamento cit.*, pp. 268 e ss.

³²⁷ “O poder disciplinar afigura-se nos co-natural ao contrato de trabalho e parece-nos que as partes não podem pretender excluir a sua existência, sem descaracterizar tal contrato, pelo menos no nosso ordenamento jurídico. O poder disciplinar mantém-se enquanto estiver em vigor o contrato de trabalho e, por conseguinte, também nos períodos comumente designados por suspensão do contrato” (JÚLIO GOMES, *Direito cit.*, p. 893, *itálico nosso*).

³²⁸ Tal qual, precisamente, na suspensão laboral ou nos casos em que o poder directivo é exercido por outrem que não o empregador (PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, II, p. 741).

³²⁹ Na suspensão laboral e independentemente da origem do impedimento, PALMA RAMALHO assinala que o acidente não deve ser qualificado como acidente *de trabalho*, assim se impondo por o acidente não se ajustar “ao critério da autoridade ou do controlo do empregador” (*Tratado cit.*, II, p. 875). Apenas se a suspensão for interrompida e, por conseguinte, após o recomeço da actividade laboral é que tal qualificação pode ser ajustada – assim sucedendo em hipótese de trabalhador grevista afecto ao desempenho de serviços mínimos, que, nesse contexto, sofre um acidente; o referido acidente deve, em tal caso, ser qualificado como *de trabalho*, “justamente porque o trabalhador volta a colocar-se sob a autoridade do empregador no desempenho daqueles serviços” (PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, II, p. 875). Diversamente, “se o acidente ocorrer durante a greve, mas, por exemplo, no decorrer de um plenário de trabalhadores grevistas, não deve ser qualificado como acidente de trabalho, mesmo que tenha lugar nas instalações da empresa”. Em conformidade, já será de “qualificar como laboral o acidente de um trabalhador não grevista que pretende aceder às instalações e é impedido pelo piquete de greve” (pp. 875-876, n. 127). Para maiores desenvolvimentos, v. PALMA RAMALHO, “Acidentes...” *cit.*, ROA, pp. 533 e ss., e *Estudos*, pp. 350 e ss. Neste sentido, v. ainda acórdão do STJ, de 30.5.2012, Proc. n.º 611/05.8TTPT.P1.S1 (PINTO HESPAÑOL), no qual se decidiu que “não se pode qualificar como *de trabalho*, em relação à entidade empregadora, o acidente de viação em que o trabalhador, que exercia as funções de dirigente sindical, a tempo inteiro, desde o ano de 2000, situação geradora de impedimento continuado da prestação da actividade laboral e que persistia à data do acidente, regressava à sua residência após executar serviço determinado pela associação sindical de que era dirigente” (Sumário, II, *itálico nosso*). Reconhecendo lógica idêntica, à luz do ordenamento francês, v. BÉRAUD, que afirma, como princípio geral: “le caractère professionnel de l'accident est donc généralement incompatible avec la suspension du contrat” (*La suspension cit.*, p. 154).

³³⁰ Em síntese, “se entendermos que, pelo contrato de trabalho, o trabalhador se obriga, não apenas a prestar o trabalho, mas também a uma série de deveres acessórios de conduta, no quadro de uma relação obrigacional complexa, em que deve cooperar com o empregador na realização do fim visado por este, obrigando-se a uma colaboração inteligente e leal, ou seja, a não adoptar, pelo menos, comportamentos que impeçam ou dificultem a realização daquele fim visado pelo empregador [...] então parece que pode, em última análise, afirmar-se que através do poder disciplinar, o empregador reage efectivamente a violações do programa contratual, ainda que não necessariamente da prestação de trabalho como prestação principal a que o trabalhador se obrigou” (JÚLIO GOMES, *Direito cit.*, p. 883, *itálico nosso*). Quanto à particular acentuação dos deveres acessórios no contexto de relações duradouras, v. *infra* § 5.

disciplinar é legitimamente exercitável pelo empregador³³¹. Em suma, (i) porque se trata de um traço distintivo do contrato de trabalho, a subordinação jurídica subsiste enquanto o vínculo perdura, mantendo-se, pois, *também* durante a suspensão; (ii) apenas com a cessação do contrato, a subordinação jurídica desaparece, razão pela qual é nesse momento que se considera que o trabalhador recupera plena autonomia quanto ao exercício de determinados direitos – “tem sido entendimento pacífico que, *com a cessação do contrato de trabalho [...] desaparece o vínculo de subordinação do trabalhador*, que adquire plena autonomia podendo sem qualquer pressão dispor livremente dos seus direitos de natureza pecuniária”³³². A subordinação jurídica acompanha, assim, a sobrevivência do contrato, concorrendo igualmente na suspensão.

h) Neste contexto, incluímos nota adicional em reforço da legitimidade reconhecida ao exercício do poder disciplinar no tempo de suspensão³³³, em situações em que o mesmo parece, por vezes, suscitar dúvidas na jurisprudência. A situação fáctica subjacente a acórdão do STJ de 30.10.2001³³⁴ pode ser assim resumida:

- Em 6.5.1991, foi celebrado contrato de trabalho, pelo qual A passou a exercer funções de director-geral;
- Em 29.3.1995, A foi nomeado administrador da empresa;
- Em Maio de 1995, A decidiu instalar, no seu gabinete, uma central telefónica, que lhe permitia escutar ou intervir nas comunicações das restantes extensões telefónicas da rede geral da empresa, quando em comunicação interna ou externa. Estes factos foram descobertos porque vários trabalhadores detectaram que as chamadas telefónicas haviam sido interceptadas.

Atento este enquadramento:

- Em 21.10.1996, A foi notificado de nota de culpa onde estes factos lhe eram imputados e suspenso preventivamente;
- Em 11.11.1996, teve lugar assembleia geral de accionistas com o propósito de analisar os factos em causa;

³³¹ De facto, “se o trabalhador tiver o seu contrato suspenso, por impedimento prolongado ou, por exemplo, porque aderiu a uma greve, pode, ainda assim, incorrer na violação de deveres acessórios não integrantes da actividade laboral, como o dever de lealdade ou o dever de respeito. Nestas situações, o poder disciplinar pode ser accionado, apesar de o trabalhador não se encontrar *ao serviço* do empregador” (PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, II, p. 748, n. 874).

³³² Acórdão da RC, de 19.6.2014, Proc. n.º 124/13.4TTTMR.C1 (RAMALHO PINTO), com *itálico* nosso.

³³³ Refere a RL, em acórdão de 22.5.2002, que “o trabalhador que tem o contrato de trabalho suspenso por impedimento prolongado pode ser despedido com justa causa durante o período da suspensão” (Sumário, I). Nesta medida, “afirmar – e não provar – perante trabalhadores de outra sociedade que o gerente da Ré fazia desvios de dinheiro da empresa, com a conivência do Director Financeiro, para benefício dele próprio e que recebia comissões de fornecedores e que o chefe de oficina desviava materiais para uma oficina de um seu irmão, constitui um atentado ao bom nome, à dignidade e à imagem das pessoas visadas, colegas de trabalho e superiores hierárquicos do arguido, e integra justa causa de despedimento” (Proc. n.º 0026104, PEREIRA RODRIGUES, Sumário, IV).

³³⁴ Proc. n.º 01S1063 (MÁRIO TORRES).

– Em 10.1.1997, A foi notificado da decisão de despedimento, por justa causa.

Perante os factos descritos, o STJ identificou, como questão essencial a resolver, “a subsistência e extensão do poder disciplinar de entidade patronal com a natureza de sociedade anónima relativamente a trabalhador seu que seja chamado a exercer funções de administrador da mesma entidade”. Concluindo que, “quando o contrato se encontre suspenso por o trabalhador ter passado a exercer as funções de administrador da empresa em que laborava, *não pode ele ser punido disciplinarmente por factos praticados como administrador*”³³⁵.

Discordamos, todavia, do entendimento acolhido: não há por que excluir o sancionamento de actos praticados durante a suspensão, bastando que se considerasse que os mesmos interferiam directamente com o vínculo laboral subsistente, enquanto grave violação do dever de lealdade³³⁶. Se o comportamento de A, como administrador, reflectia-se de forma evidente no vínculo laboral (que persiste, ainda que suspenso), não concorria entrave à valoração de tais actos em contexto disciplinar – para mais, considerando que os mesmos assumiam gravidade bastante para colocar irremediavelmente em crise o contrato de trabalho subjacente. Admitimos tão só que, no caso, a sequência fáctica deveria ter sido diversa: primeiro, destituição de A do cargo de administrador, apenas em seguida operando a suspensão preventiva³³⁷. Em suma, nada impede que factos graves praticados no exercício de funções de administração se repercutam directamente no vínculo de trabalho (suspensão), por traduzirem a violação de deveres que, mesmo durante a suspensão, vinculam o trabalhador³³⁸.

³³⁵ Sumário, II, *itálico* nosso. Entendimento que já havia sido acolhido em acórdão do STJ de 26.2.1997, Proc. n.º 96S213 (LOUREIRO PIPA), onde foi decidido que, “durante a suspensão do contrato de trabalho, verificada no âmbito e por força do preceituado no artigo 398.º, n.º 2 do CSC, a entidade patronal não mantém o poder disciplinar sobre o trabalhador enquanto tal” (Sumário, I) e que, “tendo o autor sido despedido pela ré sociedade anónima na sequência de processo disciplinar, na sua qualidade de trabalhador subordinado por condutas que lhe foram imputadas como administrador, tem de ter-se o processo disciplinar como nulo e o despedimento como ilícito [...]” (Sumário, II).

³³⁶ Em nota crítica a esta decisão *v.* Alexandra Marques SEQUEIRA, “Da Designação de Trabalhador para Membro de Órgão Estatutário da Sociedade Empregadora – Efeitos no Contrato de Trabalho”, *QL*, ano 22, 2015, n.º 46, pp. 151-176, pp. 162 e ss.

³³⁷ Não faz, na verdade, sentido a decisão de suspensão preventiva do trabalhador, em momento em que se encontrava no exercício de funções de administração – mantendo-se, afinal, a suspensão laboral operante, atento o desempenho desta actividade. A suspensão preventiva apenas deveria produzir efeitos no momento em que o vínculo laboral fosse plenamente restabelecido, com o fim do exercício, por A, de funções enquanto administrador.

³³⁸ Concedendo idêntica valoração no Direito espanhol, *v.* o art. 9, n.º 3 (“*Promoción interna*”), do *Real Decreto* 1382/1985, de 1.8, “*por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección*”, versão consolidada disponível em <<http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-17006>>. Ali se dispõe que, “*en caso de simple suspensión de la relación laboral común anterior, al extinguirse la relación laboral especial, el trabajador tendrá la opción de reanudar la relación laboral de origen, sin perjuicio de las indemnizaciones a que pueda tener derecho a resultas de dicha extinción. Se exceptúa de esta regla el supuesto de la extinción del contrato especial de alta dirección por despido disciplinario declarado procedente*”. Quanto a esta hipótese, *v.* José María Marín CORREA, “Las Causas de Suspensión del Contrato de Trabajo Extrañas a los Arts. 45 y 46 del Estatuto de los Trabajadores, y las Causas de los

IV. Atento o exposto, resulta evidente o *fin* que justifica o enquadramento reservado à suspensão laboral: figura instrumental, em vínculo duradouro, à conservação dos efeitos de negócio jurídico³³⁹ e, neste contexto preciso, à estabilidade do emprego, assegurando a perenidade do contrato, não obstante a perturbação temporária³⁴⁰: “*la suspensión responde, en su significado último, a una tendencia protectora de la vida del contrato y por ello protectora de los intereses que las partes plasmaron en él al celebrarlo*”³⁴¹. Há, assim, transmutação de virtualidade extintiva em suspensiva³⁴² relativamente a determinados factos que atingem a execução programada do contrato. Em resposta a tal patologia³⁴³, a suspensão afirma-se como “mecanismo terapêutico”³⁴⁴: o contrato subsiste em modo *dormente*, operando a suspensão em reforço das restrições que condicionam a

Apartados «a» y «b» del Numero 1 de Dicho Precepto”, *La Suspensión del Contrato de Trabajo* (dir. José María Marín Correa), Consejo General del Poder Judicial, 1994, pp. 53-105, pp. 59 e ss.

³³⁹ Na síntese de JOÃO REIS, no que respeita à suspensão – não restringida à laboral –, “apesar das situações abarcadas [...] poderem apresentar uma natureza diferente, o seu significado jurídico é indiscutivelmente comum: ela visa a protecção da existência dum contrato que se encontra em situação potencialmente extintiva”. O Autor considera, todavia, a salvaguarda da existência do vínculo contratual *fundamento* (e não *fin*) do instituto suspensivo (*A suspensão cit.*, p. 12).

³⁴⁰ É comum a afirmação de que a “[...] finalidade da suspensão do contrato é obstar a que a inexecução da prestação por parte do trabalhador conduza à extinção do contrato” (acórdão do STJ de 22.10.1996, Proc. n.º 004383, ALMEIDA DEVEZA). Também a RP refere que “a suspensão do contrato, para além de se traduzir num afloramento do *princípio da conservação dos negócios jurídicos*, não pode deixar de proteger a *estabilidade do emprego*, decorrente da nossa Lei Fundamental [...]” (acórdão de 7.4.2008, Proc. n.º 0743201, ALBERTINA PEREIRA, *itálico nosso*). V. ainda MONTEIRO FERNANDES, “A suspensão do ...” *cit.*, p. 27, e LEAL AMADO, *Contrato cit.*, p. 335. No Direito espanhol, v. nomeadamente Manuel Alonso OLEA, “Suspension e Interrupcion del Contrato de Trabajo”, *RDICL*, ano 10, 1970, n.º 1, pp. 96-106, p. 96.

³⁴¹ VIDA SORIA, *La suspensión cit.*, p. 3.

³⁴² Para JÚLIO GOMES, “o regime da suspensão do contrato de trabalho ao manter o contrato em vida, quando não é possível ou exigível a prestação de trabalho [...] exprime neste contexto uma *opção pelo interesse do trabalhador na manutenção da relação, em detrimento do interesse do empregador*”. Refere o Autor que “não falta quem considere tratar-se aqui de um regime de solidariedade imposta, mas que, quanto a nós, se compreende pela dimensão particularmente intensa que a boa fé assume neste contrato” (*Direito cit.*, p. 857, com *itálico nosso*).

³⁴³ A suspensão surge como situação anómala/patológica que contraria a extinção do contrato (neste sentido, LOBO XAVIER, *Manual cit.*, p. 704). Trata-se, afinal, de período no qual “o contrato vive em estado latente – mantendo-se a vinculação das partes, e actuando o sinalagma funcional no sentido de restabelecer o equilíbrio temporariamente posto em perigo pela impossibilidade de uma das prestações corresponsivas” (MONTEIRO FERNANDES, “A suspensão do ...” *cit.*, p. 46). Promovendo a integração da suspensão entre os eventos modificativos da relação de trabalho v. Giuliano MAZZONI, *Manuale di Diritto del Lavoro*, vol. 1, *Principi Generali e Fonti* (coord. Aldo Aranguren) e *Il Rapporto di Lavoro* (coord. Marco Papaleoni), 6.ª ed. (rev. e ampl.), Giuffrè Editore, 1988, pp. 733-734). A suspensão surgiria a par de outras “*vicende modificative*” – tal qual a sucessão *ope legis* da posição de empregador ou a conversão de contratação *contra legem*, v.g., de contrato a termo em contrato por tempo indeterminado (pp. 733 e 735 e ss.). A superveniência “desviante”, assim apontada à suspensão laboral, reforça a sua qualificação como vicissitude contratual, legitimando excluir do seu âmbito períodos de inactividade que participam da normal execução do vínculo (assim, *infra*, Capítulo III, § 5.).

³⁴⁴ MONTEIRO FERNANDES, “A suspensão do ...” *cit.*, p. 70.

autonomia do empregador, no plano extintivo³⁴⁵. Em manifestação, na esfera laboral, da durabilidade contratual, a suspensão constitui técnica de tutela do emprego³⁴⁶ – lógica transversal às diversas hipóteses suspensivas, por factos respeitantes ao trabalhador ou ao empregador³⁴⁷, bem como na suspensão por acordo ou por exercício da *exceptio*³⁴⁸. A referência a um tal *fin* comum não prejudica, contudo, a concorrência de *fundamentos* diversos, atenta a heterogeneidade do fenómeno. Assim, a suspensão por factos respeitantes ao trabalhador salvaguarda interesses seus particularmente relevantes³⁴⁹, aos quais o ordenamento afecta especial atenção³⁵⁰ e que justificam a operacionalidade da suspensão e a conservação do contrato, imposta ao empregador. O que não

³⁴⁵ Segundo certa perspectiva, a estabilidade contratual não seria alcançada por meio da suspensão, mas, no essencial, através das regras que condicionam a liberdade de cessação do contrato pelo empregador; *v.*, a este respeito, JORGE LEITE, “O desempenho ...” *cit.*, p. 517.

³⁴⁶ YAMAGUCHI aponta um fundamento social à suspensão laboral (*La théorie cit.*, pp. 33 e ss.). *V.* ainda RAMÍREZ MARTÍNEZ, “Naturaleza ...” *cit.*, p. 19.

³⁴⁷ MARÍN CORREA assinala, a este propósito, que “*la suspensión del contrato se establece en protección de sua estabilidad o permanencia, también cuando se extiende a [...] supuestos de interés unilateral del empresario [...]*” (“Las causas ...” *cit.*, p. 58). Também SOLÀ MONELLS indica que “*la suspensión por causas empresariales permite la adaptación de la empresa a los cambios que se producen en su entorno vital garantizando, al mismo tiempo, la pervivencia de las relaciones de trabajo afectadas*” (*La suspensión cit.*, p. 613).

³⁴⁸ E assim mesmo na suspensão preventiva ou na suspensão disciplinar. Sobre tais hipóteses, *v. infra* Capítulo II, § 2.2., II.

³⁴⁹ A suspensão garante, com frequência, o exercício de direitos fundamentais do trabalhador de difícil compatibilização com o contínuo cumprimento da actividade acordada: assim, quando opera em tutela da saúde, em decorrência de greve, do exercício de funções sindicais ou em realização plena da parentalidade. A suspensão traduz ainda a salvaguarda de princípios estruturantes como a presunção de inocência (*v. infra* Parte II, Capítulo II, Secção III, § 2., na suspensão em razão de prisão preventiva) e, residualmente, da necessária autonomização das esferas pessoal e profissional – o que resulta ainda evidente não só na determinação da natureza transitória ou definitiva do impedimento, mas também na delimitação da (não) imputação do impedimento ao trabalhador (*cf. infra*, Parte II, Capítulos III e II).

³⁵⁰ Não se diga, todavia, que, em tais hipóteses, a estabilidade do emprego é afastada, enquanto finalidade do instituto. Divergimos, pois, do entendimento subscrito pelo STJ, em acórdão de 22.10.1996, onde é referido que a suspensão por desempenho de funções sindicais “*não se apresenta como um meio de salvaguardar a estabilidade de um emprego*, que estaria ameaçado, antes se confundindo com o fundamento das próprias instituições representativas dos trabalhadores, cujo funcionamento se permite” (Proc. n.º 004383, itálico nosso). É aqui seguida a lição de JORGE LEITE, para quem “o que aqui explica o recurso a este mecanismo não é, com efeito, o interesse da estabilidade no emprego, mas o da protecção da liberdade sindical. Dito de outro modo: a imposição legal da sobrevivência do contrato, apesar da sua inexecução voluntária, isto é, a proibição de o credor da prestação se prevalecer do incumprimento para resolver o contrato é, aqui, apenas um meio ou um instrumento ao serviço de interesses distintos dos da estabilidade do emprego” (“O desempenho ...” *cit.*, p. 517). Temos, porém, reservas quanto à dissociação sugerida; não cremos, na verdade, que a suspensão se assumia (apenas) como instrumento de garantia do exercício de determinados direitos, prescindindo do fim de preservação contratual. Na hipótese descrita, o *fundamento* (a razão justificativa) da suspensão é garantir o pleno exercício de funções sindicais; contudo, o *fin* da suspensão, o propósito que justifica a sua operacionalidade, é a conservação dos efeitos do contrato. Por outras palavras, a estabilidade do emprego, promovida por via suspensiva, opera de modo a efectivar plenamente interesses do trabalhador que extravasam a esfera laboral.

pressupõe, todavia, tutela uniforme – assumindo tal variação reflexos em aspectos modeladores do regime suspensivo, tal qual na delimitação da natureza *transitória* ou *definitiva* do impedimento³⁵¹. Por sua vez, a suspensão por factos relativos ao empregador encontra fundamento no direito à iniciativa privada e à liberdade de gestão das empresas privadas³⁵² e no direito à propriedade privada³⁵³, sem que tal afecte o *fim* transversal, de estabilidade contratual, atendendo às alternativas que se perfilam, no plano da cessação por redimensionamento gestor³⁵⁴. Já a suspensão por acordo assenta na autonomia contratual, reconhecida às partes³⁵⁵, e a suspensão por *exceptio* obedece à lógica sinalagmática, atenta a relevância que o pagamento da retribuição assume no contrato de trabalho. Em qualquer caso, o *fim* é, porém, sempre, o da *subsistência dos efeitos do vínculo laboral*: a execução do contrato é acomodada a factos supervenientes que, não fora a suspensão, poderiam promover a extinção. Ainda assim, importa reconhecer que a suspensão não constitui “escudo impenetrável”³⁵⁶, atenta a viabilidade da cessação por outras razões: o vínculo não resulta, assim, imune à extinção no período suspensivo³⁵⁷.

³⁵¹ V. *infra* Parte II, Capítulo III.

³⁵² Arts. 61.º, n.º 1, 80.º, c), e 86.º, n.º 2, da CRP.

³⁵³ Art. 62.º da CRP.

³⁵⁴ Em concretização deste princípio, o art. 361.º, n.º 1, a), indica a suspensão enquanto alternativa ao despedimento colectivo.

³⁵⁵ Quanto ao alcance de uma tal autonomia, v., porém, *infra*, § 2.

³⁵⁶ MONTEIRO FERNANDES, *Direito cit.*, p. 454. Indica a RP que “durante a suspensão do contrato de trabalho subsiste o vínculo contratual entre o empregador e o trabalhador, pelo que o encerramento total e definitivo da empresa também tem como efeito a caducidade dos contratos de trabalho suspensos” (acórdão de 7.4.2008, Proc. n.º 0743201, ALBERTINA PEREIRA). A este propósito, mas agora quanto ao despedimento colectivo, MONTEIRO FERNANDES refere que “a suspensão não afasta a possibilidade de inclusão do trabalhador «suspense» num despedimento colectivo, sempre que a fundamentação deste envolva *objectivamente* a eliminação do posto de trabalho por ele ocupado – em termos idênticos aos que se hão-de observar relativamente aos trabalhadores em serviço efectivo” (*Direito cit.*, p. 454). Já no que respeita à denúncia do contrato de trabalho pelo trabalhador, nota a RP que, “concedida baixa médica por doença ao trabalhador durante o cumprimento do prazo de aviso prévio, não se suspende a contagem deste, pois ainda estamos no domínio do cumprimento do contrato de trabalho” (acórdão de 26.3.2012, Proc. n.º 276/09.8TTVLG.P2, FERREIRA DA COSTA). Por sua vez, em acórdão da RP de 4.3.2013, é indicado que “a suspensão do contrato de trabalho por facto imputável ao trabalhador apenas suspende os direitos, deveres e garantias das partes na medida em que pressuponham a efetiva prestação de trabalho, não suspendendo o prazo de caducidade para invocação, pelo trabalhador, de justa causa para resolução do contrato de trabalho” – tratava-se, no caso, de comportamento culposos do empregador, verificado em data anterior ao início da suspensão (Proc. n.º 259/11.8TTOAZ.P1, PAULA LEAL DE CARVALHO). Também nada obsta, durante a suspensão, ao exercício, pelo trabalhador, da resolução por não pagamento de retribuição, vencida em data anterior ao início do período suspensivo: “não tendo sido paga ao trabalhador uma retribuição vencida antes da suspensão do contrato de trabalho por doença daquele, nada impede que o mesmo trabalhador possa valer o direito previsto na LSA, decorrente desse não pagamento, ainda que no período de suspensão do contrato” (acórdão do STJ, de 11.2.2004, Proc. n.º 03S742, VÍTOR MESQUITA, Sumário, IV); v. ainda acórdãos da RL, de 17.6.1998, Proc. n.º 0027154 (GUILHERME PIRES), e da RP, de 23.10.2000,

2. Superveniência: vulnerabilidade e tutela – mecanismos de ajuste do acordado

I. A importância reconhecida, nestes casos, à conservação do contrato resulta de traço comum aos vínculos duradouros: sobretudo quando pressupõem longa duração, as adaptações são, não raras vezes, exigentes. O que significa que o tempo não é apenas elemento constitutivo, mas também motivo de exposição e de vulnerabilidade acrescidas – e que, por isso, os contratos com vocação para perdurar sejam frequentemente perspectivados como *ousadas empreitadas* sobre o futuro³⁵⁸. É neste sentido que DURAND os considera sujeitos a permanente ameaça – porque expostos aos efeitos impiedosos e imprevisíveis do tempo³⁵⁹; e é por esta razão que TREILLARD refere a existência *precária* dos contratos duradouros – atendendo aos diversos incidentes que podem paralisar o seu curso³⁶⁰. Os vínculos duradouros reclamariam, pois, tutela acrescida ou, pelo menos, mecanismos mais ajustados à *variação* e ao *risco*³⁶¹, com a previsão de um complexo normativo de vocação especialmente protectora³⁶². Surge, neste contexto, o contrato de trabalho como exemplo expressivo, atenta a fragilidade que lhe é frequentemente apontada, *maxime*, se considerado o *risco económico* e o *risco infortunistico*³⁶³ que aqui concorrem. E assim se redobram a relevância e o sentido que a suspensão reveste e que desencadeia, só por si, exigências específicas de estabilidade³⁶⁴: é precisamente por se reconhecer especial

Proc. n.º 0040678, CARLOS TRAVESSA. Em sentido distinto, *v.*, todavia, acórdão da RL, de 8.4.1992, Proc. n.º 0074044 (CÉSAR TELES).

³⁵⁷ Sobre o tema, *v.* BÉRAUD, *La suspension cit.*, pp. 241 e ss.

³⁵⁸ ARTZ, “La suspension ...” *cit.*, p. 95. Assinalando a acentuada vulnerabilidade ao oportunismo nas relações longas, *v.* FERNANDO ARAÚJO, *Teoria cit.*, pp. 65 e ss. – realidade que encontraria natural concretização no contrato de trabalho (JÚLIO GOMES, *Direito cit.*, p. 885).

³⁵⁹ DURAND, “Préface ...” *cit.*, p. 2.

³⁶⁰ “De la suspension ...” *cit.*, p. 59.

³⁶¹ FERNANDO ARAÚJO assinala, a este propósito, que “quanto mais longa a relação contratual maior a probabilidade de ocorrer uma não-simultaneidade das prestações estipuladas no contrato, e essa não-simultaneidade é que abre espaço à *eclosão de dois dos principais problemas com que se defronta a disciplina contratual*: o do oportunismo e o da alteração das circunstâncias (a ocorrência de contingências imprevistas), dois problemas de desequilíbrio *ex post* na onerosidade e na distribuição de riscos [...]” (*Teoria cit.*, p. 385, *italico* nosso).

³⁶² BAPTISTA MACHADO, “Anotação ...” *cit.*, p. 330. Também sentido, ARTZ, “La suspension ...” *cit.*, p. 95. Embora acentuando as relações duradouras como instrumento de estabilidade, importa, porém, não descurar os riscos de concepção demasiado estática (DURAND, “Préface ...” *cit.*, pp. 3-5); nesta, como noutras matérias, é, por vezes, difícil encontrar o equilíbrio desejável: assim, por exemplo, uma tutela excessiva da posição do arrendatário pode limitar a oferta de arrendamento; e uma protecção muito acentuada da estabilidade do emprego pode degenerar na proliferação de mecanismos fraudulentos.

³⁶³ Afinal, e para referir apenas duas hipóteses, “*la maladie ou l’accident doit, de par sa nature même, être considéré comme inhérent à la personne*” (YAMAGUCHI, *La théorie cit.*, p. 79).

³⁶⁴ “De la suspension ...” *cit.*, p. 61. Tendo “em vista a defesa da *estabilidade do emprego*, o regime jurídico da suspensão reduz as consequências *jurídicas* da impossibilidade da prestação de trabalho à dimensão dos efeitos *práticos* que ela comporta” (MONTEIRO FERNANDES, *Direito cit.*, p. 449). Também assinalando que “a vocação de durabilidade do contrato de trabalho o torna mais

vulnerabilidade aos vínculos duradouros que comumente se inclui a suspensão – enquanto instituto não circunscrito ao contrato de trabalho – entre as técnicas jurídicas que acautelam e promovem a sua execução; a suspensão é, neste âmbito, concebida como escudo de protecção, *reacção intermédia* entre a execução forçada e a cessação. É assim que LABORDERIE, em estudo dedicado à perenidade contratual, qualifica a suspensão de “paliativo da resolução”³⁶⁵ e, promovendo a sua aplicação, incentiva as partes a anteciparem elementos de perturbação, afectando-lhes natureza suspensiva e pré-determinando a sua duração e efeitos. A suspensão decorreria, em tais casos (negociados), do ensejo dos contraentes em privilegiar a manutenção do contrato, evitando a ruptura e possibilitando uma melhor execução³⁶⁶. Resultando de acordo, a suspensão surgiria, segundo TREILLARD, em “estado puro”: consentindo as partes na alteração do acordado, seria possível afectar maior abrangência à suspensão³⁶⁷. Atento o escopo da dissertação, importa considerar, sobretudo, os termos em que o CT acolhe a suspensão negociada em contexto laboral: no Direito do Trabalho português, a suspensão convencional é, hoje, expressamente prevista no art. 294.º, n.º 2, b)³⁶⁸.

vulnerável à possibilidade de incumprimento dos deveres principais das partes”, v. PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, II, p. 699. E ainda YAMAGUCHI, que indica: “*du point de vue de la stabilité des rapports contractuels, le contrat de travail présente des caractéristiques qui le distinguent des autres contrats synallagmatiques, du fait de sa fragilité très particulière. Les cause de cette fragilité résultent tant de la nature même de ce contrat que des circonstances extérieures susceptibles d’apparaître au cours de son existence*” (*La théorie cit.*, p. 25).

³⁶⁵ *La pérennité cit.*, p. 66.

³⁶⁶ *La pérennité cit.*, p. 71.

³⁶⁷ “*De la suspension ...*” *cit.*, p. 62. V. ainda SARRAUTE, *De la suspension cit.*, p. 44.

³⁶⁸ Conforme esta disposição, “*permitem também a redução do período normal de trabalho ou a suspensão do contrato de trabalho, designadamente: o acordo entre trabalhador e empregador, nomeadamente acordo de pré-reforma*”. Em Espanha, o art. 45, n.º 1, a) e b), do ET prevê que o contrato de trabalho poderá suspender-se por “*mutuo acuerdo de las partes*” e pelas causas “*consignadas válidamente en el contrato*”; v. ainda o art. 46, n.º 6, do ET, onde se refere que “*la situación de excedencia podrá extenderse a otros supuestos colectivamente acordados, con el régimen y los efectos que allí se prevean*”. Em qualquer caso, o acordo não deve traduzir prática abusiva ou fraudulenta (MARTÍN VALVERDE, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ e GARCÍA MURCIA, *Derecho cit.*, p. 758, e RIVAS VALLEJO, *La suspensión cit.*, p. 160). V. ainda Fernando Somoza ALBARDONEDO e Maria Victoria Somoza RAMIS, que apelam, a este propósito, ao disposto no art. 3, n.º 5, do ET, conforme o qual “*los trabajadores no podrán disponer válidamente, antes o después de su adquisición, de los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario. Tampoco podrán disponer válidamente de los derechos reconocidos como indisponibles por convenio colectivo*” (*Suspensiones del Contrato de Trabajo. Problemática Legal y Práctica*, Fundación Confemetal, 2000, p. 21). A esta luz, dir-se-ia que o art. 45, n.º 1, do ET não contém um catálogo taxativo, fechado ou exaustivo, antes correspondendo a uma listagem aberta ou exemplificativa (Jesus Martínez GIRÓN, “*Las Causas Generales de Suspensión: numerus clausus?*”, *La Suspensión del Contrato de Trabajo* (dir. José María Marín Correa), Consejo General del Poder Judicial, 1994, pp. 37-52, em especial as pp. 40 e 51-52). Este não é, porém, o entendimento do Tribunal Supremo, que considera que “*la enumeración de causas de suspensión es una enumeración tasada o exhaustiva, en la que figuran numerosos avatares o incidencias atinentes bien a la vida personal o profesional del trabajador, bien al funcionamiento de la empresa*” (decisão de 25.10.2000 *cit.*). Por sua vez, para RAMÍREZ MARTÍNEZ, “*la enunciación taxativa puede ser ampliada por otros preceptos legales o*

II. Ao tratarmos da autonomia a reconhecer às partes na conformação do regime suspensivo, assumimos, como premissa lógica – condicionante da reflexão tecida a este propósito –, a inexistência de diferença material/substantiva, para lá da extensão da ausência, entre faltas justificadas e suspensão por factos respeitantes ao trabalhador³⁶⁹. Assente que os institutos partilham idêntica natureza jurídica, há, pois, que considerar a margem conferida às partes na modelação do regime jurídico das faltas, por ser sobretudo a este propósito que tem vindo a ser promovida maior reflexão e revestindo importância, para cabal compreensão do tema, a evolução registada nesta matéria desde a LFFF até ao CT 2009.

Como nota prévia, esta valoração impõe ainda atender, num plano mais abrangente, às especificidades que o regime de articulação de fontes acolhe no Direito do Trabalho, sem descurar a evolução registada, a este respeito, da LCT/LRCT ao CT 2009. Numa linha, no que respeita à relação norma legal/convenção colectiva ou contrato de trabalho, dir-se-á que, até ao CT 2003, o *favor laboratoris* assumiu papel incontornável na solução destas matérias: a par de outras concretizações, não era admissível a derrogação de norma legal por via convencional ou contratual se, por esta forma, o resultado fosse menos favorável ao trabalhador³⁷⁰. À luz do regime então vigente, “em caso de conflito hierárquico [...], as fontes inferiores poderiam prevalecer sobre as superiores, desde que aquelas se mostrassem mais favoráveis para o trabalhador e desde que as fontes superiores não fossem imperativas absolutas”³⁷¹. Nesta medida, as normas revestiam, por regra, natureza relativamente imperativa – estabelecendo um mínimo de tutela –, considerada a possibilidade do seu afastamento *in melius*³⁷², apenas pontualmente se afigurando imperativas absolutas ou supletivas/dispositivas³⁷³. Seguir-se-ia a filosofia inovadora do CT 2003, que alterou consideravelmente a resposta aos conflitos entre normas legais e convenção colectiva³⁷⁴: contanto que não se tratasse de norma imperativa absoluta, as disposições legais passariam a poder ser afastadas, ainda que em sentido menos favorável ao trabalhador; as normas do CT 2003

convencionales y, además, algunos de los supuestos son abiertos en si mismos” (“Naturaleza ...” cit., p. 16).

³⁶⁹ Explicitando esta lógica, v. *infra* Capítulo III, § 5.

³⁷⁰ V. arts. 13.º, n.º 1, e 14.º, n.º 2, da LCT e arts. 6.º, n.º 1, b) e c), e 14.º, n.ºs 1 e 2, b), da LRCT.

³⁷¹ Guilherme Machado DRAY, “Período Anual de Férias: Articulação entre o Regime do Código do Trabalho e do Acordo Colectivo de Trabalho Vertical do Sector Bancário”, *O Direito*, ano 136, 2004, 4, pp. 657-685, p. 672.

³⁷² Francisco Liberal FERNANDES e Maria Regina REDINHA, “Regulamentação Coletiva do Exercício do Direito de Representação Sindical: Feição Retributiva”, *Vinte Anos de Questões Laborais*, Coimbra Editora, 2013, pp. 35-60, p. 37.

³⁷³ Nestas últimas se verificando uma “permissão de afastamento independentemente de considerações de maior ou menor favorabilidade” (Milena Silva ROUXINOL, “O Regime da Relação entre Fontes Laborais no Código do Trabalho de 2009”, *Código do Trabalho – A Revisão de 2009* (coord. Paulo. Morgado de Carvalho), Coimbra Editora, 2011, pp. 37-58, p. 39). Quanto ao apelo a disposições legais “supletivas” e “dispositivas”, v. p. 39, n. 3.

³⁷⁴ Cf. art. 4.º, n.º 1.

tinham, assim, por regra, natureza dispositiva, podendo ser livremente modificadas (quer *in melius*, quer *in pejus*) por convenção colectiva, atenta a posição de paridade negocial reconhecida, num tal plano, aos representantes dos trabalhadores e dos empregadores³⁷⁵. É, a este propósito, constatado ter-se operado “uma verdadeira revolução no sistema de fontes”, em função da supremacia da convenção colectiva, abandonando o princípio do tratamento mais favorável “o seu papel de «referencial interpretativo»”³⁷⁶. Por fim, o CT 2009 manteve a lógica do CT 2003 e a supletividade das normas legais, agregando, todavia, um conjunto de regras às quais associou imperatividade mínima³⁷⁷. É à luz deste referencial que importa, em cada momento, considerar a autonomia conferida às partes, no plano colectivo e individual, no que respeita ao regime jurídico reservado às faltas na LFFF, no CT 2003 e, por fim, no CT 2009³⁷⁸:

a) Indicava o preâmbulo da LFFF que fora, então, “*criado um novo regime de faltas, [...] na sequência dos propósitos [...] de estímulo à produção e combate ao absentismo [...]*”. Com tal fito, foram previstas “*normas tendentes à uniformização do regime de faltas, incidindo, contudo, particular atenção na definição dos motivos de justificação e nas consequências das faltas injustificadas*”. Perante as dúvidas que o regime instituído suscitou, viria a ser proferido despacho interpretativo, do Ministério do Trabalho, de 3.4.1978³⁷⁹, onde, quanto à imperatividade do regime da LFFF, se afirmou que, “*salvo menção expressa em contrário, as normas contidas no Decreto-Lei n.º 874/76, de 28 de Dezembro, possuem a natureza e obedecem aos princípios próprios das normas de Direito do Trabalho*”. Teria, pois, aplicação, a tal respeito, “*o disposto no artigo 13.º do regime jurídico anexo ao Decreto-Lei n.º 49408, de 24 de Novembro de 1969*”, concluindo-se, por conseguinte, “*que apenas são insusceptíveis de preterição por normas que estabeleçam tratamento mais favorável para o trabalhador os preceitos contidos no n.º 1 do artigo 4.º, nos artigos 18.º a 20.º e no artigo 24.º*” (§ 1), daqui resultando que a inderrogabilidade absoluta era reservada, no contexto das faltas, ao disposto no art. 24.º da LFFF, que tratava das “faltas por motivo de falecimento de parentes ou afins” e onde

³⁷⁵ “É um novo modo de ser e de entender o Direito do Trabalho e as suas fontes, que se exprime numa visão «isométrica» ou civilística das relações laborais” (LIBERAL FERNANDES e REGINA REDINHA, “Regulamentação ...” *cit.*, p. 39).

³⁷⁶ LIBERAL FERNANDES e REGINA REDINHA, “Regulamentação ...” *cit.*, p. 39.

³⁷⁷ Cf. art. 3.º, n.º 3. Dir-se-á, assim, que, “se o princípio do tratamento mais favorável não foi recuperado pelo Código de 2009, também não deixou de haver um alargamento do campo de actuação das normas que só admitem o seu afastamento pela regulação colectiva de forma unidireccional para o favorecimento das condições de trabalho” (LIBERAL FERNANDES e REGINA REDINHA, “Regulamentação ...” *cit.*, p. 40). V. ainda MILENA ROUXINOL, “O regime ...” *cit.*, p. 43.

³⁷⁸ É também a esta luz que LIBERAL FERNANDES e REGINA REDINHA assinalam, a respeito de tema próximo, que “o valor e a sistematização relativa das fontes tem sido, precisamente, um dos aspetos cruciais das sucessivas reformas que o Direito do Trabalho vem conhecendo nas últimas décadas, implicando também uma renovada leitura do papel reservado aos IRCs, pelo que a análise do caso concreto não pode deixar de levar em consideração diacrónica as alterações legislativas entretanto ocorridas” (“Regulamentação ...” *cit.*, p. 36).

³⁷⁹ Publicado no BTE, 1.ª série, n.º 15, de 22.4.1978.

se previa que “*são nulas e de nenhum efeito as normas dos contratos individuais ou instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho que disponham de forma diversa da estabelecida neste artigo*”. Caso dúvidas houvesse, o referido despacho clarificaria, quanto ao art. 23.º da LFFF – que indicava, no n.º 2, as faltas justificadas –, que “*o teor do preceito explica[va]-se em termos de definição de regime mínimo legal, nada obstando à livre estipulação pelas partes de tipos diferentes de faltas justificadas*”. Acrescia a previsão de motivações justificativas amplas/abertas, atento o disposto no art. 23.º, n.º 2, e) e f)³⁸⁰.

Não obstante, o regime não se afigurava linear e promoveu leituras diversas. Na doutrina, PALMA RAMALHO refere, em retrospectiva, que, “por aplicação do princípio do tratamento mais favorável ao trabalhador, seriam admissíveis outras faltas, estabelecidas em instrumento de regulamentação colectiva do trabalho, em regulamento empresarial ou em contrato de trabalho, que teriam uma natureza diversa da categoria das faltas autorizadas ou ratificadas pelo empregador, uma vez que a justificação não dependia de um juízo discricionário do empregador, antes o vinculando nos precisos termos do regime que convencionalmente fosse definido para tais faltas”³⁸¹. Diversamente, MONTEIRO FERNANDES considera que a LFFF consagrara “um elenco taxativo de justificações atendíveis, como claramente resultava do seu art. 23.º/3”, não autorizando a previsão de outras motivações, para lá do elenco legal³⁸² – ao que correspondia, por sua vez, a perspectiva maioritariamente acolhida na jurisprudência, que apontava imperatividade absoluta ao art. 23.º da LFFF, não consentindo a previsão de justificativos diversos dos ali indicados, sequer em instrumento de regulamentação colectiva³⁸³.

³⁸⁰ Sendo, então, previsto, como faltas justificadas, “*as motivadas por impossibilidade de prestar trabalho devido a facto que não seja imputável ao trabalhador, nomeadamente doença, acidente ou cumprimento de obrigações legais, ou a necessidade de prestação de assistência inadiável a membros do seu agregado familiar*” e as “*prévia ou posteriormente autorizadas pela entidade patronal*”.

³⁸¹ PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, II, p. 629, *itálico* nosso.

³⁸² *Direito cit.*, p. 355. Dando, aliás, para tanto, o seguinte argumento: “à época (1976), as tensões reivindicativas e a intensidade dos movimentos laborais faziam da negociação colectiva (por vezes, também, informal e ao nível da empresa) uma fonte de constante ampliação de benefícios para os trabalhadores, também em consequência da escassa capacidade de resistência das organizações patronais e dos empresários”. Por conseguinte, “o legislador pós-revolucionário actuou, nesta matéria, sob a preocupação de combater o absentismo” e ainda, atento aquele propósito, na “travagem de concessões que, no domínio da aceitação e justificação de faltas, constituíram, muitas vezes, moeda de troca na contratação colectiva” (*idem*).

³⁸³ Embora a LFFF “nada dissesse sobre a natureza injuntiva das faltas em geral – mas apenas sobre as motivadas por falecimento de parentes ou afins, que regulava no art. 24.º e que tinha por imodificáveis por contrato individual ou instrumento de regulamentação colectiva (IRCT) e, por via disso, houvesse muitas dúvidas quanto a este aspecto do seu regime jurídico no período que vigorou até ao início do Código do Trabalho (CT) – o certo é que a jurisprudência, de um modo geral, vinha a considerar que as normas sobre o instituto das faltas [...] assumiam o carácter de imperatividade e não podiam, por isso, ser afastadas por IRCT” (João Soares RIBEIRO, “Faltas no Código: Que Imperatividade?”, *PDT*, 2005, n.º 72, pp. 131-154, p. 131, *itálico* nosso). Confirmando tal entendimento jurisprudencial, refere a RL, em acórdão de 2.6.1993, que, com a publicação da LFFF, “o legislador quis impor um novo regime de faltas – de interesse e ordem pública – no propósito de estimular a produção e combater o absentismo, visando a reconstrução da economia nacional” (Proc. n.º 0081634, ANDRADE BORGES, Sumário, I). Daqui extraindo que, “consequentemente, a enumeração das faltas justificadas, constante do n.º 2 do art.

b) Ao invés da LFFF – que apenas no art. 24.º explicitava o grau de imperatividade da norma –, o CT 2003 viria a prever expressamente, no art. 226.º, sob a epígrafe “Imperatividade”, que “as disposições relativas aos tipos de faltas e à sua duração não podem ser objecto de instrumento de regulamentação colectiva de trabalho, salvo tratando-se das situações previstas na alínea g) do n.º 2 do artigo anterior ou de contrato de trabalho”. Uma tal solução viria a merecer críticas da doutrina, atento o excessivo rigor assim acolhido, relativamente à contratação colectiva³⁸⁴. Dir-se-ia, porém, que deixaria “de ser discutível a natureza do art. 23.º da LFFF, determinando o Código a *imperatividade absoluta* do art. 225.º, não obstante a manutenção da tipicidade delimitativa da alínea d), repetida no art. 333.º, n.º 1, quanto à suspensão pelo mesmo motivo, respeitante mas não imputável ao trabalhador”³⁸⁵. Ainda assim, a redacção da norma revelar-se-ia fonte de hesitações e divergências quanto ao seu exacto propósito. Desde logo, o facto de a proibição de tais matérias ser “objecto” de IRCT suscitaria perplexidade³⁸⁶, admitindo-se que “o legislador teria dito mais do que queria”. Em rigor, o pretendido era “apenas e só que as regras sobre o tipo ou duração das faltas [fossem] imodificáveis por convenção colectiva”³⁸⁷.

Seguir-se-ia a densificação das referências ao “tipo” e à “duração” das faltas, a par da menção “às situações previstas na alínea g) do n.º 2 do artigo

23.º da LFFF, é considerada taxativa e de natureza imperativa” (Sumário, II, *itálico* nosso) e concluindo, pois, que “a cláusula 47.ª, n.º 1, alínea f), do Contrato Colectivo de Trabalho [...], ao preceituar que «são consideradas faltas justificadas as dadas por motivo de nascimento de filho, durante dois dias», [seria] nula por contrariar frontalmente o disposto no art. 23.º da LFFF” (Sumário, III), uma vez que esta disposição “é um preceito de lei hierarquicamente superior à cláusula 47.ª, n.º 1, alínea f), do aludido Contrato Colectivo de Trabalho” (Sumário, IV). Em justificação da imperatividade daquela norma eram convocados argumentos diversos. Na síntese de PALMA RAMALHO, havia que considerar “um argumento literal, retirado do texto do art. 23.º da LFFF (que não apontava para o carácter exemplificativo da enumeração), um argumento histórico, que valorizava o intuito de combate ao absentismo que tinha orientado globalmente o legislador da LFFF, e um argumento *a contrario sensu* retirado do art. 23.º, n.º 3 da LFFF” (*Tratado cit.*, II, p. 629).

³⁸⁴ Dando conta de tais críticas, v. SOARES RIBEIRO, “Faltas ...” *cit.*, p. 134.

³⁸⁵ Isabel Ribeiro PARREIRA, “O Absentismo Antes e Depois do Código do Trabalho: O Reforço de Armas na Luta do Empregador contra as Ausências ao Trabalho”, *Estudos de Direito do Trabalho em Homenagem ao Professor Manuel Alonso Olea* (coord. António Monteiro Fernandes), Almedina, 2004, pp. 267-320, pp. 290-291, n. 53. Em linha com o antes disposto no art. 23.º, n.º 2, e) e f), da LFFF (v. *supra*, n. 380), o art. 225.º, n.º 2, do CT 2003 considerava justificadas não apenas as faltas “motivadas por impossibilidade de prestar trabalho devido a facto que não [fosse] imputável ao trabalhador, nomeadamente doença, acidente ou cumprimento de obrigações legais” (cf. alínea d)), mas também “as autorizadas ou aprovadas pelo empregador” (cf. alínea i)).

³⁸⁶ SOARES RIBEIRO, “Faltas ...” *cit.*, pp. 136 e ss.

³⁸⁷ SOARES RIBEIRO, “Faltas ...” *cit.*, p. 138. De facto, “o que verdadeiramente terá movido o legislador do Código para esta posição literal tão radicalista terá sido o propósito de afastar quaisquer dúvidas quanto à invalidade do texto das convenções vigentes em 1 de Dezembro de 2003, data da sua entrada em vigor”. Afinal, “se a mera determinação legal da imodificabilidade do conteúdo das normais legais sobre a questão em análise seria suficiente para as convenções futuras não poderem regular essas matérias, a redacção adoptada fulmina sem margem para dúvidas, a partir de 1 de Dezembro de 2003, todas as cláusulas convencionais” (pp. 138-139).

anterior". Quanto a estas últimas, claro é que apenas a "duração" das faltas estava em causa e não já o "tipo" – delimitado pela norma (precisamente, as "situações previstas na alínea g) do n.º 2 do artigo anterior")³⁸⁸. Nesta medida, "o que as partes outorgantes dum IRCT negocial podem estabelecer por acordo é o aumento, ou mesmo a diminuição, do «crédito de horas», a que se refer[ia] o art. 455.º"³⁸⁹. Já a respeito da ressalva acolhida na parte final do art. 226.º do CT 2003 e da referência, aí feita, ao contrato de trabalho, também se perfilaram leituras várias. Houve quem entendesse que a imperatividade absoluta apenas se impunha ao instrumento de regulamentação colectiva de trabalho, nada obstando à previsão de novos motivos justificativos ou de ausências mais extensas em contrato de trabalho³⁹⁰. Assim, "ser[ia] nula uma cláusula de um Acordo de Empresa que disp[usesse] que os trabalhadores pod[iam] faltar no dia de anos do empregador"; porém, seria admissível "uma cláusula aposta no contrato individual do trabalhador segundo a qual este ter[ia] direito a faltar no dia do seu aniversário"³⁹¹. Entendimento diverso era, todavia, sustentado por outros autores, que consideravam que a proibição era também aplicável ao contrato de trabalho, não obstante a ausência de pontuação na parte final da norma (antes de "ou de contrato de trabalho") – do que resultaria, por conseguinte, que apenas casuisticamente o empregador poderia autorizar dada falta (cf. art. 225.º, n.º 2, i) do CT 2003), não sendo, porém, lícito dispor, em contrato, sobre novos motivos justificativos³⁹².

c) Em 2009, o art. 250.º sucede ao art. 226.º do CT 2003 e, sob a epígrafe "Imperatividade do regime de faltas", acolhe a seguinte redacção: *"as disposições relativas aos motivos justificativos de faltas e à sua duração não podem ser afastadas por instrumento de regulamentação colectiva de trabalho, salvo em relação a situação prevista na alínea g) do n.º 2 do artigo anterior e desde que em sentido mais favorável ao trabalhador, ou por contrato de trabalho"*. Filipe Fraústo da SILVA regista o aperfeiçoamento de redacção, concluindo ter sido esclarecido "que as disposições relativas aos motivos justificativos e, quando estabelecida, sobre a duração das faltas justificadas *não podem ser afastadas por instrumento de regulamentação colectiva de trabalho nem por contrato de trabalho*", concedendo que "a esta regra permite a lei uma única excepção, admitindo que por instrumento de regulamentação colectiva de trabalho se possa afastar (ou seja, modificar) o regime das faltas de eleitos

³⁸⁸ Neste sentido, SOARES RIBEIRO, "Faltas ..." *cit.*, p. 139.

³⁸⁹ SOARES RIBEIRO, "Faltas ..." *cit.*, pp. 139-140.

³⁹⁰ Assim, SOARES RIBEIRO, que indica: "aqui sim, e ao contrário do que ali sucede, vigora aquele princípio do tratamento mais favorável na sua plenitude". Por conseguinte, "não só o tipo, como a duração das faltas podem ser diferentes, e mais latos, do que os previstos nos arts. 225.º e 227.º, desde que, obviamente, sejam mais favoráveis ao trabalhador" ("Faltas ..." *cit.*, p. 143).

³⁹¹ SOARES RIBEIRO, "Faltas ..." *cit.*, p. 145.

³⁹² Neste sentido, RIBEIRO PARREIRA, que considerava, à luz do CT 2003, que o "confronto com o art. 225.º, n.º 2, i) que mant[inha] as justificações autorizadas/aprovadas, afasta[va] o seu entendimento possível anterior, como pré-determinadas em contrato ou convenção colectiva, legitimando tão só uma qualificação pontual, uma regra individual e concreta e não geral e abstracta" ("O absentismo ..." *cit.*, pp. 267-320, p. 290).

para estruturas de representação colectiva dos trabalhadores detalhado no art. 409.º, desde que em sentido mais favorável aos mesmos”^{393/394}.

Na senda do art. 23.º, n.º 2, e) e f), da LFFF e do art. 225.º, n.º 2, d) e i), do CT 2003, o art. 249.º, n.º 2, d) e i), do CT 2009 mantém a justificação das faltas motivadas “por impossibilidade de prestar trabalho devido a facto não imputável ao trabalhador, nomeadamente observância de prescrição médica no seguimento de recurso a técnica de procriação medicamente assistida, doença, acidente ou cumprimento de obrigação legal”, bem como das “autorizadas[s] ou aprovada[s] pelo empregador”. Procurando leitura congruente da imperatividade assim prevista e da qualificação como justificada de falta “autorizada ou aprovada pelo empregador” (cf. art. 249.º, n.º 2, i)), FRAÚSTO DA SILVA conclui que a conjugação destas “regras deve ser feita no sentido de se entender que a lei não permite que, por cláusula contratual ou convencional, o empregador se vincule a aceitar como justificadas (mesmo sem remuneração) hipotéticas faltas de certa configuração não prevista no catálogo do n.º 2 do art. 249.º; mas admite que o empregador possa autorizar ou aprovar como justificadas concretas ausências que o trabalhador lhe comunique, prévia ou posteriormente, mediante apreciação discricionária das razões que lhe sejam apresentadas”³⁹⁵. Identicamente, para LEAL AMADO, do art. 250.º resulta que “as disposições legais relativas aos motivos justificativos de faltas e à sua duração possuem um carácter absolutamente imperativo, não podendo ser afastadas por IRCT ou por contrato de trabalho”³⁹⁶. A única ressalva respeitaria às “faltas dadas no desempenho de funções em estruturas de representação colectiva dos trabalhadores, cujo regime legal [seria] de natureza relativamente imperativa”³⁹⁷. Diversamente, PALMA RAMALHO considera que a ressalva, na parte final do art. 250.º do CT 2009, isenta o contrato de trabalho da imperatividade imposta a instrumento de regulamentação colectiva de trabalho. Em nota crítica ao regime assim estabelecido, conclui, contudo, que seria mais ajustado o acolhimento de um regime convénio-

³⁹³ “Alterações do Novo Código do Trabalho ao Regime de Feriados, Férias e Faltas”, *Código do Trabalho – A Revisão de 2009* (coord. Paulo Morgado de Carvalho), Coimbra Editora, 2011, pp. 289-317, p. 315, itálico nosso. De facto, no que respeita à situação ressalvada, o CT 2009 afastar-se-ia do CT 2003, “que não condicionava a intervenção dos instrumentos de regulamentação colectiva do trabalho em relação a esta categoria de faltas pelo requisito da maior favorabilidade” (PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, II, p. 630, n. 652).

³⁹⁴ Dispõe o art. 409.º, n.º 1, sob a epígrafe “Faltas de representantes dos trabalhadores”, que “a ausência de trabalhador por motivo do desempenho de funções em estrutura de representação colectiva dos trabalhadores de que seja membro, que exceda o crédito de horas, considera-se justificada e conta como tempo de serviço efectivo, salvo para efeito de retribuição”.

³⁹⁵ “Alterações do novo Código do trabalho ao regime de feriadados, férias e faltas”, *Código do trabalho – A revisão de 2009* (coord. Paulo Morgado de Carvalho), Coimbra Editora, 2011, pp. 289-317, p. 316, itálico nosso.

³⁹⁶ *Contrato cit.*, p. 295, realce nosso. Nesta medida, “as partes não podem, p. ex., conceder ao trabalhador a faculdade de faltar um dia por trimestre, para tratar de assuntos pessoais, ou o direito de faltar no dia do seu aniversário. Tal cláusula será nula, à luz deste art. 250.º. Mas isto, claro, não impede que o empregador autorize ou aprove essas faltas, o que as torna justificadas ao abrigo da al. i) do art. 249.º” (*idem*).

³⁹⁷ *Contrato cit.*, p. 295, n. 419, itálico nosso.

dispositivo (cf. art. 3.º, n.º 5)³⁹⁸. Outra interpretação é ainda sustentada por ANDIAS GONÇALVES, que admite que o art. 250.º apenas pretende vedar o afastamento dos motivos legais justificativos das faltas (*“não podem ser afastadas”* refere a norma) por instrumento de regulamentação colectiva de trabalho e por contrato de trabalho, nada obstando, contudo, a que, por essas vias, se acrescentem novos justificativos: “os motivos que legitimam o incumprimento do contrato de trabalho perpetrado através da falta são, imperativamente, os previstos no n.º 2 do artigo 249.º do CT, aos quais poderão acrescer outros consagrados em instrumento de regulamentação colectiva de trabalho (excluindo a portaria de condições de trabalho) e em contrato de trabalho. O elenco legal não é, portanto, taxativo”³⁹⁹.

III. Atenta a idêntica natureza das faltas e da suspensão por factos respeitantes ao trabalhador⁴⁰⁰, há que transpor algumas das notas referentes à imperatividade do regime das faltas para o domínio suspensivo⁴⁰¹. Resulta evidente, na verdade, a correspondência entre as hipóteses suspensivas por facto não imputável ao trabalhador (cf. art. 296.º, n.º 1⁴⁰²) e a motivação justificativa das faltas acolhida no art. 249.º, n.º 2, d)⁴⁰³; por sua vez, a falta “autorizada ou aprovada pelo empregador” (cf. art. 249.º, n.º 2, i)) encontra reflexo nas hipóteses de licença “a pedido” do trabalhador (cf. art. 317.º, n.º 1⁴⁰⁴),

³⁹⁸ *Tratado cit.*, II, pp. 630-631.

³⁹⁹ *A inexecução cit.*, p. 93, itálico nosso.

⁴⁰⁰ Tal qual assinalado *supra*, § II, e melhor explicitado *infra*, Capítulo III, § 5.

⁴⁰¹ Sobreposição circunscrita à suspensão por facto referente ao trabalhador.

⁴⁰² “Determina a suspensão do contrato de trabalho o impedimento temporário por facto respeitante ao trabalhador que não lhe seja imputável e se prolongue por mais de um mês, nomeadamente doença, acidente ou facto decorrente da aplicação da lei do serviço militar”.

⁴⁰³ Que considera justificada a falta “motivada por impossibilidade de prestar trabalho devido a facto não imputável ao trabalhador, nomeadamente observância de prescrição médica no seguimento de recurso a técnica de procriação medicamente assistida, doença, acidente ou cumprimento de obrigação legal”.

⁴⁰⁴ “O empregador pode conceder ao trabalhador, a pedido deste, licença sem retribuição”; e, cf. o art. 317.º, n.º 4, “a licença determina a suspensão do contrato de trabalho, com os efeitos previstos no artigo 295.º”. Trata-se de hipótese, por princípio, de “acordo entre trabalhador e empregador – qualquer que seja a finalidade que a mesma se destine a prosseguir e que leva o trabalhador a tomar a iniciativa de a propor ao empregador” (AA.VV., *Código do Trabalho Anotado*, 9.ª ed., Almedina, 2013, p. 680, anotação JOANA VASCONCELOS), sendo, assim, reconduzível ao previsto no art. 294.º, n.º 2, b), primeira parte. Para JÚLIO GOMES, trata-se “de uma das possíveis modalidades de acordo entre as partes que geram uma situação de suspensão” (*Direito cit.*, p. 866). Por sua vez, LEAL AMADO considera que a licença constitui “faculdade discricionária das partes, isto é, qualquer que seja o motivo subjacente ao pedido, as partes poderão determinar a suspensão do vínculo jurídico-laboral, para tanto sendo necessário, mas também suficiente, que nisso acordem” (*Contrato cit.*, p. 345). V., porém, o art. 317.º, n.ºs 2 e 3, em que a licença distancia-se da suspensão convencional, tal qual sucede também, *v.g.*, no que respeita às licenças que integram o regime da parentalidade; *v.* ainda os arts. 67.º, n.º 3, e 92.º, n.º 2. A propósito desta última hipótese, não é certo que o empregador “benefici[e] mais tarde ou mais cedo do aumento de qualificações do trabalhador”. Dir-se-á, por isso, que “o escopo essencial subjacente às regras legais especiais, que a lei impõe nos contratos de trabalho celebrados com estes trabalhadores, é a tutela do interesse pessoal dos próprios trabalhadores na melhoria das suas habilitações e da sua cultura”. Embora um tal interesse ultrapasse largamente “o domínio contratual, este interesse impõe-se ao acordo negocial, confirmando a lógica peculiar do contrato de trabalho, que permite, por vezes, o sacrifício do consenso negocial a interesses

enquanto modalidade de suspensão por acordo⁴⁰⁵. Reforça-se, pois, a conclusão de que as motivações assim identificadas reclamam enquadramento diverso (faltas *vs.* suspensão), atendendo, sobretudo, à respectiva duração – mais extensa na suspensão⁴⁰⁶. Constatamos igualmente que, ainda que transposta para o domínio suspensivo a imperatividade fixada quanto aos “*motivos justificativos de faltas*” (cf. art. 250.º), as razões acima indicadas, que motivam a suspensão (cf. arts. 296.º, n.º 1, e 317.º, n.º 1), resultam decalcadas das justificações que conferem ao elenco do art. 249.º (no contexto das faltas, n.º 2, d) e i)) particular maleabilidade e que permitem, em certa medida, contornar o rigor decorrente do art. 250.º. Por fim, no plano suspensivo, as hipóteses de suspensão por factos imputáveis ao trabalhador são previstas, em termos remissivos, no art. 296.º, n.º 5⁴⁰⁷, correspondendo-lhes reserva de lei: ali se dispõe ser apenas “*nos casos previstos na lei*” que “*o impedimento temporário por facto imputável ao trabalhador determina a suspensão do contrato de trabalho*”.

IV. Em suma, conforme leitura sistemática – *maxime*, do disposto no art. 250.º relativamente ao regime das faltas e da imperatividade associada aos motivos justificativos⁴⁰⁸ –, temos dificuldade em conceber que o que não é autorizado no plano das faltas resulte, agora, possibilitado na suspensão. Não identificando razão que legitime tal variação, não cremos que por IRCT ou contrato de trabalho seja admissível somar novos motivos suspensivos ou eliminar relevância aos legalmente indicados, o que não impede, porém, à semelhança do disposto no art. 249.º, n.º 2, i), que *a posteriori* e em concreto seja possível a celebração de acordo suspensivo, aqui se enquadrando, no essencial, a licença “*a pedido*”. Ainda assim, a amplitude com que o “*acordo*” tem vindo, sobretudo na jurisprudência, a ser admitido (cf. art. 294.º, n.º 2, b)⁴⁰⁹) reclama reflexão adicional: importa aferir se aqui se incluem outras hipóteses suspensivas *para lá* dos regimes específicos que enquadram a pré-reforma (cf. arts. 318.º a 322.º) e os casos de licença sem vencimento que exigem o acordo do empregador (cf. art.

próprios de uma das partes” (PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, II, p. 416). Apenas as hipóteses enquadáveis no art. 317.º, n.º 1, concretizam uma situação de suspensão por acordo; as previstas nos n.ºs 2 e 3 são, na verdade, reconduzíveis à suspensão por factos respeitantes ao trabalhador que lhe são imputáveis, nos termos do art. 296.º, n.º 5 (PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, II, pp. 850 e 852-853). A este propósito, *v.* ainda João LOBO, “Licença sem Retribuição: As Alterações Introduzidas pelo DL 397/91, de 16/10”, *QL*, ano 1, 1994, n.º 2, pp. 76-79.

⁴⁰⁵ Cf. art. 294.º, n.º 2, b).

⁴⁰⁶ A este propósito, *v. infra* Capítulo III, § 5.

⁴⁰⁷ Aqui se reconduzindo hipóteses suspensivas diversas, como as indicadas nos arts. 296.º, n.º 2, e 317.º, n.º 2, a par de outras dispersas no CT e legislação diversa. Quanto à *exceptio*, veremos *infra*, Capítulo II, § 2, que a doutrina hesita na classificação de tal hipótese como suspensão por facto respeitante ao trabalhador (e, neste âmbito, como lhe sendo imputável ou não imputável) ou ao empregador.

⁴⁰⁸ Salvo na leitura de ANDIAS GONÇALVES (*v. supra* n. 399).

⁴⁰⁹ Dispõe o art. 294.º, n.º 2, b), que “*permitem também [...] a suspensão do contrato de trabalho [...] o acordo entre trabalhador e empregador, nomeadamente acordo de pré-reforma*”.

317.º, n.º 1), a par da suspensão prevista no art. 398.º, n.º 2, do CSC^{410/411}. Há, desde logo, que considerar as especificidades da esfera laboral e as reservas sobejamente apontadas à autonomia negocial do trabalhador e à tendencial (des)igualdade das partes⁴¹². Tais cautelas terão permitido sustentar que, na falta de expressa previsão legal – situação apenas invertida no CT 2003 –, a suspensão por acordo não deveria ser aceite, assim se estatuidando, mais uma vez, regra inversa à consagrada no art. 405.º do CC. Neste sentido, JORGE LEITE referia que “seria, de facto, estranho que a lei permitisse a livre celebração de acordos suspensivos, omitindo qualquer norma de organização e disciplina, e viesse a regular alguns deles, uns da iniciativa e interesse do trabalhador e outros da iniciativa e interesse da entidade empregadora”⁴¹³. E já à luz do CT 2003, JÚLIO GOMES questionava – a par da previsão expressa da pré-reforma e da licença sem retribuição – o “papel que a autonomia negocial pode[ria] desempenhar na conformação do conteúdo do contrato e do regime desta suspensão” e se seria “possível a suspensão do contrato por outros acordos das partes, além dos dois casos expressamente mencionados na lei”⁴¹⁴. Estas observações anunciam o peculiar sentido que a suspensão por acordo pode ainda revestir no Direito do Trabalho e eventuais reservas à sua admissibilidade: importa, na verdade, ter presente que a suspensão pode, agora, surgir como expediente que, sob a forma de um encontro de vontades, traduz fragilização indesejável da posição jurídica do trabalhador⁴¹⁵. Cumpre,

⁴¹⁰ O art. 398.º, n.º 2, do CSC dispõe que, “quando for designado administrador uma pessoa que, na sociedade ou em sociedades referidas no número anterior, exerça qualquer das funções mencionadas no mesmo número, os contratos relativos a tais funções [...] suspendem-se [...]”. Veremos adiante que, a par da finalidade de estabilidade do vínculo – transversal à suspensão laboral, tal qual indicado *supra*, § 1. –, a suspensão tem, então, por fundamento a salvaguarda de plena independência no exercício do mandato societário (*v. infra* n. 2053). Não sendo evidente a recondução deste caso à suspensão por factos respeitantes ao trabalhador ou ao empregador, admitimos que a hipótese mais se aproxima do regime reservado à suspensão convencional. Na verdade, o exercício que vem a despoletar a suspensão tem pressuposto o acordo das partes quanto a tal desígnio. Subscrevendo também este entendimento, à luz do Direito espanhol, *v. SOMOZA ALBARDONEDO e SOMOZA RAMIS, Suspensiones cit.*, p. 23. Em sentido distinto, *v.*, todavia, PALMA RAMALHO, que configura tal hipótese enquanto suspensão por facto imputável ao trabalhador (*Tratado cit.*, II, p. 850; *v. também* Maria do Rosário Palma RAMALHO, *Grupos Empresariais e Societários. Incidências Laborais*, Almedina, 2008, pp. 532-533). Identicamente, *v. MARQUES SEQUEIRA, “Da designação ...” cit.*, p. 158.

⁴¹¹ E ainda, para quem subscreva um tal entendimento, a cedência ocasional (*cf. arts. 288.º e ss.*), no que respeita ao vínculo com o cedente. Neste sentido, PALMA RAMALHO, ao considerar que subjacente à manutenção do contrato com a empresa cedente “*está tecnicamente uma situação de suspensão do contrato de trabalho*, que retoma o seu cumprimento normal, uma vez finda a situação de cedência (*Grupos cit.*, p. 504, *itálico nosso*). Temos, todavia, reservas à recondução da cedência a hipótese suspensiva (*v. infra* n. 2053).

⁴¹² Tratamos de acordo celebrado na pendência do contrato de trabalho, em condições que a prática revela nem sempre adequadas a uma manifestação de vontade consolidada e validamente formada do trabalhador.

⁴¹³ “Notas ...” *cit.* p. 137.

⁴¹⁴ *Direito cit.*, p. 854, n. 2087.

⁴¹⁵ Sem que se associem à celebração de um tal acordo exigências de forma ou meios de controlo da genuinidade do consentimento do trabalhador – ao invés do estabelecido no âmbito de

pois, questionar se uma tal referência ao “acordo” enquanto facto suspensivo reveste autonomia perante os regimes reservados à licença sem retribuição, à pré-reforma, bem como à suspensão convencional pressuposta no exercício de funções de administração em sociedade comercial. Concedemos, na verdade, que, atenta a amplitude com que a licença sem retribuição é admitida – cf. o art. 317.º, n.º 1, “o empregador pode conceder ao trabalhador, a pedido deste, licença sem retribuição” –, a par das hipóteses aqui subsumíveis e das acima indicadas, não resta espaço para outro acordo (suspensivo), a celebrar entre trabalhador e empregador. A recondução da suspensão por acordo apenas a tais modalidades teria a vantagem de clarificar o sentido que reveste o apelo ao “acordo”, no art. 294.º, n.º 2, b): para além dos casos indicados nos arts. 318.º a 322.º (pré-reforma) do CT e no art. 398.º, n.º 2, do CSC, que obedecem a uma lógica específica, a suspensão apenas poderia ser legitimamente acolhida “a pedido” do trabalhador (cf. art. 317.º, n.º 1, do CT) – por esta forma se assinalando a exclusão de hipóteses suspensivas por factos referentes ao empregador do âmbito de um tal acordo⁴¹⁶, não sendo igualmente de admitir variáveis convencionais que esvaziem o regime legal que enquadra específicas modalidades suspensivas. Tal não corresponde, é certo, à leitura que tem vindo a ser acolhida pela jurisprudência: ainda por referência ao enquadramento legal anterior a 2003, refere o STJ, em acórdão de 24.10.2007⁴¹⁷, que “a lei não impõe restrições, de forma ou de conteúdo, à celebração de um acordo de suspensão do contrato de trabalho, o que significa que as partes são livres de, por mútuo consentimento, no interesse de ambas, paralisarem total e temporariamente, os efeitos principais do contrato: o dever de trabalhar e, correspectivamente, o dever de retribuir”⁴¹⁸. Não cremos, contudo, que uma tal amplitude negocial deva ser admitida sempre que o convencionalizado, embora se aproximando, *em substância*, do enquadramento definido (*v.g.*, para a pré-reforma), não obedece aos requisitos que condicionam um tal regime – tal qual se o trabalhador não tem ainda cinquenta e cinco anos

acordo de revogação do contrato (cf. arts. 349.º e 350.º). No Direito alemão, tais acordos são admitidos, mas são-lhes associados especiais exigências, não apenas de forma, mas também quanto ao respectivo conteúdo – *v.*, a este propósito, HAGER, *Das ruhende cit.*, p. 2. Também Frank WOLTERECK dá nota da evolução registada: se, numa primeira fase, a suspensão por acordo (“*Suspensionvereinbarung*”) não conhecia especiais exigências, tal viria a sofrer alterações, após o pleno reconhecimento de um dever de ocupação efectiva (“*Suspendierung des Arbeitnehmers*” *AR-Blattei*, 1989, n.º 465, VII, (D) *Arbeitsvertrag – Arbeitsverhältnis*, s.p., § A.). *V.* ainda Birgit BÜHN, *Die einseitig Suspendierung von Arbeitnehmern im Individualarbeitsrecht*, dissert., policop., inédito, Universität Augsburg, 1983, pp. 35 e ss.

⁴¹⁶ *V. infra* § V.

⁴¹⁷ Proc. n.º 07S1045 (VASQUES DINIS).

⁴¹⁸ Sumário, III, itálico nosso. Entendimento reiterado em acórdão do STJ, de 9.12.2010, Proc. n.º 2651/06.TTSLB.L1.S1 (MÁRIO PEREIRA). E considerando o regime acolhido em 2003, refere a RL, em acórdão de 17.6.2009, que “o art. 330.º do Código do Trabalho 2003 veio expressamente contemplar no n.º 1, como fundamento da suspensão do contrato de trabalho, entre outros, o acordo das partes e na alínea b) do n.º 2 do mesmo artigo, a celebração, entre trabalhador e empregador, de um acordo de pré-reforma, distinguindo assim as duas causas de suspensão, mantendo ainda, do regime antecedente, a licença sem vencimento decorrente de acordo das partes” (Proc. n.º 2651/06.OLSB.L1-4, PAULA SÁ FERNANDES, Sumário, I, itálico nosso).

ou se previsto o pagamento de valor inferior ao mínimo estabelecido a título de pré-reforma, limitando a vigência de um tal acordo até o trabalhador perfazer aquela idade, concedendo, a partir de então, na aplicação do regime legal correspondente⁴¹⁹. Contrariando esta leitura, a jurisprudência tende a argumentar tão-só que, no exemplo indicado, não se estaria, afinal (formalmente), perante vínculo de pré-reforma, por se tratar de acordo suspensivo que não revestiria aquela natureza – e dispensando, por conseguinte, exigências idênticas. Dispõe o art. 318.º que “*considera-se pré-reforma a situação de redução ou suspensão da prestação de trabalho, constituída por acordo entre empregador e trabalhador com idade igual ou superior a 55 anos, durante a qual este tem direito a receber do empregador uma prestação pecuniária mensal, denominada de pré-reforma*”⁴²⁰. A par da licença sem retribuição, o CT qualifica expressamente a pré-reforma como facto suspensivo (arts. 294.º, n.º 2, *in fine*, e 318.º a 322.º)^{421/422}. No entanto, embora a licença “*a pedido*” do trabalhador e a

⁴¹⁹ No indicado acórdão do STJ, de 24.10.2007, o acordo celebrado dispunha expressamente que o mesmo “se reger[ia] pelo disposto nas cláusulas seguintes” e, “logo que o trabalhador preencha as condições de pré-reforma”, pelo regime estabelecido no diploma enquadrador da pré-reforma. Atento tal enquadramento, o STJ concluiu “que não se verificavam os pressupostos para eficazmente ser celebrado acordo de pré-reforma, não sendo, pois, aplicável o respectivo regime” e justificando-se, por isso, a celebração do referido acordo (Proc. n.º 07S1045). São, na verdade, com frequência, celebrados, primeiramente, acordos suspensivos, a que se sucedem acordos de pré-reforma, logo que os trabalhadores perfaçam cinquenta e cinco anos de idade – *v.* também acórdão do STJ, de 6.7.2005, Proc. n.º 05S1042 (SOUSA PEIXOTO). Em acórdão da RL, de 15.11.2006, estava em causa acordo suspensivo, a propósito do qual se constata que, “se por um lado, a ré visou diminuir os seus quadros e encargos, a autora também quis deixar de trabalhar numa perspectiva de já não voltar ao serviço, *seguinte-se a pré-reforma e a reforma*, sem diminuição pecuniária significativa relativamente ao que auferia, trabalhando” (Proc. n.º 1423/2006-4, DURO MATEUS CARDOSO, ênfase nossa). No mesmo sentido, *v.* ainda acórdão da RL, de 15.4.2015, Proc. n.º 25810/13.5T2SNT.L1-4 (CELINA NÓBREGA).

⁴²⁰ “Trata-se de uma suspensão do contrato de trabalho em termos muito semelhantes aos de uma reforma antecipada financiada pela empresa” (LOBO XAVIER, *O despedimento cit.*, p. 337). Importa, no entanto, não descurar as diferenças que demarcam os institutos: na pré-reforma, ao contrário da reforma antecipada, “o contrato fica numa situação de quiescência, não se extinguindo, e em que o trabalhador pode voltar ao activo se assim for necessário”; por conseguinte, “na pré-reforma, o contrato de trabalho encontra-se numa situação de suspensão consensual, com vista à extinção. Diferentemente, os acordos de reforma antecipada, na medida em que envolvem a extinção do contrato de trabalho, integram-se nos meios de cessação derivados do acordo das partes” (p. 494).

⁴²¹ Em acórdão do STJ de 13.4.2011, é referido que, “nas situações de pré-reforma, o contrato de trabalho mantém-se, embora modificado quanto às obrigações do trabalhador, cuja prestação pode ser reduzida ou até mesmo suspensa, ficando no entanto com direito a uma prestação pecuniária nos termos que forem acordados” (Proc. n.º 4720/04.2TTLSB.L1.S2, GONÇALVES ROCHA). Não obstante a recondução da pré-reforma à suspensão, MONTEIRO FERNANDES assinala a “atipicidade desta figura face aos mecanismos próprios do regime do contrato de trabalho”, concluindo, por conseguinte, que, “mais do que de uma forma atípica de suspensão”, consubstanciaria uma novação objectiva do vínculo laboral (*Direito cit.*, p. 479). Divergindo de um tal apelo à novação, *v. infra* Capítulo III, § 3.

⁴²² Quanto ao trabalhador em situação de pré-reforma, *v.* arts. 84.º e ss. do CRCSPSS, onde é previsto regime especial afecto a tais trabalhadores, ainda decorrente do enquadramento da pré-reforma previsto no CT. Dispõe o art. 84.º, n.º 1, que “*são abrangidos pelo regime geral, com as especificidades previstas na presente subsecção, os trabalhadores por conta de outrem com 55 ou mais*

pré-reforma decorram de acordo das partes, respeitam a situações distintas: enquanto as licenças representam “o paradigma da suspensão do contrato de trabalho por acordo”, a especificidade da pré-reforma é, sobretudo, “o *objectivo prosseguido*, o qual condiciona decisivamente as soluções que integram o respectivo regime”⁴²³. O preâmbulo do DL n.º 261/91, de 25.7⁴²⁴, ancorava o regime em razões “tanto *objectivas como subjectivas, que justifica[va]m regimes de trabalho que enquadr[ass]em, de forma voluntária e natural, soluções adequadas a manifestações físicas e psíquicas que a idade traz consigo*”⁴²⁵, mais se referindo que as opções instituídas reflectiam “*objectivos de política social e económica já traduzidos noutros diplomas, como os que definiram a regulamentação de fundos de pensões, as prestações complementares de reforma, a pensão unificada e o pagamento retroactivo de contribuições relativas a períodos de exercício efectivo de actividade profissional por conta de outrem ou por conta própria, em que os interessados não apresent[ass]em carreira contributiva no âmbito do sistema de segurança social*”. cremos, na verdade, que será este específico enquadramento que justifica a previsão de um regime próprio para tal modalidade suspensiva: as especiais reservas impostas à autonomia das partes no que respeita a estas matérias (v.g., sistemas complementares de segurança social)⁴²⁶, a par das limitações impostas ao empregador quanto à livre desvinculação⁴²⁷, são, em certa medida, transponíveis para estes casos – a prestação de pré-reforma traduz, afinal,

anos que nos termos estabelecidos na legislação laboral tenham celebrado acordo de pré-reforma com as respectivas entidades empregadoras”.

⁴²³ AA.VV., *Código cit.*, p. 649 (anotação JOANA VASCONCELOS), itálico nosso.

⁴²⁴ Alterado pela Lei n.º 118/99, de 11.8, e pelo DL n.º 187/2007, de 10.5. V. ainda a repriminção operada, após a revogação pela Lei n.º 99/2003, de 27.8, quanto a algumas disposições, pelo DL n.º 87/2004, de 17.4, pela Lei n.º 110/2009, de 16.9, e pelo DL n.º 167-E/2013, de 31.12.

⁴²⁵ Sustentando a conformidade do regime da pré-reforma com a proibição de discriminação em função da idade, v. Joana ALMEIDA, “Relatório Referente a Portugal”, *Age Discrimination Law in Europe* (coord. Paul Bartelings), Wolters Kluwer, 2009, pp. 271-284, p. 277. Explicando, a este propósito: “the labour market objective behind this regime – to free job positions for younger workers – is legitimate, particularly if one considers the high unemployment rate, in the Portuguese market, of workers younger than 25. Likewise, there are reasons to sustain that the regime is proportional (i.e., adequate and necessary) as well: it depends on the worker’s consent: it ensures his/her alternative means of subsistence: the reduction option allows for a gradual removal from work; and in both the reduction and the suspension options, workers may take another job” (*idem*). Posição idêntica é sustentada pela Autora em “Do Artigo 348.º do Código do Trabalho à Luz do Direito Comunitário”, RDES, ano 49, 2009, n.ºs 3-4, pp. 117-155, p. 146. Sobre esta temática, v. ainda Rita Canas da SILVA, “Discriminação Laboral em Função da Idade”, *Congresso Europeu de Direito do Trabalho* (coord. José João Abrantes), Almedina, 2014, pp. 237-289.

⁴²⁶ V. *infra* n. 4029.

⁴²⁷ É frequentemente assinalado que as restrições impostas à cessação do contrato de trabalho pelo empregador promovem o recurso, pelas empresas, a mecanismos de pré-reforma: “esta começou por ser um regime vestibular referido à reforma, com uma semi-substituição do trabalhador relativamente idoso pela concessão de dispensa de serviço ou de horário reduzido, permitindo – a um tempo – habituar o trabalhador à situação de reforma e facilitar uma mais segura transmissão de conhecimentos e experiência adquiridos. Hoje é, na prática empresarial, semelhante à reforma e constitui um regime de desvinculação em que só juridicamente se mantém o contrato em homenagem teórica a uma improvável reconstituição da situação anterior” (LOBO XAVIER, *O despedimento cit.*, p. 493).

também aqui, um modo de “prestação previdencial «privada»”⁴²⁸. Por conseguinte, a suspensão negociada – se não sujeita a especiais limitações – pode surgir como alternativa expedita ao regime da pré-reforma, defraudando, porém, os requisitos que se entendeu exigíveis naquele âmbito⁴²⁹: assim sucedendo na hipótese de acordo suspensivo com trabalhador de idade inferior a cinquenta e cinco anos ou em que a prestação acordada não obedeça aos limites fixados⁴³⁰. Certo é, todavia, que, submetida questão idêntica ao crivo do STJ, um tal acordo não motivou objecção⁴³¹, para tanto tendo sido bastante o apelo à liberdade contratual das partes, dispensando aferir se a solução não esvaziaria a previsão autónoma do regime da pré-reforma. É, aliás, indicado que a suspensão por acordo sempre teria sido admitida, mesmo quando não expressamente prevista: a falta de menção, nos diversos diplomas que antecederam o CT 2003, é interpretada como ausência de exigências específicas à celebração de acordo e não como condicionante da liberdade contratual. Consideramos, no entanto, uma tal fundamentação insuficiente por admitirmos que o acolhimento da suspensão por acordo não autoriza autonomia ilimitada, sobretudo quando coloque em causa as razões que motivam a existência de um regime autónomo cujos traços reflectem exigências específicas. Cremos, por conseguinte, que a amplitude com que a suspensão por acordo é acolhida noutros vínculos duradouros⁴³² – atenta a especial vocação de tal fórmula na acomodação do contrato à superveniência – não deverá, sem ressalvas, ser transposta para o domínio laboral.

V. A reflexão referente à (in)derrogabilidade do regime suspensivo pressupõe posicionamento diverso quando nos referimos à suspensão por factos respeitantes ao empregador. Se, quanto à autonomia das partes na conformação do regime suspensivo referente ao trabalhador, houve, no essencial, que convocar a lógica subjacente ao regime das faltas justificadas e a imperatividade aí pressuposta – relacionada, sobretudo, com preocupações de

⁴²⁸ MONTEIRO FERNANDES, *Direito cit.*, p. 479.

⁴²⁹ Dispõe o art. 318.º que os trabalhadores “com idade igual ou superior a cinquenta e cinco anos” podem passar à situação de pré-reforma. O art. 319.º refere que “o acordo de pré-reforma está sujeito a forma escrita e deve conter identificação, assinaturas e domicílio ou sede das partes, data de início da pré-reforma, montante da prestação de pré-reforma” e “organização do tempo de trabalho, no caso de redução da prestação de trabalho”. As regras de determinação e actualização da prestação de pré-reforma são previstas no art. 320.º, indicando o n.º 3 que “a prestação de pré-reforma goza das garantias dos créditos de trabalhador emergentes de contrato de trabalho”. V. ainda os arts. 321.º e 322.º. No que respeita a um tal regime, v. AA.VV., *Código cit.*, p. 681 (anotação JOANA VASCONCELOS).

⁴³⁰ V. arts. 318.º, 319.º, c), e 320.º, n.º 1.

⁴³¹ Acórdão de 24.10.2007 *cit.*, Proc. n.º 07S1045. V. ainda acórdão do STJ, de 9.12.2010 *cit.*, Proc. n.º 2651/06.TTLSB.L1.S1, em que, à data da celebração do acordo suspensivo, as trabalhadoras não tinham ainda cinquenta e cinco anos.

⁴³² À luz do Direito espanhol, FERNANDEZ DOMINGUEZ indica expressivamente: “parece claro que ningún obstáculo jurídico impide a las partes que se vinculan contractualmente el establecimiento concertado de supuestos suspensivos en virtud de la autonomía de la voluntad que se les reconoce” (*La fuerza cit.*, p. 204).

combate ao absentismo –, a suspensão por factos relativos ao empregador reclama valoração diversa: as hipóteses suspensivas legais traduzem, agora, não só compressão (lícita) da ocupação efectiva⁴³³, como especial compromisso quanto à distribuição do risco pela inactividade, acomodando, de um lado, as exigências legítimas que justificam o recurso, pelo empregador, a um tal expediente e, de um outro, garantias mínimas de tutela do trabalhador. Importa ainda não descurar a estreita ligação, frequentemente assinalada, entre a suspensão prolongada por razões referentes ao empregador⁴³⁴ e as regras que limitam a sua liberdade no plano extintivo⁴³⁵: “se o sentido do artigo 53.º fosse, exclusivamente, a proibição de determinados despedimentos, o legislador constituinte não teria nele consagrado a garantia de segurança no emprego”, considerando-se incompatível com uma tal garantia, nomeadamente, “*norma que autorizasse a suspensão laboral sem quaisquer fundamentos e por livre iniciativa do empregador*”. Afinal, “se pudessem ser decretadas arbitrariamente, a suspensão do contrato de trabalho e a redução do horário normal de trabalho *iludiriam qualquer proibição de despedimentos*, eximindo o empregador de efectuar – no todo ou em parte – a prestação principal a que está adstrito (retribuição), e até teriam o efeito perverso de manter o trabalhador vinculado aos deveres acessórios emergentes do contrato – *maxime*, o de lealdade”⁴³⁶.

Cremos, pois, que as normas que no CT enquadram o recurso, pelo empregador, à suspensão – crise empresarial e encerramento ou diminuição de actividade por fortuito, por facto imputável ou motivo de interesse do empregador – reflectem ora mínimos de tutela do trabalhador, ora uma lógica de imperatividade absoluta, atenta a valoração de ordem pública subjacente⁴³⁷. Concretizando esta lógica, entendemos que se afigura inviável a previsão convencional ou contratual da suspensão por decisão discricionária – *i.e.*, que prescindida de razão objectiva ou de motivação gestionária (*v.* arts. 298.º e 309.º) –, ainda que não prejudicando a retribuição⁴³⁸, bem como a supressão das variantes suspensivas legalmente indicadas. Por outro lado, também não se

⁴³³ Cf. o art. 129.º, n.º 1, b), é proibido ao empregador “*obstar injustificadamente à prestação efectiva de trabalho*”. A este propósito, *v. infra* Parte II, Capítulo I, Secção IV, § 1.

⁴³⁴ Quanto à decisão do empregador aqui pressuposta, *v. infra* Parte II, Capítulo I, Secção IV, § 2.

⁴³⁵ O art. 339.º, n.º 1, estabelece a tendencial imperatividade do regime extintivo: “*o regime estabelecido no presente capítulo não pode ser afastado por instrumento de regulamentação colectiva de trabalho ou por contrato de trabalho, salvo o disposto nos números seguintes ou em outra disposição legal*”.

⁴³⁶ TC n.º 372/91, de 17.10.1991, Proc. n.º 406/91 (SOUSA BRITO), *itálico* nosso. No Direito alemão, enquadrando a designada “*Einseitige Suspendierung*” e promovendo similar articulação com o dever de ocupação efectiva, *v.* HAGER, *Das ruhende cit.*, pp. 189 e ss.

⁴³⁷ Quanto à relação entre fontes laborais, *v.* AA.VV., *Código cit.*, p. 110 (anotação LUÍS GONÇALVES DA SILVA).

⁴³⁸ Quanto à natureza vinculada da decisão que dita a suspensão por factos respeitantes ao empregador, *v. infra* Parte II, Capítulo I, Secção IV, § 1. A este propósito, refere RIBEIRO DOS SANTOS que “a jurisprudência tem considerado [...] que os regimes de suspensão do contrato de trabalho, tal como os da sua cessação, assumem ambos uma natureza excepcional, pelo que a transposição das suas regras exige cautelas redobradas face à proibição da analogia (art. 11.º do Código Civil)” (“Procedimentos ...” *cit.*, pp. 258-259).

afigura admissível, em função da imperatividade mínima pressuposta, a exclusão das regras procedimentais previstas (v.g., arts. 298.º-A a 301.º, 307.º, 310.º e 311.º⁴³⁹), enquanto garantia de idoneidade, transparência e controlo objectivo da decisão que subjaz à suspensão⁴⁴⁰, em salvaguarda de valores tão prementes como a profissionalidade do trabalhador, a segurança no emprego e o direito do trabalhador à contraprestação retributiva, o mesmo se referindo quanto aos direitos e deveres das partes no período suspensivo – v.g., arts. 302.º a 306.º, 308.º, 309.º e 312.º e ss.

Reservamos nota especial à retribuição, atento o princípio geral, previsto no art. 129.º, n.º 1, d), conforme o qual é proibido ao empregador “*diminuir a retribuição, salvo nos casos previstos neste Código ou em instrumento de regulamentação colectiva de trabalho*”. Atenta a natureza retributiva dos valores devidos pelo empregador neste período⁴⁴¹, poder-se-ia concluir, em função daquela norma, que seria admissível estabelecer, em IRCT, valor retributivo inferior ao previsto no CT, nas hipóteses suspensivas indicadas, pelo tempo de inactividade do trabalhador. Entendemos, contudo, que as normas que prevêm, em contexto suspensivo, tais valores participam de uma lógica unitária/em bloco de equilíbrio mínimo quanto à repartição do risco nas variáveis suspensivas referentes ao empregador, em tutela da posição do

⁴³⁹ Sem prejuízo da supletividade de alguns aspectos de tal procedimento. Assim, de acordo com o art. 298.º-A, “*o empregador só pode recorrer novamente à aplicação das medidas de redução ou suspensão depois de decorrido um período de tempo equivalente a metade do período anteriormente utilizado*”, concedendo-se, porém, que tal período possa ser “*reduzido por acordo entre o empregador e os trabalhadores abrangidos ou as suas estruturas representativas*”. Trata-se, na expressão de PALMA RAMALHO, de um período de defeso que participa do propósito de moralização do recurso ao “*lay-off*” (Tratado cit., II, p. 837). Quanto a tal moratória e à autonomia conferida às partes na parte final da norma, NUNES DE CARVALHO entende esta solução “*pouco consentânea com a responsabilidade financeira que daqui pode resultar para o Estado a atribuição ao empregador e aos trabalhadores envolvidos, directamente ou por intermédio das suas estruturas representativas, em exclusivo, do poder para decidir quanto a esta matéria*” (“Suspensão ...” cit., p. 137).

⁴⁴⁰ “O procedimento visa, nos termos gerais, a função de legitimação da decisão patronal, favorecendo com isso a sua aceitação pelos trabalhadores. Serve, igualmente, uma função de controlo, permitindo a interlocução na empresa e a ponderação conjunta dos interesses do empregador e dos interesses dos trabalhadores afectados” (NUNES DE CARVALHO, “Suspensão ...” cit., p. 138).

⁴⁴¹ Por se tratar de inviabilização do trabalho por falta de colaboração do empregador, admitindo-se, então, a subsistência da contraprestação (a retribuição) da prestação impossibilitada, a cargo do credor (o empregador). Desenvolvemos *infra*, Parte II, Capítulo I, Secção IV, § 2., o enquadramento destas hipóteses – a meio caminho entre a mora do credor e a impossibilidade da prestação. Mesmo no “*lay-off*”, consideramos que a comparticipação da segurança social não afecta esta qualificação, traduzindo um benefício conferido ao empregador e não ao trabalhador. Conforme o art. 305.º, n.º 6, “*os serviços públicos competentes nas áreas da segurança social e do emprego e formação profissional devem entregar a parte que lhes compete ao empregador, de modo que este possa pagar pontualmente ao trabalhador a compensação retributiva, bem como o acréscimo a que haja lugar*”. Não obstante, MONTEIRO FERNANDES afecta a tal compensação “*carácter misto*”, reconhecendo-lhe “*características assistenciais e de benefício de segurança social*”, referindo que “*não se trata de retribuição em sentido próprio, mas de um sucedâneo dela, que pode, inclusivamente, adicionar-se a uma verdadeira retribuição por trabalho prestado quando se aplique o regime da redução*” (Direito cit., p. 469, n. 2, e pp. 470-471).

trabalhador em face de inactividade imposta; acresce uma ligação intrínseca entre estas hipóteses suspensivas e as modalidades extintivas, sendo certo que as normas legais no referente aos valores devidos a título de indemnização pela cessação tendem a assumir, pelo menos, imperatividade mínima⁴⁴². Por conseguinte, se, por princípio, na suspensão por factos referentes ao empregador, é equacionável a negociação de valores acrescidos⁴⁴³, o mesmo não se dirá quanto à previsão de valores inferiores aos legalmente previstos. Afectamos, todavia, análise particular ao “*lay-off*”, por entendermos que ao enquadramento suspensivo corresponde, agora, no que respeita aos valores devidos ao trabalhador, natureza imperativa absoluta, não se admitindo desvio, sequer *in melius*, por IRCT ou acordo individual, tendo em conta o contexto de crise e a tríade de interesses pressuposta – empregador, trabalhador(es) e interesse geral na preservação do tecido económico e na defesa do nível de emprego⁴⁴⁴. Atenta a emergência associada a estes casos e o especial intento de salvaguarda da viabilidade da empresa e de manutenção de postos de trabalho – e, por força deste desígnio, a eventual comparticipação do Estado –, o regime estabelecido reflecte preocupações de ordem pública, que não autorizam desvio ou modificação por outra forma, não se afigurando, assim, legítima a previsão de valores distintos (inferiores ou superiores) por outra via. Daí, aliás, o detalhe procedimental⁴⁴⁵, enquanto modo de controlo da debilidade empresarial e da essencialidade da medida relativamente à tutela do emprego – condicionantes da inactividade transitória imposta ao trabalhador; está, afinal, em causa um mecanismo de emergência, de garantia de relevante interesse público, e, nesta medida, minuciosamente regulado.

⁴⁴² Cf. art. 339.º, n.º 3, “os valores de indemnizações podem, dentro dos limites deste Código, ser regulados por instrumento de regulamentação colectiva de trabalho”. cremos que a partir do momento em que a Lei n.º 53/2011, de 14.10, veio prever, no então art. 366.º-A, n.º 2, b), um limite máximo ao valor da compensação devida ao trabalhador em caso de cessação por razões objectivas, é questionável se as normas que enquadram legalmente tais valores não se afiguram absolutamente imperativas, quanto a um tal mínimo e máximo, obstando, assim, a variação, quer *in melius*, quer *in pejus*, por IRCT (cf. art. 339.º, n.º 3). PALMA RAMALHO trata o tema, mas num outro ângulo, aferindo em que medida o previsto no art. 7.º, n.º 1, da Lei n.º 23/2012, de 25.6, e subsequentemente no art. 8.º da Lei n.º 69/2013, de 30.8, poderia ter por efeito a subtracção futura desta temática à contratação colectiva, concluindo que assim não sucede, pelo que “as convenções colectivas que venham a ser celebradas já na vigência da lei podem voltar a dispor sobre esta matéria” (*Tratado cit.*, II, p. 1036-1037). Já identificando, no art. 366.º do CT, não só um limite mínimo, mas também um limite máximo, que não pode ser ultrapassado em IRCT, v. AA.VV., *Código cit.*, pp. 727-728 (anotação ROMANO MARTINEZ). Conforme esta lógica, o art. 7.º, n.º 1, da Lei n.º 23/2012, de 25.6, teria promovido o reforço da imperatividade nas hipóteses contempladas no art. 339.º, n.º 3, do CT, assim estendida a IRCT anteriores a Agosto de 2012 que previram valores superiores legais (*idem*).

⁴⁴³ V.g., dever de o empregador proceder ao pagamento de 100% da retribuição nos casos de encerramento temporário por fortuito.

⁴⁴⁴ “Do ponto de vista dos interesses protegidos, o instituto radica, segundo nos parece, num cruzamento de interesses da empresa, interesses dos trabalhadores abrangidos e interesses públicos” (RIBEIRO DOS SANTOS, “Procedimentos ...” *cit.*, p. 272). V. também NUNES DE CARVALHO, “Suspensão ...” *cit.*, p. 130.

⁴⁴⁵ *Maxime*, no confronto com outras variáveis suspensivas respeitantes ao empregador.

Não raras vezes, a doutrina aponta, aliás, a potencial sobreposição de regimes suspensivos, tal qual na hipótese de incêndio que deflagra na empresa, inviabilizando a actividade e autorizando a suspensão nos termos do art. 309.º, n.º 1, a), traduzindo, em simultâneo, uma situação de crise empresarial. Certo é, porém, que, antecipando o concurso, o art. 309.º condiciona a aplicação das regras subsequentes a encerramento ou diminuição de actividade “que não respeite a situação de crise empresarial”; por conseguinte, verificada crise da empresa, contanto que reunidos os demais requisitos, ao empregador será lícito optar pelo “lay-off”⁴⁴⁶. Em reverso, se o incêndio não promove tal conjuntura de crise, não têm já aplicação as regras que enquadram o “lay-off”, mas apenas as reservadas à suspensão por caso fortuito ou força maior, por facto imputável ao ou no interesse do empregador, consoante os casos⁴⁴⁷. Acresce que a previsão, nos arts. 309.º e ss., da “diminuição de actividade”, a par do “encerramento” de empresa ou estabelecimento⁴⁴⁸, autoriza a aplicação daquelas normas a hipóteses suspensivas em que o encerramento não tem lugar, tal como se a diminuição da actividade empresarial conduz à inactividade de apenas alguns trabalhadores – ou, no limite, tão-só de um trabalhador⁴⁴⁹.

Atento este enquadramento, importa, todavia, reflectir sobre uma questão adicional, suscitada após a previsão, em 2012, no âmbito do “lay-off”⁴⁵⁰, da

⁴⁴⁶ O art. 298.º, n.º 1, refere “«o empregador pode [...]», exprimindo um acto que tem uma dimensão fundamentalmente organizativa, projectando-se depois na comunidade de trabalho e, em concreto, na situação jurídica dos trabalhadores abrangidos” (NUNES DE CARVALHO, “Suspensão ...” *cit.*, pp. 128-129).

⁴⁴⁷ Tratando de uma situação em que o empregador recorre indevidamente ao “lay-off”, não concorrendo os requisitos que condicionavam um tal mecanismo e estando apenas em causa encerramento por facto imputável ao empregador, *v.*, ainda à luz do CT 2003, o acórdão da RE de 8.11.2011, Proc. n.º 320/09.9TTSTB.E1 (PAULO AMARAL).

⁴⁴⁸ Estas disposições integram divisão referente ao “Encerramento e diminuição temporários de actividade”.

⁴⁴⁹ *V.g.*, incêndio que inutilize as instalações do departamento de informática do estabelecimento, integrado apenas por um trabalhador. MONTEIRO FERNANDES parece sugerir leitura diversa, por reconhecer tão-só ao “lay-off” “feição individualizada e selectiva” (*Direito cit.*, p. 469). Adiante reconduzindo a “diminuição temporária de actividade” (*cf.* art. 309.º) unicamente a uma situação de redução temporária do período normal de trabalho, por fortuito ou por critérios de interesse económico (*ob. cit.*, pp. 476-477). Não vislumbramos, todavia, razão para excluir do âmbito da norma também hipóteses de suspensão – ou, noutro ângulo, de redução a 100% – em que os trabalhadores fiquem (selectivamente) inactivos por tais razões, não concorrendo uma situação de crise empresarial; cremos, aliás, que a solução acolhida no art. 309.º, de pagamento fixo (de 100% ou de 75% da retribuição conforme a motivação), se ajusta especialmente a casos de total inactividade do trabalhador (ainda que não atingindo todos os trabalhadores ao serviço), já que a redução do período normal de trabalho não tem, afinal, reflexos proporcionais no valor percentual indicado no art. 309.º. O que justifica que o Autor conclua pela necessidade de adaptação da norma a tais casos: por hipótese, numa situação em que, por razões gestionárias, o empregador opte por reduzir a metade a actividade do trabalhador, deveria pagar-lhe 87,5% da retribuição (50% da retribuição + 75% do remanescente) (*ob. cit.*, pp. 476-477).

⁴⁵⁰ Quanto às alterações introduzidas, neste âmbito, pela Lei n.º 23/2012, de 25.6, *v. infra* Parte II, Capítulo I, Secção II, § 2.1.7. e, na doutrina, nomeadamente, NUNES DE CARVALHO, “Suspensão ...” *cit.*, pp. 119-161.

obrigação de regularização da situação contributiva perante a administração fiscal e da segurança social, enquanto condicionante do recurso a um tal regime (cf. art. 298.º, n.º 4⁴⁵¹). Admitindo que esta exigência encontra reverso nos apoios públicos concedidos ao empregador – assim se moralizando o recurso, pelo empregador, a um tal financiamento⁴⁵² –, surge, agora, nova interrogação: se o empregador se encontra, efectivamente, em situação de crise empresarial – assumindo-se, pois, a verificação de todos os requisitos indicados no n.º 1 do art. 298.º –, mas não cumpre aquela condição, será legítimo admitir o recurso ao “lay-off”, contanto que o empregador suporte integralmente os seus custos, *prescindindo de participação pública*?⁴⁵³. Os valores devidos pelo empregador afiguram-se, mesmo então, por princípio, menos onerosos do que nas situações previstas no art. 309.º: no “lay-off”, em caso de suspensão – em que o trabalhador permanece inactivo –, o empregador está, não obstante a gravidade da situação que o atinge, adstrito ao pagamento ao trabalhador de um montante mínimo de “dois terços da sua retribuição normal ilíquida, ou o valor da retribuição mínima mensal garantida correspondente ao seu período normal de trabalho, consoante o que for mais elevado”⁴⁵⁴, a um tal valor correspondendo “compensação retributiva”⁴⁵⁵, paga, nos termos do n.º 4 do art. 305.º, “em 30% do seu montante pelo empregador e em 70% pelo serviço público competente da área da segurança social”^{456/457}.

A interrogação indicada assume as seguintes premissas: (i) o empregador encontra-se em situação que reveste gravidade caracterizadora de situação de

⁴⁵¹ “A empresa que recorra ao regime de redução ou suspensão deve ter a sua situação contributiva regularizada perante a administração fiscal e a segurança social, nos termos da legislação aplicável, salvo quando se encontre numa das situações previstas no número anterior”. Respeitando a ressalva prevista na parte final da norma aos casos de “declaração de empresa em situação económica difícil ou, com as necessárias adaptações, em processo de recuperação de empresa” (n.º 3). Quanto a estas hipóteses, v. PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, II, p. 840.

⁴⁵² “Claramente inspirado num objectivo de moralizar o sistema, impedindo que o empregador aceda a um regime que pode envolver uma participação financeira da segurança social quando não cumpriu as suas obrigações fiscais e contributivas” (PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, II, p. 834).

⁴⁵³ Assim, David Carvalho MARTINS, que questiona: “it can be asked whether this additional requirement, established by Law no. 23/2012, may be set aside when the employer has assumed the full costs of the reduction or suspension measure, without resorting to public subsidies. In our opinion, the answer should be in the affirmative, as the ratio legis is to avoid that people with debts towards the State benefit from public funds. In this case, the employer that does not have a status of full compliance with tax and social security obligations should not be barred from accessing the measure if he or she obtains – for instance, through a bank loan or shareholders loans – the necessary financial resources to assume the full costs of the reduction or suspension” (“Labour Law in Portugal Between 2011 and 2014”, International Society for Labour and Social Security Law, 2014, disponível em <<http://isssl.org/wp-content/uploads/2014/08/Portuguese-National-Report.pdf>>).

⁴⁵⁴ Cf. art. 305.º, n.º 1, a).

⁴⁵⁵ V. ainda os limites indicados n.º 3.

⁴⁵⁶ V. também o n.º 5.

⁴⁵⁷ O que não impede que, não obstante a suspensão, o rendimento auferido pelo trabalhador ao serviço de outro empregador – cf. arts. 304.º, n.º 1, b), e 305.º, n.º 1, c) – dispense o pagamento de compensação retributiva.

crise empresarial, estando em causa a viabilização da empresa e a manutenção dos postos de trabalho; (ii) outras formas suspensivas por factos respeitantes ao empregador (cf. arts. 309.º e ss.) declinam aplicação nos casos em que concorre crise empresarial (cf. art. 309.º, n.º 1); (iii) a obrigação prevista no art. 298.º, n.º 4, encontra fundamento teleológico no financiamento público da medida. Refere, a este propósito, NUNES DE CARVALHO que “este preceito reproduz uma exigência habitual nas situações em que se verifica a concessão de apoios do Estado, ou, até o estabelecimento de vínculos contratuais com entidades privadas”⁴⁵⁸. Por conseguinte, “tratando-se de uma exigência normal nos regimes de afectação dos recursos públicos, afigura-se discutível a sua pertinência nas situações em que a aplicação do regime do «lay-off» não acarrete comparticipação do Estado”⁴⁵⁹. Procedente esta lógica, haveria que concluir que os requisitos essenciais, caracterizadores do “lay-off”, são os indicados no n.º 1 do art. 298.º; já o previsto no n.º 4 daquela disposição corresponderia tão-só a um ónus do empregador que pretenda formalizar o recurso a apoios públicos. Por esta forma se amenizando as críticas à necessidade de uma tal regularização, enquanto condicionante do “lay-off”, atento o risco de inutilização prática do instituto: é uma evidência que esta exigência impede o recurso ao mecanismo nas situações em que porventura as empresas dele mais necessitam, já que a inobservância daquelas obrigações constitui, com frequência, um dos primeiros reflexos da crise empresarial⁴⁶⁰. Admitida a leitura sugerida, importa apenas precisar que, não observado o ónus de regularização da situação contributiva, o empregador que, ainda assim, recorra ao “lay-off” deve cumprir as regras procedimentais previstas, já que a *ratio* destes preceitos decorre ainda da necessidade de controlo objectivo da motivação invocada, não só no que respeita à crise empresarial, mas também quanto à indispensabilidade do “lay-off” para a viabilidade da empresa e a manutenção dos postos de trabalho⁴⁶¹.

⁴⁵⁸ “Suspensão ...” *cit.*, p. 134.

⁴⁵⁹ “Suspensão ...” *cit.*, p. 135. O Autor alerta, todavia, para a falta de consequência em caso de inobservância do disposto no art. 298.º, n.º 4 (p. 136).

⁴⁶⁰ Assim, PALMA RAMALHO, que considera este requisito “pernicioso e contra-producente”. Por esta forma, “o regime do *lay-off* arrisca-se a poder ser utilizado ou quando a crise da empresa não é ainda muito grave (o que acaba por comprometer o primeiro requisito, relativo ao risco de viabilidade da empresa), ou quando a crise já seja, com probabilidade, irremediável, porque a empresa já foi declarada em situação económica difícil ou entrou em processo de insolvência – situação em que a medida de *lay-off* arrisca a inutilidade” (*Tratado cit.*, II, pp. 834-835). V. ainda NUNES DE CARVALHO, “Suspensão ...” *cit.*, p. 136.

⁴⁶¹ cremos, aliás, pouco consistente a ressalva prevista no art. 303.º, n.º 1, d), que dispõe que, “durante o período de redução ou suspensão, o empregador deve não aumentar a retribuição ou outra prestação patrimonial atribuída a membro de corpos sociais, enquanto a segurança social comparticipar na compensação retributiva atribuída aos trabalhadores”. Excepcionar de uma tal proibição os casos em que a segurança social não participa neste pagamento (*v.g.*, em redução que não o exija) parece-nos desajustado. A inactividade (total ou parcial) do trabalhador resulta de uma situação grave que afectou a empresa, surgindo o “lay-off” como medida apta à recuperação e à manutenção de postos de trabalho. É tal perfil de emergência que legitima a inactividade e a redução retributiva, sendo, pois, inviável que, nesse período, o empregador adopte medidas que, no limite, podem traduzir um empobrecimento da empresa. Por conseguinte, ainda que a

Importa, por fim, concluir que as restrições apontadas à autonomia individual e colectiva na modelação do regime suspensivo por factos respeitantes ao empregador reforçam a leitura que adiantámos no referente ao “acordo” enquanto facto suspensivo, nos termos do art. 294.º, n.º 2, b), primeira parte. Por admitirmos que as disposições legais dão já cobertura a todas as motivações gestionárias que autorizam a suspensão – sem reconhecermos às partes, neste âmbito, a possibilidade de recurso indistinto ao instituto, para lá de tais casos –, reconduzimos o “acordo” como facto suspensivo, no essencial, às hipóteses de pré-reforma e de licença sem retribuição que exigem o acordo do empregador, a par do previsto no art. 398.º, n.º 2, do CSC. Cremos, na verdade, que outra leitura arrisca incoerência sistemática e finalística do fenómeno suspensivo.

VI. A dinâmica evolutiva das obrigações duradouras e a insuficiência da sua regulação reclamam, todavia, referências adicionais: entravar acertos subsequentes à vinculação inicial conduziria a uma estabilidade formal que poderia mascarar uma alteração profunda do contrato⁴⁶². Assim se explica, em registo próximo do enquadramento relacional, por que o regime das obrigações duradouras não deverá ser concebido em moldes estanques, rígidos ou inflexíveis: sendo irrealista uma completa antecipação do devir – relembramos a fragilidade apontada à “*presentiation*”⁴⁶³ –, há que aceitar não ser possível, de antemão, tudo prever e estatuir⁴⁶⁴. Dir-se-á que as partes concedem “deixar existir certos riscos, certos vazios nos seus contratos”⁴⁶⁵, o que seria característico e co-natural, justificando a convocação de institutos jurídicos

justificação para vedar tais condutas surja reforçada nas hipóteses de financiamento público, não vemos por que razão concluir pelo seu esvaziamento, sempre que tal comparticipação não se efective.

⁴⁶² Jean-Pierre DELMAS-SAINT-HILAIRE considera o aprofundamento do tema da adaptação do contrato imprescindível à promoção da estabilidade contratual (“*L’Adaptation du Contrat aux Circonstances Économiques*”, *La Tendance à la Stabilité du Rapport Contractuel* (coord. Paul Durand), LGDJ, 1960, pp. 189-233, p. 192).

⁴⁶³ V. *supra* Subsecção I.

⁴⁶⁴ Retomamos, neste ponto, a crítica de MACNEIL à teoria clássica e ao pressuposto, ali assumido, de que “o contrato está completo, quando o futuro pode ser incorporado no presente através de previsão completa e esgotante das partes”. Diversamente, “as partes nunca poderão prever tudo o que possa acontecer”, havendo que “deixar espaço vazio no contrato e esperar que este último seja executado, flexivelmente, e de modo adaptado às circunstâncias” (LEITE DE CAMPOS, “Dos contratos ...” *cit.*, p. 213). Também neste sentido, v. CARNEIRO DA FRADA, *Teoria cit.*, p. 562.

⁴⁶⁵ LEITE DE CAMPOS, “Dos contratos ...” *cit.*, p. 203. Assumindo a temática do risco relevância expressiva, neste contexto: “*restando sul’astratto piano delle categorie generali del contratto, appare utile precisare come, avendo la dogmatica elaborata attorno alla nozione di sopravvenienze contrattuali la finalità ultima di stabilire quale dei contraenti debba sobbarcarsi il rischio dell’ineseguibilità della prestazione contrattuale attinta dalla sopravvenienza impeditiva, il campo eletivo di applicazione sia costituito dalla categoria di contratti sinalagmatici o a prestazioni corrispettive, in cui la decisione in ordine all’allocazione del rischio involgerà, in tutta evidenza, l’eseguibilità della controprestazione ancora possibile*” (LOMBARDI, *La risoluzione cit.*, p. 6).

vários, sob a égide da superveniência⁴⁶⁶. Retomando um aspecto (também) denunciado por MACNEIL, é admitido que se, nas obrigações instantâneas, “o risco é precisamente distribuído entre as partes”, já “as relações duradouras são, pela sua própria estrutura temporalmente alongada, sensíveis às alterações de circunstâncias”⁴⁶⁷. Confortando esta lógica, é assinalado que, “na medida em que vinculam o devedor a uma acção ou omissão (contínua ou periódica) futura, sem que ele possa prognosticar com suficiente segurança a sua própria capacidade devedora no momento em que haja de cumprir, pode mesmo afirmar-se que falta, em tais contratos, uma base segura para uma vinculação inteiramente consciente e racional”⁴⁶⁸. Como reflexo regimental, assume, neste contexto, relevância o disposto no art. 437.º, n.º 1, do CC⁴⁶⁹, disposição que revela “a preferência do legislador pela conservação ou pela continuação do contrato – ainda que pela conservação ou pela continuação de um contrato adaptado ou modificado”⁴⁷⁰. Enquanto disposição equivalente, o art. 1467 do CCit.⁴⁷¹ reserva a sua aplicação, em exclusivo, aos contratos de execução

⁴⁶⁶ Referindo-se ao progressivo distanciamento entre a celebração e a progressiva execução do contrato, LOMBARDI assinala que “è in tale elasso temporale che possono verificarsi le cd sopravvenienze contrattuali, in prima approssimazione definibile come eventi riconducibili o meno da prevedibilità/prevenibilità ex ante, che incidono su una o più prestazioni dedotte in contrato pregiudicando in tutto o in parte, temporaneamente o in via definitiva, l’attuazione del programa pattizio” (*La risoluzione cit.*, p. 5). Dando conta da recondução da extinção do contrato por impossibilidade à normal operacionalidade do sinalagma funcional, sem descurar, porém, outras leituras que identificam o fenómeno ainda como manifestação póstuma do sinalagma genético, v. pp. 12 e ss. Integrada a impossibilidade superveniente entre os fenómenos jurídicos que assumem especial expressão no contexto da superveniência, tal importância é acentuada em caso de vínculo duradouro (pp. 4 e ss.).

⁴⁶⁷ MENEZES CORDEIRO, *Tratado cit.*, VI (*Direito das obrigações*), p. 568, itálico nosso. Para maiores desenvolvimentos, v. António Menezes CORDEIRO, “Da Alteração das Circunstâncias. A Concretização do Artigo 437.º do Código Civil, à Luz da Jurisprudência Posterior a 1974”, *Separata dos Estudos em Memória do Professor Doutor Paulo Cunha*, 1987, pp. 1-94.

⁴⁶⁸ FERREIRA PINTO, *Contratos cit.*, pp. 342-343.

⁴⁶⁹ Aí se referindo que “se as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal, tem a parte lesada direito à resolução do contrato, ou à modificação dele segundo juízos de equidade, desde que a exigência das obrigações por ela assumidas afecte gravemente os princípios da boa fé e esteja coberta pelos riscos próprios do contrato”. Por sua vez, dispõe o n.º 2 que, “requerida a resolução, a parte contrária pode opor-se ao pedido, declarando aceitar a modificação do contrato nos termos do número anterior” (v. ainda os arts. 438.º e 439.º do CC). Sobre a superação da teoria *rebus sic standibus*, v. ANA PRATA, *Dicionário cit.*, p. 291. Quanto à evolução registada a este propósito, v. também Adriano Paes da Silva Vaz SERRA, “Anotação ao Acórdão do STJ de 6.4.1978”, *RLJ*, ano 111, 1979, n.º 3631, pp. 338-352, e n.º 3632, pp. 354-356.

⁴⁷⁰ PINTO OLIVEIRA, *Princípios cit.*, p. 584. Sustentando a subsidiaridade entre o direito de adaptação e modificação do contrato e o direito de resolução, v. pp. 586-587. Importa, todavia, considerar os termos circunscritos em que a alteração das circunstâncias tende a ser admitida – a tal propósito, v., a título de exemplo, o acórdão do STJ, de 13.11.2014, Proc. n.º 138/2001.S1 (MÁRIO MENDES). V. ainda José de Oliveira ASCENSÃO, “Onerosidade Excessiva por «Alteração das Circunstâncias»”, *ROA*, ano 65, 2005, vol. 3, disponível em <http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=31559&idsc=44561&ida=44649>.

⁴⁷¹ Ali se dispondo, sob a epígrafe “*Contratto con prestazioni corrispettive*”, que “nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che

periódica e continuada e aos contratos de execução diferida⁴⁷²; no Direito português, é também nestas hipóteses que o instituto adquire maior relevância⁴⁷³, atendendo não só à subsidiaridade do art. 437.º do CC relativamente a regras de repartição do risco⁴⁷⁴, como à assinalada vulnerabilidade das obrigações duradouras e à atenção reservada, neste âmbito, à superveniência contratual. Também no vínculo de trabalho, a influência do dever e a capacidade adaptativa assumem marcada importância: o contrato de trabalho resiste em face de perturbações várias, “conservando a sua identidade apesar das pressões a que é submetido pelo normal evoluir das circunstâncias”⁴⁷⁵. São, na verdade, diversos os factores que podem fazer perigar a regular execução do contrato: “respeitantes à esfera da entidade empregadora ou à esfera do trabalhador”; são, afinal, “numerosas as circunstâncias susceptíveis de implicarem a alteração das condições originariamente estabelecidas ou a paralisação temporária dos efeitos emergentes do contrato ou de algum deles”⁴⁷⁶. Referimos, pois, uma lógica própria, transversal a situações distintas – expressão característica da superveniência em vínculo duradouro – e de que participam ainda hipóteses várias de suspensão laboral.

VII. A superveniência contratual é, certamente, “susceptível de assumir formas muito variadas. O legislador não pode prevê-las a todas, de modo exaustivo, a não ser com recurso a conceitos indeterminados [...]”⁴⁷⁷. Admitimos, todavia, que, (sobretudo) em modelos contratuais aos quais o ordenamento jurídico reconheça desajustes naturais que tende a contrariar – tal qual no contrato de trabalho, mediante mecanismos especiais de tutela –, é prudente encetar esforços de adequação regimental, de modo a minorar desequilíbrios futuros evitáveis. Surge, assim, neste contexto, o desafio de o Direito “prover adequadamente à complementação do programa contratual ou à concretização

deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'articolo 1458”. Acresce que “la risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto” e, por fim, que “la parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto”.

⁴⁷² Estes últimos, de execução instantânea. Sobre a “*eccessiva onerosità*” e o regime previsto nos arts. 1467 a 1469 do CCit., v. MARTINI, “*Obbligazione ...*” cit., p. 659, e Valeria MARTINO, “*La Risoluzione per Eccessiva Onerosità*”, *I Contratti in Generale* (org. Paolo Cendon), vol. 13, UTET, 2000, pp. 519-581.

⁴⁷³ Segundo ANTUNES VARELA, ao contrário do previsto no art. 1467 do CCit., o art. 437.º do CC português não limita a sua aplicação aos contratos de execução continuada, periódica ou diferida; é admitido, todavia, ser em tais casos que a norma mais se justifica (*Das obrigações cit.*, vol. 1, pp. 95-96, n. 2).

⁴⁷⁴ Como refere MENEZES CORDEIRO, “encerrado, pelo cumprimento, um processo contratual, qualquer superveniência corre por conta das esferas jurídicas em que incida. Ou, nas palavras da lei: está coberta pelos riscos do contrato” (“*Da alteração ...*” cit., p. 70).

⁴⁷⁵ Luís Miguel MONTEIRO, “*Da Vontade Contratual na Configuração da Prestação de Trabalho*”, *RDES*, ano 32, 1990, n.ºs 1-2-3-4, pp. 283-328.

⁴⁷⁶ JORGE LEITE, “*O desempenho ...*” cit., p. 514, itálico nosso.

⁴⁷⁷ MENEZES CORDEIRO, “*Da alteração ...*” cit., p. 63.

«situacionada» dos comportamentos exigíveis aos sujeitos”⁴⁷⁸. Concedemos, pois, que, dentro do imprevisível, há que procurar apreender a superveniência expectável, nomeadamente por antecipação de alterações esperadas ou fixação de cláusulas de risco⁴⁷⁹. Para tanto, dever-se-á recorrer a dados empíricos que atestem a influência e a frequência de certos eventos no programa contratual – *factores internos* (relacionados, por exemplo, com a concreta situação das partes) ou *factores externos* (económicos, sociais, estruturais e conjunturais, etc.), que influam na dinâmica negocial⁴⁸⁰.

Em certos contratos, tais factores (internos e externos) interferem com valores aos quais o ordenamento reconhece especial dignidade. Assim sucede, com particular evidência, no contrato de trabalho, em que a doença prolongada do trabalhador ou as variações que afectam a capacidade produtiva das empresas – para referir apenas dois exemplos – poderiam colocar em crise, na ausência de conjunto normativo adequado, a continuidade contratual e a garantia do emprego⁴⁸¹. A tutela consistente de tais valores aconselha, por conseguinte, a regulação prévia da possível (e expectável) ocorrência de perturbações futuras. Não sendo concebível prever toda e qualquer superveniência, assume especial importância a antecipação das interferências mais prováveis: enquadramento de eventos futuros que, embora de verificação incerta/eventual, podem, de algum modo, fragilizar a tutela encetada^{482/483}. Aqui se enquadra também a suspensão laboral: técnica de adaptação, reorganização e reequilíbrio do contrato de trabalho. A sua regulação expressa e detalhada no Direito português é ainda representativa da *dinâmica criativa* que

⁴⁷⁸ CARNEIRO DA FRADA, *Teoria cit.*, p. 562. Com Jean SAVATIER, admitimos que os contratos de execução sucessiva não subsistem se não se adaptarem a novas condições, não previstas inicialmente pelas partes: e uma tal evolução surge como manifestação da vida do contrato e não de ruptura (“La Modification du Contrat de Travail”, *DS*, 1981, n.º 3, pp. 219-227, p. 219).

⁴⁷⁹ LEITE DE CAMPOS adverte ser, por vezes, “mais realista para o contraente aceitar a existência de um risco desconhecido, a negociar posteriormente, do que assentar em informações que são sempre falíveis e que tornam o contrato perigosamente rígido” (“Dos contratos ...” *cit.*, pp. 203-204).

⁴⁸⁰ DELMAS-SAINT-HILAIRE, “L’adaptation ...” *cit.*, p. 190. O contrato de trabalho pressupõe riscos próprios cuja distribuição obedece a lógica específica: (i) superveniência externa – circunstâncias que atingem a estrutura organizativa (*i.e.*, força maior, choque tecnológico, vicissitudes do mercado, etc.); (ii) escolhas do empregador que condicionam a utilidade da prestação do trabalhador; (iii) superveniência que afecta directamente o trabalhador (doença, acidente, parentalidade, etc.); (iv) variação e incerteza quanto ao empenho/diligência do trabalhador no cumprimento do débito contratual.

⁴⁸¹ Cf. art. 53.º da CRP.

⁴⁸² O que encontraria concretização, no Direito inglês, na previsão contratual de cláusulas de força maior ou “*hardship clauses*” (MCKENDRICK, “The regulation ...” *cit.*, p. 311). Quanto à “*doctrine of frustration*”, *v. infra* Parte II, Capítulo I, Secção I, § 1.

⁴⁸³ “Há que fixar critérios seguros de construção de deveres de comportamento, harmonizando interesses e pontos de vista não coincidentes dos sujeitos; apresentar conceitos de delimitação das esferas de risco das partes; estabelecer os critérios da modificabilidade e adaptabilidade do contrato a diferentes tipos de circunstâncias: tudo isso é pedido pela racionalização das exigências que este tipo de relações contratuais manifesta de modo exemplar” (CARNEIRO DA FRADA, *Teoria cit.*, p. 562).

reconhecemos às regras laborais – reverso, no plano normativo, da *capacidade evolutiva* do vínculo laboral, em falta nos modelos tradicionais de contratação⁴⁸⁴.

VIII. Reflexo específico do particular ajuste do contrato de trabalho à superveniência é a solução acolhida, neste âmbito, quanto ao destino da contraprestação. A tal propósito, e recuperando o referido a respeito das faltas e da imperatividade indicada no art. 250.^o⁴⁸⁵, importa determinar a natureza das normas que, no plano suspensivo, dispõem sobre outras matérias, para lá da delimitação dos motivos justificativos, tal qual, no plano dos efeitos, quanto à retribuição. No domínio preciso das faltas, e apesar das diversas leituras subsistentes a respeito daquela disposição, dir-se-á que, para além das matérias ali identificadas – motivos justificativos e duração –, outros aspectos regimentais podem ser objecto de enquadramento convencional e contratual, nos termos gerais do art. 3.^o, n.^{os} 1 e 4⁴⁸⁶. Nada impede, assim, a previsão, por tais vias, do pagamento de dado valor ao trabalhador no tempo de inatividade, ainda que essas faltas ditassem, nos termos do art. 255.^o, n.^o 2, perda de retribuição.

Procurando acomodar esta lógica ao contexto suspensivo, diremos que a suspensão possibilita a subsistência do vínculo laboral, não obstante o surgir de obstáculo transitório à execução e a inatividade do trabalhador: daqui decorrendo os efeitos gerais associados à suspensão – “*manutenção [d]os direitos, deveres e garantias das partes que não pressuponham a efectiva prestação de trabalho*”⁴⁸⁷ e, uma vez superado o evento obstativo, restabelecimento “[d]os direitos, deveres e garantias das partes decorrentes da efectiva prestação de trabalho”. Entre os principais reflexos de um tal princípio, há, pois, que contar com a tendencial suspensão do pagamento da retribuição⁴⁸⁸, enquanto reajuste do

⁴⁸⁴ A respeito da técnica suspensiva em geral – não limitada à suspensão laboral –, LABORDERIE nota que a suspensão privilegia o ajustamento contratual (*La pérennité cit.*, p. 87). Sobre a influência do Direito do Trabalho no Direito Civil, v. Jacques MESTRE, “L’Influence des Relations de Travail sur le Droit Commun des Contrats”, *DS*, 1988, n.^o 5, pp. 405-406.

⁴⁸⁵ V. *supra* § II.

⁴⁸⁶ Assim, no que respeita ao “modo de comunicação ou de prova das faltas, bem como as cláusulas que atribuam uma compensação remuneratória suplementar em caso de falta paga pela segurança social, por exemplo” (PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, II, p. 631). Aliás, ainda à luz do CT 2003, também SOARES RIBEIRO constatava que, circunscrita a imperatividade às matérias identificadas na norma (o art. 226.^o), nada obstava a que fosse “atribuído efeito diferente às faltas” (“Faltas ...” *cit.*, p. 140, n. 37, *itálico* nosso). V., todavia, MONTEIRO FERNANDES, que indica que “*todo o regime das faltas é (com excepção das dadas pelos representantes dos trabalhadores) insusceptível de modificação por instrumento de regulamentação colectiva ou contrato individual (art. 250.^o)*” (*Direito cit.*, p. 355, *itálico* nosso).

⁴⁸⁷ Art. 295.^o, n.^o 1.

⁴⁸⁸ Normalmente, o desaparecimento da prestação do trabalhador “é acompanhado do desaparecimento do dever principal de prestação do empregador (o dever de pagar a retribuição), mas, como se verá, tal não é necessariamente o caso, podendo o dever de pagar a retribuição sobreviver, no todo ou em parte (ou ser substituído por um seu sucedâneo)” (JÚLIO GOMES, *Direito cit.*, p. 854, *itálico* nosso). Nos contratos sinalagmáticos ou bilaterais perfeitos, “a prestação de cada uma das partes depende de uma contraprestação da outra; a obrigação de cada

equilíbrio contratual, supervenientemente afectado⁴⁸⁹. O tema assume, contudo, particular complexidade, surgindo dúvidas às quais nem sempre a doutrina e a jurisprudência têm apresentado respostas firmes. Identificamos, para breve reflexão, quatro questões circunscritas ao plano da suspensão por factos respeitantes ao trabalhador ou por acordo: (i) admissibilidade de vinculação do empregador ao pagamento de determinado valor, não obstante a dispensa legal e, assumida a viabilidade de tal prática, (ii) (eventual) natureza retributiva de

uma das partes depende de uma *contraobrigação* da outra” (PINTO OLIVEIRA, *Princípios cit.*, p. 126). PALMA RAMALHO reconhece, no entanto, a existência no contrato de trabalho de um “sinalagma imperfeito”, tendo em conta a frequência com que o empregador assume encargos remuneratórios que não têm como contrapartida a prestação efectiva de trabalho (*Tratado cit.*, II, p. 29; assim, no que respeita ao pagamento da retribuição em caso de faltas justificadas, v. pp. 635-636 e, ainda, pp. 665 e ss.). É, por conseguinte, sustentado, em contexto laboral, um prudente entendimento do sinalagma, “visto que, se levado às últimas consequências, ele implicaria que [...] «sem trabalho não há salário»”. Dir-se-á que o Direito do Trabalho tem amenizado esta lógica: tem “«limado as suas arestas», sendo conhecidas diversas situações em que, não obstante a ausência de trabalho, se mantém o dever retributivo a cargo do empregador (certas faltas justificadas, feriados, férias, etc.)” (LEAL AMADO, *Contrato cit.*, p. 73). Constatando as derrogações às regras comuns dos contratos sinalagmáticos, verificadas no contrato de trabalho, v. ainda JORGE LEITE, *Direito cit.*, p. 44, JÚLIO GOMES, *Direito cit.*, p. 85, MONTEIRO FERNANDES, *Direito cit.*, pp. 158-159, MENEZES LEITÃO, *Direito do trabalho cit.*, p. 112, LOBO XAVIER, *Manual cit.*, p. 322, e p. 619, ROMANO MARTINEZ, *Direito do trabalho cit.*, p. 300. Também no Direito alemão, enquadrando os desvios a concretização perfeita do sinalagma, v., nomeadamente, Alfred SÖLLNER, “Ohne Arbeit kein Lohn”, *Arbeitsrecht in der Verfassungsordnung des Grundgesetzes*, Keip Verlag Goldbach, 1994, pp. 40-58, em especial as pp. 45 e ss. (“Einschränkungen des arbeitsvertraglichen Synallagmas”), com referência às variantes genética, funcional e condicional do sinalagma. É de assinalar, por fim, que o sentido reconhecido, neste contexto, a tal expressão (“sinalagma imperfeito”) não se confunde com o reservado aos contratos também designados “acidentalmente bilaterais” ou “bilaterais imperfeitos (não sinalagmáticos)”, de que são exemplos o mandato ou o depósito gratuitos, que, em regra, “só geram deveres para uma das partes, mas dos quais brotam acidentalmente deveres para a outra no desenvolvimento da relação contratual, sem que entre as obrigações de um e outro dos contraentes se estabeleça, todavia, o nexó psicológico-jurídico próprio do sinalagma” (ANTUNES VARELA, *Das obrigações cit.*, vol. 1, p. 398; v. ainda PINTO OLIVEIRA, *Princípios cit.*, pp. 127-129).

⁴⁸⁹ Não desenvolveremos, por ora, as hipóteses de suspensão por factos respeitantes ao empregador, em que a subsistência total ou parcial da retribuição obedece a lógica própria, uma vez que, nesses casos, não obstante a inactividade do trabalhador, tais atribuições traduzem ainda o cumprimento da obrigação do empregador, atenta a oneração deste último com o risco de inutilização da prestação laboral, decorrente de falta de cooperação (cf. *infra*, Parte II, Capítulo I, Secção IV, § 2.). Refere o STJ, em acórdão de 24.10.2007, que, “no caso de a suspensão do contrato resultar de facto respeitante ao empregador, a lei, ao mesmo tempo que permite ao empregador suspender a prestação do trabalho, confere ao trabalhador o direito a auferir uma prestação mensal, à qual a própria lei atribui natureza retributiva, fixando, para o efeito, valores mínimos [...], compreendendo-se que assim seja porque a situação não é de indisponibilidade do trabalhador para executar a sua prestação – a disponibilidade mantém-se – mas, de impossibilidade de o empregador a receber” (Proc. n.º 07S1045, VASQUES DINIS, itálico nosso, em referência à compensação retributiva, devida no “lay-off”). Rejeitamos, porém, o apelo geral à impossibilidade de o empregador receber a prestação, já que a impossibilidade respeita à prestação do trabalhador, ainda que por falta de cooperação do empregador (v. *infra* Parte II, Capítulo I, Secção IV, § 2.); é de afastar também o apelo à disponibilidade (do trabalhador), por não reflectir o cumprimento da obrigação, pelo trabalhador (v. *infra* Parte II, Capítulo I, Secção IV, § 2.3.1., II.).

tais atribuições; (iii) [ainda que excluída tal natureza], em que medida estes montantes podem ser retirados ou o seu valor alterado unilateralmente pelo empregador; e, por fim, (iv) limites à interpretação das estipulações que acolham a previsão de um tal pagamento, a cargo do empregador, *v.g.*, em função da extensão da ausência:

- a) No que respeita à primeira questão, do princípio geral previsto no art. 295.º, n.os 1 e 4, decorre a regra de desvinculação do empregador, pelo período de suspensão, quanto ao pagamento da retribuição⁴⁹⁰, o que

⁴⁹⁰ Subsistem, todavia, dúvidas quanto ao modo por que se efectiva a desvinculação, em determinadas circunstâncias, quanto ao pagamento da retribuição em espécie (*v. arts. 258.º, n.º 2, in fine, e 259.º*), tal como quando fornecido alojamento. No Direito português, JÚLIO GOMES expressa dúvidas quanto à solução a acolher: “e [o alojamento] cessará imediatamente? – na hipótese de suspensão do contrato por doença do trabalhador?” (*Direito cit.*, p. 859). Refere a RP, em acórdão de 21.1.1991, que “encontrando-se suspenso o contrato de trabalho em virtude de baixa médica por doença do trabalhador há mais de três anos, e tendo o mesmo usufruído, durante esse tempo, de habitação, água e luz, beneficiou indevidamente destas regalias correspondentes à prestação de trabalho” (Proc. n.º 0310796, RAMIRO CORREIA, Sumário, *itálico* nosso). Também em acórdão de 21.2.2006, o STJ indica que, “não obstante a atribuição de veículo automóvel igualmente se destinar à utilização privada do trabalhador, a empregadora não está obrigada a garantir a correspondente utilização durante a suspensão do contrato de trabalho por doença prolongada daquele, uma vez que nesta situação não é devida retribuição” (Proc. n.º 04S4336, PINTO HESPAÑHOL, Sumário, II). Assinalando a complexidade do tema, tendo em conta que, com frequência, o alojamento constitui igualmente instrumento de trabalho que poderá ter de ser reafectado a trabalhador substituto, *v. BÉRAUD, La suspension cit.*, pp. 173 e ss., que conclui: “*en définitive, la suspension étant pour le salarié un mécanisme étroitement lié au droit des personnes et visant à protéger sa personnalité, elle ne peut en même temps porter atteinte à celle-ci. Sans appartenir aux droits de la personnalité, le logement n’en constitue pas moins le cadre d’exercice des plus importants d’entre eux. Il doit être maintenu en période de suspension, quite à en prévoir la possible dissociation dans l’hypothèse où il constituerait aussi un instrument de travail indispensable au fonctionnement de l’entreprise*” (p. 181). Em leitura diversa, YAMAGUCHI sustenta que, correspondendo o alojamento a retribuição em espécie, por princípio, a suspensão legitima o desalojar do trabalhador; se, não obstante, o trabalhador permanece em tal local, deverá indemnizar o empregador (*La théorie cit.*, pp. 114-115). A este propósito e convocando, para o enquadramento do tema, a relevância dos deveres acessórios, *v. infra*, Subsecção III, § 5. – também HAGER entende que a boa fé deve condicionar a solução a acolher em cada caso (*Das ruhende cit.*, pp. 218-221). Surge, como especialmente ilustrativa, a hipótese de trabalhador doméstico interno, transitoriamente incapaz para a prestação do trabalho. No Direito espanhol, o art. 10, n.º 3, do *Real Decreto* 1620/2011, de 14.11, “*por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar*” – versão consolidada disponível em «www.boe.es» – dispõe que, “*en el supuesto de suspensión del contrato de trabajo doméstico por incapacidad temporal del empleado de hogar, debida a enfermedad o accidente, si aquel fuera interno, tendrá derecho a permanecer alojado en el domicilio un mínimo de treinta días, salvo que, por prescripción facultativa, se recomiende su hospitalización*”. Entre nós, o RJCTSD prevê a situação de trabalhador doméstico com direito a alojamento. Conforme o art. 9.º, n.º 2, “*a retribuição do trabalhador pode ser paga parte em dinheiro e parte em espécie, designadamente pelo fornecimento de alojamento e alimentação ou só alojamento ou apenas alimentação*”. É prevista a sua contabilização para efeitos da retribuição de férias (*cf. art. 17.º, n.º 2*), sendo também indicado o prazo para o abandono do local, em caso de cessação do contrato – *cf. o art. 28.º, n.º 4*, “*quando se dê a caducidade do contrato a termo celebrado com trabalhador alojado, a este será concedido um prazo de três dias para abandono do alojamento*”.

resulta, aliás, em linha com o disposto no art. 258.º, n.º 1, que reconduz, em moldes gerais, a retribuição à “prestação a que, nos termos do contrato, das normas que o regem ou dos usos, o trabalhador tem direito em contrapartida do seu trabalho”. cremos, na verdade, que a suspensão da retribuição surge, precisamente, em concretização da lógica sinalagmática do contrato de trabalho e da (tendencial) corresponsividade pressuposta entre actividade laboral e retribuição (cf. art. 11.º)⁴⁹¹, não obstante, porém, a desvios pontuais⁴⁹². Neste sentido se pronuncia a jurisprudência, que tende a admitir a não essencialidade do não pagamento da retribuição, na caracterização do fenómeno suspensivo: em acórdão de 24.10.2007, refere o STJ que “a suspensão do contrato de trabalho consubstancia uma situação caracterizada pela permanência do vínculo laboral com a paralisação ou cessação temporária do dever de trabalhar e, nalgumas modalidades, do dever de retribuir”^{493/494}. Ainda à luz do CT 2003, Luís Miguel MONTEIRO enunciava: “pode discutir-se [...], designadamente, se é lícita disposição de instrumento de regulamentação colectiva de trabalho que vincule o empregador ao dever de remunerar durante a suspensão [...]”. Assinalava, contudo, que a subsistência do pagamento de determinados valores nos regimes legais da suspensão por facto respeitante ao empregador e da pré-reforma indicavam que a cessação do “dever de retribuir não [seria] efeito obrigatório

Todavia, não obstante a previsão de norma que regula expressamente a suspensão (art. 25.º), nada se refere quanto ao que sucede ao alojamento nesse período.

⁴⁹¹ Também BERAUD entende que “la disparition de l’obligation de rémunération ne peut donc résulter qu’indirectement de la suspension. Elle passe par le relais obligatoire du synallagmatisme existant entre cette obligation et celle d’exécuter un travail. C’est parce que la suspension suppose l’arrêt du travail qu’elle entraîne l’arrêt du salaire” (*La suspension cit.*, p. 141).

⁴⁹² Nota JOÃO REIS que, “como muito bem tem assinalado a doutrina, esta ideia do carácter corresponsivo e sinalagmático não deve ser entendida em termos estritos ou mecânicos, de tal modo que não havendo prestação laboral efectiva nunca haveria lugar à retribuição” (*A suspensão cit.*, p. 178).

⁴⁹³ Proc. n.º 07S1045, Sumário, I, itálico nosso.

⁴⁹⁴ Não obstante a diversidade de causas e efeitos, há uma consequência transversal às variáveis suspensivas: “as situações de suspensão têm de comum o desaparecimento temporário do dever de trabalhar, isto é, do dever principal de prestação por parte do trabalhador” (JÚLIO GOMES, *Direito cit.*, p. 854, com itálico nosso). Já a suspensão da contraprestação retributiva não constitui consequência inelutável em contexto suspensivo – do que resulta, mais uma vez, a relevância da actividade do trabalhador como obrigação característica do contrato de trabalho e, por consequência, da suspensão. É a ausência do trabalho – não obstante a subsistência da obrigação retributiva e a vinculação das partes a deveres acessórios – que caracteriza a suspensão (Federico del GIUDICE, Federico MARIANI e Fausto IZZO, *Diritto del Lavoro*, 22.ª ed., Simone, 2005, p. 401). Nada impede, pois, que, durante a suspensão, o trabalhador receba, total ou parcialmente, o valor da sua retribuição ou indemnização substitutiva, paga pelo empregador ou por instituição previdencial (GIUDICE, MARIANI e IZZO, *Diritto cit.*, p. 401, e Luisa GALANTINO, *Diritto del Lavoro*, ed. menor, G. Giappichelli Editore, 2007, p. 243). Autonomizando a “suspensão absoluta” e a “suspensão relativa”, LAVAGNINI considera que a primeira pressupõe a ausência de obrigação retributiva ou de indemnização substitutiva, admitindo a segunda, a par do desaparecimento da actividade laboral, o pagamento de determinados montantes (*La sospensione cit.*, pp. 37-38). Seriam, por conseguinte, exemplos usuais de suspensão relativa, no Direito italiano, as hipóteses em que, à luz do art. 2110 do CCit., em situação de doença, o empregador mantém o pagamento de valores complementares, que, para LAVAGNINI, revestiriam, todavia, natureza não retributiva, mas indemnizatória (p. 38).

da suspensão”⁴⁹⁵. Nesta linha, BERAUD atesta igualmente, como princípio geral, que “*la suspension entraîne normalement la disparition de toute rémunération pour le temps où elle se produit. Mais ce principe de rigueur se trouve aujourd’hui temperé notamment par le développement des revenus de remplacement*”⁴⁹⁶. Vimos também que o próprio regime reservado às faltas considera que apenas os motivos justificativos e a duração assumem, tendencialmente, natureza imperativa⁴⁹⁷, nada se dispondo quanto a outros aspectos, nomeadamente no referente aos respectivos efeitos. E embora tratando de hipótese específica, o art. 468.º, n.º 8, prevê que, “*quando as faltas justificadas se prolongarem efectiva ou previsivelmente para além de um mês, aplica-se o regime da suspensão do contrato de trabalho por facto respeitante ao trabalhador*”, acrescentando-se, todavia – em confronto com o antes previsto no art. 403.º da RCT 2003 –, “*sem prejuízo do disposto em instrumento de regulamentação colectiva de trabalho aplicável, que preveja funções sindicais a tempo inteiro ou outras situações específicas, relativamente ao direito à retribuição de trabalhador*”⁴⁹⁸. De resto, tendo ainda por referência o CT 2003, LUÍS MIGUEL MONTEIRO subscrevia, em anotação a acórdão que tratava de tal situação, “a licitude das disposições da regulamentação colectiva que associam às ausências justificadas dos membros das estruturas de representação colectiva a manutenção do direito à retribuição”⁴⁹⁹. Diremos, pois, quanto à primeira questão enunciada, que a suspensão convive com o pagamento, pelo empregador, de determinados valores ao trabalhador, não obstante a ausência de prestação de trabalho^{500/501}.

⁴⁹⁵ AA.VV., *Código do Trabalho. Três Anos de Jurisprudência Comentada*, Livraria Petrony, 2007, p. 589, itálico nosso.

⁴⁹⁶ BÉRAUD, *La suspension cit.*, p. 140.

⁴⁹⁷ Cf. art. 250.º. A respeito das distintas leituras que esta norma promove, *v.*, todavia, *supra*, § II.

⁴⁹⁸ Por conseguinte, à luz de uma tal disposição, “não podem restar dúvidas quanto ao reconhecimento aos parceiros sociais da legitimidade para fixar relativamente a esta modalidade de suspensão uma regulamentação diversa da prevista no art. 295.º, n.º 1, do CT, incluindo no que respeita à questão retributiva” (LIBERAL FERNANDES e REGINA REDINHA, “Regulamentação ...” *cit.*, p. 58).

⁴⁹⁹ AA.VV., *Código do trabalho. Três anos cit.*, p. 588. No mesmo sentido, LIBERAL FERNANDES e REGINA REDINHA, que confirmam o entendimento de que o art. 331.º, n.º 1, do CT 2003 – enquadrador dos efeitos gerais da suspensão – “*não era um preceito inderrogável, antes se apresenta[ndo] como uma norma susceptível de modificação por instrumento de regulamentação colectiva convencional*” (“Regulamentação ...” *cit.*, p. 57, itálico nosso). Nesta medida, “os parceiros sociais gozavam de competência para determinar a retribuição que aqueles trabalhadores continuavam a auferir durante o exercício de funções sindicais e ainda para definir sobre quem recaía a obrigação do respectivo pagamento” (p. 58).

⁵⁰⁰ Não assim tão claro no Direito espanhol: o art. 45 do ET tem por epígrafe “*Causas y efectos de la suspensión*”, indicando o n.º 2, enquanto efeitos da suspensão, a exoneração das obrigações recíprocas de trabalhar e de remunerar – “*la suspensión exonera de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo*”, efeito transversal às modalidades suspensivas referentes ao trabalhador e ao empregador. Neste último caso, o trabalhador apenas tem direito, em determinadas circunstâncias, a prestações de desemprego – a tal propósito, indicando as prestações devidas em caso de “*Expediente de Regulación de Empleo*”, *v.* dados disponibilizados pela

Segurança	Social	em
http://www.sepe.es/contenidos/personas/prestaciones/quiero_cobrar_paro/afectadoERE.html		

. Atento este enquadramento, assumindo a essencialidade da suspensão do pagamento da

b) Já quanto ao segundo ponto – referente à natureza (retributiva) dos montantes pagos pelo empregador no tempo de suspensão⁵⁰² –, entendemos que se justifica resposta diferenciada, consoante se trate de suspensão por factos respeitantes ao empregador ou ao trabalhador. No primeiro caso, os valores devidos pelo empregador assumem natureza retributiva: atento o enquadramento reservado a tais hipóteses, sobre o empregador incide obrigação de pagamento da contraprestação da prestação impossibilitada por factos ainda localizados “no rasto da mora do credor”⁵⁰³; a subsistência da obrigação devida pelo credor (no caso, a retribuição) corresponde a concretização de princípio geral de Direito Civil, ajustado aos contornos destas situações no Direito do Trabalho⁵⁰⁴. Excluimos, porém, extensão de idêntica qualificação (retributiva) a outros montantes, pagos pelo empregador ao trabalhador, sempre que a suspensão resulte de acordo – v.g., licença sem retribuição (art. 317.º, n.º 1) ou pré-reforma (arts. 294.º, n.º 2, b), 319.º, b) e 320.º) – e de factos respeitantes ao trabalhador (v.g., arts. 296.º e 317.º, n.º 2), em desvio ao princípio geral, acolhido no art. 295.º, n.º 1. Corroborando esta leitura, no que respeita à pré-reforma, refere o STJ que “o

retribuição enquanto elemento caracterizador da suspensão laboral, v. nomeadamente, MARTÍNEZ GIRÓN, “Las causas ...” cit., p. 46, Manuel Alonso OLEA e María Emilia Casas BAAMONDE, *Derecho del Trabajo*, 26.ª ed., Civitas, 2009, p. 551, e MARTÍN VALVERDE, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ e GARCÍA MURCIA, *Derecho* cit., p. 756. Também RIVAS VALLEJO acaba por definir a suspensão laboral como “la interrupción temporal de la ejecución de su objeto, es decir, de sus recíprocas prestaciones básicas: la de prestar un servicio por cuenta ajena y la de remunerarlo” (*La suspensión* cit., p. 95). A justeza de uma tal solução suscita, porém, sobretudo na suspensão por factos respeitantes ao empregador, interrogações várias por, em último caso – *maxime*, se o trabalhador não cumprir as exigências que condicionam a atribuição de prestação, por parte da Segurança Social –, fazer incidir sobre o trabalhador a perda de rendimento (p. 197). Sobre o tema, v. ainda SOLÀ MONELLS, *La suspensión* cit., pp. 454 e ss.

⁵⁰¹ No Direito alemão, indicando a frequência com que a contratação colectiva desenvolve o princípio subjacente ao § 616 (“*Vorübergehende Verhinderung*”) do BGB, explicitando os termos e condições em que impedimentos vários, de curta duração, que atingem o trabalhador não afectam o dever de o empregador manter determinados pagamentos, v. SÖLLNER, “*Ohne Arbeit ...*” cit., p. 43. Já perante ausência prolongada, a subsistência de certos valores varia conforme as razões subjacentes ao impedimento. Em caso de doença, v. a obrigação que impende sobre o empregador nos termos do § 3 (“*Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall*”) da EFGZ (disponível em <<http://www.gesetze-im-internet.de/entgfg/>>) – tema retomado *infra*, Parte II, Capítulo III, § 4.3.1. Certo é, porém, que, na ausência de solução em contrário, a doutrina tende a recorrer ao enquadramento geral do § 275 (“*Ausschluss der Leistungspflicht*”) do BGB e à tendencial suspensão da contraprestação (§ 326 “*Befreiung von der Gegenleistung und Rücktritt beim Ausschluss der Leistungspflicht*”) – v., a tal propósito, HAGER, *Das ruhende* cit., pp. 35 e ss. Regime distinto é reservado às hipóteses suspensivas referentes ao empregador (tema desenvolvido *infra*, Parte II, Capítulo I, Secção IV, § 2.). V. por fim, o indicado *infra*, quanto aos valores complementares suportados pelo empregador, em caso de doença do trabalhador, nomeadamente no Direito inglês (Parte II, Capítulo III, § 4.3.1., VII) e no Direito francês (n. 1620 e 4026).

⁵⁰² Quanto à tutela afecta à retribuição – irredutibilidade, renúncia, cessão, compensação, penhora e garantia de pagamento –, v. nomeadamente ROMANO MARTINEZ, *Direito do trabalho* cit., pp. 617 e ss.

⁵⁰³ Tratamos, todavia, de tema desenvolvido *infra*, Parte II, Capítulo I, Secção IV.

⁵⁰⁴ Aqui se enquadrando igualmente a hipótese de suspensão preventiva, no âmbito de processo disciplinar, tal qual indicado *infra*, Capítulo II, § 2.2., II.

valor da prestação pecuniária, estabelecido com larga margem de liberdade, *não tem substancialmente natureza retributiva*, por não corresponder a uma contrapartida da disponibilidade do trabalhador” e daí que, por essa razão, “o legislador haja sentido a necessidade de lhe reconhecer, depois de fixado o respectivo montante, protecção *semelhante* à conferida à retribuição”⁵⁰⁵. Por outro lado, admitindo a previsão, em acordo suspensivo, do pagamento de dado valor ao trabalhador, o STJ rejeita também a qualificação retributiva a estes montantes: “*nada impedindo a estipulação*, no acordo de suspensão, de uma *prestação regular e periódica a favor do trabalhador*, essa prestação – convencionada ao abrigo do princípio da liberdade contratual, consignado no art. 405.º do Código Civil – *não assume a natureza de retribuição*, precisamente porque não é contrapartida da disponibilidade do trabalhador”⁵⁰⁶. Por conseguinte, uma tal atribuição, não beneficiando “da protecção legal conferida à retribuição, não tem que ser alterad[a] em consequência de sentença judicial, proferida na vigência da suspensão, que condenou o empregador a reclassificar o trabalhador”⁵⁰⁷. Julgamos que, nestes casos – aos quais importa somar os de suspensão por facto respeitante ao trabalhador em que o empregador assume o pagamento de determinado valor –, os montantes acordados não revestem carácter retributivo, o que não decorre, porém (aqui nos distanciando da argumentação do STJ), de apelo a qualquer ideia de “disponibilidade” do trabalhador – que se manteria, na suspensão por factos relativos ao empregador, mas não já na suspensão por factos referentes ao trabalhador ou por acordo⁵⁰⁸. A razão é outra: na suspensão por factos respeitantes ao trabalhador, prevalecendo o motivo que justifica a dispensa do dever de prestar, importa concluir, em obediência à natureza sinalagmática do contrato – cujos desvios são pontuais e assentam numa lógica de corresponsabilidade alargada –, pela dispensa do empregador quanto ao pagamento da contraprestação (ainda em derivação do disposto no art. 795.º, n.º 1, do CC e nos arts. 258.º, n.º 1, e 295.º, n.º 1, do CT), conforme entendimento extensível às variantes de suspensão por acordo. Nestes casos, perante a ausência da prestação devida pelo trabalhador, por força do

⁵⁰⁵ Acórdão do STJ de 24.10.2007 *cit.*, Proc. n.º 07S1045, *itálico* nosso. Também MONTEIRO FERNANDES assinala que a prestação de pré-reforma “pode surgir como contrapartida de trabalho realizado (com redução proporcional da remuneração normalmente auferida) ou como *prestação previdencial «privada»*” (*Direito cit.*, p. 479, *ênfase* nossa). Acolhendo este entendimento, PALMA RAMALHO considera que esta prestação “corresponde a uma retribuição em sentido próprio, no caso de o acordo de pré-reforma se traduzir na redução do tempo de trabalho (neste caso, deve ter um valor proporcional ao tempo de trabalho prestado) ou a uma «prestação de segurança social privada», quando ocorra a suspensão do vínculo” (*Tratado cit.*, II, p. 855, n. 93).

⁵⁰⁶ Acórdão de 24.10.2007 *cit.*, com *itálico* nosso.

⁵⁰⁷ Sumário, IV. No mesmo sentido, *v.* acórdão do STJ de 9.12.2010, Proc. n.º 2651/06.TTSLB.L1.S1 (MÁRIO PEREIRA), onde é reiterado que “a prestação mensal fixada num acordo de suspensão do contrato de trabalho, livremente celebrado, *não tem natureza retributiva*, não beneficiando, assim, o seu valor da protecção legal conferida à retribuição” (Sumário, III, *itálico* nosso), e também os acórdãos do STJ de 12.3.2008, Proc. n.º 07S3527 (SOUSA GRANDÃO), e de 11.5.2011, Proc. n.º 2766/07.8TTSLB.L1.S1 (FERNANDES DA SILVA).

⁵⁰⁸ Rejeitando menção à disponibilidade, *v. infra* Parte II, Capítulo I, Secção IV, § 2.3.1., II.

sinalagma funcional, o empregador *não tem* de satisfazer a contraprestação retributiva. Se, não obstante, é atribuído determinado valor pelo tempo de suspensão, o mesmo assume, por princípio, natureza não retributiva⁵⁰⁹: é assim que, à luz do Direito francês, BÉRAUD autonomiza, neste contexto, os designados “*salairé individuel*” e “*salairé social*” – e aqui incluindo, com manifesta abrangência, “*substituts du salaire*” diversos⁵¹⁰. E também no ordenamento alemão, HAGER conclui que o pagamento destes montantes não tem carácter retributivo – tratar-se-ia, assim, de algo diverso, assumido em razão não já da prestação da actividade, mas da suspensão laboral, não revestindo, pois, a mesma natureza⁵¹¹. Este entendimento reclama, todavia, duas notas complementares: tendo afirmado a tendencial assimilação da natureza jurídica das faltas justificadas e da suspensão por factos respeitantes ao trabalhador⁵¹², haveria que aqui reconhecer nota diferenciadora. Assim, ainda que se compreenda o raciocínio doutrinário que admite que a vinculação do empregador a determinado pagamento corresponde ainda, em caso de falta, a uma *extensão* do sinalagma (cf. art. 255.º, n.º 1⁵¹³) e do risco assumido pelo empregador, autorizando associar a tais casos natureza retributiva⁵¹⁴, o mesmo não sucede quando a duração da

⁵⁰⁹ Em concretização desta lógica no âmbito específico dos valores pagos pelo empregador, enquanto complemento de subsídio de doença, *v. infra* Parte II, Capítulo III, § 4.4., XII.

⁵¹⁰ *La suspension cit.*, p. 143. À luz do Direito espanhol, atendendo às resistências da doutrina à caracterização da suspensão nos casos em que o empregador permanece vinculado a determinados pagamentos, VIDA SORIA alerta: “*concretamente en los casos de una suspensión originada por defecto de la prestación del trabajador, no se puede decir que el empresario se vea obligado a dar salario en sentido jurídico [...]; así, pues, en estos casos no hay contraprestación, pues ello es el presupuesto de hecho, técnicamente no se puede hablar de salario; lo que el empresario dé será, en todo caso, una prestación sustitutiva de la que contractualmente debe*” (*La suspensión cit.* pp. 21-22).

⁵¹¹ *Das ruhende cit.*, pp. 32-33.

⁵¹² *V. mais desenvolvidamente infra* Capítulo III, § 5.

⁵¹³ Que indica que “*a falta justificada não afecta qualquer direito do trabalhador, salvo o disposto no número seguinte*”. Por sua vez, o n.º 2 da mesma norma dispõe que, “*sem prejuízo de outras disposições legais, determinam a perda de retribuição as seguintes faltas justificadas: a) por motivo de doença, desde que o trabalhador beneficie de um regime de segurança social de protecção na doença; b) por motivo de acidente no trabalho, desde que o trabalhador tenha direito a qualquer subsídio ou seguro; c) a prevista no artigo 252.º; d) as previstas na alínea j) do n.º 2 do artigo 249.º quando excedam 30 dias por ano; e) a autorizada ou aprovada pelo empregador*”.

⁵¹⁴ “*A falta justificada corresponde a um risco do empregador, na medida em que tem de compensar o trabalhador como se ele tivesse trabalhado; o empregador não auferir a vantagem a que tem direito, mas tem de pagar a contrapartida*. Mais uma vez a especial repartição do risco na relação laboral determina particularidades ao nível do sinalagma contratual” (ROMANO MARTINEZ, *Direito do trabalho cit.*, p. 572, *italico nosso*). Em anotação ao disposto no art. 255.º, LUÍS MIGUEL MONTEIRO nota também que “*a regra geral quanto aos efeitos, retributivos e outros, da falta justificada é enunciada no n.º 1. O n.º 2 indica os desvios àquela regra, justificados porque o trabalhador tem nesse caso direito a prestações sucedâneas da retribuição (cfr. alíneas a) e b)), porque a situação evoluiu da falta justificada para a suspensão do contrato de trabalho (alínea d)) ou por vontade nesse sentido do empregador (alínea e))*” (AA.VV., *Código cit.*, p. 582). António Nunes de CARVALHO indica ainda, por referência à retribuição mantida em caso de faltas justificadas, que, “*para efeito do funcionamento destes regimes, que envolvem o pagamento de prestações retributivas relativamente a períodos em que não há, de facto, trabalho ou que obedecem a uma lógica predominantemente compensatória ou indemnizatória, não basta o simples apelo à noção legal de retribuição (n.ºs 1 e 2 do artigo 258.º do Código do Trabalho)*. Nestes casos, a determinação do que se entende por retribuição, como

ausência a situa já no plano suspensivo – sendo, por isso, frequente, além-fronteiras, a afectação a estes valores de natureza distinta, e assim ainda que a redacção legal acolha o termo “retribuição”⁵¹⁵. Nestas hipóteses, se em desvio à regra geral do art. 295.º, n.º 1, o empregador assume o pagamento de dado montante, este não constitui derivação de obrigação retributiva; solução diversa traduziria alargamento desmedido do sinalagma que, ainda que frequentemente “imperfeito”, apenas forçadamente acomodaria também estes casos^{516/517}.

aparece referida na previsão de uma concreta norma, terá que ser feita nos termos do que nela se dispõe e em função da intencionalidade específica do respectivo regime jurídico” (“Notas sobre o Regime da Retribuição no Código do Trabalho (Conceito de Retribuição e Complementos Retributivos)”, *RDES*, ano 51, 2010, n.ºs 1-4, pp. 43-102, p. 75). V. ainda Bernardo da Gama Lobo XAVIER, “Introdução ao Estudo da Retribuição no Direito do Trabalho Português”, *RDES*, ano 28, 1986, n.º 1, pp. 65-102, pp. 94 e ss., e LOBO XAVIER, *Manual cit.*, p. 322 e pp. 619-620.

⁵¹⁵ No Direito italiano, os valores pagos pelo empregador em circunstâncias equivalentes assumem, no entender de LAVAGNINI, “*carattere d’indennità*” (*La sospensione cit.*, p. 38). A este propósito, é, aliás, assinalado que tal natureza indemnizatória não deveria ser questionada, ainda que a lei recorra ao termo “*retribuzione*”: “*l’espressione è probabilmente usata per evitare la locuzione che sarebbe stata necessaria per stabilire quello che il legislatore ha inteso sancire, e cioè che l’indennità deve corrispondere alla retribuzione o comunque fare riferimento ad essa*” (p. 116). Não se trata, todavia, de leitura incontestada, como assinala Gaetano Zilio GRANDI, *La Retribuzione. Fonti, Struttura, Funzioni*, Jovene Editore, 1996, pp. 298 e ss. e pp. 418 e ss. – atenta a reflexão tecida em torno do tema da “correspectividade” no Direito italiano, adiante referida (v. n. 536). Por sua vez, em França, a respeito de valores complementares pagos pelo empregador em caso de doença do trabalhador, YAMAGUCHI reconhece: “*il conviendrait d’instituer dans de tels cas un système mettant à la charge de l’employeur une indemnité d’un montant suffisant pour assurer, avec ou sans le concours des assurances sociales, les moyens normaux d’existence du travailleurs et de sa famille*” (*La théorie cit.*, p. 110).

⁵¹⁶ Cf. *supra*, n. 488. Assumem ainda natureza retributiva os valores pagos pelo empregador por períodos de inactividade correspondentes a períodos de descanso e de recuperação essenciais à regular execução do contrato de trabalho (v.g., férias, descanso diário, descanso entre jornadas etc.). Já a suspensão traduz uma vicissitude contratual, disruptiva da normal execução do vínculo que, quando referente ao trabalhador, diverge da hipótese de falta justificada, por regra, apenas em função da maior ou menor extensão da ausência (v. *infra* Capítulo III, § 5.). A natureza não retributiva dos valores pagos em tais casos resulta do prolongamento da inactividade, no confronto com as hipóteses reconduzíveis ao âmbito das faltas – por regra, de extensão mais curta, legitimando, pois, o referido alargamento do sinalagma. Reconhecemos que este argumento não se ajusta, todavia, à greve, que assume natureza suspensiva *ab initio*, ainda que de curta duração: o que não fragiliza, porém, no nosso entender, a consistência do raciocínio exposto, já que uma tal especificidade resulta do enquadramento algo forçado da greve, mesmo que de curta duração, entre as hipóteses suspensivas. Assinalaremos oportunamente as críticas a uma tal opção (v. *infra* Capítulo III, § 5., IV.), dando desde já nota de que também no Direito espanhol se reconhece que “*es tradicional señalar que la huelga encaja difícilmente con las demás causas de suspensión*” (Rafael Hurtado ORTEGA, “La Suspensión del Contrato de Trabajo por el Ejercicio del Derecho de Huelga”, *La Suspensión del Contrato de Trabajo* (dir. José María Marín Correa), Consejo General del Poder Judicial, 1994, pp. 285-321, p. 288).

⁵¹⁷ E daqui resultando a necessidade de promover leitura correctiva das disposições legais, convencionais e contratuais que se refiram, nestes casos, à “retribuição”. Temos, assim, reservas à menção à “retribuição” no art. 468.º, n.º 8, que salvaguarda “o direito à retribuição de trabalhador”, sempre que as faltas justificadas se prolonguem efectiva ou previsivelmente para além de um

c) Surge, então, a terceira questão: mesmo que não revestindo natureza retributiva, a vinculação, por acordo individual ou colectivo, a tais pagamentos assume natureza contratual, apenas podendo sofrer alteração com o consentimento do trabalhador. E assim se impõe concluir também nas hipóteses em que o empregador entenda instituir uma tal atribuição (*maxime*, por regulamento interno, traduzindo matéria de índole contratual⁵¹⁸) no período suspensivo, não obstante a estatuída desoneração: “o empregador pode manifestar a sua vontade contratual através de regulamentos internos, ou seja, normas de aplicação generalizada, sendo que as mesmas configuram uma proposta contratual da entidade patronal que, uma vez aceite por adesão expressa ou tácita do trabalhador, *passam a obrigar ambas as partes em termos contratuais e a integrar o conteúdo do contrato individual de trabalho celebrado*”^{519/520}. Do que resulta que, embora estes valores não revistam natureza retributiva, a sua previsão deve ser cuidadosamente ponderada e condicionada a variáveis distintas, sob pena se afigurar difícil ao empregador, no futuro, proceder à sua alteração ou eliminação, sem o acordo do trabalhador⁵²¹. A este propósito, é ilustrativo o decidido pela RP em acórdão de 27.2.2012⁵²²: estava em causa a ausência de trabalhador, por mais de trinta anos, em razão do exercício de funções em direcção de associação sindical, tendo o empregador mantido, nesse período, o pagamento de valores diversos ao trabalhador. Questionada a admissibilidade de tal prática, refere a RP que “o regime de suspensão do contrato de trabalho previsto no artigo 468.º, n.º 8 [...] não constitui norma imperativa absoluta [...] mas antes [...] uma norma imperativa relativa, ou seja, pode ser afastada em sentido mais favorável para o trabalhador”. Se

mês. E importa também acomodar os casos em que disposição legal mantenha o direito do trabalhador ao pagamento da “retribuição”, noutras hipóteses de suspensão por factos imputáveis ao trabalhador (cf. art. 296.º, n.º 5).

⁵¹⁸ A este respeito, v. Alexandre Mota PINTO, “Notas sobre o Contrato de Trabalho de Adesão”, *QL*, ano 10, 2003, n.º 21, pp. 35-73, e MÁRIO PINTO, FURTADO MARTINS e NUNES DE CARVALHO, *Comentário cit.*, p. 48.

⁵¹⁹ Acórdão do STJ, de 15.3.2012, Proc. n.º 111/07.1TTLSB.L1.S1 (SAMPAIO GOMES), Sumário, I, itálico nosso; v. ainda acórdãos do STJ de 13.7.1999, Proc. n.º 99S088 (JOSÉ MESQUITA), de 20.1.2000, Proc. n.º 99S085 (JOSÉ MESQUITA), de 4.2.2004, Proc. n.º 03S2928 (FERNANDES CADILHA), e de 29.11.2005, Proc. n.º 05S2556 (FERNANDES CADILHA).

⁵²⁰ Ainda quanto a esta questão, mas no âmbito específico dos montantes pagos pelo empregador em complemento a prestações previdenciais, para além do referido na nota seguinte, v. *infra* Parte II, Capítulo III, § 4.4., XII.).

⁵²¹ No contexto de complemento de pensão de reforma, refere o STJ, em acórdão de 29.11.2005, que “as deliberações da administração da empresa que, dentro de certo condicionalismo, estabelecem complementos de reforma para os respectivos trabalhadores, *constituem regulamentos internos, que uma vez aceites por adesão expressa ou tácita dos trabalhadores, passam a obrigar ambas as partes em termos contratuais*” (Proc. n.º 05S2556, Sumário II, itálico nosso). Ora, havendo sido previsto “nesses regulamentos que os complementos de reforma poderiam ser periodicamente actualizados *se, quando e na medida em que a situação da empresa o permitisse*, a circunstância de tal actualização ter sido efectuada durante um certo número de anos apenas pode ser entendida como uma concretização prática desses dispositivos, e não como um uso da empresa susceptível de vincular o empregador a manter essas actualizações para o futuro” (Sumário, III, realce nosso).

⁵²² Proc. n.º 362/10.1TTVCT.P1 (FERNANDA SOARES).

estamos de acordo quanto a esta premissa, divergimos na conclusão: assinala a RP que “a prática assumida na empresa” quanto a um tal trabalhador era “reveladora da vontade de não lhe aplicar o regime de suspensão do seu contrato de trabalho por parte da Ré/empregadora”. E que tal conduta, materializando um uso, apenas poderia sofrer alteração se o trabalhador a tanto tivesse dado o seu acordo⁵²³. A dissonância está, quanto a nós, sobretudo na referência a uma vontade, supostamente válida, de

⁵²³ O fundamento, eficácia e posicionamento hierárquico dos usos (cf. art. 1.º) são matéria de especial complexidade. PALMA RAMALHO refere que, “no que toca à relação entre os usos e o contrato de trabalho, importa ter presente a natureza e os efeitos dos próprios usos, uma vez que alguns deles podem fazer surgir direitos ou legítimas expectativas na esfera jurídica dos trabalhadores enquanto outros não são de molde a criar essas expectativas”. Concretizando esta destriça, é assinalado que “o problema coloca-se, sobretudo, em relação aos usos ou práticas reiteradas das empresas: assim, por exemplo, se uma parcela da retribuição for calculada de acordo com certos critérios, habituais na empresa, e a alteração posterior deste critério determinar uma diminuição da retribuição, estaremos perante um direito dos trabalhadores com origem nos usos, que deve ser tutelado nos termos gerais da tutela da retribuição; mas já se a empresa tiver reiteradamente para com os seus trabalhadores uma liberalidade (assim, um prémio de produtividade anual atribuído durante um longo período, ou uma prática de tolerância de ponto, durante certo tempo ou em certas circunstâncias) estamos ainda perante um uso, mas dele não se retiram direitos para os trabalhadores porque esta prática reiterada não deixa de corresponder a uma liberalidade” (Tratado cit., I, p. 245, *itálico nosso*). Rejeitando base jurídica para afectar a pagamentos similares a natureza de direitos adquiridos, v. RIBEIRO PARREIRA, “O absentismo ...” cit., p. 294, n. 66. Em sentido algo diverso, v., todavia, MONTEIRO FERNANDES, *Direito cit.*, pp. 103-104. Em acórdão de 20.1.2000, e no contexto de suspensão em razão de doença, refere o STJ que “o complemento de subsídio de doença atribuído incondicionalmente integra-se no contrato individual de trabalho, mesmo que atribuído de forma unilateral e graciosa, e não pode ser retirado ou diminuído” (Proc. n.º 99S085, Sumário, *itálico nosso*; acórdão publicado em *Trabalho e Segurança Social*, n.º 1, 2001, pp. 24-27). Estava em causa a atribuição, pelo empregador, desde 1979, de complemento ao subsídio de doença pago pela Segurança Social, por forma a que os trabalhadores não auferissem, em tais circunstâncias, um valor inferior ao da retribuição. Este complemento não se encontrava previsto na contratação colectiva nem havia sido individualmente acordado com os trabalhadores e, em 1994, o empregador delibera que o mesmo passaria a ser atribuído apenas até ao máximo de trinta dias por ano, seguidos ou interpolados. Questionada a licitude de uma tal decisão, o empregador invocara a natureza liberatória de um tal pagamento cuja efectivação não decorria de obrigação legal ou contratual. Em sentido inverso viria, todavia, a ser decidido em Primeira Instância, pela Relação e pelo STJ. Conclui o STJ que, “uma vez atribuído incondicionalmente, o complemento integra-se no contrato individual de trabalho, não podendo ser retirado ou diminuído, a não ser por consenso”, acrescentando que não “afecta esta conclusão a unilateralidade e gratuidade desta atribuição, já que o núcleo dos direitos e regalias incorporados nos contratos individuais de trabalho fica protegido pelo princípio do não retrocesso” (*itálico nosso*). Os delicados problemas suscitados pelos usos são tratados por Júlio Manuel Vieira GOMES, “Dos Usos da Empresa em Direito do Trabalho”, *Novos Estudos de Direito do Trabalho*, Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2010, pp. 9-88. Para o Autor, entre as múltiplas construções que se perfilam, a mais adequada passa por considerar que “o uso não tem na sua base qualquer proposta negocial do empregador, encontrando-se, antes, o fundamento para a vinculação deste na confiança gerada por uma conduta reiterada que acaba por valer como regra pela qual resultam para os trabalhadores pretensões individuais que se inserem nos respectivos contratos de trabalho” (pp. 42-43; especificamente quanto aos modos de eliminação do uso, v. p. 71). V. ainda António Dias COIMBRA, “Uso Laboral”, *Para Jorge Leite. Escritos Jurídico-Laborais* (coord. João Reis, Leal Amado, Liberal Fernandes e Regina Redinha), vol. 1, Coimbra Editora, 2014, pp. 251-283.

afastamento do regime suspensivo. Cremos, na verdade, que no caso em apreço estava apenas em causa, num primeiro plano, a estipulação de efeitos diversos dos que resultam, por regra, associados à suspensão e, num segundo plano, o grau de vinculação futura, assim assumido; outro enquadramento – *maxime*, exclusão do regime suspensivo – não está, afinal, na disponibilidade das partes⁵²⁴, o que se articula com a questão tratada em seguida.

d) Afigurando-se legítima uma cláusula que faça incidir sobre o empregador um pagamento ao qual não se encontrava, por princípio, vinculado, importa considerar com cautela os termos em que uma tal obrigação é prevista, obstando a leituras abusivas. Retomamos, a este propósito, exemplo já referido: é usual, na contratação colectiva, a previsão do pagamento de determinados valores ao trabalhador em situações de ausência por desempenho de funções em estrutura de representação colectiva. Importa, todavia, assinalar que, embora consideremos que a qualificação afecta à ausência (*v.g.*, falta, dispensa, suspensão, etc.) seja, quanto à natureza jurídica, pouco expressiva⁵²⁵, os efeitos associados a tais variações são, não raras vezes, relevantes. Em acórdão de 31.5.2006, a RL decidiu que “a cl.^a 21 do ACTV dos bancários [...] ao referir que as ausências dos representantes sindicais «não prejudicam qualquer direito reconhecido por lei, designadamente à retribuição, ao subsídio de almoço e ao período de férias», apenas disciplina as situações de faltas, ou seja, a ausência do trabalhador durante o período normal de trabalho a que está obrigado”⁵²⁶. Distintamente, “quando a ausência do dirigente sindical a tempo inteiro for superior a um mês, verificar-se-á a suspensão do contrato de trabalho, matéria omissa no ACTV e contemplada no art. 403.º da Lei 35/2004 de 29.07”⁵²⁷. A destrição era, na verdade, importante precisamente para a determinação dos efeitos de ausências prolongadas de trabalhadores afectos, em exclusivo, ao exercício de funções em estruturas de representação colectiva e, em especial, quanto à subsistência (ou não) do pagamento previsto na contratação colectiva – atendendo a que tais ausências podem, nos termos do CT, consubstanciar hipóteses várias, *v.g.*, “créditos de horas”, “faltas” ou “suspensão”⁵²⁸. A RL assinala que era, porém, evidente que o IRCT pretendia associar a subsistência da retribuição apenas às ausências não correspondentes – pela sua duração e abrangência – a um exercício extenso, que, no CT, convocava o regime suspensivo⁵²⁹.

⁵²⁴ Afinal, “aplicar o regime das faltas justificadas a uma situação de ausência que a lei qualifica como suspensão do contrato de trabalho” equivale “a preterir um instituto jurídico cuja aplicação é inderrogável” (LIBERAL FERNANDES e REGINA REDINHA, “Regulamentação ...” *cit.*, p. 52, *itálico* nosso).

⁵²⁵ A este propósito, *v. infra* Capítulo III, § 5.

⁵²⁶ Proc. n.º 2207/2006-4 (GUILHERME PIRES).

⁵²⁷ Sumário.

⁵²⁸ A este propósito, *v.* Luís Miguel MONTEIRO, “Ausência ao Serviço de Membros de Estruturas Representativas dos Trabalhadores”, *PDT*, 2005, n.º 72, pp. 67-84.

⁵²⁹ Por sua vez, LIBERAL FERNANDES e REGINA REDINHA assinalam que “a liberdade de contratação colectiva reconhecida no art. 226.º do CT 2003 (e no art. 250.º do CT 2009) tem de ser equacionada em termos sistemáticos, o que significa que não poderá ser entendida no sentido de que confere aos parceiros sociais legitimidade para afastar a aplicação dos regimes legais previstos para o

Corroborando o entendimento da RL, LUÍS MIGUEL MONTEIRO assinala que o IRCT “*apenas* previa a subsistência do dever de retribuir perante a *falta* do trabalhador representante sindical”, admitindo que “*estender* aquela previsão à suspensão contratual seria ir bem *além* do sentido possível do preceito convencional colectivo”⁵³⁰. Em acórdão anterior, de 22.10.1996, estava também em causa a interpretação de cláusulas de IRCT em que se dispunha que as faltas (justificadas) dos representantes dos trabalhadores, no exercício das respectivas funções, não prejudicavam a retribuição. Decidiu, contudo, o STJ que estas cláusulas “*não pod[iam] consagrar a favor dos membros da direcção sindical um crédito remunerado de tal forma amplo que abran[gesse] todas as faltas justificadas com o desempenho das funções sindicais. E isto principalmente quando aquele exercício imponha uma ausência contínua e muito prolongada, designadamente quando a prestação de trabalho ou mesmo a disponibilidade do trabalhador se revele substituída por um desempenho sindical profissionalizado*”, negando, pois, o direito dos trabalhadores a tal pagamento em período suspensivo e concluindo que “*pretender que a entidade patronal satisfaça o crédito de 4 dias por mês durante o período da suspensão do contrato e encontrando-se o trabalhador a desempenhar, a tempo inteiro, o cargo profissionalizado de dirigente sindical, representa o exercício abusivo de um direito*”⁵³¹. Acolhendo a leitura de LIBERAL FERNANDES e REGINA REDINHA quanto à inderrogabilidade de definições legais⁵³², diremos que “*é a lei (e não as partes ou os parceiros sociais) que qualifica as ausências ao trabalho e determina os regimes ou sub-regimes que as regulam, inclusive quanto à respectiva ordem ou sequência de aplicação*”⁵³³. Os autores reconhecem, aliás, que a delimitação material da suspensão laboral “*parece constituir no atual sistema jurídico uma reserva da lei*”⁵³⁴. Por conseguinte, “*os elementos constituintes do regime de suspensão do contrato de*

exercício daquelas funções”, mais adiante se concretizando esta lógica, em termos assertivos: “*reconhecer neste campo às cláusulas dos IRCs uma eficácia reguladora geral significava integrar no regime das faltas (justificadas) as ausências superiores a um mês e, consequentemente, afastar a aplicação da suspensão do contrato de trabalho, instituto cuja delimitação material nos parece constituir no atual sistema jurídico uma reserva da lei*” (p. 50, itálico nosso). Melhor explicando: “*se pudéssemos deduzir da expressão «direito a faltar ao serviço» inscrita num IRC que a disciplina estabelecida para as ausências dos representantes sindicais era a das faltas justificadas, com exclusão de qualquer outra, teríamos de concluir que, pelo menos em relação às ausências em que o trabalhador exerce a tempo completo uma actividade de representação sindical em instituição diferente daquela onde trabalha, o IRC estaria a afastar-se do permitido pelo legislador*” (p. 52, itálico nosso).

⁵³⁰ AA.VV., *Código do trabalho. Três anos cit.*, p. 589, ênfase nossa.

⁵³¹ Proc. n.º 004383, Sumário, II, com itálico nosso.

⁵³² Assim, a título de exemplo, a definição legal de falta “*não tem carácter meramente descritivo ou indicativo*”; possui, na verdade, “*natureza definitiva, razão pela qual os seus elementos essenciais ou caracterizadores não podem ser objecto de alteração por IRC ou contrato de trabalho*” (“Regulamentação ...” *cit.*, p. 48).

⁵³³ LIBERAL FERNANDES e REGINA REDINHA, “Regulamentação ...” *cit.*, pp. 48-49. Daqui resultando, pois, a imperatividade absoluta da “*definição dos elementos constituintes do conceito jurídico de falta*”, a par da “*natureza impositiva da tipologia dos regimes previstos pelo legislador para essas ausências*” – *maxime*, a aplicação sequencial dos regimes dos créditos de horas, das faltas e da suspensão laboral (p. 49).

⁵³⁴ P. 50.

trabalho por motivo respeitante ao trabalhador são fixados ou tipificados pela lei, pelo que a sua eficácia está apenas dependente da verificação de um impedimento temporário, superior a um mês, de o trabalhador prestar a sua actividade laboral”⁵³⁵.

Por se tratar de tema frequentemente tratado no Direito italiano, embora sob ângulo distinto – atenta a imposição legal da obrigação de pagamento de valores diversos em hipóteses várias de suspensão por factos respeitantes ao trabalhador –, justifica-se breve apontamento à reflexão tecida em tal contexto:

a) Tendo em conta o disposto nos arts. 2110 e 2111 do CCit., em caso de doença, acidente, maternidade e cumprimento de obrigações militares, o trabalhador tem direito, na ausência de equivalente previdencial, ao pagamento de retribuição ou indemnização – sendo a referência alternada à “retribuzione” ou à “indennità” já ilustrativa das dificuldades, também ali registadas, quanto à qualificação de tais valores –, pelo tempo e na medida estabelecidos na lei, contratação colectiva, usos ou equidade⁵³⁶. Os princípios gerais assim enunciados encontram concretização diversa, consoante cada hipótese suspensiva; certo é, todavia, que, não se tratando de impedimento decorrente de facto respeitante ao empregador, da aplicação do previsto no art. 1463 do CCit.⁵³⁷ resultaria, na ausência de indicação contrária, a dispensa do empregador quanto à realização da contraprestação⁵³⁸. Porém, atendendo ao regime específico expressamente acolhido, não só o contrato de trabalho subsiste, como certos encargos, que, segundo as regras comuns, deveriam impender sobre o trabalhador, são assumidos pelo empregador – ainda que, por vezes, repartidos com institutos previdenciais⁵³⁹. Convocamos, a título ilustrativo, decisão da

⁵³⁵ LIBERAL FERNANDES e REGINA REDINHA, “Regulamentação ...” *cit.*, p. 54. Nesta medida, quanto à concretização específica da duração mínima de trinta dias – em concreto ou conforme prognóstico –, enquanto critério legal que densifica a natureza prolongada da suspensão (autonomizando-a da falta), dir-se-á que tal horizonte temporal corresponde a elemento delimitador do conceito legal de suspensão por factos respeitantes e não imputáveis ao trabalhador e que dita, entre outros efeitos, a autonomização formal do regime das faltas e da suspensão laboral.

⁵³⁶ Renato CORRADO indica: “non si tratta nè di una retribuzione, se si intenda l'emolumento come compenso di una attività, che non è stata svolta, e nemmeno di indennità, se tale termine debba valere come risarcimento di un danno in qualche modo imputabile al datore di lavoro” (*Trattato di Diritto del Lavoro. Il Rapporto di Lavoro e le sue Vicende*, Utet, vol. 3, 1969, p. 540). Sobre o tema, v. também Giuseppe PERA, *Compendio di Diritto del Lavoro*, 5.^a ed., Giuffrè Editore, 2000, p. 230, GIUDICE, MARIANI e IZZO, *Diritto cit.*, p. 410, e GALANTINO, *Diritto cit.*, p. 345. V. ainda GRANDI, *La retribuzione cit.*, pp. 298 e ss. Cfr. com o já indicado *supra*, n. 515.

⁵³⁷ Ali se dispendo que, “nei contratti con prestazioni corrispettive, la parte liberata per la sopravvenuta impossibilità della prestazione dovuta non può chiedere la controprestazione, e deve restituire quella che abbia già ricevuta, secondo le norme relative alla ripetizione dell'indebito”.

⁵³⁸ MAZZONI, *Manuale cit.*, p. 734, n. 3, com indicações jurisprudenciais. Dando nota das derrogações operadas ao previsto, em geral, nos arts. 1463 e 1464 do CCit., v. LOMBARDI, *La risoluzione cit.*, p. 388.

⁵³⁹ MAZZONI, *Manuale cit.*, p. 741, GIUDICE, MARIANI e IZZO, *Diritto cit.*, p. 413, e GALANTINO, *Diritto cit.*, p. 333. Também referindo a suspensão laboral enquanto técnica desviante, no que

Cassazione de 4.7.2001, onde se refere que o art. 2110, 1, do CCit. indica a doença enquanto *fattispecie* legal de impossibilidade temporária da prestação laboral, referente à pessoa do trabalhador, fazendo recair sobre o empregador o risco da perda da contraprestação, atento o direito do trabalhador ao correspondente “*trattamento economico*”^{540/541}. A transferência do risco para o empregador teria, pois, concretização na exoneração da prestação de trabalho, no direito a “*trattamento economico*” e na conservação do posto de trabalho, por determinado período⁵⁴².

b) Estas hipóteses sugerem novo desvio a uma lógica de perfeita e integral corresponsabilidade, que, no Direito italiano e quanto ao contrato de trabalho, decorreria do disposto no art. 2094 do CCit.⁵⁴³: a retribuição é assumida como contrapartida do trabalho prestado, pressuposta a aplicação do princípio da pós-numeração⁵⁴⁴ e leitura estrita de uma tal corresponsabilidade ditaria que o trabalhador mantivesse o direito à contraprestação tão-só se tivesse (efectivamente) trabalhado⁵⁴⁵. Entre as razões para as excepções verificadas, ressalta, todavia, a tutela do trabalhador e a importância que para este reveste a percepção daqueles valores. É, aliás, o desequilíbrio que caracteriza o contrato de trabalho que justifica que Lorenzo ZOPPOLI anote que a classificação do contrato de

respeita aos princípios gerais acolhidos nos arts. 1256 e 1463 do CCit., v. TREU, “Italy ...” cit., p. 93.

⁵⁴⁰ Decisão n. 9037: “*l'incidenza delle assenze per malattia del lavoratore subordinato, sia unica che ininterrotta che intermittente e ripetuta, è regolata unicamente dal disposto dell'art. 2110 c.c., che prevede determinati eventi come cause legittimamente impeditive della prestazione lavorativa, sottraendole quindi alla disciplina generale in materia di contratti (art. 1256 e 1464 c.c.) nonché al regime limitativo della facoltà di recesso del datore di lavoro*”. Adiante se referindo que “*in particolare, il comma 1 della detta norma riversa sul datore di lavoro il rischio della perdita della controprestazione, con il conseguenziale diritto del lavoratore al relativo trattamento economico*”. Dando nota do entendimento jurisprudencial inicial, que rejeitava qualificar os valores pagos pelo empregador como retribuição e referindo a orientação subsequente, que tende a assumir esta qualificação, v. AA.VV., *Il Rapporto di Lavoro Privato Subordinato*, I, t. 2, *Le Fonti Normative, La Nozione del Rapporto di Lavoro Subordinato, Gli Obblighi del Lavoratore e del Datore di Lavoro* (coord. Renato Ricci e Franco Saffirio), Utet, 1981, pp. 659 e ss.: “*a lungo è stata dibattuta anche la questione concernente la natura del trattamento economico dovuto dal datore al lavoratore ammalato in via esclusiva (impiegati) ovvero in via integrativa (personale non impiegatizio). Sino a qualche anno addietro, l'unanime dottrina e la prevalente giurisprudenza affermavano la natura indennitaria e non retributiva di tali emolumenti [...]. Ultimamente, invece, la giurisprudenza di Cassazione si è uniformemente consolidata su posizioni completamente opposte*” (p. 660). Registrando idêntica orientação, v. Maurizio CINELLI, *I Permessi nelle Vicende del Rapporto di Lavoro*, Franco Angeli, 1984, pp. 219 e ss. Assumindo igualmente a natureza retributiva de tais valores, conforme uma concepção ampla da corresponsabilidade, v. Oronzo MAZZOTTA, *Diritto del Lavoro. Il Rapporto di Lavoro*, 3.^a ed., Giuffrè, 2008, pp. 608-609.

⁵⁴¹ Este montante não tem, todavia, de equivaler à totalidade da retribuição, por todo o “*periodo di comportamento*” (DEL PUNTA, *Diritto cit.*, p. 508).

⁵⁴² ICHINO, *Il contratto cit.*, p. 67. Na ausência do art. 2110 do CCit., o Autor considera que idêntico resultado sempre decorreria do disposto nos arts. 36 e 38 da Constituição italiana (p. 69).

⁵⁴³ Que tem por epígrafe “*Prestatore di lavoro subordinato*”.

⁵⁴⁴ DEL PUNTA, *Diritto cit.*, p. 449.

⁵⁴⁵ DEL PUNTA, *Diritto cit.*, p. 449.

trabalho entre os contratos de troca, de prestações correspectivas, seria já há longo tempo “più un portato delle prime elaborazioni teoriche della materia che il frutto di un’adeguata considerazione della funzione e dell’attuale regolamentazione del contratto, del rapporto di lavoro e, in particolare, dell’obbligazione retributiva”⁵⁴⁶, o que legitimaria afirmar que, mais do que outros remédios sinalagmáticos, a impossibilidade superveniente acentuaria a especialidade do contrato de trabalho, entre os contratos de troca⁵⁴⁷: a doutrina procura, pois, justificar, por diferentes vias, os desvios à correspectividade e os traços de solidariedade, típicos deste vínculo. Entre os argumentos adiantados, não raras vezes sobrepostos, é assinalado que os pagamentos mantidos a cargo do empregador, sem correspectivo, resultariam de valoração mais abrangente, quase sempre pressuposta: o prejuízo inerente àquele específico encargo seria compensado por maior vantagem noutra âmbito ou por melhor desempenho de um outro trabalhador⁵⁴⁸. Concorrem, porém – a par do intenso debate e das diversas construções que, a este propósito, se perfilam⁵⁴⁹ – outras justificações⁵⁵⁰: desde logo, a maior predisposição do empregador para enfrentar entraves supervenientes ao programado. Afecta a respectiva força de trabalho ao empregador, o trabalhador descartaria o risco de inviabilização futura do trabalho⁵⁵¹; se a invocação de um tal argumento se afigura mais linear no que respeita à inutilização do trabalho por razões que respeitam ao empregador e à estrutura organizativa, a doutrina convoca ainda, não raras vezes, idêntico princípio quando a inviabilização da actividade laboral resulta de motivos referentes ao trabalhador. A maior propensão do empregador para o risco seria decorrência da sua possível *diluição*, atenta a

⁵⁴⁶ La Corrispettività nel Contratto di Lavoro, Edizioni Scientifiche Italiane, 1991, p. 39.

⁵⁴⁷ Cinzia BALLETTI, “La Risoluzione per Impossibilità Sopravvenuta”, *I Contratti in Generale* (org. Paolo Cendon), vol. 13, UTET, 2000, pp. 483-518, p. 505.

⁵⁴⁸ *Il Contratto di Lavoro nel Diritto Positivo Italiano*, vol. 1, 2.^a ed., Società Editrice Libreria, 1915, p. 109 e ss.

⁵⁴⁹ Não se apresentam agora as diversas leituras doutrinárias acolhidas a este propósito. Para uma tal análise, v. Riccardo Del PUNTA, “La Sospensione del Rapporto di Lavoro. Malattia, Infortunio, Maternità, Servizio Militare”, *Il Codice Civile. Commentario* (dir. Piero Schlesinger), Giuffrè Editore, 1992, pp. 397 e ss. Quanto à origem histórica do tema da “corrispettività”, v. pp. 412 e ss.

⁵⁵⁰ V. Frank KNIGHT, *Risk, Uncertainty and Profit*, Hart, Schaffner & Marx, Houghton Mifflin Co., 1921, disponível em <<http://www.econlib.org/library/Knight/knRUP1.html>>. Quanto à distinção entre “risco” e “incerteza”, v. Parte 3, Capítulo 7.

⁵⁵¹ Conforme Flavio Vincenzo PONTE, “all’uopo la teoria della propensione al rischio, elaborata da Knight, ben coglie le peculiarità del rapporto di lavoro e dei protagonisti dello stesso nonché degli interessi in gioco: in un modo in cui vi è profonda incertezza circa le potenziali sopravvenienze negative, i soggetti si distinguono in propensi (o neutrali) al rischio ed avversi al rischio; i primi – datori di lavoro – non temono le citate negatività e si sobbarcano i costi ed i rischi derivanti dallo svolgimento dell’attività di impresa, i secondi – lavoratori dipendenti – non sono disposti a tanto e, dunque, preferiscono rinunciare a più alti margini di guadagno pur di ottenere stabilità económica e serenità da colui a favore del quale mettono a disposizione le proprie energie lavorative; qu’est’ultimo, in cambio, dovrà sollevare il lavoratore da tutti i rischi inerenti alla gestione d’impresa o all’andamento di mercato” (“La Valutazione dei Costi nel Licenziamento per Giustificato Motivo Oggettivo: Apertura alla Teoria della «Perdita Attesa» e Valutazione Giudiziale della sua Sostenibilità”, *Lavoro Previdenza. Osservatorio di Diritto del Lavoro e della Previdenza Sociale*, 2004, disponível em <http://www.lavoroprevidenza.com/stampa_articolo.asp?id=1968>).

pluralidade de compromissos laborais encetados. Uma tal solução quanto à alocação do risco seria, na verdade, ainda tributária da dinâmica própria dos contratos duradouros⁵⁵²: a parte menos propensa ao risco prescindiria espontaneamente de rendimento mais elevado, em troca de maior segurança e estabilidade⁵⁵³. A distorção do modelo surge, porém, quando tal acréscimo de tutela promove práticas menos eficientes – sendo, neste contexto, importadas referências ao “*moral hazard*”⁵⁵⁴. Na teoria económica, o “risco moral” reflete o comportamento de agente económico que, ao associar uma garantia à realização da sua actividade, reduz o empenho e cuidado que, *não fora tal cobertura*, dedicaria à execução. Nesta perspectiva, aquela garantia seria promotora de um comportamento (mais) destemido e imprudente⁵⁵⁵. Assim sucederia, por exemplo, com o proprietário de dado objecto, que se torna menos zeloso quanto à sua guarda, uma vez celebrado contrato de seguro – aumentando, por esta forma, o risco de furto. Um tal comportamento seria, pois, causa de *ineficiência*, maximizando o custo da cobertura, prejudicial a agentes mais cautelosos – o fenómeno designado “*adverse selection*”. Acresce que, no âmbito específico do “*job matching*”⁵⁵⁶, a tendencial assimetria informativa entre a parte protegida pelo risco e a contraparte, que assume a cobertura, acentuaria tal fenómeno (de “*selecção adversa*”)⁵⁵⁷: no momento da contratação, nem sempre se dispõe de pleno

⁵⁵² Assim se alcançando, espontaneamente, situação óptima em que o empregador, com superior capacidade para assumir o risco, adquire a prestação laboral a um custo complexo inferior àquele que, noutras circunstâncias, lhe caberia suportar, conferindo, todavia, aos trabalhadores, em contrapartida, segurança adicional (ICHINO, *Il contratto cit.*, pp. 373 e 438-441).

⁵⁵³ ICHINO, *Il contratto cit.*, pp. 372-373. PALMA RAMALHO explica a dinâmica própria do contrato, por via de uma lógica de reequilíbrio de poderes. Na perspectiva do trabalhador, este “prefere celebrar um contrato de trabalho, em que se coloca numa posição jurídica de subordinação perante o credor, que é especialmente gravosa do ponto de vista da sujeição disciplinar, em troca da maior segurança económica que lhe é dada pelo dever de remuneração ampla do empregador e pelo princípio geral da estabilidade de emprego – ele coloca-se, deste modo, numa situação de desvantagem no contrato, mas fá-lo, consciente e voluntariamente, pela maior solidez que esse contrato lhe oferece perante a alternativa do trabalho independente”. Por sua vez, o empregador “compensa os maiores encargos patrimoniais e as responsabilidades pessoais acrescidas que para ele decorrem do contrato de trabalho com a vantagem de dispor de uma posição de grande eficácia e celeridade – é o poder disciplinar” (*Tratado cit.*, II, p. 792).

⁵⁵⁴ Cfr. o apelo a tais referências em contexto laboral, em ICHINO, *Il contratto cit.*, pp. 371 e ss.

⁵⁵⁵ No contexto específico dos contratos de distribuição e de modo a combater os comportamentos referidos no texto, FERREIRA PINTO nota que importa promover, na medida do possível, que as partes unam “esforços no sentido de maximizar os proveitos conjuntos, devendo também conter salvaguardas capazes de dar resposta adequada às perspectivas de oportunismo” (*Contratos cit.*, p. 195).

⁵⁵⁶ Ou seja, “o processo através do qual se tenta ajustar trabalhadores heterogéneos a empregos heterogéneos – seja descobrindo aqueles que têm as aptidões requeridas, seja incutindo essas aptidões através da formação profissional [...]” (FERNANDO ARAÚJO, *Teoria cit.*, p. 973).

⁵⁵⁷ FERNANDO ARAÚJO explica o fenómeno, em termos gerais: “aquele que procura uma solução contratual, ignorando as características dos potenciais parceiros e as intenções deles (que para ele são «*experience goods*», insusceptíveis de revelarem as características senão *ex post*), oferece condições contratuais medianas que afastam os melhores parceiros potenciais – aqueles que, conhecendo as suas próprias características e julgando-se acima da mediana, consideram desvantajosas as condições propostas”. Certo é, porém, que “as condições iniciais já não são

conhecimento do perfil da contraparte – de outro modo, não se contrataria com quem vem a revelar comportamentos menos cautelosos ou menos diligentes. Esta lógica encontraria concretizações várias no contrato de trabalho: assumindo que os trabalhadores se encontram, em regra, escudados da incerteza ou risco inerente à actividade a prestar, o empregador assumiria o “risco moral”⁵⁵⁸, garantindo a subsistência do vínculo perante factos supervenientes, que não pode antever, ainda que relacionados com o trabalhador⁵⁵⁹. A “assimetria informativa” – enquanto capacidade de influir na decisão da contraparte, gerindo a partilha de informação de índole pessoal e omitindo ou empolando, conforme as situações, certos dados⁵⁶⁰ – seria, neste contexto, particularmente evidente: no momento da contratação, o empregador dispõe, em regra, de informação limitada quanto ao trabalhador, sobretudo no que respeita às suas qualidades pessoais, desempenho individual, grau de diligência e produtividade, capacidade de adaptação e de progressão, propensão para a ausência e projectos familiares⁵⁶¹. Daí que, frequentemente, as escolhas privilegiem candidatos que aparentam menor risco – assim se induzindo, não raras vezes, a preferências na selecção que em muito se afastam de uma valoração objectiva das capacidades dos candidatos para o desempenho das funções, o que tem justificado intervenções legais que procuram travar práticas discriminatórias⁵⁶². Atendendo à concorrência entre candidatos a emprego e às distorções assim introduzidas, ICHINO constata que a inevitável assimetria informativa entre empregador e trabalhador sobre as

medianas para a «metade pior» que subsiste, e isso aconselhará uma degradação das condições contratuais oferecidas, e assim sucessivamente, até por fim as condições serem aceitáveis apenas pelo pior dos potenciais parceiros contratuais, o último com quem inicialmente haveria a intenção de contratar” (*Teoria cit.*, p. 285).

⁵⁵⁸ Concretizando tal fenómeno no contrato de seguro, FERNANDO ARAÚJO nota que “o risco moral pode parecer a atitude racional para o segurado, mas *de cada vez que ele age com risco moral* (por exemplo, empolando a dimensão de um sinistro apenas porque sabe que a seguradora é incapaz de verificar perfeitamente a participação do sinistro) ele *degrada as condições de cobertura para todos os segurados* (e também para ele), obrigando as seguradoras a agravarem os prémios, ou em alternativa a recorrerem a soluções de salvaguarda: de limitação de coberturas, de segmentação e de racionamento, de estabelecimento de co-pagamentos e de franquias, de períodos de carência, etc.” (*Teoria cit.*, p. 288, com itálico nosso).

⁵⁵⁹ Conforme o mesmo princípio, dir-se-á, embora noutra dimensão, que a garantia de retribuição, independente dos resultados, potencia conduta de menor investimento e diligência do que em caso de parcela remuneratória associada aos objectivos alcançados (ICHINO, *Il contratto cit.*, p. 373).

⁵⁶⁰ Cf. FERNANDO ARAÚJO, em referência específica ao contrato de trabalho, que elege como “o exemplo mais rematado do paradigma do «contrato incompleto» [...]” (*Teoria cit.*, pp. 281 e ss.).

⁵⁶¹ ICHINO, *Il contratto cit.*, p. 373. V. ainda LOBO XAVIER, a respeito do vínculo laboral: “são sempre incógnitos factos importantes: o comportamento dos mercados, a prosperidade da empresa e a sua configuração”, mas também, relativamente ao trabalhador, “a adaptabilidade [...] às tarefas, o seu empenhamento e desempenho, a inserção nas equipas, a saúde e a doença, a maternidade e outras circunstâncias familiares, sendo certo que ambos os contraentes pretendem evitar «custos de transação» e «comportamentos oportunistas» da outra parte e, portanto, perseverar na estabilidade da relação contratual [...]” (*Manual cit.*, p. 319).

⁵⁶² Em sentido inverso, a assimetria informativa verificar-se-ia de forma menos evidente: as características do empregador, *maxime* quando associadas à estrutura empresarial, tornariam a informação mais facilmente acessível (ICHINO, *Il contratto cit.*, p. 373, n. 2).

qualidades deste último e o “*moral hazard*” fariam com que, num mercado de trabalho deixado a si mesmo, a negociação individual tendesse a produzir efeito contrário a uma repartição óptima do risco e dos custos⁵⁶³.

Perfilam-se, todavia, outras construções que procuram enquadrar a “correspectividade desviante”, aqui apontada: admitida uma concretização, também no domínio laboral, da correspectividade própria dos contratos de troca, haveria tão-só que procurar, para cada ressalva, motivação adequada, em detrimento de justificação abrangente. Assim, por exemplo, na retribuição por férias e feriados, aquele nexos manter-se-ia intacto – atento o carácter obrigatório e previsível de tais ausências, os valores pagos constituiriam correspectivo antecipado ou diferido da prestação de trabalho⁵⁶⁴; raciocínio idêntico não seria, todavia, transponível para a suspensão laboral referente ao trabalhador e outras ausências justificadas ao trabalho, em que seria (tão-só) a tutela de interesses do trabalhador que resultaria sobreposta à estrita lógica contratual. Existe ainda quem sustente que a subsistência, nestes casos, do pagamento de certos montantes, a cargo do empregador, não traduziria sequer desvio às regras civilísticas, na medida em que não revestiriam carácter retributivo – por não emergirem do vínculo laboral –, antes resultando de vínculo previdencial⁵⁶⁵ e compensando o trabalhador pela perda da retribuição no período de ausência⁵⁶⁶. Noutra leitura, assente a distinção entre sinalagma genético e funcional⁵⁶⁷, é acentuada a relevância do primeiro no vínculo de trabalho: fonte da obrigação retributiva seria, na ausência da actividade do trabalhador, (a subsistência d) o contrato de trabalho. Em tais casos, o nexos de correspectividade (intacto) resultaria (ainda) do acordo constitutivo,

⁵⁶³ *Il contratto cit.*, p. 374.

⁵⁶⁴ Em sentido próximo, LOBO XAVIER, *Manual cit.*, p. 619. Também Sónia PRETO alerta que “as parcelas retributivas não se reportam apenas ao trabalho prestado ou à disponibilidade. Efectivamente, a retribuição traduz a realidade complexa da contrapartida patrimonial devida pela subsistência da relação laboral, constituindo o seu aspecto principal, e que reflecte a *imperfeição do sinalagma do contrato subjacente* e traduz o equilíbrio possível na sua execução” (“Alguns Aspectos da Retribuição: Os Subsídios Anuais (Subsídio de Férias, de Natal e de Balanço”, RDES, ano 54, 2013, n.º 4, pp. 57-116, p. 99, *itálico nosso*). Já ZOPPOLI considera não dever considerar-se correspectivo um valor que assume, por período de referência, um tempo em que a prestação de trabalho é *ex lege* impossível (*La corrispettività cit.*, p. 109).

⁵⁶⁵ LAVAGNINI, *La sospensione cit.*, p. 116.

⁵⁶⁶ Em referência à doutrina italiana, admitindo que tais valores revistam – ainda que qualificados de “retributivos” – natureza indemnizatória, v. RIVAS VALLEJO, *La suspensión cit.*, p. 85. E reflectindo, mais amplamente, sobre a vinculação do empregador a tais pagamentos, noutros ordenamentos (v.g., o alemão), questiona: “*ahora bien: se trata realmente de la conservación del salario o de su sustitución por otra figura, de naturaleza indemnizatoria?*”. Concluindo que, nessas circunstâncias – ausências prolongadas respeitantes ao trabalhador, como em caso de doença –, “*la obligación impuesta al empresario – cuando así suceda – es de otra naturaleza, no salarial*” (*La suspensión cit.*, p. 89).

⁵⁶⁷ Para tal destriça, v. MANUEL DE ANDRADE, *Teoria cit.*, p. 334. CORRADO assinala: “*la dottrina suole distinguere un sinallagma genetico inerente al contenuto di certi contratti, caratterizzati dalla causa di scambio, e un sinalagma funzionale, che di riflesso riguarda le obbligazioni rispettive attraverso le quali la causa di scambio dovrà essere realizzata*” (*Trattato cit.*, p. 509).

atenta a reciprocidade genética das prestações^{568/569}. É também referido que a correspectividade laboral divergiria do enquadramento civilístico tão-só se o nexó sinalagmático surgisse como princípio absoluto e, nessa medida, insusceptível de derrogação ou adaptação⁵⁷⁰; não sendo, contudo, assim, seria adequado concluir que, embora com traços próprios, a correspectividade seria, também aqui, mantida⁵⁷¹. Há, por fim, quem rejeite transpor o rigor do sinalagma civilístico e reexamine a estrutura da obrigação retributiva, distinguindo entre *obrigação correspectiva* em sentido estrito – contrapartida do trabalho prestado –, e *obrigação social*, que, em tutela do trabalhador, transcenderia o plano estritamente contratual⁵⁷².

Seja como for, parece claro que tais pagamentos sempre assumem, para lá da sua função típica – de correspectivo *stricto sensu* –, desígnio mais abrangente, em atenção a interesses merecedores de especial tutela: e tal duplicidade seria, para DEL PUNTA, em última análise, ainda reconduzível à norma constitucional enquadradora da retribuição⁵⁷³. É certo que o pagamento de determinados montantes no tempo de inexecução contratual surge, com frequência, como fonte de reservas à qualificação do contrato de trabalho como contrato de troca. Admitimos, porém, tal qualificativo se com isso não se prescindir do registo teórico que acompanha a evolução do vínculo laboral e as especificidades que lhe são inerentes, legitimando aplicação adaptada das normas civilísticas relativas ao sinalagma e

⁵⁶⁸ V. Pietro ICHINO, *Il Tempo della Prestazione nel Rapporto di Lavoro*, vol. 1, Giuffrè Editore, 1984, pp. 71 e ss. Reflectindo igualmente sobre um tal enquadramento, v. DEL PUNTA, “La sospensione...” cit., pp. 444 e ss. Conforme uma tal construção, “*si può concludere, quindi, che il datore di lavoro deve al lavoratore malato un trattamento economico [...] non tanto perché l’art. 2110 deroga alla regola dell’art. 1463, ma perché è geneticamente previsto che, ricorrendo l’ipotesi da esso contemplata, il lavoratore abbia diritto al suddetto trattamento malgrado l’inesecuzione della prestazione*” (p. 448).

⁵⁶⁹ Entre nós, LOBO XAVIER assinala, todavia, a necessidade de perspectivar a correspectividade em termos flexíveis e abrangentes, por referência à globalidade do contrato e não tanto a cada momento da execução: “esta ideia de contrapartida arrisca-se a ser mal interpretada se se considerar que a retribuição está fatalmente ligada ao exercício quotidiano e efectivo do serviço, isto é, ao desempenho concreto do trabalho” (“Introdução ...” cit., p. 83).

⁵⁷⁰ Tais soluções pontuais não constituiriam, pois, derrogação, encontrando justificação na exigência de particular tutela de interesses pessoais do trabalhador.

⁵⁷¹ Assim, Tiziano TREU, *Onerosità e Corrispettività nel Rapporti di Lavoro*, Giuffrè Editore, 1968, pp. 195 e ss. Este Autor rejeita natureza compensatória aos valores pagos pelo empregador em razão do disposto nos arts. 2110 e 2111 do CCit., afectando-lhes natureza retributiva. Em reflexão crítica à construção de TREU, v. DEL PUNTA, “La sospensione ...” cit., pp. 440 e ss.

⁵⁷² Expondo tal distinção, v. ZOPPOLI, *La corresponsività cit.*, pp. 199 e ss. V. ainda GRANDI, *La retribuzione cit.*, pp. 298 e ss.

⁵⁷³ *Diritto cit.*, p. 450. Cf. art. 36, § 1, da Constituição italiana, “*il lavoratore ha diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un’esistenza libera e dignitosa*”. Para ICHINO, nos casos em que por força da lei ou da contratação colectiva o empregador se encontre vinculado ao pagamento de determinados valores no período suspensivo – referindo-se especificamente a hipótese de doença –, os mesmos revestem natureza retributiva (*Il contratto cit.*, p. 69). Este entendimento é subscrito por GRANDI, *La retribuzione cit.*, pp. 301 e ss., que atesta: “*è stato cioè abbondantemente superato quell’orientamento, di provenienza anche giurisprudenziale, che attribuiva alle somme considerate natura indennitaria o risarcitoria*” (pp. 299-300).

justificando menção, agora, a um sinalagma imperfeito⁵⁷⁴. Não cremos, sequer, que tal convoque qualquer crise contratual: associamos esta medida a outras tantas, presentes noutros contratos, que atendem, quando necessário, à posição de uma das partes, reajustando o equilíbrio inicial⁵⁷⁵ – conformação que resulta acentuada no domínio laboral, considerados os valores em jogo. Assim se legitimando não só a subtracção às partes de plena autonomia de autoregulação – *v.g.*, atendendo à fixação de normas mínimas de protecção – como a limitação de aplicação integral e não depurada da disciplina geral dos contratos; ao que acresce o enquadramento reservado à tutela da personalidade do trabalhador e que se manifesta também na subsistência do pagamento de determinados valores ao trabalhador, em dadas circunstâncias, não obstante a ausência de trabalho, tal qual, entre nós, nas situações de faltas justificadas que não determinam a perda de retribuição. Dir-se-á, pois, que o vínculo de trabalho subsiste como contrato de prestações correspectivas cujo carácter sinalagmático, embora atenuado, é sempre identificável: a interdependência pressuposta no art. 11.º do CT, ainda que não absoluta, legitima o enquadramento do contrato de trabalho entre os contratos com função de troca; há que considerar apenas que a tal escopo acrescem função económico-social e dimensão organizativa, não menos importantes. Assim, não só o trabalho é executado no contexto mais abrangente da organização produtiva, tal como delimitada pelo empregador, tendo em vista um resultado útil; havendo ainda que atender às marcas de pessoalidade, que reflectem traços especiais do vínculo de trabalho, que importa não descurar. E é à luz desta concepção (dupla) que se impõe equacionar o sentido das obrigações principais das partes e o alargamento do dever remuneratório, para lá do tempo efectivamente trabalhado, assim se justificando intervenção heterónoma, que realoque parte relevante do risco ao empregador⁵⁷⁶ – o que, entre nós, se manifesta, sobretudo, na imposição da subsistência do vínculo, em caso de ausência prolongada, por factos referentes ao trabalhador. No entanto, fora os casos pontualmente assinalados (*v.g.*, faltas justificadas), rejeitámos natureza retributiva aos valores pagos pelo empregador durante a suspensão⁵⁷⁷, resultando por esta forma atenuada a necessidade de referências mais desenvolvidas a uma lógica desviante, no plano do sinalagma contratual.

IX. Certo, contudo, que para lá da retribuição – subsistente ou não, conforme os casos –, há que considerar outras decorrências da suspensão que atendem também à sobrevivência do contrato, sem prejuízo da paralisação da actividade do trabalhador, reflectindo ainda a capacidade de acomodação do vínculo, por meio da suspensão.

⁵⁷⁴ *V. supra*, n. 488.

⁵⁷⁵ Traço, aliás, característico de vínculo duradouro.

⁵⁷⁶ ICHINO, *Il contratto cit.*, p. 374.

⁵⁷⁷ Salvo na suspensão por factos respeitantes ao empregador, que obedece a lógica distinta (*v. infra* Parte II, Capítulo I, Secção IV).

a) Em acórdão de 30.4.2014⁵⁷⁸, o STJ pronunciou-se sobre os reflexos da suspensão na progressão na carreira⁵⁷⁹, sempre que dependente de um mínimo de assiduidade e de avaliação de desempenho. Estava, no essencial, em causa aferir em que medida seria adequado ficcionar (e em que termos) tais requisitos (assiduidade e desempenho), não obstante a ausência do trabalhador. Decidiu, a tal propósito, nos termos seguintes:

– “Na lei laboral ordinária *inexiste qualquer norma que imponha aos empregadores o estabelecimento de regras de progressão na carreira dos trabalhadores*, sendo o seu dimensionamento e consagração, em princípio, objeto de regulamentação coletiva” (Sumário, II)⁵⁸⁰;

– “Respeita o princípio da proporcionalidade a norma constante do AE TAP/AA que, reconhecendo embora ao trabalhador o *direito à progressão na carreira e à evolução na linha técnica*, subordina-o a *critérios de mérito, antiguidade e de efetividade*, reconhecendo-se como determinante a *experiência do trabalhador na função*” (Sumário, III)⁵⁸¹;

– “A lei fundamental impõe que a lei ordinária crie condições adequadas ao exercício de funções sindicais e à sua proteção; todavia, dentro dessas formas de proteção *não se enquadra a da progressão na carreira*, donde não é por via do estabelecimento, pela contratação coletiva, de regras que, *para essa progressão*, pressupõem o *efetivo exercício de funções* – a par da *avaliação do mérito* – que o direito sindical previsto no artigo 55.º, n.º 6, da Constituição da República Portuguesa, é afetado ou violado” (Sumário IV)⁵⁸².

b) No que respeita às disposições gerais que enquadram a suspensão laboral, foram, neste âmbito, convocados os arts. 295.º, n.os 1 e 4, e 296.º, n.os 1 e 5. Ao crivo do STJ foi submetida a avaliação de duas cláusulas de convenção colectiva⁵⁸³ que condicionavam a evolução salarial e na carreira a vários factores, entre os quais, um limite máximo anual de doze dias por ano de ausências ao trabalho, ainda que justificadas – *i.e.*, a um mínimo de assiduidade⁵⁸⁴ –, e a avaliação de desempenho⁵⁸⁵. Era, todavia, previsto um

⁵⁷⁸ Proc. n.º 3230/11.6TTLSB.S1 (MELO LIMA), também publicado no DR, 1.ª série, n.º 105, de 2.6.2014, pp. 3028-3041.

⁵⁷⁹ Quanto às variantes da noção de carreira, v. António Nunes de CARVALHO, *Das Carreiras Profissionais no Direito do Trabalho. Notas para o Estudo do Caso Português*, dissert., policop., inédito, UCP, 1990, pp. 54 e ss., concluindo que a carreira profissional corresponde à “evolução da posição jurídica do trabalhador numa relação de trabalho que se desenvolve no seio de dada organização” (p. 64).

⁵⁸⁰ Com itálico nosso. A este propósito, v. ainda acórdão da RL, de 14.2.1990, Proc. n.º 0047404 (NUNO ALVIM).

⁵⁸¹ Itálico nosso.

⁵⁸² A este propósito, v. Rita Canas da SILVA, “Breves Notas ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 30.4.2014: Ausências Justificadas e Prestação Efectiva de Trabalho”, *Estudos Dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier*, vol. 1, UCE, 2015, pp. 303-339.

⁵⁸³ Em concreto, as cláusulas 17.ª, n.º 1, a), n.º 2, d) e e), e 18.ª, n.º 3, do Acordo de Empresa celebrado entre a TAP – Air Portugal, S.A. e o SITEMA – Sindicato dos Técnicos de Manutenção de Aeronaves, publicado no BTE n.º 44, de 29.11.1995.

⁵⁸⁴ Dispunha o n.º 1, a), da cláusula 17.ª que “a evolução nas posições salariais e na carreira não terá lugar se se verificar qualquer das seguintes situações: total de faltas seguidas ou interpoladas, durante o

elenco de hipóteses em que se considerava que, para aquele efeito específico, a *ausência* deveria ser assimilada a *comparência*, não obstante, por conseguinte, à referida progressão⁵⁸⁶. Havia, porém, que considerar a adequação de tal elenco:

– Ao excluir da equiparação certas ausências, em especial, as motivadas por assistência a membros do agregado familiar: apenas se prevendo esta equivalência a respeito de ausência por “*licença de maternidade, de paternidade ou de adoção*”⁵⁸⁷, era questionada a conformidade de uma tal solução não só com o disposto no art. 255.º, n.º 3, do CT – perante a assimilação legal desta hipótese a “*prestação efectiva de trabalho*”⁵⁸⁸ –, mas também com o previsto no art. 59.º, n.º 1, b), da CRP, considerada a relevância afecta à conciliação da vida familiar e profissional⁵⁸⁹;

– Atendendo a que o regime de avaliação assim previsto prejudicava aqueles que desempenhassem, em exclusivo, funções em estruturas de representação colectiva, já que esta ocupação inviabilizava que tais trabalhadores fossem objeto de avaliação⁵⁹⁰ – sendo questionada a conformidade de uma tal solução com o disposto nos arts. 294.º e 295.º do CT e nos arts. 54.º e 55.º da CRP⁵⁹¹.

Em qualquer das hipóteses, o tema convocava adequada conformação dos interesses conflitantes das partes (trabalhador e empregador) – frequente, no âmbito do normal desenvolvimento do contrato de trabalho. O STJ viria, porém, a concluir que nenhuma das referidas cláusulas suscitava reservas legais ou constitucionais.

c) À luz deste acórdão, importa, pois, verificar em que medida a ausência do trabalhador poderia, para os efeitos em escrutínio, afectar a sua posição jurídica, uma vez condicionada pela assiduidade/prestação efectiva de trabalho. Por tratar de temática que interfere com a aqui discutida, cremos frutuoso cruzar este tema com as leituras sustentadas a respeito de norma que vigorou entre o CT 2003 e a Lei n.º 23/2012, de

período de permanência na posição salarial, para além do limite global correspondente a 12 dias por cada ano de permanência na requerida”.

⁵⁸⁵ Cf. cláusula 18.ª, n.º 3.

⁵⁸⁶ Conforme o n.º 2 da cláusula 17.ª, “*para a falta de assiduidade referida na alínea a) do número anterior não contam as ausências por motivo de: a) férias; b) acidente de trabalho; c) doença profissional; d) licença de maternidade, de paternidade ou de adoção; e) doença para além de 10 dias consecutivos e até ao limite máximo de 50 dias também consecutivos; f) casamento ou nojo; g) cumprimento de obrigações legais impreteríveis e que não possa ter lugar fora dos períodos normais de trabalho; h) estatuto de trabalhador-estudante, até aos limites consagrados na lei; i) exercício de funções sindicais ou na Comissão de Trabalhadores, por membros dos corpos gerentes do SITEMA, delegados sindicais e membros da Comissão de Trabalhadores, dentro dos limites de tempo atribuídos por lei ou por decisão da empresa*”.

⁵⁸⁷ Cf. cláusula 17.ª, n.º 2, d).

⁵⁸⁸ Ali se dispondo que “*a falta prevista no artigo 252.º*” – disposição reservada às faltas para assistência a membro do agregado familiar – “*é considerada como prestação efectiva de trabalho*”.

⁵⁸⁹ Onde se prevê que “*todos os trabalhadores, sem distinção de idade, sexo, raça, cidadania, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, têm direito a organização do trabalho em condições socialmente dignificantes, de forma a facultar a realização pessoal e a permitir a conciliação da actividade profissional com a vida familiar*”.

⁵⁹⁰ Estava em causa o previsto na cláusula 18.ª, n.º 3.

⁵⁹¹ Que têm por epígrafes “Comissões de trabalhadores” e “Liberdade sindical”.

25.6⁵⁹², dispondo sobre os reflexos de ausências do trabalhador no cômputo da assiduidade relevante para o reconhecimento de dias de férias adicionais. Admitimos, na verdade, que as divergências suscitadas a tal propósito contribuam para melhor compreender determinados efeitos associados às ausências ao trabalho.

O art. 213.º, n.º 3, do CT 2003 introduziu, entre nós, a possibilidade de aumento do período anual de férias por efeito da assiduidade do trabalhador⁵⁹³ até um máximo de vinte e cinco dias úteis por ano⁵⁹⁴, dispondo que a *“duração do período de férias é aumentada no caso de o trabalhador não ter faltado ou na eventualidade de ter apenas faltas justificadas, no ano a que as férias se reportam, nos seguintes termos: a) Três dias de férias até ao máximo de uma falta ou dois meios dias; b) Dois dias de férias até ao máximo de duas faltas ou quatro meios dias; c) Um dia de férias até ao máximo de três faltas ou seis meios dias”*. Por sua vez, o n.º 4 assimilava a *“faltas”* (referidas no n.º 3) *“os dias de suspensão do contrato de trabalho por facto respeitante ao trabalhador”*⁵⁹⁵. Para lá destes casos, ficava, porém, por determinar o enquadramento a afectar a outras ausências justificadas – licenças, dispensas, crédito de horas, etc.: para a majoração das férias, deveriam ser equiparadas a comparência ou acompanhar o regime previsto nos n.ºs 3 e 4 do art. 213.º? Deveria entender-se que o legislador, ao promover a extensão (cf. n.º 4) do regime reservado, no n.º 3, à suspensão por facto respeitante ao trabalhador, pretendeu (tão-só) clarificar a tendencial equiparação faltas justificadas/suspensão por factos respeitantes ao trabalhador?⁵⁹⁶

d) Conforme dada leitura, dos n.ºs 3 e 4 do art. 213.º do CT 2003 e da equiparação assim promovida (faltas/suspensão) havia que extrair um princípio geral, aplicável a todas as ausências, salvo norma expressa que dispusesse em contrário e ainda que o regime reservado à ausência estabelecesse equivalência a *“prestação efectiva”*. Nesta linha, LUÍS MIGUEL MONTEIRO entendia que era, em tais casos, acolhida *“equiparação [tão só] jurídica da ausência à não ausência”* e que o efeito previsto no n.º 3 do art. 213.º – não tratando de *“prejudicar a duração das férias por causa da falta de*

⁵⁹² Que reservou nova redacção ao n.º 3 do art. 238.º do CT, revogando o n.º 4 daquela disposição. A Lei n.º 23/2012 foi rectificada pela Declaração n.º 38/2012, de 23.7. O disposto no art. 7.º, n.º 3, da Lei n.º 23/2012 foi declarado inconstitucional pelo acórdão do TC n.º 602/13, de 25.9, Proc. n.º 531/12 (PEDRO MACHETE), rectificado pelo acórdão do TC n.º 635/13, de 1.10.2013, Proc. n.º 531/12 (PEDRO MACHETE). Para uma síntese das alterações introduzidas pela Lei n.º 23/2012 em matéria de férias, feriados e faltas, v. Teresa Teixeira MOTTA, *“Férias, Feriados e Faltas”*, RDES, ano 53, 2010, n.ºs 1-2, pp. 53-63.

⁵⁹³ *“Uma das mais emblemáticas alterações introduzidas pelo CT de 2003 no tocante à duração do período de férias consistiu, como é sabido, no estabelecimento de um regime legal diferenciado em função da maior ou menor assiduidade do trabalhador no ano a que as férias se reportam”* (LEAL AMADO, *Contrato cit.*, p. 281).

⁵⁹⁴ O n.º 1 do art. 213.º do CT 2003 previa que *“o período anual de férias tem a duração mínima de 22 dias úteis”*.

⁵⁹⁵ Quanto aos efeitos da suspensão por impedimento prolongado no direito a férias tinha, então, aplicação o art. 220.º do CT 2003.

⁵⁹⁶ A matéria viria a ser complementada pelo disposto no art. 97.º da Lei n.º 35/2004, de 29.7. No essencial, esta lógica viria a transitar, com alterações, para o CT 2009 (cf. art. 238.º, n.ºs 3 e 4), até à Lei n.º 23/2012, de 25.6.

assiduidade, mas de *premiar* em dias de férias grau elevado de assiduidade” – exigiria algo mais: a “*comparência do trabalhador ao serviço*” e, nesta medida, “*uma prestação de facto*”. Conclui, por isso, que “*as licenças, dispensas e ausências ao serviço, ainda que consideradas como prestação efectiva de serviço, deve[ria]m ser tratadas como faltas justificadas para efeitos de aplicação do n.º 3*”⁵⁹⁷. Mais tarde, o art. 97.º da Lei n.º 35/2004, de 29.7, ao regular os efeitos das licenças por maternidade e por paternidade, viria, no n.º 1, a prever que “*o gozo das licenças por maternidade e paternidade não afecta o aumento da duração do período de férias previsto no n.º 3 do artigo 213.º do Código do Trabalho*”. A necessidade de expressa salvaguarda destes casos reforçava, na verdade, aquela leitura, concluindo-se, *a contrario*, que, nas demais hipóteses, na falta de idêntica ressalva, o aumento de férias seria prejudicado⁵⁹⁸. Embora reconhecendo ser esta a interpretação mais fiel às razões que terão justificado a introdução daquela regra, a conformidade constitucional de uma tal solução era, não raras vezes, questionada, atentos o condicionamento de valores fundamentais do ordenamento e a desconsideração da equiparação (legal) de determinadas ausências a prestação efectiva de trabalho⁵⁹⁹.

⁵⁹⁷ AA.VV., *Código do Trabalho Anotado*, Almedina 2003, p. 352, *itálico* nosso.

⁵⁹⁸ Aquela disposição constituiria, assim, “argumento adicional para se entender que em todos os restantes casos de licenças, dispensas e ausências em que não exista norma semelhante, o respectivo gozo *pode* prejudicar o aumento do período de férias de que trata a norma em anotação” (AA.VV., *Código do Trabalho Anotado*, 4.ª ed., Almedina 2005, p. 404, *itálico* nosso). Diversamente, Catarina de Oliveira CARVALHO sugeria a possibilidade de interpretação extensiva ou de aplicação analógica do art. 97.º da RCT a outros casos que assim o justificassem (“Efeitos das Licenças, Faltas e Dispensas, em Matéria de Protecção da Maternidade e da Paternidade no Acréscimo do Período de Férias”, *QL*, ano 13, 2006, n.º 28, pp. 141-158, pp. 150 e ss.). Acresce que a não assimilação a comparência poderia, quanto a determinadas ausências, pressupostas no regime da parentalidade, concretizar discriminação indirecta em função do género, “por afectar em termos proporcionalmente mais elevados as trabalhadoras, colocando-as numa posição de desvantagem comparativamente com os seus congéneres do sexo masculino” (CATARINA CARVALHO, “Efeitos ...” *cit.*, p. 153). A Autora admite, porém, a verificação, em certos casos, de discriminação directa (*idem*). V. ainda Isabel Ribeiro PARREIRA, “Breves Considerações sobre Alguns Aspectos do Regime do Direito a Férias (Arts. 219.º, 212.º, n.º 4 e 215.º; 213.º, n.º 3, do Código do Trabalho)”, *Memórias do VIII Congresso Nacional de Direito do Trabalho* (coord. António Moreira), Almedina, 2006, pp. 81-114, p. 109, n. 42. A este propósito, a Autora indica “dúvidas acerca da conformação desta regra com os ditames constitucionais de não discriminação em função, *v.g.*, do sexo, da igualdade retributiva ou da protecção do direito à greve” (“O absentismo ...” *cit.*, pp. 317-318, n. 123).

⁵⁹⁹ Assinalando prática discriminatória em termos mais abrangentes, Fausto LEITE refere que “esta diferenciação pode conflitar com o princípio constitucional da igualdade, por carecer de fundamentação razoável, sobretudo, quando estão em causa faltas ou a suspensão do contrato por motivo de doença, acidente laboral ou cumprimento de obrigações legais como, por exemplo, o de comparecer em Tribunal para prestar depoimento” (“Férias, Feriados e Faltas”, *A Reforma do Código do Trabalho*, Coimbra Editora, 2004, pp. 341-347, p. 342). Na mesma linha, Francisco Liberal FERNANDES, “Observações sobre o Regime das Férias”, *Maia Jurídica*, ano 2, 2004, n.º 2, pp. 65-71, pp. 67-68.

e) A este propósito, outros entendimentos se perfilaram⁶⁰⁰. Noutra interpretação, o art. 213.º, n.os 3 e 4, do CT 2003 identificava as ausências que prejudicavam a majoração: faltas injustificadas, faltas justificadas e suspensão por facto respeitante ao trabalhador⁶⁰¹; por conseguinte, as demais ausências aqui não referidas – não se tratando de faltas nem de suspensão por factos respeitantes ao trabalhador – deveriam, por princípio, ser equiparadas a comparência, não havendo que as considerar para os limites indicados no n.º 3. Assim, os casos de suspensão por facto respeitante ao empregador, que manteriam intocável o direito à majoração⁶⁰²; ao que se somariam os créditos de horas, reconhecidos ao trabalhador para procura de trabalho alternativo, no âmbito de despedimentos por razões objectivas⁶⁰³. Conforme esta perspectiva, todas as hipóteses de faltas justificadas deveriam, todavia, por regra – atento o disposto no n.º 3 do art. 213.º do CT 2003 –, prejudicar o acréscimo, não equivalendo, para este efeito específico, a comparência, e assim ainda que expressamente equiparadas a prestação efectiva de serviço. Dúvidas se suscitavam, porém, a respeito de ausências que, embora assimiladas a serviço efectivo, não determinassem perda de quaisquer direitos, inclusivamente retributivos. Nestas situações, JOANA ALMEIDA sugeria a tendencial equiparação a comparência – tal qual previsto, nomeadamente, nas hipóteses reguladas no art. 50.º, n.º 2, do CT 2003 (art. 63.º, n.º 2, do CT 2009)⁶⁰⁴, no art. 454.º, n.º 2, do CT 2003 (art. 408.º, n.º 2, do CT 2009)⁶⁰⁵ e no art. 497.º, n.º 2, do CT 2003 (art. 419.º, n.º 1, b), do CT 2009)⁶⁰⁶. Todavia, as restantes ausências, mesmo que equiparadas a serviço efectivo, prejudicando, porém, outros direitos, como a retribuição, estariam, por

⁶⁰⁰ Diferente era, aliás, o entendimento da Inspeção-Geral do Trabalho, *apud* “Regressa a Polémica sobre o Aumento das Férias”, editorial, *Trabalho e Segurança Social*, 2005, n.º 4, p. 1.

⁶⁰¹ Aqui se reconduzindo ainda os casos de suspensão disciplinar com perda de retribuição e antiguidade (a este propósito, *v. ainda, infra*, n. 655) e, por lógica sistemática, de suspensão por acordo e de pré-reforma (Joana ALMEIDA, “Assiduidade e Acréscimo do Período de Férias”, *RDES*, ano 46, 2006, n.os 2, 3 e 4, pp. 311-359, pp. 325-326).

⁶⁰² Assim, JOANA ALMEIDA, para quem, “nesses casos, o trabalhador mantém o direito ao acréscimo de dias de férias resultante do preceito, *como se*, durante o tempo de redução ou suspensão, *tivesse estado ao serviço*” (“Assiduidade ...” *cit.*, p. 324, *itálico nosso*).

⁶⁰³ Despedimento colectivo, por extinção de posto de trabalho e também – embora, neste caso, com algumas reservas – por inadaptação (JOANA ALMEIDA, “Assiduidade ...” *cit.*, p. 335). *V.*, a este propósito, já à luz do CT 2009, os arts. 364.º, 372.º e 379.º.

⁶⁰⁴ Conforme esta última disposição, “a dispensa para consulta pré-natal, amamentação ou aleitação não determina perda de quaisquer direitos e é considerada como prestação efectiva de trabalho”. Tratando-se “de regime de que nem mesmo as licenças por maternidade e paternidade – as quais nos termos da lei [art. 50.º, n.º 1, a) e b)], determinam perda de retribuição, ainda que compensada com o pagamento de um subsídio (RCT, art. 103.º, n.º 1) – beneficiam” (JOANA ALMEIDA, “Assiduidade ...” *cit.*, p. 329).

⁶⁰⁵ Aqui se dispondo, quanto aos representantes dos trabalhadores, que “o crédito de horas é referido ao período normal de trabalho e conta como tempo de serviço efectivo, inclusivamente para efeito de retribuição”.

⁶⁰⁶ De acordo com o qual, “a comissão de trabalhadores pode convocar reuniões gerais de trabalhadores a realizar no local de trabalho durante o horário de trabalho da generalidade dos trabalhadores até um período máximo de quinze horas por ano, que conta como tempo de serviço efectivo, desde que seja assegurado o funcionamento de serviços de natureza urgente e essencial”.

princípio, sujeitas ao desconto do n.º 3 do art. 213.º do CT 2003⁶⁰⁷. Já João Leal AMADO sustentava a equiparação a comparência de todas as ausências consideradas prestação efectiva de serviço, ainda que não pressupondo subsistência da obrigação retributiva⁶⁰⁸. Reconhecia, porém, que o argumento *a contrario*, extraído do art. 97.º da Lei n.º 35/2004, de 29.7, dificultava tal leitura⁶⁰⁹.

f) O STJ viria a pronunciar-se sobre a questão: em acórdão de 21.5.2008⁶¹⁰, estando então em causa ausências de candidatos a eleições para cargos públicos, pelo período legal da respectiva campanha eleitoral⁶¹¹, concluiu que as mesmas não deveriam prejudicar a majoração do período de férias. Foi esta a solução que se entendeu “mais adequada e proporcionada”, tendo em conta os direitos e garantias em conflito⁶¹². No caso, a legislação aplicável, enquadradora do regime das ausências – referentes às eleições legislativas e autárquicas –, promovia a respectiva equiparação a tempo de serviço efectivo, inclusivamente para efeitos retributivos⁶¹³. Sopesados os diversos argumentos, havia que considerar, de um lado, o direito que assiste ao trabalhador “em ser candidato às eleições

⁶⁰⁷ JOANA ALMEIDA, “Assiduidade ...” *cit.*, pp. 331-333.

⁶⁰⁸ “O Art. 213.º do Código do Trabalho e a Duração das Férias (Breve Reflexão)”, *QL*, ano 11, 2004, n.º 24, pp. 170-176, pp. 173-174. Embora o Autor indique que, no seu entender, de *iure condendo*, tal equiparação (de *ausência* a *comparência*) deveria operar em todas as situações de ausência justificada, apenas excluindo, para além das faltas injustificadas, as justificadas por autorização do empregador (p. 175).

⁶⁰⁹ Albino Mendes BAPTISTA estendia a equiparação prevista no art. 97.º da Lei n.º 35/2004, de 29.7, a todas as ausências associadas ao estado de gravidez – “sob pena de grave incoerência do sistema” (“Breves Observações sobre o Aumento da Duração do Período de Férias em Função da Assiduidade do Trabalhador”, *Estudos sobre o Código do Trabalho*, 2.ª ed., Coimbra Editora, 2006, pp. 163-174, p. 169). Propunha, porém, tal assimilação (a comparência) ainda noutros casos, atendendo aos valores que motivassem a ausência: greve, créditos de horas de trabalhadores eleitos para estruturas de representação colectiva, faltas por falecimento de familiar ou para prestação de provas de avaliação ao abrigo do estatuto do trabalhador-estudante (pp. 170-172). Concedia, contudo, que tal conduziria à quase generalização do reconhecimento, ao trabalhador, da duração máxima das férias, em função da assiduidade. Notava, todavia, que outra solução depararia com sérios entraves constitucionais (p. 172). V. ainda JÚLIO GOMES, *Direito cit.*, pp. 714-716.

⁶¹⁰ Proc. n.º 08S606 (BRAVO SERRA), também publicado na *RLJ*, ano 137, 2008, n.º 3951, pp. 371-380.

⁶¹¹ Falta justificada, à luz do art. 225.º, n.º 2, h), do CT 2003 e do art. 249.º, n.º 2, h), do CT 2009.

⁶¹² Com apelo ao fundamento constitucional legitimador de tais ausências. Em concreto, estariam em causa os direitos previstos nos arts. 48.º, n.º 1, e 50.º, n.ºs 1 e 2, da CRP *vs.* o direito à majoração acolhido no Código do trabalho.

⁶¹³ Cf. art. 8.º da Lei n.º 14/79, de 16.5 (alterada pela Lei n.º 14-A/85, de 10.7, pelo Decreto-Lei n.º 55/88, de 26.2, pelas Leis n.º 5/89, de 17.3, n.º 18/90, de 24.7, n.º 31/91, de 20.7, n.º 72/93, de 30.11, n.º 10/95, de 7.4, e pelas Leis Orgânicas n.º 1/99, de 22.6, n.º 2/2001, de 25.8, n.º 3/2010, de 15.12, e n.º 1/2011, de 30.11), que, sob a epígrafe “Direito a dispensa de serviço”, dispõe no n.º 1 que, “nos trinta dias anteriores à data das eleições, os candidatos têm direito à dispensa do exercício das respectivas funções, sejam públicas ou privadas, contando esse tempo para todos os efeitos, incluindo o direito à retribuição, como tempo de serviço efectivo”. Tinha também aplicação o art. 8.º da Lei orgânica n.º 1/2001, de 14.08, alterada pelas Leis Orgânicas n.º 5-A/2001, de 26.11, n.º 3/2005, de 29.8, n.º 3/2010, de 15.12, e n.º 1/2011, de 30.11, que acolhe solução idêntica.

e o dever legal de se não «furtar» ao desempenho de membro da mesa da assembleia eleitoral”; e, de outra parte, “o direito a desempenhar, com a máxima assiduidade, as suas funções laborais, sabendo que, com isso, poderá beneficiar de um acrescido período de férias que lhe permitirá um mais alargado lazer, repouso físico e psicológico imprescindível a um dignificante desempenho da sua força de trabalho”⁶¹⁴. A perda de tal acréscimo de dias de férias – qualificado como um direito do trabalhador⁶¹⁵ – constituiria, no entender do STJ, elemento dissuasor do exercício daquelas funções, numa compressão que não se afiguraria adequada, atento o juízo de concordância prática dos interesses em confronto⁶¹⁶.

Cremos, contudo, que a argumentação do STJ peca por excessivamente abrangente: afinal, transversal a quase todas as ausências justificadas – seja qual for o qualificativo que se lhes reserve – é a circunstância de as mesmas assentarem num motivo válido e, quase sempre, com apoio derivado do texto constitucional⁶¹⁷. Por conseguinte, invocar a relevância da razão que, no caso, justifica a ausência para daqui concluir que o trabalhador não poderia, por isso, ser prejudicado no respeitante à assiduidade não revela, quanto a nós, traço diferenciador relativamente a outras tantas ausências – *v.g.*, direito à greve, tutela da saúde, exercício de funções em estruturas de representação colectiva, parentalidade, assistência à família, formação e educação, etc. Admitimos, pois, que uma tal solução, a proceder, haveria de decorrer de lógica diversa, conformada por critérios objectivos que clarificassem por que razão haveria aquela ausência de ser equiparada a comparência, em detrimento do indicado no art. 213.º, n.º 3, do CT 2003 (e do art. 238.º, n.º 3, do CT 2009).

g) Em 2009, o CT viria a conhecer nova redacção. Em norma equivalente ao antes disposto no n.º 4 do art. 213.º do CT 2003, o n.º 4 do art. 238.º do CT 2009 passa a prever não só a equiparação a faltas dos dias de suspensão do contrato de trabalho por facto respeitante ao trabalhador, passando a referir expressamente que, “*para efeitos do número anterior*” – reservado ao aumento do número de dias de férias – “*são consideradas como período efectivo as licenças constantes nas alíneas a) a e) do n.º 1 do artigo 35.º*”, aqui se enquadrando a licença em situação de risco clínico durante a gravidez, licença por interrupção de gravidez, licença parental, em qualquer das modalidades, licença por adopção e licença parental complementar, em qualquer das modalidades. Ora, uma vez que, nos termos do n.º 1 do art. 65.º do CT 2009, tais licenças são consideradas, salvo quanto à retribuição,

⁶¹⁴ Acórdão *cit.*

⁶¹⁵ Neste sentido, JOANA ALMEIDA, “Assiduidade ...” *cit.*, p. 329. Também LEAL AMADO refere a existência, nestes casos, de um direito subjectivo do trabalhador (*Contrato cit.*, pp. 282-283).

⁶¹⁶ Em anotação à decisão, João Leal AMADO subscreve o entendimento perfilhado pelo Tribunal (“Anotação ao Acórdão do STJ, de 21 de Maio de 2008”, *RLJ*, ano 137, 2008, n.º 3951, pp. 380-383).

⁶¹⁷ Salvo, porventura, nas ausências autorizadas ou aprovadas pelo empregador (cf. art. 249.º, n.º 2, i), do CT 2009).

“prestação efectiva de trabalho”⁶¹⁸, ou tal referência afigurava-se, no art. 238.º, n.º 4, tautológica ou “pretend[ia] isolar, dentro das ausências do trabalhador equiparadas, em geral, a prestação efectiva de serviço, as únicas que o seriam para efeito do n.º 3”. E, nesta medida, “a sedução do argumento *a contrario* permanec[ia] [...] intacta”⁶¹⁹. cremos, na verdade, que a alteração legal confortava esta interpretação, subsistindo, todavia, interrogações quanto à conformidade constitucional de uma tal leitura relativamente a determinadas ausências, excluídas, por esta via, da equiparação ausência/comparência⁶²⁰. Esta norma – o art. 213.º do CT 2003 ou o art. 238.º do CT 2009 – tratava, contudo, de efeito específico: a majoração/penalização, conforme o ângulo com que se perspectivava o tema da duração das férias. Permaneciam, por conseguinte, dúvidas quanto à repercussão da ausência do trabalhador para outras derivações nas quais influi também o nível de assiduidade.

h) Interrogação idêntica – ainda que para efeitos distintos – foi submetida ao crivo do STJ no referido acórdão de 30.4.2014: reflexos de ausência prolongada – para a qual concorria motivo válido – na progressão da carreira, condicionada a mínimo de assiduidade e a avaliação de desempenho, conforme enquadramento previsto na contratação colectiva. As divergências doutrinárias acima indicadas colocam, na verdade, em evidência a dificuldade que decorre da não equiparação de determinadas ausências a comparência, atenta a potencial afectação de princípios estruturantes, como a não discriminação, e outros direitos dos trabalhadores, de base constitucional. Importa, todavia, considerar também os traços diferenciadores que, ainda assim, distanciam as duas matérias: na majoração do período de férias, a ausência do trabalhador e a sua (não) equiparação a comparência afectava o exercício de direito fundamental – o direito a férias, (tendencialmente⁶²¹) não condicionado à prestação efectiva de trabalho⁶²² (cf. art. 237.º do CT e art. 59.º, n.º 1, d), da CRP). LIBERAL

⁶¹⁸ Numa interrogação mais abrangente, referente ao previsto no art. 50.º, n.º 1, do CT 2003 (equivalente ao previsto no art. 65.º, n.º 1, do CT 2009), ANDIAS GONÇALVES questiona “o que terá pretendido o legislador ao equiparar tal ausência a prestação efectiva de serviço? Qual o alcance dessa equiparação?”, concluindo, a tal propósito, que “o que se pretendeu foi que a suspensão do contrato de trabalho não produzisse outros efeitos que não a exoneração da obrigação de prestar trabalho e a exoneração da obrigação de pagamento da retribuição” (“A licença ...” *cit.*, p. 172).

⁶¹⁹ AA.VV., *Código cit.*, 2009, p. 591 (anotação LUÍS MIGUEL MONTEIRO).

⁶²⁰ Atendendo à pluralidade de leituras sustentadas a este propósito, FRAÚSTO DA SILVA conclui: “falhou, pois o legislador na clarificação da questão. E, visto o regime sancionatório associado, bem andarà o empregador cauteloso que, em caso de dúvida, não deixe de majorar as férias sempre que as ausências do trabalhador estejam, no Código do Trabalho ou em legislação avulsa, equiparadas a serviço efectivo para todos os efeitos” (“Alterações ...” *cit.*, p. 302).

⁶²¹ Afinal, o regime de majoração da duração do período de férias dependia do nível de assiduidade.

⁶²² Dir-se-á que “na regulamentação do direito a férias convergem interesses particulares (das partes no contrato de trabalho e relativamente ao trabalhador mesmo interesses dos seus familiares) e interesses de ordem pública” (JÚLIO GOMES, *Direito cit.*, p. 707). Sobre o tema, v.

FERNANDES assinala uma tal dimensão, ao considerar que a solução acolhida no texto legal – referindo-se ao regime de majoração – espelhava “uma concepção das férias assente numa matriz civilista estruturada em termos de responsabilidade por factos lícitos, que se compagina[va] com muita dificuldade com a natureza fundamental do direito a férias”⁶²³. Diversamente, na situação sujeita ao crivo do STJ, estava em causa a progressão salarial e de carreira, condicionada a um mínimo de assiduidade, matéria que o Tribunal afecta à livre disposição das partes⁶²⁴. E assim sendo, desde logo, porque o Código do Trabalho não disporia de qualquer norma referente a tal progressão⁶²⁵ – a tutela conferida à categoria⁶²⁶ e, indirectamente, à carreira seria, na verdade, estática, não cuidando já da hipótese de progressão⁶²⁷: os termos em que esta se efectiva devem, por conseguinte, ser definidos pelas partes, com plena

ainda João Leal AMADO, “Comissões, Subsídio de Natal e Férias (Breve Apontamento à Luz do Código do Trabalho)”, *PDT*, Coimbra Editora, 2007, pp. 229-242.

⁶²³ “Observações ...” *cit.*, p. 68.

⁶²⁴ Conforme acórdão do STJ, de 4.2.2004, “a «ordem de serviço» emitida por uma entidade patronal com a finalidade de definir as condições gerais de progressão na estrutura salarial dos diversos grupos de pessoal, visando «regulamentação de várias carreiras profissionais» integra o conceito de regulamento interno e representa uma manifestação de vontade contratual, pelo que, tendo sido aceite pelos trabalhadores, não poderá ser alterada por determinação unilateral do empregador” (Proc. n.º 03S2928, Sumário); no mesmo sentido, *v.* acórdão do STJ de 11.12.2013, Proc. n.º 629/10.9TTBRG.P2.S1 (FERNANDES DA SILVA). Ainda quanto à previsão, em regulamento interno, do enquadramento das carreiras, *v.* NUNES DE CARVALHO, *Das carreiras cit.*, pp. 367 e ss. É, neste âmbito, assinalado que “a faceta do regulamento que concerne à definição das carreiras profissionais é a que se denomina contratual” (p. 373) – afinal, “a carreira traduz [...] a evolução qualitativa do próprio programa traçado pelas partes no contrato” (*idem*).

⁶²⁵ Salvo no que respeita à proibição de discriminação, cf. art. 24.º, n.º 1. *V.* ainda o disposto nos arts. 26.º, n.º 4, 85.º, n.º 1, e 169.º, n.º 1. Em acórdão do STJ de 20.11.2013, foi decidido que “consubstancia violação do princípio da não discriminação a nomeação extraordinária para uma nova categoria profissional, por iniciativa da empregadora, de oito dos seus trabalhadores, pelo simples exercício de determinadas funções e cargo em comissão de serviço, de par com a nomeação de um outro trabalhador para uma nova categoria, inferior à conferida àqueles, sem uma justificação material para o tratamento diferenciado [...]” (Proc., n.º 14/11.5TTCVL.C1.S1, MELO LIMA, Sumário, II; *v.* ainda acórdãos do STJ, de 27.5.2010, Proc. n.º 2242/06.6TTLSB.L1.S1, SOUSA PEIXOTO, e de 24.3.2011, Proc. n.º 444/07.7TTALM.L1.S1, FERNANDES DA SILVA).

⁶²⁶ Cf. art. 129.º, n.º 1, e). Quanto à polissemia inerente à expressão “categoria profissional”, *v.* NUNES DE CARVALHO, *Das carreiras cit.*, pp. 67 e ss.; e enunciando os problemas inerentes à mudança de categoria, *v.* pp. 144 e ss.

⁶²⁷ Assim, “inexiste qualquer norma que imponha aos empregadores o estabelecimento de regras de progressão na carreira dos seus trabalhadores”. Mais se referindo que “à carreira ou categoria é atribuída especial protecção, enquanto tutela do estatuto e posição do trabalhador na empresa e enquanto promoção e preservação da sua realização profissional, *mas não já enquanto tutela da sua progressão*” (acórdão de 30.4.2014 *cit.*, p. 3034, com *itálico* nosso). No que respeita à tutela afecta à categoria, também NUNES DE CARVALHO constata que “o ordenamento juslaboral português, no que concerne às normas emanadas dos órgãos estaduais, tem uma visão essencialmente estática da relação individual de trabalho. Quer nos preceitos que se referem aos direitos dos trabalhadores, quer no enquadramento legal da relação laboral não existe uma abordagem clara da matéria das carreiras profissionais”. Em suma, não concorre uma “verdadeira tutela jurídica da carreira profissional” (*Das carreiras cit.*, p. 306).

autonomia⁶²⁸. Já no que respeita ao direito a férias, a preocupação com que o seu exercício não sofra condicionamento resulta evidente, atenta a necessidade de *ficção de trabalho efectivo*, desde logo, para determinação do montante devido ao trabalhador, a título de retribuição variável⁶²⁹ – i.e., retribuição que o trabalhador teria auferido, não fora a ausência em razão das férias. Sobre o tema se pronunciou o TJUE, em acórdão de 22.5.2014⁶³⁰: ao trabalhador havia sido pago, no período de férias, montante que integrava dado valor a título de retribuição base e outro relativo a comissões – por contratos celebrados no mês anterior – pagas, porém, diferidamente⁶³¹. Conforme esta lógica, uma vez que, no mês em que o

⁶²⁸ ROMANO MARTINEZ assinala que “a promoção e a inerente alteração de categoria relaciona-se com a carreira profissional, não regulamentada por lei mas prevista, frequentemente, em convenções coletivas de trabalho ou, mesmo, em regulamentos internos de empresa” (*Direito do trabalho cit.*, p. 412. Para o STJ, “em síntese, as regras de *progressão na carreira* – enquanto indubitável instrumento de satisfação profissional, de realização pessoal e, também, de produtividade – são deixadas ao acordo das partes ou à sua autonomia, por serem elas que, com maior e mais rigorosa propriedade – ante a variedade das situações concretas e a panóplia de categorias profissionais existentes – estarão habilitadas a estabelecer as regras a que essa progressão terá que obedecer e os critérios que lhe estarão subjacentes, nos quais relevarão, certamente e sobremaneira, o da antiguidade, da efetividade e do mérito” (acórdão de 30.4.2014 *cit.*, p. 3034, *itálico* nosso; *v.* ainda acórdão do STJ, de 30.5.1986, Proc. n.º 001319, LICÍNIO CASEIRO). Quanto à previsão das carreiras profissionais na contratação colectiva, *v.* NUNES DE CARVALHO, *Das carreiras cit.*, pp. 377 e ss. e, especificamente quanto às promoções por mérito e à inobservância, pelo empregador, do previsto na contratação colectiva, pp. 456 e ss. Nesse âmbito, MENEZES CORDEIRO assinala que “os trabalhadores têm um *direito subjectivo* à promoção automática; mas em relação à *promoção por escolha*, a sua posição é de mera expectativa” (*Manual cit.*, p. 670).

⁶²⁹ Atendendo a que, nos termos do art. 264.º, n.º 1, a retribuição de férias deve corresponder “à que o trabalhador receberia se estivesse em serviço efectivo”. Não já assim no que respeita ao subsídio de férias, que obedece a fórmula de cálculo diversa, a qual, conforme o art. 264.º, n.º 2, compreende “a retribuição base e outras prestações retributivas que sejam contrapartida do modo específico da execução do trabalho, correspondentes à duração mínima das férias”. Quanto à integração das comissões no cálculo do subsídio de férias, a doutrina não é unânime; dando conta de tais variações, *v.* Milena Silva ROUXINOL, *O Direito a Férias do Trabalhador (Comentário aos Artigos 237.º a 247.º e 264.º do Código do Trabalho, Aprovado pela Lei n.º 7/2009)*, Cadernos do Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho, n.º 8, Almedina, 2014, p. 91. Conforme acórdão da RP, de 14.10.2013, “as comissões constituem uma modalidade de retribuição variável que se traduz na atribuição ao trabalhador de uma parte, normalmente definida em percentagem, do valor das transacções por ele realizadas, em nome e proveito do empregador”. Mais se referindo que, “desde que convencionadas no contrato ou prestadas com regularidade e periodicidade, a respectiva remuneração deve considerar-se retribuição”. E concluindo que, “no regime dos Códigos do Trabalho de 2003 e de 2009, as comissões devem integrar a retribuição de férias, mas não o subsídio de férias” (Proc. n.º 516/11.3TTVNG.P1, MARIA JOSÉ COSTA PINTO, Sumário, I a III, *itálico* nosso).

⁶³⁰ C-539/12, Z. J. R. Lock c. British Gas Trading Limited.

⁶³¹ Entre nós, conforme acórdão do STJ, de 16.1.2008, Proc. n.º 07S3786 (BRAVO SERRA), “integra a parte variável da retribuição devida a um Director Comercial o valor das «comissões» percebidas, além de uma remuneração base fixa, pelo seu desempenho laboral na direcção de duas delegações comerciais (valor correspondente a 4% do valor dos contratos angariados e facturados em cada uma das delegações)” (Sumário, I). Sobre o tema, *v.* LEAL AMADO, “Comissões ...” *cit.*, pp. 229-242. O Autor sugere que, no período de férias, para o cômputo das comissões devidas, seja “apurado o valor médio de tais comissões” (p. 239). Subscrevendo esta

trabalhador esteve ausente, em gozo de férias, não celebrara qualquer contrato, nada lhe foi pago no mês seguinte, para além da retribuição base. Sem desconsiderar a argumentação tecida pela *British Gas* e pelo Governo do Reino Unido⁶³², o TJUE concluiu que, por esta forma, era prejudicado o direito a férias e o objectivo prosseguido pelo art. 7.º da Directiva 2003/88/CE⁶³³: aparentemente, a legislação em causa dava cumprimento à Directiva, já que, no período de férias, ao trabalhador fora pago um valor comparável ao auferido quando em serviço efectivo, consideradas as vendas realizadas nas semanas que antecederam a ausência⁶³⁴. Foi, contudo, assinalado que, não obstante a “remuneração auferida pelo trabalhador durante o gozo efectivo das férias anuais, o prejuízo financeiro diferido, mas sofrido de forma bem real durante o período subsequente ao das férias anuais, *pode[ria] dissuadir esse trabalhador de exercer os seus direitos*”⁶³⁵. E tal impacto financeiro negativo condicionaria – ilegitimamente, no entender do TJUE – o gozo efectivo das férias⁶³⁶.

i) Importa, pois, ter presente, como ponto de partida, que o ordenamento nacional perspectiva de forma diferenciada – consoante o efeito em causa e a valoração afecta a cada hipótese – o impacto de ausência do trabalhador, não sendo indiferente se uma tal análise surge a respeito do direito a férias, da progressão na carreira⁶³⁷ ou da atribuição de um prémio

leitura, MILENA ROUXINOL propõe aplicação do disposto no art. 261.º, n.º 3 (*O direito a férias cit.*, pp. 90-91).

⁶³² A *British Gas* e o Governo do Reino Unido alegaram que, “de acordo com as disposições e as práticas nacionais, [seria] atingido o objetivo do artigo 7.º da Diretiva 2003/88, tal como interpretado pelo Tribunal de Justiça, uma vez que o demandante no processo principal usufruiu, durante o seu período de férias anuais remuneradas, de uma remuneração comparável àquela que auferiu durante os períodos de trabalho, tendo disposto, durante o referido período de férias, não apenas da sua retribuição de base mas também das comissões decorrentes das vendas que efetuou nas semanas que antecederam esse período de férias anuais” (acórdão, § 18).

⁶³³ Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4.11.2003, relativa a determinados aspectos da organização do tempo de trabalho. O artigo 7.º, n.º 1, da Directiva 2003/88 (“Férias anuais”), prevê que “os Estados-Membros tomarão as medidas necessárias para que todos os trabalhadores beneficiem de férias anuais remuneradas de pelo menos quatro semanas, de acordo com as condições de obtenção e de concessão previstas nas legislações e/ou práticas nacionais”.

⁶³⁴ Acórdão, § 20.

⁶³⁵ Acórdão, § 21, *itálico* nosso.

⁶³⁶ Acórdão, § 22.

⁶³⁷ Rejeitando a existência de um “direito à carreira profissional”, v. NUNES DE CARVALHO, *Das carreiras cit.*, pp. 306 e ss. Conclui, a este propósito, que “da lei fundamental resulta a ideia de que deve ser favorecida a progressão profissional do trabalhador, como corolário do próprio conteúdo axiológico que se associa à actividade laboral. Não se retira, todavia, deste texto um «direito à carreira»” (p. 319). Quanto à convocação de critérios muito diversificados para efeitos de promoção, v. pp. 405 e ss. Em avaliação final, quanto ao esquema de progressão profissional usualmente acolhido, conclui que tal ordenação “cabe ainda, no fundamental, à entidade empregadora”. Assim sendo, “mesmo quando as suas decisões são balizadas pela necessidade de observância de parâmetros objectivos, quase sempre esses parâmetros permitem uma larga margem de discricionariedade” (p. 415). Na verdade, embora “insistindo-se na predominância do mérito e da competência profissionais, o juízo sobre a sua verificação, e a comparação entre as aptidões relativas dos diversos trabalhadores, é feita pelo empregador” (pp. 415-416).

(v.g., de assiduidade ou de produtividade). E tais variações reflectem-se inevitavelmente no sentido a associar à ausência, em cada situação. Admitimos, ainda assim, que a reflexão tecida quanto à (des)consideração da ausência para a extensão do período de férias constitua importante contributo para delimitação do enquadramento mais adequado a respeito de outras hipóteses.

Retomando as questões em análise no acórdão do STJ de 30.4.2014, havia que aferir da conformidade da não inclusão da ausência para assistência à família entre as hipóteses equiparadas a comparência, para efeitos de progressão profissional – sobretudo, tendo em conta que tal era previsto relativamente a outras ausências, no contexto da parentalidade⁶³⁸ –, atento o disposto no art. 255.º, n.º 3, do CT⁶³⁹, onde se prevê que “a falta prevista no artigo 252.º”, referente, precisamente, à assistência a membro do agregado familiar, “é considerada como prestação efectiva de trabalho”. Concluiu, contudo, o STJ que importa circunscrever os efeitos de uma tal equiparação ao Código do Trabalho, não sendo ajustado “estender a sua aplicação a situações cuja verificação o Código não contempla”⁶⁴⁰. Sem filtro adicional, não cremos, porém, que este entendimento deva proceder: a equiparação *ex vi legis* a serviço efectivo pode assumir relevo para lá do Código do Trabalho^{641/642} e de outras disposições legais que assim imponham. Concorrem, no CT, ausências reconduzidas a tempo de serviço efectivo em que subsiste o dever de pagamento da retribuição (v.g., arts.

⁶³⁸ Cf. cláusula 17.^a, n.º 2, d), do Acordo de Empresa aplicável.

⁶³⁹ Sendo esta a disposição invocada no caso. É de assinalar que o enquadramento do tema seria distinto se em causa estivesse o disposto nos arts. 49.º e 50.º do CT – faltas para assistência a filho e a neto, respectivamente –, uma vez que, integrando estes casos o regime da parentalidade, lhes afectamos leitura diversa (v. *infra* l)).

⁶⁴⁰ Acórdão de 30.4.2014 *cit.*, p. 3035, itálico nosso.

⁶⁴¹ Enquadrando os reflexos de determinadas ausências, para efeitos específicos, o art. 211.º, n.º 3, do CT 2009 dispõe, no que respeita aos limites à duração do trabalho, que “os dias de ausência por doença, bem como os dias de licença parental, inicial ou complementar, e de licença para assistência a filho com deficiência ou doença crónica são considerados com base no correspondente período normal de trabalho”. Por conseguinte, “a neutralização dos dias de ausência aí referidos obtém-se fccionando o número de horas que o trabalhador teria prestado se neles tivesse trabalhado” (AA.VV., *Código cit.*, p. 508, anotação LUÍS MIGUEL MONTEIRO). Por ser prevista referência circunscrita às ausências ali elencadas, justifica-se questionar “se o âmbito de aplicação desta regra pode ser objecto de aplicação analógica a outros casos de ausência ou licença” (Helena Tapp BARROSO, “Nota sobre o Efeito das Férias e Ausências na Contagem do Período Normal de Trabalho em Regime de Adaptabilidade”, *RDES*, ano 50, 2010, n.ºs 1 e 2, pp. 39-58, p. 51).

⁶⁴² No CT, a equiparação a serviço efectivo é afastada para determinados efeitos. Assim, no âmbito do período experimental, o art. 113.º, n.º 2, prevê que “não são considerados na contagem os dias de falta, ainda que justificada, de licença, de dispensa ou de suspensão do contrato” (v. ainda *supra*, n. 241), a este propósito se referindo que assim se “concretiza o conceito de «execução da prestação» do trabalhador, estabelecendo que só os dias de trabalho *efetivo* contam para o período experimental. As únicas excepções são representadas pelos dias ou dias de descanso semanal e dias feriados que por serem características necessárias da prestação de trabalho e não vicissitudes anómalas da execução do contrato, devem entrar no cômputo do período de experiência, ainda que naqueles dias não seja prestado trabalho” (AA.VV., *Código cit.*, p. 304, anotação LUÍS MIGUEL MONTEIRO, itálico nosso).

65.º, n.º 2⁶⁴³, 132.º, n.º 2⁶⁴⁴, e 408.º, n.º 2, do CT⁶⁴⁵) e outras tantas em que esta obrigação não persiste (cf. arts. 65.º, n.os 1⁶⁴⁶, 255.º, n.º 2, c), e n.º 3⁶⁴⁷, e art. 409.º, n.º 1⁶⁴⁸, do CT); por sua vez, o cômputo da antiguidade é (também) associado a hipóteses de ausência não equiparada a serviço efectivo⁶⁴⁹ – tal qual na suspensão (cf. art. 295.º, n.os 1 e 2⁶⁵⁰, do CT) e em caso de faltas justificadas, em que aquela assimilação não concorra⁶⁵¹. Não sendo a equivalência (a serviço efectivo) revelada em efeitos tão imediatos como a subsistência da retribuição ou o cômputo da antiguidade, admitimos haver espaço para derivar de tal equiparação outras consequências, para lá das decorrentes das normas legais reguladoras de contrato de trabalho – tal qual se o empregador institui a atribuição de valores que não assumem natureza retributiva (*maxime*, prémios de assiduidade ou de produtividade⁶⁵²) ou determinado esquema de progressão profissional. Contrapor-se-á, porventura, que por esta forma se interfere na conformação de matérias que, por princípio, cabe ao empregador decidir se e como instituir. Certo é, porém, que, se a lei prevê, sem ressalvas – salvo, em determinados casos, quanto à retribuição –, a equiparação da ausência a serviço efectivo, tal constitui ainda decorrência da relevância que o

⁶⁴³ “A dispensa para consulta pré-natal, amamentação ou aleitação não determina perda de quaisquer direitos e é considerada como prestação efectiva de trabalho”.

⁶⁴⁴ “O crédito de horas para formação é referido ao período normal de trabalho, confere direito a retribuição e conta como tempo de serviço efectivo”.

⁶⁴⁵ Ali se dispondo, quanto ao crédito de horas de representantes dos trabalhadores, que “o crédito de horas é referido ao período normal de trabalho e conta como tempo de serviço efectivo, inclusivamente para efeito de retribuição”.

⁶⁴⁶ Onde se prevê que “não determinam perda de quaisquer direitos, salvo quanto à retribuição, e são consideradas como prestação efectiva de trabalho as ausências ao trabalho resultantes de: a) Licença em situação de risco clínico durante a gravidez; b) Licença por interrupção de gravidez; c) Licença parental, em qualquer das modalidades; d) Licença por adopção; e) Licença parental complementar em qualquer das modalidades; f) Falta para assistência a filho; g) Falta para assistência a neto; h) Dispensa de prestação de trabalho no período nocturno; i) Dispensa da prestação de trabalho por parte de trabalhadora grávida, puérpera ou lactante, por motivo de protecção da sua segurança e saúde; j) Dispensa para avaliação para adopção”.

⁶⁴⁷ Ditando que, não obstante a equiparação a prestação efectiva de trabalho, a falta para assistência a família determina a perda de retribuição.

⁶⁴⁸ Conforme o qual “a ausência de trabalhador por motivo do desempenho de funções em estrutura de representação colectiva dos trabalhadores de que seja membro, que exceda o crédito de horas, considera-se justificada e conta como tempo de serviço efectivo, salvo para efeito de retribuição”.

⁶⁴⁹ Do que resulta que, se em dada empresa é estabelecido um regime de promoções exclusivamente dependente de um tal factor (promoções automáticas), o trabalhador tem sempre direito a tal progressão, não obstante a ausência.

⁶⁵⁰ Dispõe o n.º 1 que “durante a redução ou suspensão, mantêm-se os direitos, deveres e garantias das partes que não pressuponham a efectiva prestação de trabalho”, referindo, todavia, o n.º 2 que “o tempo de redução ou suspensão conta-se para efeitos de antiguidade”.

⁶⁵¹ Atenta a ressalva prevista no art. 255.º, n.º 3.

⁶⁵² “As contrapartidas subjectivas ligadas ao desempenho ou mérito – muito embora seja evidente o seu carácter sinalagmático – não devem considerar-se como retribuição porque envolvem um encorajamento a uma qualidade particularmente relevante e que exige um esforço suplementar, que a integração na retribuição (entendida como irreversível e irredutível) poderia destruir” (LOBO XAVIER, *Manual cit.*, p. 598). É assinalado que, “ao contrário das gratificações, a previsão em norma ou em contrato, ou o carácter regular, permanente, estável ou usual não faz conferir aos incentivos carácter retributivo” (*idem*).

ordenamento afecta aos motivos que justificam o exercício extralaboral, considerando que a assiduidade não deve, então, sofrer penalização. Admitimos, na verdade, que a tal assimilação subjaz uma lógica de não discriminação, atenta a importância afecta ao exercício (pleno) de certos direitos que importa não condicionar: *v.g.*, no âmbito da parentalidade, da assistência à família, do estatuto do trabalhador-estudante, da formação profissional, do exercício de funções em estruturas de representação colectiva, da participação em reuniões promovidas por tais estruturas⁶⁵³, de eleições para determinados cargos públicos. Concorrendo, nestes casos, uma preocupação de tratamento não discriminatório – entre trabalhadores que exercem estes direitos e os demais –, entendemos que a assimilação destes períodos de ausência a comparência não deve ser desconsiderada por IRCT⁶⁵⁴. Neste ponto, divergimos, portanto, do entendimento subscrito pelo Tribunal, por admitirmos que a equiparação a serviço efectivo assume relevância, para lá do núcleo de matérias objecto de enquadramento legal. É de assinalar, no entanto, que, condicionada uma tal cominação à equiparação legal a serviço efectivo, subsistem, à margem deste efeito, diversas ausências⁶⁵⁵ a respeito das quais idêntica equivalência não é prevista^{656/657}. Mas não só: embora não limitemos a equiparação legal a

⁶⁵³ V., a este propósito, acórdão da RP de 11.4.2011, onde se concluiu que “a presença do trabalhador em plenário de trabalhadores, realizado dentro do horário de trabalho, não constitui falta ao trabalho *nem determina o não pagamento do prémio de assiduidade*” (Proc. n.º 703/09.4TTGMR.P1, FERNANDA SOARES, Sumário, *itálico nosso*).

⁶⁵⁴ Atento o disposto no art. 3.º, n.º 3, a), “as normas legais reguladoras de contrato de trabalho só podem ser afastadas por instrumento de regulamentação colectiva de trabalho que, sem oposição daquelas normas, disponha em sentido mais favorável aos trabalhadores quando respeitem às seguintes matérias: direitos de personalidade, igualdade e não discriminação”. V. também o previsto no art. 3.º, n.º 3, b), no que respeita à parentalidade, no art. 3.º, n.º 3, e), quanto ao trabalhador-estudante, e no art. 3.º, n.º 3, n), relativamente aos direitos dos representantes eleitos dos trabalhadores.

⁶⁵⁵ Tratando de um caso de não atribuição de prémio de assiduidade, atenta a ausência ao trabalho motivada por sanção de suspensão com perda de retribuição, refere o STJ, em acórdão de 16.10.2002, que “ninguém questionará que o prémio em causa, como o nome indica, visou gratificar aqueles que, com um número reduzido de faltas, exceptuadas as dadas pelos motivos indicados, terão contribuído com uma maior produtividade, oferecendo ao Réu melhores resultados durante o ano de 1997. Por outro lado, foram critérios objectivos, de fácil demonstração, traduzidos no número de faltas dadas ao longo do ano, que presidiriam à atribuição do prémio. No caso, é inequívoco que o A. faltou durante 12 dias em 1997, por efeito de sanção disciplinar que lhe foi aplicada e cuja licitude o tribunal reconheceu. Claro que as faltas ao trabalho foram impostas ao A. pela entidade patronal, que lhe vedou a prestação da actividade durante o período da suspensão. Dir-se-à por isso, que não foi o A. que faltou, antes foi o Réu que o obrigou a faltar, pelo que será devido o prémio de assiduidade”. É, todavia, concluído que tal lógica “esqueceria um dado essencial, o de que na base da decisão da entidade patronal esteve uma conduta censurável do A., que desprezou o cumprimento de obrigações a que estava vinculado, pelo que o Réu não fez mais do que exercer, em medida correcta, os seus poderes disciplinares, não podendo as faltas ao serviço que a suspensão determinou deixar de ser imputadas ao trabalhador e consideradas como da responsabilidade dele, irrelevando, a nosso ver, que o prémio em causa não constitua retribuição, mas típica gratificação” (Proc. n.º 02S1712, MANUEL PEREIRA, com *itálico nosso*).

⁶⁵⁶ Na maioria das situações de suspensão por facto respeitante ao trabalhador – *maxime*, em caso de doença, hipótese que suscita maiores preocupações em sede de absentismo laboral –, as ausências não resultam, por lei, equiparadas a serviço efectivo. A delimitação das ausências que

serviço efectivo aos efeitos previstos nas normas legais reguladoras do contrato de trabalho, consideramos que o cômputo da ausência para efeitos que extrapolam os legais – tal qual na atribuição de prémio de assiduidade – não se basta com esta equivalência.

j) Admitimos, na verdade, que leitura mais atenta das disposições legais impõe subsequente circunscrição dos efeitos de uma tal equiparação: na ausência de disposição especial em contrário, não cremos que a imposição ao empregador da referida equivalência (v.g., para efeitos de assiduidade) – dando, assim, por verificados requisitos dos quais possa depender a atribuição, pelo empregador, de determinados benefícios, como prémios de assiduidade ou produtividade – deva proceder se excepcionada a subsistência da obrigação de pagamento da retribuição⁶⁵⁸. Se, pese embora a equiparação da ausência a prestação efectiva, a obrigação principal do empregador – correspectivo da actividade prestada⁶⁵⁹ – não é mantida, não consideramos adequado impor o pagamento de outros valores que não assumem natureza retributiva. Daqui resulta nova delimitação das hipóteses que promovem a equivalência a assiduidade, para efeitos que extravasam os previstos na lei: uma tal equiparação apenas deveria operar se, a par da assimilação da ausência a serviço efectivo, subsistir o dever de pagamento da retribuição⁶⁶⁰. Por conseguinte, embora por argumentos diversos, subscrevemos a decisão do STJ, reconhecendo legitimidade às partes para, em IRCT, excluírem a equiparação de ausências para assistência a família a assiduidade, enquanto critério válido que condiciona a progressão profissional e salarial: afinal, não obstante a correspondência a trabalho efectivo, não ditam o pagamento da

o ordenamento reconduz a trabalho efectivo obedece, na verdade, a racionalidade própria, que atende ora à relevância que assume promover o exercício de determinados direitos (v.g., parentalidade), ora à extensão da ausência. Ilustrativo da importância que assume a duração da ausência – que assim condiciona o regime afecto (de equivalência ou não a serviço efectivo) – é o caso dos representantes dos trabalhadores: a equiparação a prestação efectiva apenas opera no que respeita ao crédito de horas e às faltas justificadas (com e sem manutenção da retribuição, respectivamente – cf. arts. 408.º, n.º 2, e 409.º, n.º 1), mas não já perante ausência que, pela sua extensão, dite a suspensão (cf. art. 468.º, n.º 8).

⁶⁵⁷ Em acórdão do Pleno do STJ, de 22.10.1996, n.º 16/96, Proc. n.º 003683 (LOUREIRO PIPA) – também publicado no *DR*, 1.ª Série, de 1.12.1996, pp. 4363-4365 –, havia que determinar se, “face ao princípio constitucional de «para trabalho igual salário igual», contido no artigo 59.º, n.º 1, a), da Constituição da República Portuguesa, uma situação de *absentismo justificado* constitu[ía] factor de *legítima diferenciação de níveis salariais* relativamente a trabalhadores que, em regra, exercem trabalho igual em termos da natureza, qualidade e quantidade”, concluindo que *viola um tal princípio “a entidade patronal que pratique discriminação salarial fundada em absentismo justificado por doença do trabalhador”* (itálico nosso) – estando em causa trabalhadores com a mesma categoria profissional. Reservamos, todavia, tal conclusão para hipóteses em que o empregador pretenda atribuir retribuição distinta – atenta a referência a “*níveis salariais*” – aos trabalhadores e não se em causa estiverem verdadeiros prémios de assiduidade, não reconduzíveis ao conceito de retribuição (cf. art. 260.º, n.º 1, b)). A respeito destes últimos, nada obsta, no nosso entender, a que o empregador condicione a sua atribuição a um número máximo de ausências – ainda que justificadas, *maxime* em razão de doença.

⁶⁵⁸ Em termos algo aproximados, v. HAGER, *Das ruhende cit.*, pp. 213 e ss.

⁶⁵⁹ Quanto aos desvios reconhecidos, em sede laboral, lógica à sinalagmática, v. *supra* n. 488.

⁶⁶⁰ Salvo se solução diversa resultar expressamente salvaguardada.

retribuição^{661/662}. Não cremos que, por esta forma, concorra prática discriminatória – de outro modo, ter-se-ia de concluir que o regime legal é, em si mesmo, desigual, ao não associar o pagamento de retribuição a tais ausências, no confronto com outras hipóteses em que aquela obrigação é mantida^{663/664}.

⁶⁶¹ Cf. art. 255.º, n.º 2, c) e n.º 3.

⁶⁶² Já em casos em que tais exigências concorram, a assiduidade/produtividade deverá ser ficcionada, considerando um tal período tempo de comparência (para efeitos de assiduidade) ou, conforme se nos afigura melhor critério, por referência à média de assiduidade/desempenho individual, verificada em período anterior. Certo é, porém, que, uma vez excluída natureza retributiva aos valores pagos pelo empregador em caso de suspensão por facto respeitante ao trabalhador e por acordo (*v. supra* § VIII.) e não sendo prevista a equiparação a serviço efectivo nas hipóteses de suspensão por factos respeitantes ao empregador, a interpretação sustentada dita a tendencial irrelevância do tempo de ausência para o cômputo ficcionado da assiduidade ou do desempenho.

⁶⁶³ Entendeu o STJ que não concorria, igualmente, violação do disposto no art. 59.º, n.º 1, b), da CRP: o sindicato considerava que a omissão de referência a tal ausência comprometia a conciliação da actividade profissional com a vida familiar, coarctando a autonomia do trabalhador na prestação de assistência aos seus familiares. A tanto contrapõe, todavia, o Tribunal que o regime de progressão não afectava a justificação inerente a estas ausências – ao que se circunscreveria a tutela conferida pelo CT; mas também que, atento o enquadramento previsto no n.º 1 da cláusula 17.ª, apenas ausências superiores a doze dias prejudicavam o direito à progressão, assim se promovendo ajustado equilíbrio dos interesses das partes (p. 3039).

⁶⁶⁴ Justifica-se, a este propósito, menção específica ao exercício do direito à greve e aos termos em tal pode condicionar a atribuição de prémio de assiduidade. Dispõe o art. 536.º, n.º 1, que “a greve suspende o contrato de trabalho de trabalhador aderente, incluindo o direito à retribuição e os deveres de subordinação e assiduidade”. Transpomos para esta hipótese os mesmos critérios que identificámos para as demais ausências: não sendo aqui promovida equiparação da ausência a serviço efectivo nem mantido o pagamento da retribuição, não há que impor ao empregador a consideração de um tal período para a atribuição de prémio de assiduidade. Temos, porém, presente o diferente entendimento sustentado, a este propósito, na jurisprudência, atento o disposto no n.º 1 do art. 536.º, e a referência, ali feita, à suspensão da subordinação jurídica e da assiduidade. Ainda que a menção ao desaparecimento da subordinação jurídica nos suscite as maiores reservas (cf. *supra*, § 1., III.), centrar-nos-emos, agora, tão só na referência à suspensão do dever de assiduidade, havendo, a este respeito, que convocar o decidido em acórdão da RP, de 3.6.2013: “quando o trabalhador adere à greve o seu contrato de trabalho fica suspenso e não está obrigado a cumprir o dever de assiduidade” (Proc. n.º 155/12.1TTVNF.P1, FERNANDA SOARES, Sumário, I, itálico nosso). Se esta afirmação, só por si, não sofre especial contestação, divergimos das consequências daqui extraídas pela RP, ao concluir que “o empregador não pode retirar aos trabalhadores que aderiram à greve 10% do prémio anual previsto no Regulamento com o fundamento de que a adesão corresponde a falta ao trabalho” (Sumário, II, itálico nosso). A RP acolhe uma linha argumentativa que não acompanhamos: considera que a greve não deve ser qualificada como falta porque não implica sujeição do trabalhador ao dever de assiduidade (neste sentido, José João Nunes ABRANTES, *Direito do Trabalho II. Direito da Greve*, reimp. da 1.ª ed. (2012), Almedina, 2014, p. 89). Diversamente, admitimos que os motivos justificativos das faltas constituem, à semelhança da greve, razões que excluem valorização negativa quanto à ausência ao trabalho; a mesma lógica tendo, assim, aplicação sempre que o trabalhador se ausente, por exemplo, em razão de doença que o impeça de comparecer ao serviço – em termos próximos, *v. BÉRAUD, La suspension cit.*, p. 140. E naturalmente que, enquanto tal situação se mantiver – a greve ou outra hipótese de ausência justificada, tal como a doença devidamente comprovada –, não haverá que responsabilizar o trabalhador por infracção da assiduidade; para este entendimento

contribuindo ainda o facto de não subscrevermos leitura que assinala valoração substantiva diversa às faltas e às hipóteses suspensivas (cf. *infra*, Capítulo III, § 5.). Divergimos, por conseguinte, da RP quando, por considerar que não sendo adequado associar falta/greve, conclui que o exercício do direito à greve não autorizava (aos invés de outras situações de falta) desconto no prémio de assiduidade – uma vez que, nos termos do regulamento aplicável, tal redução se encontrava reservada às faltas (em sentido próximo do acolhido pela RP, v. ainda acórdão da RL de 26.10.2006, Proc. n.º 3173/2006-4, LEOPOLDO SOARES, e acórdão da RC de 10.7.2013, Proc. n.º 361/12.9TTLRA.C1, RAMALHO PINTO). A interpretação acolhida pela RP concretiza, contudo, a leitura perfilhada pelo STJ, em acórdão uniformizador n.º 6/2009, de 4.3.2009, Proc. n.º 08S1687 (SOUSA PEIXOTO), (também publicado no *DR*, 1.ª série, n.º 65, de 2.4.2009, pp. 2073-2079), referente, precisamente, à atribuição de prémio de assiduidade, onde se decidiu que “os outorgantes do AE [...] não podiam ignorar que, nos termos da Lei da Greve, as ausências ao trabalho, quando motivadas por adesão à greve lícita, não são consideradas como faltas ao serviço, pelo facto de os contratos de trabalho dos trabalhadores grevistas se encontrarem suspensos e essa suspensão os liberar do cumprimento do dever de assiduidade” (Sumário, III, *itálico* nosso.) Na doutrina, António de Lemos Monteiro FERNANDES entende também que “a ausência por greve não se confunde com falta ao trabalho e não tem, por isso, influência em eventuais prémios de assiduidade” (*A Lei e as Greves. Comentários aos Dezasseis Artigos do Código do Trabalho*, Almedina, 2013, p. 92). Diversamente e em data anterior, indicando argumentos que subscrevemos integralmente, Bernardo da Gama Lobo XAVIER conclui que “no que se refere ao nosso direito, entendemos que, em princípio, nada impede que sejam estabelecidos prémios de assiduidade em termos de que resulte um decréscimo mais do que proporcional do seu montante global em caso de falta, considerando-se também como tal as ausências por greve, desde que estas sejam assimiladas às faltas justificadas e, portanto, quando não se verifique uma tentativa de discriminação em relação aos trabalhadores gervistas” (*Direito da Greve*, Verbo, 1984, p. 207, ênfase nossa). Por último, cumpre referir não ignorarmos que o enquadramento reservado a estes prémios procura desencorajar o exercício do direito à greve sempre que tal prémio, quando de valor avultado, não seja atribuído perante ausências de muito reduzida duração – essas hipóteses constituem, com frequência, verdadeiros “prémios antigreve”, aos quais é, não obstante, aposta a designação “prémios de assiduidade”: assim, se um prémio anual de montante elevado não é atribuído perante uma única ausência, estar-se-á perante indício de prática desproporcionada e, nesta medida, inadmissível, que procura dissuadir o exercício da greve (cf. LOBO XAVIER, *Direito da greve cit.*, p. 209). Também no Direito espanhol, o tema é sujeito ao crivo da jurisprudência – v. decisão do Tribunal Constitucional espanhol n.º 189/1993, 14.6, disponível em <<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/docs/BOE/BOE-T-1993-18860.pdf>>. Estava então em análise cláusula convencional que previa a atribuição de incentivo em função da assiduidade, para o que não se computava (prejudicando tal assiduidade), entre outras, as ausências por greve. Fazer depender a atribuição de incentivo do não exercício de um direito fundamental (no caso, cf. art. 28, n.º 2, da Constituição espanhola) poderia traduzir obstáculo arbitrário e irrazoável. Em sentido inverso, argumentava-se, contudo, não ser evidente que o exercício do direito à greve ditasse perda do prémio, bastando, para tanto, não confluírem outras situações de absentismo. O Tribunal Constitucional espanhol acabaria por concluir pela não inconstitucionalidade da cláusula: o não recebimento do prémio não surgia como sanção por exercício do direito à greve. O Tribunal não deixa, porém, de distinguir esta hipótese da previsão de verdadeiros prémios anti-greve: as ausências por greve surgiam diluídas no cômputo global de outras ausências ao trabalho, representando uma percentagem mínima do total, que condicionava a perda ou a atribuição do incentivo. A greve não teria, assim, só por si, reflexo na percepção do prémio, atendendo às múltiplas ausências consideradas. Por tudo isto, o Tribunal Constitucional espanhol concluiu que a cláusula não comportava “efeito multiplicador” ou sacrifício adicional à perda do incentivo, não condicionando, assim, o direito à greve. No Direito francês, também BERAUD assinala: “*le gréviste, qui est dans une situation où il est en droit de ne pas travailler, perdra non seulement son salaire – ce qui est normal puisqu’il n’a pas fourni de prestation de travail – mais également une partie de la*

k) Também a CITE, no parecer n.º 65/2012, se pronunciou sobre situação em que o regulamento interno da empresa dispunha, no art. 12.º (“Prémio de assiduidade”), que o mesmo “só ser[ia] pago aos funcionários que, durante o mês a que se refer[isse], não t[ivesse]m faltado, por motivo justificado ou injustificado, mais de 5 horas, com exclusão das férias a que legalmente t[ivesse]m direito e dos feriados oficiais” (n.º 2). Atento este enquadramento, havia que determinar se as trabalhadoras que gozassem dispensa para amamentação teriam direito a tal prémio, ainda que, por aquela razão, se tivessem ausentado por mais de cinco horas em cada mês. Concluiu a CITE que, uma vez que a lei equipara estas ausências a “prestação efectiva de trabalho” (cf. art. 65.º, n.º 2), não concorria qualquer “falta”, tendo, por conseguinte, as trabalhadoras direito ao prémio, e acrescentando que “diferente conclusão consubstanciaria uma *discriminação direta* em razão da maternidade – ou com base na condição familiar, no caso da aleitação – proibida pelo direito comunitário; pela Constituição da República Portuguesa e pela legislação nacional”⁶⁶⁵. Acompanhamos o resultado mas divergimos da fundamentação: não é a circunstância de a lei equiparar estas ausências a serviço efectivo nem é a designação, no caso, utilizada que legitimam concluir pela atribuição do prémio – cremos, na verdade, artificial a suposta destrinça, não raro promovida, entre dispensas e faltas⁶⁶⁶. Estamos, contudo, perante ausência prevista no contexto da parentalidade, o que reclama referência adicional, atento o disposto no art. 31.º do CT.

l) No âmbito específico da igualdade e não discriminação em função do sexo, é previsto que “a igualdade de retribuição implica que, para trabalho igual ou de valor igual: qualquer modalidade de retribuição variável, nomeadamente a paga à tarefa, seja estabelecida na base da mesma unidade de medida”; e que “a retribuição calculada em função do tempo de trabalho seja a mesma” (cf. art. 31.º,

prime d'assiduité en raison de son absence” (La suspension cit., p. 137). Assim sendo, atenta a orientação jurisprudencial que tende a afirmar que “les primes d'assiduité ne constituaient pas une sanction du droit de grève dès l'instant où elles s'appliquaient à des absences autres que celle due à l'arrêt collectif de travail” (idem). Quanto à greve como hipótese suspensiva, v. *infra* Parte II, Capítulo I, Secção III, § 2.5.).

⁶⁶⁵ Parecer disponível em <http://www.cite.gov.pt/pt/pareceres/pareceres2012/P65_12.pdf>, p. 18, itálico nosso. No mesmo sentido, v. parecer da CITE n.º 93/CITE/2010, de 15.7, com declaração de voto contra da Confederação Empresarial de Portugal, subscrita pela Confederação do Comércio e Serviços de Portugal, conforme a qual, “a considerar-se a prática em apreciação discriminatória em função do sexo por motivo de maternidade, ter-se-ia, igualmente, de a considerar discriminatória relativamente a todas as outras situações para as quais a lei equipara a ausência a prestação efectiva de trabalho ou, ainda, aquelas que não resultam na perda de quaisquer direitos”. Antes entendiam que a atribuição do referido prémio pretendia “compensar a efectiva comparência ao serviço”, concluindo, pois, ter “razão a empresa quando refere que a situação jurídica dos trabalhadores da empresa relativamente ao prémio em causa não se reconduz à figura da perda de direitos mas antes a uma prestação meramente gratificante e exterior ao estatuto laboral de cada um dos trabalhadores” (pp. 20-21 – parecer acessível em <http://www.cite.gov.pt/pt/pareceres/pareceres2010/P93_10.pdf>). Em sentido idêntico, v. parecer n.º 2/CITE/91, de 12.3, disponível em <<http://www.cite.gov.pt/pt/pareceres/pareceres1991/2-91n.pdf>>.

⁶⁶⁶ A este propósito, v. *infra* Capítulo III, § 5.

n.º 2)⁶⁶⁷. Importa, porém, considerar o previsto no art. 31.º, n.º 3, onde é indicado que “as diferenças de retribuição não constituem discriminação quando assentes em critérios objectivos, comuns a homens e mulheres, nomeadamente, baseados em mérito, produtividade, assiduidade ou antiguidade”. Dir-se-á, a este propósito, que “a ideia é clara: excedidas as tabelas salariais mínimas, o empregador, no âmbito do poder de direcção, pode estabelecer complementos salariais que distingam os trabalhadores, nomeadamente em função da respectiva produtividade. O que se proscreve, neste domínio, é a consagração de elementos de comparação arbitrários e discriminatórios”⁶⁶⁸. A dificuldade resulta, porém, quanto a nós, de articulação do disposto no n.º 3 com o referido no n.º 4 daquela norma: “sem prejuízo do disposto no número anterior, as licenças, faltas ou dispensas relativas à protecção na parentalidade não podem fundamentar diferenças na retribuição dos trabalhadores”. Não obstante menção, nesta norma, a “retribuição”, cremos que se pretende, na verdade, abarcar outros valores, reconduzíveis ao conceito alargado de remuneração, *maxime*, prémios de mérito, de assiduidade ou de produtividade – excluídos do conceito de retribuição (cf. art. 260.º, n.º 1, c))^{669/670}. Numa perspectiva sistemática, é esta a leitura que melhor se harmoniza com o regime da parentalidade: o art. 65.º, n.ºs 1 e 2,

⁶⁶⁷ Há que convocar ainda o princípio geral do art. 270.º, conforme o qual, “na determinação do valor da retribuição deve ter-se em conta a quantidade, natureza e qualidade do trabalho, observando-se o princípio de que, para trabalho igual ou de valor igual, salário igual”. A este propósito, v. PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, II, p. 686.

⁶⁶⁸ AA.VV., *Código cit.*, p. 190 (anotação GUILHERME MACHADO DRAY), itálico nosso. Por sua vez, quanto à distinção entre retribuição e remuneração, v. PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, II, pp. 665 e ss.

⁶⁶⁹ Neste âmbito, dir-se-á que os “prémios atribuídos ao trabalhador não integram, em princípio, o conceito de retribuição, porque não correspondem a um dever do empregador mas ao seu *animus donandi*, nem constituem contrapartida do trabalho prestado” (PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, II, pp. 673-674). Quanto à natureza (não) retributiva de tais valores, v. acórdão da RP, de 26.3.1990, Proc. n.º 9050049 (LEITÃO SANTOS), que indica que “os prémios de produtividade atribuídos apenas quando e na medida em que o merecimento do trabalhador o justificasse e as possibilidades financeiras da firma o consentissem, não constituem retribuição quando essas condições se não verificam” (Sumário). Atendendo às circunstâncias do caso e às condições que ditavam a atribuição do prémio, concluindo já pela respectiva natureza retributiva, v. acórdão da RC, de 2.11.1990 (Proc. n.º 64/90, ALMEIDA DEVEZA, publicado na CJ, 1990, 5, pp. 92-93). Por sua vez, conforme acórdão de 24.5.2000, assinala a RL que, “quando o prémio de produtividade e mérito for uma prestação complementar ou acessória da remuneração base, ligado ao rendimento e mérito do trabalho prestado, só tem de ser pago se e enquanto tal se mantiver dentro das condições gerais da atribuição do prémio fixadas pelo Banco Réu” (Sumário, I). Mais se referindo que “o direito do autor ao prémio de produtividade e mérito está condicionado ao rendimento do seu trabalho. Só existe, se a avaliação desse trabalho, feita segundo os critérios objectivos fixados pelo Banco, for positiva. Sendo negativa, é lícito ao empregador retirar-lhe o pagamento do prémio, sem que tal constitua uma diminuição de retribuição” (Proc. n.º 3023/4/00, DINIS ROLDÃO, Sumário, II, publicado na CJ, 2000, 3, pp. 163-165).

⁶⁷⁰ Aplicando aquele regime a tais prémios, v. ANDIAS GONÇALVES, “A licença ...” *cit.*, p. 176. Adiante referindo que, “se do CT resulta que as licenças, faltas e dispensas relativas à protecção da maternidade e da paternidade não podem constituir fundamento de diferenciação no que toca a prémios de mérito, produtividade, assiduidade ou antiguidade, é porque essas prestações retributivas devem ser pagas à trabalhadora do mesmo modo que o seriam se aquelas ausências não tivessem ocorrido” (p. 178, itálico nosso).

equipara a prestação efectiva de trabalho a maior parte das licenças, faltas e dispensas ali pressupostas (salvo os casos previstos no n.º 6 daquela disposição⁶⁷¹); porém, na maioria de tais ausências, o empregador é dispensado do pagamento da retribuição (cf. art. 65.º, n.º 1⁶⁷²), não fazendo, assim, sentido que o art. 31.º, n.º 4, tivesse em vista apenas variações da *retribuição* – que não tem, afinal, lugar na quase totalidade daquelas situações. Esta é também a interpretação que melhor se articula com o regime europeu, quanto à igualdade remuneratória em razão do sexo: ainda à luz do CT 2003, Maria do Rosário Palma RAMALHO assinalava que, “na falta de referência legal ao conceito *amplo de remuneração, que releva para este efeito*, deve ter-se em conta o conceito do art. 141.º do TCE que, constando de uma fonte laboral supra-nacional, prevalece, naturalmente, sobre o conceito *estrito de retribuição* do direito nacional”^{673/674}. Com o CT 2009, deixaria, porém, de haver sequer margem para convocar um conceito (estrito) de retribuição, desconforme ao hoje previsto no art. 157.º, n.º 2, do TFUE; há, agora, que considerar o disposto no art. 24.º do CT, conforme o qual a igualdade de tratamento deve ter em conta “a retribuição e outras prestações patrimoniais” (n.ºs 1 e 2, c)). Por conseguinte, “pode hoje entender-se que, para efeitos de avaliação de práticas discriminatórias em matéria remuneratória, o conceito de remuneração a ter em conta não inclui apenas a retribuição (ou remuneração em sentido estrito), mas reporta-se à

⁶⁷¹ Referente à licença para assistência a filho ou para assistência a filho com deficiência ou doença crónica.

⁶⁷² Regime diverso é afecto apenas à dispensa para consulta pré-natal, amamentação ou aleitação (art. 65.º, n.º 2).

⁶⁷³ *Direito do Trabalho. Parte II – Situações Laborais Individuais*, 2.ª ed. (rev. e act.), Almedina, 2008, pp. 576-577, itálico nosso, e JÚLIO GOMES, *Direito cit.*, pp. 759-760. O art. 157.º, n.º 1, do TFUE (anterior art. 141.º do Tratado da Comunidade Europeia) dispõe que “os Estados-Membros assegurarão a aplicação do princípio da igualdade de remuneração entre trabalhadores masculinos e femininos, por trabalho igual ou de valor igual”. Clarificando no n.º 2 que, “para efeitos do presente artigo, entende-se por «remuneração» o salário ou vencimento ordinário, de base ou mínimo, e quaisquer outras regalias pagas, directa ou indirectamente, em dinheiro ou em espécie, pela entidade patronal ao trabalhador em razão do emprego deste último”. Mais se referindo que “a igualdade de remuneração sem discriminação em razão do sexo implica que: a) a remuneração do mesmo trabalho pago à tarefa seja estabelecida na base de uma mesma unidade de medida; b) a remuneração do trabalho pago por unidade de tempo seja a mesma para um mesmo posto de trabalho”. Sintetizando a jurisprudência acoitada pelo TJUE, a este propósito, v. acórdão de 5.11.2014, Proc. n.º C-476/12, “*Österreichischer Gewerkschaftsbund c. Verband Österreichischer Banken und Bankiers*”, §§ 17 a 19.

⁶⁷⁴ RIBEIRO PARREIRA, ao clarificar o sentido que reveste a instituição de um prémio de assiduidade – incentivo “[a]o cumprimento, através da criação de regras aplicáveis a todos os trabalhadores, sem discriminações, nos termos das quais aumentam as condições de trabalho na medida em que diminuem o número de faltas, nomeadamente, criando prémios pecuniários denominados prémios de assiduidade ou até mesmo acelerando a ascensão escalonar salarial dos trabalhadores” –, esclarece que, neste âmbito, constituiria prática discriminatória, com base no sexo, a previsão de prémio de assiduidade que considerasse como faltas impeditivas da sua atribuição as dadas pelas trabalhadoras mães no exercício dos direitos inerentes à maternidade (“O absentismo ...” *cit.*, pp. 311-312 e n. 109). Também PALMA RAMALHO adverte que “o critério da assiduidade pode, na prática, determinar situações de discriminação indirecta, se não ressaltar as ausências das trabalhadoras em razão da maternidade, por exemplo” (*Tratado cit.*, II, p. 683, n. 740).

*remuneração em sentido amplo, ou seja, ao conjunto de prestações de valor patrimonial de que o trabalhador beneficia em razão do contrato de trabalho*⁶⁷⁵.

Atento o regime de protecção na parentalidade – cf. leitura articulada dos arts. 24.º, n.os 1 e 2, c), 31.º, n.os 3 e 4, 65.º e 260.º, n.º 1, c), do CT e art. 157.º do TFUE –, importa, pois, concluir que aos trabalhadores que beneficiem de uma tal tutela deve ser atribuído prémio de assiduidade ou de produtividade, não obstante a não comparência ao serviço e ainda que a obrigação de retribuição não subsista ou que a ausência não seja sequer equiparada a serviço efectivo⁶⁷⁶. Nestas circunstâncias, a assiduidade/produtividade deve ser pressuposta – considerando o período de ausência tempo de comparência (para efeitos de assiduidade) ou, conforme se nos afigura mais rigoroso, por referência à média de assiduidade/desempenho (individual), registada em período antecedente. É certo, porém, que, por esta via, se institui, quanto às referidas ausências, regime distinto do sustentado, em geral, para outras hipóteses, em que concluímos que uma tal equiparação (ausência/comparência) deve proceder tão-só se o período de inactividade fosse acompanhado de expressa equiparação legal a serviço efectivo e, ainda, do pagamento da retribuição^{677/678}. Tal destrição resulta, todavia, de imposição legal, atenta a especial tutela reservada ao exercício pleno dos direitos pressupostos na parentalidade⁶⁷⁹.

m) Já no que respeita às ausências de trabalhadores afectos ao desempenho de funções em estruturas de representação colectiva, a equiparação de ausência a comparência – para o efeito previsto no n.º 1 da cláusula 17.^a – estava assegurada por via do disposto na cláusula 17.^a, n.º 2, i)⁶⁸⁰. Simplesmente, os trabalhadores que exercessem estas funções em

⁶⁷⁵ E, assim, “podemos considerar ultrapassada a desconformidade do direito nacional com o comunitário nesta matéria, que resultava do Código anterior” (PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, II, pp. 682-683, *itálico nosso*).

⁶⁷⁶ Tal qual nos casos previstos no n.º 6 do art. 65.º.

⁶⁷⁷ É de assinalar ainda que, atenta a tutela reservada à parentalidade, se a progressão na carreira se encontrar condicionada a prestação de prova, a mesma deve, por princípio, ser realizada após o termo da licença (cf. art. 65.º, n.º 3, c)).

⁶⁷⁸ No âmbito da jurisprudência do TJUE, *v.*, nomeadamente, acórdão de 30.4.1998, Proc. n.º C-136/95, *Caisse Nationale d'Assurance Vieillesse des Travailleurs Salariés (CNAVTS) contra Evelyne Thibault*, no qual o Tribunal concluiu que “os artigos 2.º, n.º 3, e 5.º, n.º 1, da Directiva 76/207/CEE do Conselho, de 9 de Fevereiro de 1976, relativa à concretização do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e promoção profissionais e às condições de trabalho, *opõem-se a uma regulamentação nacional que prive uma mulher do direito de ser classificada e, consequentemente, de poder beneficiar de uma promoção profissional pelo facto de ter estado ausente da empresa devido a licença de maternidade*” (*itálicos nossos*).

⁶⁷⁹ A CRP considera a maternidade e a paternidade “valores sociais eminentes” (art. 68.º, n.º 2), dispondo que “as mulheres têm direito a especial protecção durante a gravidez e após o parto, tendo as mulheres trabalhadoras ainda direito a dispensa do trabalho por período adequado, sem perda da retribuição ou de quaisquer regalias” (art. 68.º, n.º 3).

⁶⁸⁰ Conforme o qual, “para a falta de assiduidade referida na alínea a) do número anterior não contam as ausências por motivo de exercício de funções sindicais ou na Comissão de Trabalhadores, por membros dos corpos gerentes do SITEMA, delegados sindicais e membros da Comissão de Trabalhadores, dentro dos limites de tempo atribuídos por lei ou por decisão da empresa”.

exclusivo estariam arredados da referida progressão, já que, não desenvolvendo, por longo período, qualquer actividade profissional na empresa, o seu desempenho não era (não poderia ser) objecto de avaliação⁶⁸¹. Como forma de obviar à invocada penalização, foi sugerido que lhes fosse reconhecida a “*classificação média* dos trabalhadores que desempenh[ass]em as funções correspondentes à categoria do trabalhador em causa”⁶⁸² – solução desatendida pelo STJ. Não só o Código do Trabalho não reservaria especial tutela à progressão na carreira como não seria adequado invocar violação do enquadramento afecto à suspensão laboral: atento o disposto no art. 295.º, n.º 1, o regime legal teria (apenas) em vista a salvaguarda do conjunto de direitos e deveres das partes “*que não pressup[õe]m a efectiva prestação de trabalho*”, não cuidando de outros aspectos, condicionados por tal execução. Pressupondo a avaliação de desempenho a prestação (efectiva) de funções, por determinado período, não haveria que convocar – para aferição de conformidade – elenco normativo que enquadra o contrato de trabalho na ausência de actividade laboral⁶⁸³. No que respeita a esta categoria de trabalhadores, cumpre, aliás, assinalar a especial tutela que a subsistência do vínculo tem acolhido na jurisprudência: é, na verdade, evidente a flexibilidade com que a natureza transitória de tais impedimentos – condicionante da operacionalidade do regime suspensivo⁶⁸⁴ – tem vindo a ser considerada⁶⁸⁵. Não se poderá, por isso, dizer que a jurisprudência não tenda, por regra, a associar particular vigor aos direitos dos trabalhadores afectos ao exercício destas funções; não obstante, foi, no caso, entendido que a solução proposta pelo sindicato – de ficcionar não apenas a ausência, mas também o desempenho, fixando a respectiva avaliação em termos médios, por referência à execução dos demais – seria desajustada não só porque o Código do Trabalho e a CRP tanto não imporiam, mas, sobretudo, por não ser “justo e adequado, isso sim, perante os demais trabalhadores que, efetivamente, reúnem os requisitos previstos na cláusula 18.ª, ficcionar para outros uma realidade em que aqueles critérios se verifiquem *independentemente de qualquer esforço ou mérito para o efeito*”⁶⁸⁶. Cremos, na verdade, que tal ficção de desempenho

⁶⁸¹ Nos termos indicados na cláusula 18.ª, n.º 3.

⁶⁸² Acórdão, p. 3034.

⁶⁸³ “Se subjacente ao regime da progressão na carreira previsto no AE TAP/AA está, como decorre da análise das citadas cláusulas, justamente, o *princípio da efetividade no exercício da função*, não se antevê que surjam beliscados os direitos decorrentes do regime da suspensão do contrato de trabalho, regime esse que, notória e explicitamente, *exclui do seu âmbito de proteção os direitos que exijam o efetivo exercício de funções*”, tal qual sucede com “o *regime de progressão e evolução da contratação coletiva em análise*” (acórdão cit., p. 3035, *itálico* nosso).

⁶⁸⁴ Tal qual decorre do art. 294.º, n.º 1, o impedimento deve revestir natureza temporária. A este propósito, *v. infra* Parte II Capítulo III, § 4.2., V.

⁶⁸⁵ Aliás, com apelo a fundamentação que se nos afigura discutível. Em acórdão do STJ, de 20.5.2009, o STJ acolhe avaliação particularmente exigente da natureza “*definitiva*” do impedimento: a suspensão deve, nessas situações, manter-se por todo o período correspondente a tal ocupação, ainda que essa actividade se mantenha, por hipótese, por mais de três décadas (Proc. n.º 08S3258, SOUSA GRANDÃO).

⁶⁸⁶ Acórdão cit., p. 3036, *itálico* nosso. Concluindo-se que “não obedeceria ao princípio da proporcionalidade impor ao empregador que consagrasse *outras ficções* assimiláveis à *da efetiva*

(e não já apenas de assiduidade) apenas deve operar quando esta equivalência seja estatuída legalmente, impondo-se, por conseguinte, à contratação colectiva – e, na ausência de disposição expressa que disponha diversamente, por via do duplo crivo acima indicado (equiparação a serviço efectivo e subsistência do pagamento da retribuição⁶⁸⁷, salvo o disposto quanto à parentalidade⁶⁸⁸). De todo o modo, sempre que assim seja, deve ser tido por referência o desempenho individual de cada trabalhador, não havendo que convocar, a tal propósito, padrões relativos ao desempenho dos demais⁶⁸⁹.

Dir-se-á, por fim, que os trabalhadores que exercem funções em estruturas de representação colectiva não são arredados de tal avaliação por força de critério arbitrário ou discriminatório: é lícito ao empregador estabelecer critérios objectivos de progressão (tais como mínimos de assiduidade e de produtividade), ainda que o desempenho de determinadas actividades alheias à normal execução do contrato de trabalho obste, conforme tais critérios, ao efeito útil associado. Revelador de que não se tratava de regra que tivesse em vista a exclusão discriminatória de dada categoria era, aliás, o facto de, conforme o mesmo IRCT, também os trabalhadores ausentes em razão de doença prolongada não preencherem os requisitos gerais de progressão. Não havia, por fim, que invocar violação do disposto nos arts. 54.º e 55.º da CRP: o facto de não se proceder à ficção de dado desempenho profissional não consubstanciava condicionamento ilegítimo do exercício das referidas funções – não só a tutela da posição destes trabalhadores assume outras concretizações, entre as quais não concorre especial salvaguarda da progressão na carreira, como a protecção conferida deve, em cada caso, ser contrabalançada com o interesse legítimo do empregador no que respeita à gestão da organização de que é titular⁶⁹⁰.

X. Por último, entre as adaptações inerentes à manutenção do vínculo, importa fazer menção ao impacto da suspensão no direito a férias do trabalhador, respectiva retribuição e subsídio de férias. Atenta a proximidade

prestação de trabalho para efeitos de progressão e evolução na carreira dos seus trabalhadores, quando inexistente lei geral que a tanto obrigue e se consideram justos e adequados os pressupostos e critérios adotados para o efeito, por refletirem uma equilibrada ponderação dos interesses em jogo” (*idem*).

⁶⁸⁷ Havendo que reconhecer que a sustentada natureza não retributiva dos valores pagos pelo empregador em caso de suspensão por factos referentes ao trabalhador e por acordo (cf. *supra*, § VIII.) tende a inutilizar a convocação de uma tal ficção de assiduidade e de desempenho.

⁶⁸⁸ Cf. art. 468.º, n.º 8, “quando as faltas justificadas se prolongarem efectiva ou previsivelmente para além de um mês, aplica-se o regime da suspensão do contrato de trabalho por facto respeitante ao trabalhador, sem prejuízo do disposto em instrumento de regulamentação colectiva de trabalho aplicável, que preveja funções sindicais a tempo inteiro ou outras situações específicas, relativamente ao direito à retribuição de trabalhador”, não se verificando equiparação a serviço efectivo nem assumindo os valores porventura pagos aos trabalhadores natureza retributiva (*v. supra* § VIII.).

⁶⁸⁹ Salvo para aferição de prática não discriminatória.

⁶⁹⁰ “Exercer funções sindicais é relevantíssimo: contribui para a paz na empresa e representa a defesa dos interesses dos trabalhadores. Todavia, também a gestão empresarial com base em critérios de qualificação – sobretudo quando estamos perante funções de elevada responsabilidade e complexidade técnica relevante – é primordial” (acórdão *cit.*, p. 3039).

do tema, incluímos também referência às decorrências da suspensão na percepção do subsídio de Natal:

a) Quanto ao subsídio de Natal, tem aplicação o princípio geral previsto no art. 263.º, n.º 1: “o trabalhador tem direito a subsídio de Natal de valor igual a um mês de retribuição, que deve ser pago até 15 de Dezembro de cada ano”. Trata-se de complemento remuneratório anual, de natureza retributiva, que corrige a remuneração global do trabalhador⁶⁹¹.

Para determinação dos efeitos da suspensão na atribuição deste valor, importa, porém, considerar novamente a regra prevista no art. 295.º, n.º 1, onde se dispõe que, “durante a [...] suspensão, mantêm-se os direitos, deveres e garantias das partes que não pressuponham a efectiva prestação de trabalho”. Atentas a natureza retributiva do subsídio de Natal e a sua correlação com o trabalho anual, justificar-se-ia a suspensão do respectivo pagamento, na parte correspondente ao período suspensivo, em que não concorre trabalho efectivo⁶⁹². O que tem, aliás, concretização expressa no art. 263.º, n.º 2, c), quanto à “suspensão de contrato de trabalho por facto respeitante ao trabalhador”, admitindo-se, então, redução proporcional do seu valor “ao tempo de serviço prestado no ano civil”⁶⁹³. Importa, porém, questionar, também aqui, se esta solução se adequa às hipóteses de suspensão em que o período de ausência resulte legalmente equiparado a serviço efectivo. Não se afigura, na verdade, linear a harmonização de normas várias que sugerem, por vezes, soluções inversas. cremos, todavia, que leitura sistemática impõe concluir que se norma especial – referente a hipótese suspensiva específica – previr

⁶⁹¹ MONTEIRO FERNANDES, *Direito cit.*, pp. 432-433, e PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, II, p. 671. MENEZES CORDEIRO assinala, por sua vez, que, “ao contrário do subsídio de férias que, visando efectivar o direito ao repouso, tem um regime especial, o subsídio de Natal equivale a um puro suplemento remuneratório” (*Manual cit.*, p. 725). Referindo a evolução que conduziu ao acolhimento, entre nós, do subsídio de Natal, v. SÓNIA PRETO, “Alguns ...” *cit.*, pp. 72 e ss. V. ainda NUNES DE CARVALHO, “Notas ...” *cit.*, pp. 83 e ss. Por fim, v. o regime transitório de pagamento do subsídio de Natal, previsto na Lei n.º 11/2013, de 28.1, estendido até ao dia 31.12.2015, por via do art. 257.º da Lei do Orçamento de Estado para 2015.

⁶⁹² Na hipótese de doença, quanto às prestações compensatórias do subsídio de Natal, v. arts. 4.º, n.º 2, 15.º e 33.º, n.º 2, do DL n.º 28/2004, de 4.2, que aprovou o regime jurídico de protecção social na doença. Este diploma foi objecto de Declaração de Rectificação n.º 29/2004, de 23.3, e de alteração pelos DL n.º 146/2005, de 26.8, n.º 302/2009, de 22.10, pela Lei n.º 28/2011, de 16.6, e pelo DL n.º 133/2012, de 27.6. Sobre o tema, v. Luísa Andias GONÇALVES, “Prestações Compensatórias de Subsídio de Férias e de Subsídio de Natal”, *Para Jorge Leite. Escritos Jurídico-Laborais* (coord. João Reis, Leal Amado, Liberal Fernandes e Regina Redinha), vol. 1, Coimbra Editora, 2014, pp. 391-410.

⁶⁹³ Assinala LEAL AMADO que “o subsídio de Natal traduz-se [...] numa prestação retributiva de formação progressiva ao longo do ano civil, num salário diferido que se vai sedimentando gradualmente, pelo que se compreende que o seu valor seja proporcional ao tempo de serviço prestado, nas situações contempladas pelo n.º 2 do art. 263.º” (*Contrato cit.*, pp. 304-305, n. 438, *italico* nosso; v. ainda LEAL AMADO, “Comissões ...” *cit.*, p. 235). Neste sentido, a título exemplificativo, v. acórdão do STJ, de 6.2.2008, onde se refere que os “subsídios de férias e de Natal constituem prestações complementares ou complementos salariais (certos, por corresponderem a prestações fixas que se vencem periodicamente) [...]. Participam, pois, [...] da natureza de retribuições laborais, entendidas estas, no caso, como contrapartidas do trabalho” (Proc. n.º 07S2621, MÁRIO PEREIRA).

a equiparação legal da ausência a serviço efectivo sem perda de retribuição, tal período não deve influir (reduzindo ou anulando) o valor do subsídio de Natal a atribuir ao trabalhador. Diversamente, se, não obstante a equiparação a serviço efectivo, é ressalvado o pagamento da retribuição – v.g., nas hipóteses previstas no art. 65.º, n.º 1, a respeito de licenças diversas –, o subsídio de Natal não terá de ser pago pelo empregador^{694/695}.

Solução diferente se impõe, porém, na suspensão por facto respeitante ao empregador: resultando, então, a impossibilidade de execução da actividade laboral “no rasto da mora do credor”, o empregador mantém o dever de pagamento da retribuição⁶⁹⁶ e, por conseguinte, também do subsídio de Natal. Esta lógica é reforçada não só por leitura a *contrario* do disposto no art. 263.º, n.º 2, c), mas também da solução expressa prevista a respeito do “lay-off” no art. 306.º, n.º 3, que atende às especificidades das situações ali pressupostas: “o trabalhador tem direito a subsídio de Natal por inteiro, que é pago pela segurança social em montante correspondente a metade da compensação retributiva e pelo empregador no restante”.

b) Maiores dúvidas se suscitam, contudo, quando se trata de aferir o impacto de ausência em razão de suspensão nas férias dos trabalhadores, havendo que considerar, a tal propósito, referências diversas⁶⁹⁷. Há, desde logo, que convocar os princípios gerais – que admitem, porém, desvios – que enquadram o regime jurídico das férias. E importa, para tanto, considerar, no essencial, o disposto nos arts. 59.º, n.º 1, d), da CRP⁶⁹⁸ e no

⁶⁹⁴ No âmbito específico da parentalidade e a propósito das hipóteses visadas no texto, v. pareceres da CITE n.º 17/2000, de 28.4, n.º 88/2010, de 15.7, e n.º 185/2013, de 1.8, que admitem a redução proporcional do subsídio de Natal, a pagar pelo empregador, em função do serviço efectivamente prestado. Concedendo também na redução do devido a este título, v. ANDIAS GONÇALVES, “A licença ...” *cit.*, p. 178, e “Prestações compensatórias ...” *cit.*, p. 405.

⁶⁹⁵ O trabalhador pode, então, ter direito a prestação compensatória, conforme definido no regime jurídico de protecção social na parentalidade, aprovado pelo DL n.º 91/2009, de 9.4, alterado pelo DL n.º 70/2010, de 16.6, e pelo DL n.º 133/2012, de 27.6. Neste âmbito, o art. 21.º-A dispõe que “a atribuição da prestação compensatória dos subsídios de férias, de Natal ou outros de natureza análoga depende de os beneficiários não terem direito ao pagamento daqueles subsídios, no todo ou em parte, pelo respetivo empregador, desde que o impedimento para o trabalho tenha duração igual ou superior a 30 dias consecutivos”. Havendo que considerar ainda o referido no art. 66.º, n.ºs 5 a 7: “a atribuição da prestação compensatória do não pagamento de subsídios de férias, de Natal ou outros de natureza análoga, prevista no n.º 2 do artigo 7.º, depende de requerimento” (n.º 5); “o requerimento referido no número anterior deve ser apresentado nas instituições gestoras das prestações no prazo de seis meses contados a partir de 1 de janeiro do ano subsequente àquele em que os subsídios eram devidos, salvo no caso de cessação do contrato de trabalho, situação em que o prazo se inicia a contar da data dessa cessação” (n.º 6); por fim, “o requerimento deve ser instruído com uma declaração da entidade empregadora, na qual constem a indicação dos quantitativos não pagos e a referência à norma legal ou contratual justificativa do não pagamento” (n.º 7). Sobre esta matéria, v. ANDIAS GONÇALVES, “Prestações compensatórias ...” *cit.*, pp. 391-410.

⁶⁹⁶ Tema desenvolvido *infra*, Parte II, Capítulo I, Secção IV).

⁶⁹⁷ No Direito alemão, v. HAGER, *Das ruhende cit.*, pp. 240 e ss.

⁶⁹⁸ Onde é previsto que “todos os trabalhadores, sem distinção de idade, sexo, raça, cidadania, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, têm direito [...] a férias periódicas pagas”. V. ainda o art. 31.º, n.º 2, da CDFUE, o art. 7.º da Directiva 2003/88 e a Convenção OIT n.º 132, referente a férias anuais remuneradas (revista em 1970), aprovada e ratificada pelo Decreto n.º

art. 237.º, n.ºs 1, 2 e 4. Neste contexto, assume especial importância o art. 237.º, n.º 2, conforme o qual “o direito a férias, em regra, reporta-se ao trabalho prestado no ano civil anterior⁶⁹⁹, mas não está condicionado à assiduidade ou efectividade de serviço”^{700/701}. Por outro lado, embora o direito a férias se adquira com a celebração do contrato de trabalho, no que respeita ao vencimento, a regra geral é a de que “o trabalhador tem direito, em cada ano civil, a um período de férias retribuídas, que se vence em 1 de Janeiro” (cf. art. 237.º, n.º 1)⁷⁰². Por fim, quanto à finalidade do regime instituído, o art. 237.º, n.º 4, refere que “o direito a férias deve ser exercido de modo a proporcionar ao trabalhador a recuperação física e psíquica, condições de disponibilidade pessoal, integração na vida familiar e participação social e cultural”⁷⁰³.

c) Há, em seguida, que considerar o enquadramento geral afecto à retribuição e ao subsídio de férias, dispondo o art. 264.º, n.º 1, que “a retribuição do período de férias corresponde à que o trabalhador receberia se estivesse em serviço efectivo”, e o n.º 2, quanto ao respectivo subsídio, que, “além da retribuição mencionada no número anterior, o trabalhador tem direito a subsídio de férias, compreendendo a retribuição base e outras prestações retributivas que sejam contrapartida do modo específico da execução do trabalho,

52/80, de 29.7. Justificando a qualificação do direito a férias como um “direito fundamental social”, v. 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”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hörster* (coord. Luís Couto Gonçalves, Wladimir Brito, Mário Ferreira Monte, Fernando de Gravato Moraes, Clara Calheiros e Cristina Araújo Dias), Almedina, 2012, pp. 815-836, p. 827.

⁶⁹⁹ Em desvio a este princípio geral, v. art. 239.º, n.ºs 1, 4 e 6.

⁷⁰⁰ Por conseguinte, a menção, assim feita, a “trabalho prestado” deve ser tomada por referência a “situação laboral em abstracto e não a «serviço efectivo»” (MENEZES CORDEIRO, *Manual cit.*, p. 708, *italico* nosso).

⁷⁰¹ V., todavia, em desvio a tal regra, o disposto no art. 257.º, n.º 1, a), e, até à Lei n.º 23/2012, a variação da duração das férias, atento o possível acréscimo, antes previsto nos n.ºs 3 e 4 do art. 238.º, em função da assiduidade; v. ainda a possível aplicação de sanção disciplinar de perda de dias de férias, que pode ter lugar, nomeadamente, em caso de faltas injustificadas (cf. art. 328.º, n.º 1, d), e n.º 3, b)).

⁷⁰² Refere MENEZES CORDEIRO que “o direito a férias *adquire-se* com o contrato de trabalho e vence-se no dia 1 de Janeiro de cada ano civil” (*Manual cit.*, p. 708). Nesta medida, “em regra, o direito a férias vence-se no dia 1 de Janeiro e reporta-se ao trabalho prestado no ano civil anterior. As férias consistem, assim, num *direito de formação sucessiva e de vencimento diferido*” (LEAL AMADO, *Contrato cit.*, p. 286). Também LUÍS MIGUEL MONTEIRO assinala que, embora o CT não tenha mantido “a formulação expressa da regra da aquisição do direito a férias por efeito da celebração do contrato de trabalho (cfr. n.º 1 do artigo 212.º do CT2003 e, antes deste, n.º 1 do artigo 3.º da LFFF)”, na verdade, “a mesma pode considerar-se implícita na natureza laboral do direito” (AA.VV., *Código cit.*, p. 558). V. ainda MILENA ROUXINOL, *O direito a férias cit.*, p. 10. Em rigor, o momento relevante para a aquisição do direito a férias é o da produção de efeitos do contrato e não tanto da celebração do mesmo (José Andrade MESQUITA, “O Direito a Férias”, *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, vol. 3, Almedina, 2002, pp. 65-105, p. 81).

⁷⁰³ Quanto ao fundamento do direito a férias, v. Rui ASSIS, “O Regime Jurídico do Direito a Férias”, *Direito e Justiça*, ano 14, 2000, t. 3, pp. 291-316, pp. 292-295. No Direito alemão, v. HAGER, *Das ruhende cit.*, pp. 34-35.

correspondentes à duração mínima das férias”⁷⁰⁴. À semelhança do subsídio de Natal⁷⁰⁵, também estes valores revestem natureza retributiva: constituem “indiscutivelmente, atribuições patrimoniais de carácter retributivo, mas que, ao contrário do «ordenado» mensal e os respectivos complementos, não têm uma relação de correspondência directa e concreta com certa prestação de trabalho, realizada em tempo e espaços definidos”. São, por conseguinte, “valores que «corrigem» ou «ajustam» a retribuição global (anual, se se quiser) ao benefício auferido pela entidade empregadora”⁷⁰⁶.

d) Da sobreposição destas normas ao regime reservado à suspensão resulta a previsão de norma específica, no âmbito da suspensão por facto respeitante ao empregador, em razão de “lay-off”: o art. 306.º dispõe não só que “o tempo de redução ou suspensão não afecta o vencimento e a duração do período de férias”⁷⁰⁷, mas também que “a redução ou suspensão não prejudica a marcação e o gozo de férias, nos termos gerais, tendo o trabalhador direito ao pagamento pelo empregador do subsídio de férias devido em condições normais de trabalho”⁷⁰⁸. É, a este propósito, constatado que, por esta via, se “equipara, para efeitos de férias, o período de redução ou suspensão a tempo de serviço efectivamente prestado”, assim se procurando “garantir a consistência prática” do direito a férias, “em especial da sua componente retributiva”⁷⁰⁹. Não obstante, MONTEIRO FERNANDES assinala “a artificialidade da solução” – que considera, porém, “extensível, mesmo *a fortiori*, aos restantes casos de suspensão por facto ligado ao empregador –, no que toca à «efectivação» do repouso”. Em suma, “o legislador terá querido, sobretudo – e tendo em vista que se trata de perturbações da execução do contrato a que o trabalhador é completamente alheio – ressaltar a componente económica do direito a férias, na medida em que ela se traduz num «sobreganho» relativamente ao esquema normal de remuneração do trabalho”⁷¹⁰. Ficando, por esta forma, determinado o efeito de suspensão por facto respeitante ao empregador no direito a férias do trabalhador⁷¹¹, subsistem, porém,

⁷⁰⁴ Referindo a evolução que conduziu ao acolhimento, entre nós, do regime hoje vigente quanto ao subsídio de férias, v. SÓNIA PRETO, “Alguns ...” *cit.*, pp. 58-71. V. ainda NUNES DE CARVALHO, “Notas ...” *cit.*, pp. 88 e ss.

⁷⁰⁵ V. *supra* a).

⁷⁰⁶ MONTEIRO FERNANDES, *Direito cit.*, p. 433. PALMA RAMALHO refere, por sua vez, que “o direito do trabalhador à retribuição durante as férias e ao subsídio de férias evidencia a obrigação remuneratória ampla do empregador, que é típica dos vínculos laborais, uma vez que estes pagamentos correspondem a situações de não trabalho” (*Tratado cit.*, II, pp. 611 e 671). A este propósito, v. ainda LEAL AMADO, “Comissões ...” *cit.*, pp. 238 e ss.

⁷⁰⁷ Cf. n.º 1.

⁷⁰⁸ Cf. n.º 2.

⁷⁰⁹ AA.VV., *Código cit.*, p. 668 (anotação JOANA VASCONCELOS), com itálico nosso.

⁷¹⁰ *Direito cit.*, p. 457.

⁷¹¹ É de assinalar, todavia, que o TJUE parece acolher, a este propósito, menor tutela do trabalhador – assim, a respeito de situação de suspensão em situação de crise empresarial, sujeita, ao abrigo da legislação alemã, ao regime do “*Kurzarbeit null*”, v. acórdão de 8.11.2012, *Alexander Heimann* (C-229/11) e *Konstantin Toltschin* (C-230/11) c. *Kaiser GmbH*. Estava em causa suspensão que ditava dispensa “da obrigação de trabalhar que impende sobre o trabalhador e [...] da obrigação de o empregador pagar o salário” (§ 13), tendo os trabalhadores direito, por tal período, a “subsídio denominado «*Kurzarbeitergeld*». Este subsídio substitui o salário do

dúvidas várias quanto a tais reflexos, quando se trate de suspensão por facto referente ao trabalhador.

e) Em tais casos, há, na verdade, que considerar o enquadramento legal reservado às férias e, especificamente, as normas que atendem, em concreto, a situações de impedimento prolongado do trabalhador⁷¹². Convocamos, a este propósito, o exemplo de trabalhador ausente, por doença, de 1.7.2011 a 31.8.2014:

– Quanto às férias já vencidas a 1.1.2011 – ano de início da suspensão – e reportadas ao trabalho prestado em 2010, tem aplicação o art. 244.º, n.º 3,

trabalhador em causa, durante o período de redução do tempo de trabalho” (§ 14). Este plano vigorou entre Maio de 2009 e Junho de 2010, quando os contratos de trabalho cessaram. Reivindicado o direito a férias não gozadas referentes aos anos de 2009 e 2010, o TJUE rejeitou tal pretensão, invocando, nomeadamente, que, atendendo a que a suspensão respeitava a circunstâncias referentes ao empregador, o trabalhador “pode[ria] descansar ou dedicar-se a atividades de descontração e de lazer. Assim, na medida em que o referido trabalhador não est[ava] sujeito a limitações físicas ou psíquicas provocadas por doença, encontra[va]-se numa situação diferente da resultante de uma incapacidade para o trabalho devida ao seu estado de saúde” (§ 29). Decidiu, por conseguinte, que “o direito a férias anuais remuneradas de um trabalhador cujo tempo de trabalho foi reduzido é calculado segundo a regra *pro rata temporis*” (§ 36), o que, no caso, atenta a suspensão (total), equivalia a negar o direito a férias, no referente ao período em que a medida vigorou. Em data anterior, *v.*, ainda no que respeita ao ordenamento alemão, a decisão do BAG de 16.12.2008 (“*Urlaubsansprüche bei Kurzarbeit Null*”), que, em caso de “*Kurzarbeit null*”, concede na inexistência do direito a férias, por referência ao período em que vigora aquela medida, por se entender que o tempo de inactividade em razão de “*Kurzarbeit null*” esvazia o direito do trabalhador a não trabalhar por motivo de férias (“*er wird von der Leistungspflicht frei*”) (9 AZR 164/08). Na doutrina, Lena RUDKOWSKY indica a posição unânime da doutrina alemã de que o “*Kurzarbeit*” prejudica as férias dos trabalhadores abrangidos, reduzindo-as a “zero” no “*Kurzarbeit null*”: “*für die Zeiten der «Kurzarbeit null» führt das zu einem «Urlaubsanspruch null*”. Embora esta leitura tenha sido sufragada pelo TJUE na decisão acima indicada, a Autora questiona a conformidade de uma tal solução com o art. 7.º, n.º 1, da Directiva 2003/88 e com o art. 31.º da CDFUE, relativa a determinados aspectos da organização do tempo de trabalho (“*Die Umrechnung des Urlaubsanspruchs bei Kurzarbeit und ihre Vereinbarkeit mit der Arbeitszeitrichtlinie*”, NZA, 2012, pp. 74-78, p. 75). É de assinalar que a doutrina e jurisprudência alemãs acolhem diferente enquadramento em caso de ausência do trabalhador em razão de incapacidade (“*Arbeitsunfähigkeit*”): nestas hipóteses, o direito a férias deve ser mantido, já que entendimento diverso traduziria pressão indevida sobre o trabalhador para que retomasse o trabalho (p. 75). A solução é, assim, diversa, consoante o impedimento decorra de circunstâncias referentes ao trabalhador ou ao empregador – de resto, também o TJUE acolhe leitura variável, consoante impedimento que afecte o empregador ou (directamente) trabalhador, tal como em caso de doença prolongada (cf. *infra*, n. 736). Na doutrina alemã, *v.* ainda Ulrich KORTMANN, “*Kurzarbeit und Urlaubsansprüche*”, *ArbRAktuell*, 2010, pp. 29-32, e Susanne WICHT, “*Urlaub im ruhenden Arbeitsverhältnis – Lösungsansätze für die anstehende BAG-Entscheidung*”, *BB*, 2012, pp. 1349-1353.

⁷¹² No que respeita às férias, o art. 220.º do CT 2003 tratava de diversas hipóteses de suspensão, sob a epígrafe “Efeitos da suspensão do contrato de trabalho por impedimento prolongado”, hoje dispersas pelos arts. 239.º, n.º 6 (art. 220.º, n.ºs 2 e 3, do CT 2003), 244.º, n.º 3 (art. 220.º, n.º 1, do CT 2003) e 245.º, n.º 4 (art. 220.º, n.º 4, do CT 2003) – enunciando as principais alterações introduzidas em matéria de férias no CT 2009, *v.* Isabel Vieira BORGES, *Férias Laborais: Dever de Gozo Efectivo e Margem de Liberdade*, dissert., policop., inédito, FDUL, 2015, pp. 271-272 e, em especial, pp. 426 e ss. *V.* ainda FRAÚSTO DA SILVA, “*Alterações ...*” *cit.*, pp. 296 e ss.

não se prejudicando um tal direito. Por conseguinte, se não foram ainda gozadas (ou gozadas na sua totalidade), encontrando-se o trabalhador impedido de o fazer, *“tem direito à retribuição correspondente ao período de férias não gozado ou ao gozo do mesmo até 30 de Abril do ano seguinte e, em qualquer caso, ao respectivo subsídio”*^{713/714}.

⁷¹³ Assim, “impedimento do trabalhador que inviabilize o gozo de férias, seja ou não determinante da suspensão do contrato de trabalho, não prejudica o correspondente direito vencido no primeiro dia do ano civil em que o impedimento tenha ocorrido, pelo que aquele tem direito a receber a retribuição correspondente ao período de férias de que não tenha beneficiado e respectivo subsídio, a menos que o goze até 30 de abril do ano civil seguinte” (AA.VV., *Código cit.*, p. 571, anotação LUÍS MIGUEL MONTEIRO, *itálico nosso*). Também FRAÚSTO DA SILVA refere que, “se o contrato de trabalho se suspende em ano no qual o trabalhador ainda não gozou, no todo ou em parte, as férias que nesse momento já venceu, mantendo-se o impedimento até ao final desse mesmo ano, então essas férias já vencidas devem ser remidas e pagas em dinheiro (até 31 de Dezembro) – mantendo-se o direito, também, ao respectivo subsídio, que se não tiver sido pago se vencerá também no final do ano; o empregador pode, contudo, optar por não remir esse direito a dinheiro, caso em que devem as férias em causa ser gozadas até 30 de Abril do ano imediato, se entretanto e atempadamente cessar o impedimento referido” (“Alterações ...” *cit.*, p. 308). Questionando a linearidade de afectação ao empregador da escolha de remarcação das férias e concluindo que “o direito de opção contemplado no artigo 244.º, n.º 3, deve caber ao trabalhador, embora a marcação do período de férias a gozar deva assistir, não havendo acordo quanto a esse ponto, ao empregador, de acordo com a regra geral nesta matéria e, desde logo, com o número anterior da mesma norma”, v. Milena Silva ROUXINOL, “O Direito a Férias no Código do Trabalho – Apontamentos”, *QL*, ano 16, 2009, n.º 33, pp. 37-59, p. 52. Seja como for, o art. 244.º, n.º 3, é ilustrativo de como suspensão se apresenta, não raras vezes, não só em desvio ao princípio da anualidade, mas também da efectivação (cf., embora ainda à luz da LFFF, ANDRADE MESQUITA, “O direito ...” *cit.*, p. 121) ou, o mesmo é dizer, da “regra da não convertibilidade do direito a férias em dinheiro” (RUI ASSIS, “O regime ...” *cit.*, p. 309).

⁷¹⁴ Por sua vez, dispõe no n.º 1 que “o gozo das férias não se inicia ou suspende-se quando o trabalhador esteja temporariamente impedido por doença ou outro facto que não lhe seja imputável, desde que haja comunicação do mesmo ao empregador”. Nessa situação, “o gozo das férias tem lugar após o termo do impedimento na medida do remanescente do período marcado, devendo o período correspondente aos dias não gozados ser marcado por acordo ou, na falta deste, pelo empregador, sem sujeição ao disposto no n.º 3 do artigo 241.º” (n.º 2). Afinal, “se as férias se destinam a permitir a recuperação das energias físicas e psíquicas do trabalhador e até uma plena vida cultural e social, parece lógico poder afirmar-se que a doença do trabalhador durante o período de férias impede a realização desses objectivos. Daí a previsão legal de suspensão das férias, caso o trabalhador adoecia durante o seu gozo” (JÚLIO GOMES, *Direito cit.*, pp. 717-718). A este propósito, também PALMA RAMALHO nota que “a justificação deste regime reside ainda no objectivo de descanso e de recuperação física do trabalhador que subjaz ao direito a férias: se o trabalhador estiver doente ou impedido de descansar, o tempo para tal descanso e recuperação física deve interromper-se” (*Tratado cit.*, II, pp. 610-611). No Direito italiano, na falta de solução legal expressa, a *Corte Costituzionale* terá sustentado idêntica solução (ICHINO, *Il contratto cit.*, p. 18) sempre que sobrevenha, no período de férias, impedimento pessoal de natureza e duração que comprometa o direito ao repouso anual. Neste sentido, v. decisão n.º 616, de 30.12.1987, da *Corte Costituzionale*, disponível em <<http://www.cortecostituzionale.it>>: em causa estava a compatibilidade do art. 2109 (“*Periodo di riposo*”) do CCit. com os arts. 3 e 36, § 3, da Constituição italiana, na medida em que, sobrevindo situação de doença, não se admitisse a suspensão do gozo das férias nem o direito do trabalhador ao gozo de ulterior de tais dias. A *Corte Costituzionale* concluiu pela desconformidade de tal interpretação – por esvaziar o sentido e o fim útil do direito a férias. Entre nós, mas já no contexto da parentalidade, v. ainda o art. 65.º, n.º 3, a), onde se dispõe que “as licenças por situação de risco clínico durante a gravidez, por

– Quanto ao trabalho prestado em 2011 (entre Janeiro e Julho de 2011) e considerando o fim do impedimento em 2014, importa distinguir, consoante ao impedimento prolongado suceda ou não a extinção do vínculo:

(i) *Cessando o contrato no ano em que finda o impedimento (2014):*

– Em 1.9.2014, imediatamente “após impedimento prolongado do trabalhador” – não havendo sido prestado trabalho em 2014 –, o art. 245.º, n.º 4, dispõe que o trabalhador “tem direito à retribuição e ao subsídio de férias correspondentes ao tempo de serviço prestado no ano de início da suspensão” – ou seja, ao trabalho prestado, em 2011, até Julho. Afinal, um tal período “não gerara ainda qualquer direito a férias”. Por esta forma, “a norma em apreço aproveita este trabalho, o último prestado antes da cessação do contrato, para dele retirar o período de férias correspondente”⁷¹⁵;

– Em 30.11.2014 – havendo, assim, sido prestado trabalho após o fim do impedimento, entre 1.9 e 30.11.2014 –, é controverso se o art. 245.º, n.º 4, teria aplicação ou se há, tão-só, que convocar o disposto no art. 245.º, n.º 1, b) – tendo ainda em conta que o período de espera de seis meses,

interrupção de gravidez, por adopção e licença parental em qualquer modalidade, suspendem o gozo das férias, devendo os dias remanescentes ser gozados após o seu termo, mesmo que tal se verifique no ano seguinte”. Refere, a tal propósito, ANDIAS GONÇALVES que, por esta forma, “garante-se ao trabalhador o gozo dos dias de férias vencidos antes do impedimento, afastando-se, assim, a possibilidade da sua substituição pelo pagamento de um montante pecuniário”. Daqui resultando, na verdade, um regime mais favorável que o decorrente do art. 244.º, n.º 3, que impõe o gozo de tais férias até 30 de Abril do ano seguinte; já o art. 65.º, n.º 3, a), não impõe uma tal limitação no ano subsequente (“Prestações compensatórias ...” *cit.*, p. 398). Por sua vez, quanto à delimitação da (não) imputação, para efeito do disposto no art. 244.º, n.º 1, *v.* VIEIRA BORGES, *Férias cit.*, pp. 446 e ss., e MILENA ROUXINOL, *O direito a férias cit.*, pp. 59-60. Conclui esta Autora pela inadequação de transposição da delimitação da (não) imputação testada no contexto de impedimento para o trabalho – tal qual nos regimes de suspensão por facto respeitante ao trabalhador e de faltas justificadas – para o de impedimento de gozo de período de repouso. Dá, para tanto, o seguinte exemplo: se a apreensão, por três meses, de carta de condução de motorista profissional, por infracção ao Código da Estrada, cometida no âmbito da sua vida privada, constitui facto não imputável para efeitos de ausência ao trabalho, não se afigura adequado concluir que o impedimento ao gozo de férias não seja, então, imputável ao trabalhador, não suspendendo o respectivo gozo (p. 60). Quanto à delimitação da imputação no contexto do impedimento ao trabalho, *v.* contudo, *infra* Parte II, Capítulo II. Por lógica sistemática, não julgamos adequado que o mesmo facto resulte, no que respeita à valoração da ausência (faltas ou suspensão laboral), não imputável e, diversamente, imputável no contexto das férias. Adiante explicitamos a leitura perflhada quanto à (não) imputação ao trabalhador de tais períodos de ausência – antecipamos, porém, que tomamos a situação descrita pela Autora como imputável ao trabalhador (motorista profissional), em qualquer das circunstâncias descritas (*v. infra* Parte II, Capítulo II § 3.). Admitindo que “causas de identidade de razão” exigem aplicação de idêntica delimitação da imputação para aplicação das regras referentes à suspensão e às férias – embora convocando uma noção de imputação que não subscrevemos –, *v.* BRUNO MESTRE, “Suspensão ...” *cit.*, pp. 816-817. Por fim, quanto ao art. 244.º, n.ºs 4 e 5, *v.* AA.VV., *Código cit.*, pp. 569-571 (anotação LUÍS MIGUEL MONTEIRO).

⁷¹⁵ AA.VV., *Código cit.*, p. 572 (anotação LUÍS MIGUEL MONTEIRO), com itálico nosso.

previsto no art. 239.º, n.º 6, apenas se completaria após a data da cessação do contrato⁷¹⁶.

(ii) *Subsistindo o contrato para lá do impedimento (1.9.2014 em diante) e não cessando em 2014*, não tem aplicação o art. 245.º, n.º 4, havendo que considerar o previsto no art. 239.º, n.º 6, que dispõe que, “no ano de cessação de impedimento prolongado⁷¹⁷ iniciado em ano anterior, o trabalhador

⁷¹⁶ Neste sentido, LUÍS MIGUEL MONTEIRO nota que, “se algum trabalho tiver sido prestado no ano da cessação do contrato, logo após o termo da suspensão, já não haverá lugar à aplicação desta norma. Estar-se-á, então, perante a hipótese normativa a que se refere o n.º 6 do artigo 239.º ou, se o contrato tiver cessado antes de cumpridos seis meses após o termo da suspensão, num caso de vencimento antecipado do direito a férias regulado pela alínea b) do n.º 1 da presente disposição” (AA.VV., *Código cit.*, p. 572). Ainda que à luz de enquadramento anterior, também João RATO parece acolher o mesmo entendimento (“Direito a Férias. Suspensão do Contrato de Trabalho”, *PDT*, ano 13, 1994, actualização n.º 45, pp. 48-52). Diferentemente, MILENA ROUXINOL considera – na linha da interpretação sustentada por JORGE LEITE à luz do CT 2003 (*Direito cit.*, pp. 154-155) – o art. 245.º, n.º 4, ainda aplicável a este caso, recuperando, assim, por esta via, as férias referentes ao trabalho prestado em 2011, que se somariam aos proporcionais devidos pelo trabalho prestado em 2014 (*O direito a férias cit.*, p. 76). A respeito de uma tal hipótese, v. ainda Luísa Andias GONÇALVES, “Breves Notas sobre o Regime Jurídico do Direito a Férias no Novo Código do Trabalho”, *Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas*, 2010, n.º 16, pp. 96-116, p. 115, n. 33, e, mais recentemente, VIEIRA BORGES, *Férias cit.*, p. 443 e ss.

⁷¹⁷ Para MILENA ROUXINOL, a menção a “*impedimento prolongado*” não é dissociável das hipóteses suspensivas, tal qual delimitadas nos termos do art. 296.º, sobretudo no que respeita à duração mínima ali indicada. Por conseguinte, não ultrapassando um mês, o impedimento seria “não prolongado”, consubstanciando apenas faltas justificadas (“O direito a férias no Código ...” *cit.*, pp. 53-54, n. 15). Também ANDIAS GONÇALVES assinala que “o facto de a norma constituir sucessora do mencionado artigo 220.º do CT, relativo à suspensão do contrato de trabalho por impedimento *prolongado*, leva-nos a defender que prolongado, para estes efeitos, é o impedimento que durar mais de 30 dias” (“Prestações compensatórias ...” *cit.*, p. 399, n. 25). Já BRUNO MESTRE aponta que, embora o critério dos trinta dias tenha “o mérito de ser sistematicamente sólido”, conduz, na verdade, a “resultados difíceis de aceitar”. Dando, para o efeito, o seguinte exemplo: “nos termos do artigo 239.º, n.º 6, do Código do Trabalho, se um trabalhador se encontrar doente durante 29 dias (de 15 de dezembro a 13 de janeiro do ano seguinte), o contrato não se suspenderá e não se encontrará sujeito às consequências deste preceito, ao passo que um trabalhador cujo contrato se encontre suspenso durante 31 dias poderá ver o seu contrato suspenso durante esse período e perderá o direito a férias correspondente ao trabalho prestado no ano anterior, sendo equiparado a um trabalhador recém-admitido para efeitos de direito a férias”. E concluindo, por conseguinte, tratar-se “de uma figura com contornos muito fluidos e que aparenta ser sistematicamente incoerente com os demais preceitos do Código do Trabalho” (“Suspensão ...” *cit.*, p. 817). Ainda que a destrinça se afigure formal, MILENA ROUXINOL nota que outra “interpretação pressuporia a fixação de um marco aquém e além do qual os impedimentos se considerassem, respectivamente, não prolongados e prolongados, até porque seria excessivo impor ao trabalhador um período de espera de seis meses até poder gozar férias se tivesse estado afastado da empresa por um período, v.g., de uma semana, desde que o primeiro dia de afastamento ocorresse num ano civil e o último já no ano subsequente...”. Nesta medida, “a previsão de um regime específico para as férias a gozar após o regresso à empresa, só se justificando, como parece ter considerado o legislador de 2009, quando o empregador não se encontra ao serviço no dia 1 de Janeiro desse ano, há-de depender igualmente, de que o impedimento justificativo da paralisação contratual atinja determinada duração”, sendo certo que, “em face da inexistência, no ordenamento jurídico, de qualquer outro elemento susceptível de ser mobilizado em ordem à fixação da fronteira temporal em que assentará a aplicação ou não aplicação do regime em análise, para além, porventura, do inscrito no artigo 296.º, talvez deva ser este mesmo a operar como marco

tem direito a férias nos termos dos n.ºs 1 e 2”⁷¹⁸, do que resulta que, em 2014, o trabalhador “tem direito a dois dias úteis de férias por cada mês de duração do contrato, até 20 dias, cujo gozo pode ter lugar após seis meses completos de execução do contrato”⁷¹⁹, ressalvando-se, porém, que, “no caso de o ano civil terminar antes de decorrido o prazo referido no número anterior, as férias são gozadas até 30 de Junho do ano subsequente”⁷²⁰. Não sendo, agora, aplicável o disposto no art. 245.º, n.º 4, parece ser de concluir pela inutilização, para efeitos de férias, do trabalho prestado no ano de início do impedimento (entre 1.1.2011 e 30.6.2011, no exemplo indicado)⁷²¹ – o que

de separação entre os impedimentos prolongados e os não prolongados”. E, de facto, “neste sentido aponta ainda a redacção do artigo 245.º, n.º 4, cuja redacção sugere que os casos de «impedimento prolongado» aí tidos em vista coincidem com hipóteses normativas de suspensão contratual (veja-se a parte final da disposição)” (“O direito a férias no Código ...” *cit.*, pp. 53-54, n. 15).

⁷¹⁸ Com o CT 2009, tornou-se claro que este regime não é aplicável a todo o impedimento prolongado, mas apenas ao que tenha início e fim em anos civis diferentes. Refere, a tal propósito, MILENA ROUXINOL que, “se o impedimento se inicia e finda dentro do mesmo ano, então, no começo do ano seguinte, o trabalhador estará novamente ao serviço, pelo que não se vislumbra razão para que não opere a regra geral segundo a qual as férias se vencem no dia 1 de janeiro de cada ano” (*O direito a férias cit.*, p. 36). Identicamente, FRAÚSTO DA SILVA nota que “passou a esclarecer-se, e bem, que este mecanismo (de remissão adaptada para as férias no ano da admissão) apenas opera quando a cessação do impedimento prolongado se verifica em ano diferente ao do seu início (podendo não ser o ano imediatamente subsequente)” (“Alterações ...” *cit.*, p. 308); *v.* ainda ANDIAS GONÇALVES, “Prestações compensatórias ...” *cit.*, p. 399, n. 26.

⁷¹⁹ Questiona JÚLIO GOMES: “o que é aqui a *duração* do contrato? Em rigor, os meses em que o contrato esteve suspenso *continuam a contar para a duração do mesmo*, como é evidente já que também contam para a antiguidade do trabalhador. É possível, no entanto, que o legislador tenha querido antes, com a remissão, referir-se aos meses de *execução* do contrato” (*Direito cit.*, p. 720, *itálico* nosso). A este propósito, cremos que a remissão do n.º 6 para o n.º 1 do art. 239.º carece de adaptação, acolhendo a leitura, a este propósito subscrita por FRAÚSTO DA SILVA: “não se pode aceitar que, neste caso, se deva utilizar como conceito operativo relevante o da *duração* do contrato (porque durante a suspensão o contrato permanece, ou seja, perdura, estando ou não suspenso) mas antes, naturalmente, *o da sua (re-)execução*”. Conclui, em síntese, que, “no ano da cessação do impedimento prolongado do trabalhador [...], o trabalhador tem direito a férias na medida de dois dias úteis por cada mês de retomada execução do contrato suspenso e não, como na expressão literal do n.º 1 do art. 239.º para onde se remete, por cada mês de duração do vínculo, já que esta duração não é afectada pelo referido impedimento” (“Alterações ...” *cit.*, p. 308). Consideramos, pois, que a menção à duração do contrato deve ter por referência apenas os meses subsequentes ao retorno do trabalhador, uma vez terminado o impedimento. A este propósito, *v.*, mais recentemente, VIEIRA BORGES, *Férias cit.*, p. 435.

⁷²⁰ Respectivamente, n.ºs 1 e 2 do art. 239.º. Quanto ao prazo de seis meses indicado no n.º 1 do art. 239.º (contado desde a re-execução contratual), dir-se-á que o mesmo consubstancia um “período de espera”, condicionante do gozo, mas não do vencimento das férias, que teria lugar mensalmente. Também FRAÚSTO DA SILVA refere que nas hipóteses do art. 239.º, n.º 1, o vencimento opera “à medida em que se completa cada mês completo de duração do contrato” (“Alterações ...” *cit.*, p. 302; *v.* também p. 309, onde o prazo de seis meses é ainda indicado como condicionante do gozo). A este propósito, *v.* ainda o entendimento sustentado por VIEIRA BORGES, *Férias cit.*, p. 419.

⁷²¹ São configuráveis outras hipóteses, que revestem especial complexidade. Assim, JÚLIO GOMES questiona o que sucede ainda na seguinte situação: “se o trabalhador adoecer a 1 de Março de 2004, regressar ao serviço a 1 de Fevereiro de 2005, voltar a adoecer e a ter de novo o seu contrato suspenso a 1 de Junho de 2005 para só regressar definitivamente ao serviço, após

legítima, porventura, a não aplicação, a esta hipótese, do limite indicado no art. 239.º, n.º 3 (que restringe o cúmulo a trinta dias úteis de férias, atento o vencimento, em 1.1.2015, de vinte e dois dias úteis de férias), uma vez que a remissão do art. 239.º, n.º 6, apenas considera os n.ºs 1 e 2 daquela disposição⁷²².

nova suspensão, a 1 de Março de 2006. O trabalho prestado de 1 de Fevereiro de 2005 a 1 de Junho de 2005 terá alguma relevância para efeitos de férias?" (*Direito cit.*, p. 720). cremos que importa, na verdade, autonomizar esta situação de uma outra, menos complexa, a analisar primeiramente: o trabalhador adoece a 1.3.2004, regressa ao serviço a 1.2.2005, para voltar a adoecer e ter de novo o seu contrato suspenso a 1.6.2005, para só regressar definitivamente ao serviço, após nova suspensão, a 1.12.2005. Neste caso, à suspensão inicial que extravasou o ano de 2004 (de 1.3.2004 a 1.2.2005) sucede, em 2005, nova suspensão – cujo início e fim são, todavia, circunscritos ao ano de 2005. Havendo que determinar a relevância, para efeitos de férias, do trabalho prestado no ano de 2005 – ano do fim de impedimento iniciado em 2004 e admitindo, por isso, convocar ainda o art. 239.º, n.º 6 (concedendo que o prazo de seis meses previsto no n.º 1 do art. 239.º, corresponde a um “período de espera”, condicionante do gozo, mas não já do vencimento, cf. n.º 720) –, concluímos que o trabalhador teria direito, quanto a 2005, a vinte dias úteis de férias cujo gozo – condicionado a seis meses de *execução* (cf. art. 239.º, n.ºs 1 e 6) – não se efectivaria em 2005, mas apenas de 1.2.2006 em diante, até 30.6.2006 (cf. art. 239.º, n.º 2; e claro está, sem prejuízo do vencimento regular de dias de férias em 1.1.2006). Indicada a solução que nos parece decorrer do regime legal na hipótese de o início e o fim do impedimento subsequente não extravasarem o ano civil (2005, no exemplo enunciado), há que atender agora à situação mais complexa, primeiramente referida: no ano de retorno do trabalhador (2005), após impedimento iniciado no ano civil anterior, sucede novo impedimento, que se estende até 1.3.2006, inviabilizando que se complete, em 2005, o prazo de “*execução*” contratual de seis meses, condicionante do gozo das férias no ano do regresso do trabalhador (2005), nos termos do art. 239.º, n.ºs 1 e 6. cremos, todavia, que, neste caso, o surgir de novo impedimento prolongado, sobreposto ao final de 2005 e ao início de 2006, dita a aplicação *ab initio* das regras reservadas a impedimento prolongado iniciado em ano civil anterior: assim, por referência ao trabalho prestado em 2005 (ano de *início* do impedimento – e não já de *fim* do impedimento, iniciado em 2004), importa concluir pela sua inutilização, para efeitos do direito a férias, havendo, quanto ao ano de 2006, que convocar o art. 239.º, n.ºs 1 e 6. Reconhecemos, no entanto, que o enquadramento resulta, nesta hipótese, especialmente espinhoso quanto aos oito dias úteis de férias referentes ao trabalho prestado entre 1.2. e 1.6.2005, por considerarmos que o *vencimento* dos mesmos já ocorreu – apenas o período de espera não se completara em 2005, sendo, por isso, equacionável a aplicação, quanto ao gozo de tais dias, do disposto no art. 244.º, n.ºs 1 e 3. Chegaremos, todavia, a solução diversa se excluirmos leitura mais imediata das normas do CT, em função do disposto no art. 5.º, n.º 4, da Convenção OIT n.º 132 (a este propósito, *v. infra* n.º 736). Quanto ao cômputo dos seis meses indicados no art. 239.º, n.º 1, são diversos os entendimentos acolhidos na doutrina; *v.*, a tal propósito, JÚLIO GOMES, *Direito cit.*, pp. 713-714, e MILENA ROUXINOL, *O direito a férias cit.*, p. 26. Ainda à luz de legislação anterior (LFFF), *v.* RUI ASSIS, “O regime ...” *cit.*, p. 309, e ANDRADE MESQUITA, “O direito ...” *cit.* p. 85. Já no âmbito do CT 2003, *v.* Vítor MELO, que referia, a respeito do art. 212.º, n.º 2, e do prazo de “seis meses completos de execução do contrato” aí indicado, que a suspensão não deveria ser computada num tal prazo, considerando que “a execução do contrato é efectivamente inconciliável com a suspensão do mesmo (são conceitos antagónicos)” (“Direito a Férias no Código do Trabalho”, PDT, 2006, n.ºs 74-75, pp. 245-259, p. 249).

⁷²² Também ANDIAS GONÇALVES assinala que a limitação do número de férias a um máximo de trinta dias não tem, agora, aplicação (“Breves notas ...” *cit.*, pp. 108-109). Mais recentemente, *v.* o referido por MILENA ROUXINOL, *O direito a férias cit.*, pp. 36- 37. Já VIEIRA BORGES sustenta que “o tempo de trabalho prestado no início da suspensão, não deve ser considerado apenas no caso previsto no art. 245.º, n.º 4, mas também na hipótese do art. 239.º, n.º 6, ou seja, no ano de regresso do trabalhador após impedimento prolongado, isto é, no ano do fim da suspensão

– Já no respeitante a 2012 e 2013 – anos intercalares em que não ocorre qualquer prestação de serviço –, na ausência de norma expressa de enquadramento, LUÍS MIGUEL MONTEIRO conclui pela inexistência do direito a férias⁷²³, o que se afiguraria, conforme certa concepção das férias, em consonância com a finalidade básica deste direito – “proporcionar ao trabalhador a recuperação física e psíquica, condições de disponibilidade pessoal, integração na vida familiar e participação social e cultural”⁷²⁴ –, necessário e justificado apenas após um período de plena execução contratual (não suspensivo), de extensão anual⁷²⁵. Esta leitura não esvaziaria o princípio de que “o direito a férias [...] não está condicionado à assiduidade ou efectividade de serviço”⁷²⁶: respeitando, por regra, ao trabalho prestado no ano precedente,

contratual, já que aquando da aplicação do art. 244º, nº 3, aplicável ao ano do início da suspensão, este tempo nunca será titulado por direitos feriais” (*Férias cit.*, p. 439). Ainda a respeito do CT 2003, v. o entendimento de JORGE LEITE, que computava os dias de trabalho no ano de início do impedimento (*Direito cit.*, p. 154). FRAÚSTO DA SILVA considera inadmissível a desconsideração, para efeito de férias, do trabalho que foi prestado “no ano de início do impedimento mas anteriormente ao mesmo”, qualificando uma tal solução de “assistemática e ilegal” (“Alterações ...” *cit.*, pp. 309-310).

⁷²³ Refere, a tal respeito, que, “nos anos intercalares em que não tenha havido qualquer prestação de trabalho por efeito do impedimento prolongado, verifica-se a inutilização do período de férias que se venceria no dia 1 de janeiro de cada ano se o trabalhador tivesse estado normalmente ao serviço” (AA.VV., *Código cit.*, p. 564). Leitura idêntica é sugerida por VIEIRA BORGES, ao indicar que “se durante um ano civil inteiro não se verificou trabalho efectivo que legitime qualquer necessidade de descanso no dia 1 de Janeiro do ano seguinte, não se forma uma razão legal para a concessão de férias e para o seu vencimento naquele dia” (*Férias cit.*, pp. 422). ANDRADE MESQUITA considera igualmente que, “se o impedimento ocorrer, v.g., a 31 de Outubro de 1999, sendo retomado o trabalho no dia 1 de Fevereiro de 2001, nunca há, em virtude da suspensão, vencimento das férias do ano 2000, que normalmente aconteceria no dia 1 de Janeiro respectivo” (“O direito ...” *cit.*, p. 97). No mesmo sentido, FRAÚSTO DA SILVA indica que “os anos intercorrentes em que não foi prestado qualquer trabalho, ou seja, desde o primeiro ano seguinte ao do início do impedimento prolongado até ao ano que precede o da sua cessação, não têm nenhum efeito em matéria de férias, ou seja, não geram direito a férias para o trabalhador impedido (pois que o mesmo não estava ao serviço no dia primeiro de Janeiro de cada um desses anos” (“Alterações ...” *cit.*, p. 309). ANDIAS GONÇALVES reconhece também que, por regra, se “o ano civil de cessação do impedimento não [for] imediatamente posterior ao do seu início”, então, “no(s) ano(s) que medeia(m) entre um e outro, o trabalhador não tem direito a férias nem, naturalmente, ao pagamento do subsídio que integraria a retribuição das mesmas” – tal a solução aplicável se a razão da ausência for a doença do trabalhador (“Prestações compensatórias ...” *cit.*, p. 400).

⁷²⁴ Cf. art. 237º, nº 4.

⁷²⁵ Cf. art. 237º, nºs 1 e 2. PALMA RAMALHO assinala que “o direito a férias é reportado a cada ano civil, para assegurar a periodicidade do tempo de repouso do trabalhador (art. 237º, nº 1), e as férias devem ser gozadas no decurso do ano civil em que se vencem (art. 240º, nº 1), por essa mesma razão. Em consonância com esta regra geral de anualização, não é admissível a acumulação das férias de dois anos, a não ser nas condições restritas do art. 240º, nºs 2 e 3, ou por acordo entre o trabalhador e o empregador” (*Tratado cit.*, II, p. 610). Quanto ao disposto no art. 240º, MILENA ROUXINOL indica “resultar desta regra uma periodicidade do gozo das férias e um princípio de não-acumulação, que bem se compreendem, atendendo ao fundamento valorativo deste direito e também ao propósito de garantir a efectividade do gozo desse descanso anual” (*O direito a férias cit.*, p. 39).

⁷²⁶ Cf. art. 237º, nº 2, *in fine*.

um tal direito não sofre redução em função das ausências⁷²⁷ verificadas no ano antecedente⁷²⁸ nem em razão de suspensão que não extravase o ano civil precedente⁷²⁹. Dir-se-á, contudo, que o direito a férias sofre acomodação perante suspensão por impedimento prolongado, por facto respeitante ao trabalhador, *sempre que tal situação inviabilize a execução do trabalho, por um ano civil* (cf. art. 237.º, n.ºs 1 e 2)⁷³⁰. E não havendo lugar ao direito a férias, não haveria, pois, que aferir do dever de pagamento de retribuição e de subsídio de férias: decairia o fundamento que justifica estas atribuições^{731/732}.

⁷²⁷ Salvo em função do disposto no art. 257.º, n.º 1, a), e, até à Lei n.º 23/2012, nos n.ºs 3 e 4 do art. 238.º; v. ainda a possível aplicação de sanção disciplinar de perda de dias de férias (cf. art. 328.º, n.º 1, d), e n.º 3, b)).

⁷²⁸ Nesta medida, “mesmo que o trabalhador tenha faltado justificadamente ou não tenha prestado actividade por a empresa não ter laborado, o direito a férias mantém-se por inteiro” (ROMANO MARTINEZ, *Direito do trabalho cit.*, p. 566). No entanto, sugerindo desvio a tal princípio, embora o STJ admita que “as faltas dadas pelos trabalhadores membros da direcção da associação sindical, para o desempenho das respectivas funções, são justificadas e não implicam a perda do direito à retribuição de férias nem aos subsídios de férias e de Natal”, conclui que “configura, todavia, um caso de abuso do direito, a reclamação da retribuição de férias e dos subsídios de férias e de Natal feita por um trabalhador/dirigente sindical, relativamente a períodos em que só trabalhou na empresa um dia por mês e a períodos em que só trabalhou cinco dias por mês, ocupando os restantes dias no exercício de funções sindicais” (acórdão de 12.7.2007, Proc. n.º 07S736, SOUSA PEIXOTO). É, a este propósito, indicado que tal conduta seria abusiva, atento “o desequilíbrio no exercício do direito, por ser enorme a desproporção entre a vantagem auferida pelo autor (titular do direito a férias e a subsídio de Natal) e o sacrifício imposto às rés”. Afinal, “o autor teria direito a três meses de retribuição (férias, subsídio de férias e de Natal), apesar de só ter trabalhado para as rés um dia por mês (12 dias por ano), no período de 1 de Junho de 2001 a Setembro de 2004, e cinco dias por mês (60 dias por ano) a partir de Setembro de 2004” (acórdão *cit.*).

⁷²⁹ Não concorrendo, pois, qualquer hesitação quanto à “irrelevância da suspensão *que se contenha no mesmo ano civil* no vencimento e medida do direito a férias, quer o devido desde o início desse ano, quer o vincendo em 1 de janeiro do ano seguinte” (AA.VV., *Código cit.*, p. 564, *itálico* nosso). Também FRAÚSTO DA SILVA nota que “as suspensões iniciadas e terminadas no mesmo ano não interferem no direito a férias, nem no vencido em 1 de Janeiro anterior, nem nas vincendas em 1 de Janeiro seguinte” (“Alterações ...” *cit.*, p. 309).

⁷³⁰ MONTEIRO FERNANDES assinala que, embora o “*direito a férias pagas*” não preveja, “entre os pressupostos da sua *constituição* a efectividade do serviço” – cf. art. 237.º, n.º 2 –, “julga-se inegável que a existência de prestação de trabalho (ou, ao menos, da possibilidade dela) condiciona directamente a *efectivação* de tal direito”. Conclui, nesta medida, que “o *direito a férias permanece, durante a suspensão, em estado latente; ano após ano a sua efectivação vai-se tornando impossível (enquanto perdurar o impedimento de trabalho), de harmonia com o princípio de que as férias correspondentes a cada ano devem ser nele gozadas* (art. 240.º, n.º 1), não havendo, por conseguinte, lugar à *acumulação de períodos não gozados no termo da suspensão*”. E, por isso, à luz do art. 239.º, n.º 6, “[q]uando esta situação cessa, seja qual for a altura do ano, o trabalhador recupera a possibilidade de gozar férias, *em relação a esse ano*, como se tivesse estado em serviço efectivo anteriormente” (*Direito cit.*, p. 456).

⁷³¹ Solução acolhida, nomeadamente, em acórdão da RP, de 24.5.2010, onde, estando em causa ausência prolongada por doença, de 4.5.2006 a 11.5.2008, se concluiu pelo não vencimento de férias a 1.1.2007 e a 1.1.2008, enquanto reflexo da suspensão no regime das férias (Proc. n.º 231/08.5TTLMG.P1, PAULA LEAL DE CARVALHO).

⁷³² Assinala ANDIAS GONÇALVES que, “se por um lado se compreende que possam existir dias de férias não subsidiados, dificilmente se entenderá o inverso. Onde há subsídio de férias, haverá férias (ainda que não gozadas)”. Por conseguinte, “um «corte» no número de dias de férias a

Para uma tal solução concorrerem dois argumentos adicionais: o regime das férias acolhe normas específicas quanto aos anos de início e fim do impedimento (tal como *supra* indicado, os arts. 244.º, n.º 3, e 239.º, n.º 6), não regulando expressamente o que sucede sempre que entre os mesmos decorra(m) ano(s) de inatividade⁷³³⁷³⁴. Já solução distinta resulta do enquadramento reservado à suspensão por facto referente ao empregador, que, em caso de crise empresarial⁷³⁵, acolhe, quanto a férias, regime próprio – equiparando o tempo de ausência a execução (plena) e não prejudicando o vencimento, a duração, a marcação, o gozo e o direito a subsídio de férias. Por conseguinte, nas demais hipóteses suspensivas em que o impedimento à execução respeite ao trabalhador (ou resulte de acordo das partes), tem aplicação o regime geral das férias, que, na ausência de desvio/adaptação, ditaria a irrelevância destes períodos intercalares para a aquisição de um tal direito⁷³⁶.

que o trabalhador tem direito significará, por isso, um corte no subsídio que as acompanha” (“Prestações compensatórias ...” *cit.*, p. 397), sendo para tais casos prevista a possibilidade de o trabalhador requerer prestação compensatória.

⁷³³ “Por conseguinte, os efeitos da suspensão do contrato de trabalho no regime ferial resumem-se aos previstos no art. 244.º, n.º 3, sobre o ano do início da suspensão, no art. 239.º, n.º 6, sobre o ano do fim da suspensão, e no art. 245º, n.º 4, sobre a cessação do contrato coincidente com a suspensão. Não se encontra regulamentação sobre o ano completo de suspensão contratual, porque este não concede direito a férias. A lei apenas regula as férias no ano civil de início da suspensão e no ano civil de levantamento da suspensão” (VIEIRA BORGES, *Férias cit.*, p. 423).

⁷³⁴ Questionando a adequação da articulação dos arts. 239.º, n.º 6, e 245.º, n.º 4, BRUNO MESTRE nota que aquela primeira disposição, “equipar[a] o trabalhador cujo contrato se encontrou suspenso por um período que atravessasse um ano civil a um trabalhador recém-admitido para efeitos de direito a férias; por seu turno, o artigo 245.º, n.º 4, do Código do Trabalho apenas reconhece ao trabalhador, na eventualidade de o contrato de trabalho cessar após um impedimento prolongado, o direito a férias correspondente ao trabalho efetivamente prestado no ano de início da suspensão”. Procurando identificar a lógica subjacente a tais normas, refere que “o objectivo daqueles preceitos aparenta ser o de não-imputar o período de suspensão do contrato por motivos de um impedimento prolongado no cálculo das férias do trabalhador e parece constituir a decorrência natural da configuração tradicional do direito a férias como um «direito de formação sucessiva»” (“Suspensão ...” *cit.*, p. 816). Para o Autor, este regime está, todavia, não só em desarmonia com a evolução registada noutros ordenamentos, como o alemão e o francês – “a generalidade dos ordenamentos jurídicos têm vindo a convergir no sentido de não prejudicar o trabalhador em matéria de férias na eventualidade de o mesmo *se ter encontrado genuinamente impedido de trabalhar*; aparenta existir um determinado consenso no sentido de o direito a férias constituir um direito próprio emergente do contrato de trabalho que não pressupõe a prestação efetiva de trabalho para que possa ser legitimamente reclamado desde que o trabalhador *não tenha tido a oportunidade de cumprir a prestação a que se encontra obrigado por força do contrato*” – como em desacordo com a jurisprudência do TJUE (p. 818, *itálico* nosso; *v.* ainda pp. 820-824). Retomamos tal incompatibilidade *infra*, n. 736.

⁷³⁵ Vimos, todavia, que deve proceder extensão do regime previsto no art. 306.º a outras circunstâncias suspensivas por factos respeitantes ao empregador (*v. supra d*)).

⁷³⁶ Importa, todavia, reconhecer a dissonância desta solução com a jurisprudência do TJUE, atento o disposto no art. 7.º da Directiva 2003/88. Por referência a tal normativo, em acórdão de 20.1.2009, *Gerhard Schultz-Hoff contra Deutsche Rentenversicherung Bund* (C-350/06) e *Stringer e o. contra Her Majesty's Revenue and Customs* (C-520/06), uma das questões sujeitas à apreciação do TJUE era, precisamente, se “o artigo 7.º da Directiva 2003/88 [...] deve ser interpretado no sentido de que o direito a férias anuais ou à respectiva retribuição financeira de substituição

pressupõe que o trabalhador tenha efetivamente trabalhado durante o ano em causa ou o direito constitui-se igualmente em caso de ausência justificada (doença) [...] durante todo esse ano?” (§ 17, *itálico* nosso). Havendo o TJUE concluído que uma tal norma “deve ser interpretad[a] no sentido de que se opõe a disposições ou práticas nacionais segundo as quais o direito às férias anuais remuneradas se extingue no termo do período de referência e/ou de um período de reporte previsto no direito nacional, mesmo quando o trabalhador tenha estado de baixa por doença durante todo ou parte do período de referência e a sua incapacidade para o trabalho se tenha mantido até à cessação da sua relação de trabalho, razão pela qual não pôde exercer o seu direito a férias anuais remuneradas” (acórdão, § 2, *itálico* nosso). Também em acórdão de 24.1.2012, *Maribel Dominguez contra Centre informatique du Centre Ouest Atlantique, Préfet de la région Centre* (C-282/10), tendo em conta que M. Dominguez se encontrava em situação de baixa médica entre 3.11.2005 e 7.1.2007, o TJUE assinala que: (i) “embora os Estados-Membros possam definir na sua regulamentação interna as condições de exercício e execução do direito a férias anuais remuneradas, não podem, contudo, sujeitar a nenhuma condição a própria constituição desse direito [...]”; (ii) dado que a Diretiva 2003/88 não faz qualquer distinção entre os trabalhadores ausentes do trabalho por se encontrarem de baixa por doença durante o período de referência e os que efetivamente trabalharam nesse período [...], daí resulta que, quanto a trabalhadores que se encontrem de baixa por doença devidamente certificada, um Estado-Membro não pode fazer depender o direito a férias anuais remuneradas conferido por esta diretiva a todos os trabalhadores da obrigação de terem trabalhado efetivamente durante o período de referência instituído por esse Estado” (§§ 18 e 20, *itálico* nosso). Reiterando este entendimento, o TJUE assinala, em acórdão de 8.11.2012, *Alexander Heimann* (C-229/11) e *Konstantin Toltschin* (C-230/11) contra *Kaiser GmbH* (referido *supra*, n. 711), que, “no que diz respeito aos trabalhadores que se encontrem de baixa por doença devidamente certificada, um Estado-Membro não pode fazer depender o direito a férias anuais remuneradas, conferido a todos os trabalhadores pela Diretiva 2003/88, da obrigação de se ter trabalhado efetivamente durante o período de referência instituído por esse Estado” (§ 24, *itálico* nosso). O TJUE já acolhera a mesma linha de orientação em acórdão de 3.5.2012, *Georg Neidel contra Stadt Frankfurt am Main* (C-337/10, § 18, questão 4, e §§ 27 a 32). Estava então em causa a situação de G. Neidel, que se encontrava, desde 12.6.2007, incapacitado para o trabalho por motivo de doença, vindo o seu contrato de trabalho a cessar no final do mês de agosto de 2009, e reclamando então o trabalhador trinta e um dias de férias referentes a 2007, trinta e cinco dias a 2008 e trinta e quatro dias a 2009 (§ 16). V. ainda, noutro plano, embora reforçando a relevância que reveste o gozo das férias pelo trabalhador e a percepção, em tal período, de remuneração equivalente, o decidido pelo TJUE, em acórdão de 22.5.2014, C-539/12, *Z. J. R. Lock c. British Gas Trading Limited*. É de assinalar, por fim, que também o art. 5.º, n.º 4, da Convenção OIT n.º 132, referente a férias anuais remuneradas, dispõe que, “em condições a determinar pela autoridade competente ou pelo organismo apropriado em cada país, as faltas ao trabalho por motivos independentes da vontade da pessoa empregada interessada, tais como as faltas por motivo de doença, de acidente ou de licença de maternidade, serão contadas no período de serviço”. Para BRUNO MESTRE, esta norma “demonstra uma vontade inequívoca de assegurar a efetividade do direito a férias na esfera jurídica do trabalhador como um direito emergente do contrato de trabalho e não como um simples «fringe benefit» destinado a premiar o trabalhador pela prestação anterior de trabalho”. Daqui resultaria, pois, que “o trabalhador não pode ser prejudicado se as ausências se deverem a motivos independentes da sua vontade sem que a autoridade competente possa pôr em causa este comando” (“Suspensão ...” *cit.*, p. 819). A este propósito e convocando outras decisões do TJUE que acolhem lógica idêntica à perfilhada nos acórdãos *supra* indicados, BRUNO MESTRE conclui que, “na eventualidade de o período de férias se cumular com outro período de suspensão do contrato (nomeadamente por motivos de maternidade, doença ou de acidente de trabalho – situações em que o trabalhador se encontra objetivamente impedido de prestar trabalho), o trabalhador poderá legitimamente exigir o gozo efetivo dos dois períodos uma vez que têm propósitos distintos e o Estado-Membro não pode colocar em causa a existência do direito a férias” (“Suspensão ...” *cit.*, p. 832). A esta luz, entende que do disposto nos arts. 239.º, n.º 6, e 245.º, n.º 4, resulta potencial violação da jurisprudência

f) À semelhança da reflexão tecida quanto ao subsídio de Natal, importa, contudo, ainda aferir os eventuais reflexos, neste âmbito, de equiparação legal da ausência a serviço efectivo. Atento o princípio geral do art. 237.º, n.º 2, *in fine*, as faltas, dispensas, créditos de horas e situações suspensivas respeitantes ao trabalhador não condicionam nem limitam, por princípio, a duração do direito a férias, ainda que não equiparadas legalmente a serviço efectivo; por conseguinte, uma ausência por quatro meses, entre Fevereiro e Maio, em razão de doença, ditando a suspensão laboral, por força dos arts. 294.º, n.º 1, e 296.º, n.º 1, não afecta, por regra, as férias do trabalhador no ano em curso e no ano subsequente⁷³⁷ – a mesma lógica se aplicando, por hipótese, ao gozo de licença parental no mesmo período⁷³⁸. Daqui resultando a inexistência, neste âmbito, de correlação directa entre, de um lado, a equiparação legal de dada ausência a serviço efectivo e, de um outro, a extensão das férias. É, no entanto, concebível que uma tal equivalência possa, noutro contexto, influir no direito a férias, *neutralizando* os desvios previstos para os casos de impedimento prolongado. Referimos dois exemplos:

– Trabalhadora A, que se ausenta, de 26.9.2013 a 18.9.2014, por situação de risco clínico durante a gravidez⁷³⁹ (de 26.9.2013 a 20.4.2014) e subsequente gozo de licença parental inicial⁷⁴⁰, até 18.9.2014, data em que regressa ao serviço⁷⁴¹. O enquadramento desta hipótese como situação de impedimento prolongado – não cuidando da equiparação legal a serviço efectivo – implicaria convocar, agora, as disposições especiais que adaptam o regime geral das férias a tais circunstâncias. Por conseguinte, embora intocado o direito a férias vencido a 1.1.2013 – sendo, se fosse o caso, aplicável o disposto nos arts. 244.º, n.º 3, e 65.º, n.º 3, a) –, a trabalhadora veria inutilizado o trabalho prestado em 2013 (entre Janeiro e Setembro), tendo direito, em 2014, a dois dias úteis de férias por cada mês de duração do vínculo após o regresso, somando-se, em 2015, o vencimento de mais vinte e dois dias úteis (art. 239.º, n.º 6). Diversamente, a equiparação do tempo de ausência a comparência⁷⁴² implicaria *neutralizar* a aplicação das

comunitária “relativa à existência do direito a férias assim como à sua *cumulação* com outros períodos de suspensão do contrato” (p. 832). Também denunciando a desconformidade do regime jurídico português com o art. 7.º da Directiva 2003/88/CE, v. ANDIAS GONÇALVES, “Prestações compensatórias ...” *cit.*, p. 399, n. 27.

⁷³⁷ Quanto ao ano da admissão relativamente a um trabalhador que, por hipótese, seja contratado em Março, a suspensão, em razão de doença, entre Abril e Maio não afecta o vencimento mensal, também nesses meses, de dois dias úteis de férias, podendo, todavia, suspender o período de espera de seis meses “*de execução do contrato*”, indicado no art. 239.º, n.º 6.

⁷³⁸ V. art. 244.º, n.º 3, e ainda o art. 65.º, n.º 3, a).

⁷³⁹ Art. 37.º.

⁷⁴⁰ Art. 40.º.

⁷⁴¹ Hipótese tratada no parecer da CITE n.º 26/CITE/2007, de 11.4.2007, em que as datas de ausência eram idênticas às acima descritas, embora reportadas aos anos de 2005 e 2006 (em vez de 2013 e 2014), à luz do enquadramento legal previsto no CT 2003.

⁷⁴² Qualquer uma destas licenças não determina “*perda de quaisquer direitos, salvo quanto à retribuição*”, sendo “*consideradas como prestação efectiva de trabalho*” (cf. art. 65.º, n.º 1, a) e c)).

regras previstas para a hipótese de impedimento prolongado⁷⁴³, do que resultaria que, em 1.1.2014, ter-se-iam vencido vinte e dois dias úteis de férias, com vencimento regular dos mesmos dias de férias em 1.1.2015⁷⁴⁴.

– Trabalhadora B, que se ausenta, de 15.12.2013 a 15.1.2015, por situação de risco clínico durante a gravidez (de 15.12.2013 a 15.5.2014), seguindo-se o gozo de licença parental inicial e, subsequentemente, de licença parental complementar alargada⁷⁴⁵ até 15.1.2015. Replicando o exercício, importa concluir que o enquadramento desta hipótese como situação de impedimento prolongado – não cuidando da equiparação legal a serviço efectivo – implicaria considerar, mais uma vez, as regras específicas que, em tal caso, conformam o regime das férias. Nesta situação, embora intocado o direito a férias vencido a 1.1.2013 – sendo, se fosse o caso, aplicável o disposto no art. 244.º, n.º 3, e 65.º, n.º 3, a) –, a trabalhadora veria inutilizado, para efeito de férias, o trabalho prestado em 2013 e prejudicado o vencimento anual em 1.1.2015, tendo apenas direito a dois dias úteis de férias (até vinte dias) por cada mês de duração contratual após o retorno em 2015, somando-se, em 2016, mais vinte e dois dias úteis (cf. art. 239.º, n.º 6). Diferentemente, a equiparação do tempo de ausência a comparência⁷⁴⁶ *neutralizaria* a aplicação das disposições reservadas a impedimento prolongado⁷⁴⁷, do que resultaria que, em 1.1.2014, vencer-se-iam vinte e dois dias úteis de férias relativamente ao trabalho prestado em

⁷⁴³ Admitimos que desta leitura se aproxima ANDIAS GONÇALVES, que, ainda à luz do CT 2003 e a propósito do previsto no art. 220.º, n.º 2, do CT 2003, indicava: “quanto a esta questão, parecem-nos que ganha relevância o facto de o legislador ter querido equiparar a ausência por gozo de maternidade a prestação efectiva de serviço”, concluindo, pois, que, “neste caso, a suspensão não produziria quaisquer efeitos nas regras de vencimento do direito a férias” (“A licença ...” *cit.*, p. 174). Confirmando tal leitura, a Autora indica, em texto posterior, que “esses períodos de ausência não são suscetíveis de afetar outros direitos, sendo inclusivamente equiparados a prestação efetiva de serviço. Parece, por conseguinte, que o trabalhador que se ausente do serviço fruto do gozo de uma dessas modalidades de inexecução contratual não pode ver alterado o direito a férias a que teria direito com a efetividade de serviço”. Conclui, por isso, que “fica, assim, afastada, nestas situações, a aplicação do artigo 239.º, n.º 6, do CT”. Concretizando esta lógica, é referido que, “regressando ao trabalho após o gozo de um dos direitos previstos no n.º 1 do artigo 65.º, mesmo que isto se tenha traduzido num impedimento prolongado e ainda que tenha sobrevivido o ano civil, o trabalhador não está sujeito às regras de vencimento, contabilização e gozo previstas para o ano da contratação, como resultaria da aplicação do n.º 6 do artigo 239.º” (ANDIAS GONÇALVES, “Prestações compensatórias ...” *cit.*, p. 400). Em conclusões apresentadas em 3.4.2003, no Proc. C-342/01, *María Paz Merino Gómez contra Continental Industrias del Caucho SA* (referido ainda *infra*, n. 749 e 751), o advogado-geral Jean Mischo acolheu o entendimento expresso pela Comissão Europeia, de que “os dias de licença de maternidade são equiparáveis aos dias de trabalho pois, se assim não fosse, os trabalhadores do sexo feminino seriam, enquanto trabalhadores, objecto de discriminação” (§ 42 das Conclusões, *italico* nosso).

⁷⁴⁴ Esta é a leitura que resulta do entendimento perfilhado pela CITE, no referido parecer n.º 26/CITE/2007 – e assim decorrendo, sobretudo, da protecção reservada ao exercício pleno da parentalidade e à proibição de discriminação, à luz do enquadramento europeu.

⁷⁴⁵ Art. 51.º, n.º 1, a).

⁷⁴⁶ Cf. art. 65.º, n.º 1, a), c) e, agora, também e).

⁷⁴⁷ Neste sentido, ANDRADE MESQUITA, “O direito ...” *cit.*, p. 92, concluindo que, “neste caso, o único efeito em relação às férias consiste na suspensão do respectivo gozo, quando se verifique uma coincidência” (pp. 92-93).

2013, novamente vinte e dois dias úteis em 1.1.2015 (não obstante a ausência da trabalhadora no ano de 2014), acrescendo o vencimento regular dos mesmos dias de férias em 1.1.2016⁷⁴⁸. Por conseguinte, à trabalhadora seria inclusivamente admissível acordar com o empregador a marcação de férias em 2014, não obstante a ausência ao trabalho nesse ano – naturalmente, sem que tal período se sobreponha, consumindo o gozo da licença⁷⁴⁹. Se assim não for, deve entender-se que o gozo da totalidade do período de férias deve, ainda à luz do art. 65.º, n.º 3, a), ser adiado para data

⁷⁴⁸ Recorrendo a exemplo aproximado, ANDIAS GONÇALVES indica: uma trabalhadora “iniciou o gozo de uma licença por risco clínico durante a gravidez a 1 de dezembro de 2013”, prolongando-se tal situação “até à data do parto, altura em que se dá início ao gozo da licença parental. Nestas circunstâncias, é possível que o regresso ao serviço apenas ocorra em 2015. No dia 1 de janeiro de 2014 venceram-se 22 dias úteis de férias, cujo gozo deverá, ao abrigo do disposto no artigo 65.º, n.º 3, a) do CT, ter lugar em 2015, depois do termo da licença parental, de modo retribuído e subsidiado. Acresce que no dia 1 de janeiro de 2015 se vencerão, igualmente, 22 dias úteis de férias, que deverão ser gozados nesse ano, nos termos gerais” (“Prestações compensatórias ...” *cit.*, p. 402, n. 32). Esta é a interpretação acolhida em acórdão da RP de 11.5.2015, Proc. n.º 571/14.4T8MTS.P1 (JOÃO NUNES), onde se concluiu que “o regime de licenças em causa não interfere com as férias da trabalhadora, sendo considerado (*ficcionado*) como de prestação efectiva de trabalho”, assim se explicitando que “daí que não lhe seja aplicável o regime, excepcional, quanto a férias previsto no artigo 239.º, n.ºs 1, 2 e 6, do Código do Trabalho, que determina que em caso de impedimento iniciado no ano anterior a trabalhadora apenas tem direito ao gozo de férias decorridos seis meses completos de execução do contrato, ou se o ano terminar antes de decorrido esse prazo, [que] as férias serão gozadas até 30 de Junho do ano subsequente”. Na verdade, neste caso, “determinando a lei que a situação de licença é ficcionada como de prestação efectiva de trabalho, extrai-se que *findo o período de licença podia a trabalhadora gozar – como efectivamente gozou – as férias*”. Mais se refere que a “responsabilidade pelo pagamento desse subsídio, que se encontra intrinsecamente associado ao gozo das férias, é da entidade empregadora”. E sendo, para tanto, “irrelevante a consideração, em sede teórica e conceptual, de que o subsídio de férias integr[e] a retribuição: o que importa é apreciar o concreto circunstancialismo em que o subsídio de férias é devido, quando a trabalhadora se encontra na disponibilidade da empregadora e inicia o gozo das férias”. Em suma, o “regime do gozo das férias encontra-se à margem da disciplina prevista no artigo 65.º, do Código do Trabalho, a trabalhadora goza as férias quando está na disponibilidade da empregadora [...], não sendo [...] da incumbência da segurança social proceder ao pagamento da «prestação compensatória» correspondente” (acórdão, *itálico* nosso).

⁷⁴⁹ O gozo da licença não pode ser parcialmente consumido pelas férias – assim, *v.*, nomeadamente, acórdão do TJUE, de 18.3.2004, Proc. n.º C-342/01, *Maria Paz Merino Gómez contra Continental Industrias del Caucho SA*. (*v. supra* n. 743 e *infra*, n. 751). No seguimento desta decisão, a legislação espanhola sofreu alteração – *v.* a redacção hoje acolhida no art. 38, 3, do ET. Sobre o tema, *v.* Jean-Philippe LHERNOULD, “Droit aux Congés Annuels Payés à une Période Distincte du Congé de Maternité”, *RJS*, 2004, pp. 439-440, Antonella OCCHINO, “Il Congedo di Maternità nella Giurisprudenza della Corte di Giustizia: Due Variazioni Sul Tema”, *RIDL*, 2004, n.º 2, pp. 703-712, Santiago González ORTEGA, “El Disfrute Efectivo de las Vacaciones Anuales Retribuidas: Una Cuestión de Derecho y de Libertad Personal, de Seguridad en el Trabajo y de Igualdad (A Propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 18 de Marzo de 2004, en un Caso de Coincidencia Temporal entre Descanso por Maternidad y Período de Vacaciones)”, *REDE*, 2004, pp. 419-440, e Icíar Alzaga RUIZ, “El Derecho al Disfrute de Vacaciones Anuales Retribuidas a la Luz de la Jurisprudencia Comunitaria”, *Actualidad Laboral*, 2014, n.º 11, pp. 1-15.

posterior ao regresso da trabalhadora⁷⁵⁰. Desta forma se alinhando a legislação nacional – pelo menos nos casos de parentalidade indicados – com a jurisprudência do TJUE⁷⁵¹, atento o entendimento de que os períodos de ausência do trabalhador por impedimento prolongado não devem obstar ao gozo ulterior das férias, logo que possível⁷⁵². Subsiste, não obstante, a dúvida de conformidade do regime acolhido no CT com a jurisprudência do TJUE, atendendo a que este Tribunal tem sustentado a desconsideração do período de ausência do trabalhador para determinação das férias, tal qual em caso de doença prolongada que ultrapasse o ano civil, atenta a não equiparação, entre nós, deste tempo a “*prestação efectiva de trabalho*”^{753/754}.

⁷⁵⁰ “Os importantes valores tutelados na presente situação, concretizando o valor fundamental previsto no artigo 36.º, n.º 5, da Constituição, e ainda, mais especificamente, no artigo 68.º, n.º 4, também da CRP, e a sua duração previsivelmente limitada, justificam a solução” (ANDRADE MESQUITA, “O direito ...” *cit.*, p. 93). Para o Autor, não obstante a não equiparação a serviço efectivo, não deveriam ter igualmente repercussão no regime das férias os casos de suspensão preventiva – atenta a aplicabilidade do princípio da presunção de inocência – e de reintegração subsequente a despedimento ilícito. Mas já sujeita ao regime de impedimento prolongado as situações de greve que porventura revistam tais traços, bem como de não pagamento pontual da retribuição que se prolongue por mais de trinta dias e de pré-reforma, se o trabalhador retomar a plena execução do contrato (pp. 95-96).

⁷⁵¹ No acórdão do TJUE *Maria Paz Merino-Gómez cit.* foi decidido que “uma trabalhadora deve poder gozar as suas férias anuais num período diferente do período em que se encontra de licença por maternidade igualmente em caso de coincidência entre o período de licença por maternidade e o período fixado a título geral por acordo colectivo para as férias anuais do pessoal”. Refere, a tal propósito, BRUNO MESTRE que, por esta forma, “o TJUE construiu judicialmente a solução de aproveitar ao máximo o efeito útil das férias constituídas ao impor o seu gozo num período em que o mesmo se tornasse viável, de forma a permitir a implementação prática dos dois períodos de suspensão do contrato” (“Suspensão ...” *cit.*, p. 830).

⁷⁵² “O trabalhador deverá ter a oportunidade de gozar *efetivamente* (i.e., *in natura*) o direito a férias devido durante o período de suspensão do contrato de trabalho; *explicitamente, reconhece-se que a suspensão do contrato não implica prejuízo do direito a férias na eventualidade de o trabalhador se ter encontrado impedido de as gozar* (recorde-se que nos três casos decididos pelo TJUE tratava-se de situações não imputáveis ao trabalhador, a saber, maternidade, doença e acidente de trabalho)” (BRUNO MESTRE, “Suspensão ...” *cit.*, p. 833).

⁷⁵³ Também assim nas hipóteses de ausência prolongada por parentalidade não equiparadas legalmente a serviço efectivo, como no gozo de licença especial para assistência a filho e de licença especial para assistência a filho com deficiência ou doença crónica (cf. art. 65.º, n.º 6), em que o trabalhador poderá, no limite, ter direito a prestação compensatória. ANDIAS GONÇALVES reconhece que teria, nesses casos, aplicação o art. 239.º, n.º 6; diversamente, “em todos os outros casos, o direito a férias do trabalhador sai intocado da ausência ao serviço, o que significa que no dia 1 de janeiro do ano civil, ainda que o trabalhador esteja ausente, se vencerão 22 dias úteis de férias, nos termos gerais”. Conclui que o gozo terá lugar, uma vez “findo o período de inexecução contratual, sendo acompanhado da correspondente retribuição e subsídio” (“Prestações compensatórias ...” *cit.*, p. 401).

⁷⁵⁴ Cumpre, porém, assinalar que haverá casos em que, não obstante a tendencial equiparação a serviço efectivo, a ausência não deve ser neutralizada, nos termos descritos. Assim, por exemplo, se o direito a férias resultar assegurado por via de estatuto jurídico concorrente, justificativo da suspensão laboral.

3. Desdobramento estrutural: o uno e o múltiplo

Outros elementos concorrem para a especial atenção reservada aos vínculos duradouros, com reflexos próprios no contrato de trabalho. Importa, agora, considerar a existência de tensão própria entre cada prestação periódica ou período intervalado de execução continuada⁷⁵⁵ e a unidade da obrigação, enquanto elemento complexo – traço essencial à adequada contextualização dos contratos duradouros. Para DEVOTO, a singularidade de cada prestação impõe a autonomia do respectivo regime jurídico: aplicação repetida do mesmo elenco normativo, em momentos diversos, conforme perspectiva ou análise interna do vínculo; ao que acresce, em paralelo, o desenvolvimento e o destino comum da obrigação, enquanto unidade complexa, de acordo com perspectiva ou análise externa⁷⁵⁶. Apenas tendo presente tal desdobramento estrutural, cremos possível compreender os problemas suscitados e as soluções propostas nestes casos: unidade e pluralidade seriam, aqui, sem contradição, características essenciais⁷⁵⁷. Da unidade resulta a necessária conexão entre as diversas prestações singulares, assim se legitimando que um mesmo elemento possa atingir o conjunto⁷⁵⁸. Certo é, porém, que a totalidade só resultará afectada quando condicionado um comando essencial – admitindo-se para tanto não bastar o desaparecimento de alguns elementos do agregado, em certa ocasião⁷⁵⁹. Importa, afinal, não esquecer a dimensão interna do vínculo: a complexidade espelha pluralidade de situações singulares que integram a obrigação; e a autonomia de cada prestação legitima a sua modificação ou extinção por meio de facto jurídico autónomo, sem que tal prejudique os demais nem coloque inevitavelmente em causa a subsistência da obrigação⁷⁶⁰. Esta (dupla) perspectiva (interna e externa) afigura-se, como veremos, fundamental à compreensão das especificidades das obrigações duradouras (em geral) e da suspensão laboral em particular⁷⁶¹.

⁷⁵⁵ Tal como a obrigação do trabalhador que, apesar de continuada, é imperativamente intervalada.

⁷⁵⁶ *L'obbligazione cit.*, pp. 116 e ss.

⁷⁵⁷ Cf. DEVOTO, *L'obbligazione cit.*, pp. 126 e ss.

⁷⁵⁸ Assim sucedendo, por exemplo, no contrato de arrendamento, em caso de desmoronamento do prédio e consequente impossibilidade total e definitiva de habitação do imóvel arrendado.

⁷⁵⁹ DEVOTO, *L'obbligazione cit.*, pp. 131 e 139.

⁷⁶⁰ Assim podendo suceder – retomando a hipóteses do contrato de arrendamento – tanto em caso de afectação de prestações limitadas da série, como perante ausência temporária de condições de habitabilidade de imóvel arrendado. DEVOTO explica a inviabilidade de delimitar *a priori* os factos que podem influir exclusivamente sobre a prestação singular ou sobre o conjunto complexo: em abstracto, todos os factos jurídicos podem incidir sobre este ou aquela. Também não se exclui a influência de factos que actuem, em concorrência, sobre o individual e o plural, tal qual sucede com a prescrição (p. 129). DEVOTO ilustra a realidade de complexo duradouro com apelo ao seguinte exemplo: a ovelha que faz parte do rebanho está sujeita à sorte do conjunto; mas cada qual conserva autonomia, podendo ser vendida ou trocada, como elemento simples da complexidade de que participa (*L'obbligazione cit.*, p. 130). V. ainda p. 141.

⁷⁶¹ Com especial incidência no que respeita à delimitação da impossibilidade que afecta o contrato de trabalho.

4. Dinâmica organizativa

I. Se, até aqui, referimos elementos próprios das obrigações duradouras que cremos anteciparem, só por si, a compreensão do instituto suspensivo, enunciamos seguidamente outros traços que, atenta a natureza duradoura do contrato de trabalho, aqui surgem especialmente vinculados e que indiciam a importância da dinâmica suspensiva nesta esfera.

A natureza complexa e duradoura é – diz-se frequentemente – promotora de dinâmica organizativa que, assumindo sentido preciso, justificaria a transição, nestes casos, para “[...] um contrato prático-económico mais abrangente [...]”⁷⁶², assim se explicando o apelo de LABORDERIE a nova distinção entre “contratos de troca” e “contratos de organização”: o futuro do contrato de troca consiste, em exclusivo, na realização das prestações acordadas; ao invés, o contrato de organização pressuporia uma concepção mais abrangente do futuro contratual e do jogo de cooperação das partes⁷⁶³. Entre os traços próprios das obrigações duradouras, este constitui elemento que reveste maior acentuação numas que noutras. Referimos, porém, característica com especial enfoque na esfera laboral, atento o desenvolvimento da actividade do trabalhador “no âmbito de organização e sob autoridade” do credor (o empregador)⁷⁶⁴. Dir-se-á que o contrato de trabalho pressupõe “um elemento de inserção organizacional, implicando a integração do trabalhador no seio de uma organização que pode ser mais complexa ou rudimentar e pode corresponder ou não a uma empresa”⁷⁶⁵. A componente organizacional assume, pois, neste âmbito, particular intensidade, já que a referência à organização não serve apenas para assinalar a tendencial desconsideração da sua importância nas obrigações instantâneas, mas também para justificar o posicionamento do trabalhador, numa lógica de verticalidade⁷⁶⁶. Conforme certo ângulo, o empregador surge, no contrato de trabalho, não tanto como titular de compromissos atomisticamente considerados, mas, sobretudo, enquanto responsável por dada organização⁷⁶⁷ –

⁷⁶² BAPTISTA MACHADO, “Anotação ...” cit., p. 330.

⁷⁶³ *La pérennité* cit., p. 212. Nem sempre a referência à “organização” assume sentido idêntico. Reservando significado diverso aos “contratos organizativos”, v. por exemplo, FERREIRA PINTO, *Contratos* cit., p. 136.

⁷⁶⁴ Cf. art. 11.º.

⁷⁶⁵ PALMA RAMALHO, *Tratado* cit., I, p. 345, itálico nosso; v. ainda *Da autonomia* cit., pp. 716 e ss. Distintamente, v., porém, MENEZES LEITÃO, *Direito do trabalho* cit., p. 107-108.

⁷⁶⁶ Revestindo, neste âmbito, particular relevância a “categoria interna” e o respectivo nivelamento do trabalhador na hierarquia da empresa – sobre a categoria, nas suas variantes “profissional”, “normativa” ou “estatuto” e, por fim, “interna”, v. PALMA RAMALHO, *Tratado* cit., II, pp. 460-461. V. ainda o art. 129.º, n.º 1, e), e a garantia da irreversibilidade aí consagrada. Em referência às correntes doutrinárias que identificam o contrato de trabalho como “contrato de organização”, v. DEL PUNTA, *Diritto* cit., pp. 386-387.

⁷⁶⁷ Em observação dirigida, mas não circunscrita, à extinção do contrato de trabalho, FURTADO MARTINS nota que “toda a visão atomística das relações de trabalho que olhe apenas para a relação individual de trabalho estabelecida entre um trabalhador e o respectivo empregador, sem considerar a necessária integração desse vínculo no complexo de relações envolvidas na organização no seio da qual o trabalho é prestado, está irremediavelmente condenada” (*Cessação* cit., p. 13).

um universo específico que dita que a actividade a desenvolver, modelada em função do poder de direcção, deve revestir certa utilidade⁷⁶⁸. Assim se justifica, aliás, no que respeita à lógica subjacente ao poder de direcção do empregador, o apelo, de um lado, à “natureza relativamente indeterminada da prestação laboral” e, de um outro, à “necessidade de coordenação da prestação do trabalhador com as exigências da organização produtiva e com as prestações dos demais trabalhadores”⁷⁶⁹, o que reclama constante conformação, atenta a continuidade do vínculo, da actividade desenvolvida pelo trabalhador às necessidades do empregador. Por conseguinte, o interesse a satisfazer não resulta tanto ou tão-só de cada prestação isolada, mas, ao invés (ou também), da necessária coordenação de conjunto maior, em função dos meios disponíveis na organização⁷⁷⁰.

A importância da componente organizacional – acentuada no vínculo de trabalho⁷⁷¹ – resulta evidente se considerado o elevado número de regras que pressupõem a sua aplicação num tal contexto⁷⁷². Tal não significa, porém, o retomar de qualquer visão institucionalista do vínculo de trabalho⁷⁷³, nem a hipervalorização da integração do trabalhador na empresa, ficcionando uma forçada comunhão de interesses entre trabalhador e empregador⁷⁷⁴: o vínculo de trabalho tem base contratual e a organização não constitui obra comum ou de titularidade partilhada⁷⁷⁵.

Por ora, cabe tão-só assinalar que a dinâmica organizativa – traço usual em vínculos duradouros – assume especial intensidade no contrato de trabalho, encontrando concretizações diversas na suspensão laboral, não só no enquadramento reservado à suspensão por factos respeitantes ao empregador, mas também em aspectos essenciais que conformam a suspensão por factos

⁷⁶⁸ Cf. DEL PUNTA, a propósito do art. 2104 do CCit. (“*Diligenza del prestatore di lavoro*”) (*Diritto cit.*, pp. 386-387).

⁷⁶⁹ PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, II, p. 730.

⁷⁷⁰ V., a este propósito, PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, I, p. 466.

⁷⁷¹ Elemento também referido por LOBO XAVIER, a propósito da natureza jurídica do despedimento, assinalando que a perspectiva contratualista não pode, também nesse âmbito, descurar o elemento organizativo-empresarial, que conforma a conceptualização da matéria (*O despedimento cit.*, p. 700).

⁷⁷² Enunciando tal conjunto normativo, v. PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, I, pp. 344-346.

⁷⁷³ Em síntese, “a fundamentação institucionalista da relação comunitário-pessoal de trabalho desenvolveu-se com base em duas ideias fundamentais: a desvalorização do contrato de trabalho, enquanto facto constitutivo da relação de trabalho, em favor de um outro facto constitutivo (a incorporação); e a recondução da empresa à categoria técnico-jurídica de instituição” (PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, I, p. 409, e *Da autonomia cit.*, pp. 296 e ss.). V. ainda Maria do Rosário Palma RAMALHO, “Delimitação do Contrato de Trabalho e Presunção de Laboralidade no Novo Código do Trabalho – Breves Notas”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, vol. 3, Almedina, 2011, pp. 561-580, p. 578.

⁷⁷⁴ Sem prejuízo do princípio geral de colaboração das partes, previsto no art. 126.º, n.º 2. A respeito do antes previsto no art. 18.º, n.º 1, da LCT e quanto ao sentido apontado, pela doutrina, a tal colaboração, v. PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, II, pp. 98-99.

⁷⁷⁵ PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, I, p. 455. Os interesses principais das partes não são convergentes; o que não impede, todavia, a comunhão de interesses secundários (p. 456).

relativos ao trabalhador, tal como – e conforme adiante tratado – a determinação da natureza temporária/definitiva do impedimento⁷⁷⁶.

5. Deveres acessórios

I. A importância reconhecida, pela teoria relacional, à cooperação encontra reflexo na ênfase reservada, nos estudos dedicados às obrigações duradouras, aos deveres acessórios de conduta ou deveres laterais⁷⁷⁷. BAPTISTA MACHADO considera que, “nestes contratos, como que se opera uma transformação das *relações de pura troca em relações de cooperação*, no contexto das quais as expectativas recíprocas das partes não são apenas determinadas pelo interesse nas prestações singulares, mas *por um desígnio ou projecto* (elemento organizativo) *de cooperação no implemento daqueles fins práticos a que o negócio se subordina*”⁷⁷⁸. A obrigação duradoura espelhará, por conseguinte, maior interferência recíproca nas respectivas esferas de actuação, “com a assunção de protagonismo por banda, designadamente, de certos deveres de conduta (de cooperação com a contraparte, de cuidado com a sua pessoa e património e de lealdade), baseados no princípio da boa fé e fundamentais para o alcance cabal

⁷⁷⁶ V. *infra* Parte II, Capítulo III.

⁷⁷⁷ São, a este propósito, acolhidas classificações diversas. PINTO OLIVEIRA desdobra os deveres acessórios de conduta em “deveres de promoção do fim do contrato” e em “deveres de protecção”. Os primeiros “visam *alterar* a actual situação jurídica dos bens – atribuindo ao credor as *vantagens* e impondo ao devedor as *desvantagens* decorrentes do cumprimento”; já os segundos têm por fim “conservar a actual situação jurídica dos bens de *ambos* os sujeitos da relação obrigacional, tutelando-os contra ingerências externas lesivas na sua pessoa, na sua propriedade ou no seu património” (*Princípios cit.*, p. 50).

⁷⁷⁸ “Anotação ...” *cit.*, p. 331, itálico nosso. Notando a importância da cooperação nos contratos relacionais, tal qual delimitados por MACNEIL, v. LEITE DE CAMPOS, “Dos contratos ...” *cit.*, p. 206. Advertimos, porém, que as designações “contratos instantâneos” e “duradouros” e a correspondência, assim estabelecida, com a “troca” e a “cooperação” nem sempre acolhem o mesmo sentido. De tal concepção se distancia a distinção promovida por Carlos Ferreira de ALMEIDA entre “contratos de troca” e “contratos de cooperação” (*Contratos II. Conteúdo. Contratos de Troca*, 3.^a ed., Almedina, 2012, pp. 111 e ss.). Conforme proposto pelo Autor, enquadrar-se-iam no âmbito dos “contratos de troca”, entre outros, os contratos de mútuo, empreitada, trabalho, depósito, mandato, locação, arrendamento, etc., já que “a troca, enquanto classe da função económico-social comum a um conjunto muito amplo de contratos, caracteriza-se pela intersecção de dois factores: a bilateralidade de custos e de benefícios (isto é, de sacrifícios de vantagens) para as partes e a divergência das finalidades típicas de cada uma delas” (p. 111). Por conseguinte, o elemento “cooperação”, acima associado às relações duradouras, não coincide com a ideia que subjaz aos “contratos de cooperação”, na proposta do Autor. Sendo assim, quando utilizamos o termo “cooperação”, referimo-lo em sentido amplo, não coincidente com o entendimento (mais) restrito, que FERREIRA DE ALMEIDA reserva a apenas alguns contratos – v. ainda Carlos Ferreira de ALMEIDA, *Contratos III. Contratos de Liberalidade, de Cooperação e de Risco*, 2.^a ed., Almedina, 2013, em especial, pp. 77 e ss. Assinalamos, todavia, que, embora identifiquemos, no contrato de trabalho, uma troca essencial (actividade laboral *vs.* retribuição), tal não se afigura bastante para a caracterização do contrato de trabalho – correspondendo apenas traço parcelar do todo. Acrescem outros elementos explicativos da sua essência e singularidade, como a acentuada pessoalidade e a forte componente organizacional, que se concretizam no binómio subordinação jurídica *vs.* poderes laborais (PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, I, pp. 467-474) – a este propósito, v. ainda *supra* n. 80.

do fim contratual”⁷⁷⁹. Multiplicam-se, por isso, referências à *intensificação de tais deveres* – quer na *celebração*, quer na *execução* do contrato – enquanto traço característico⁷⁸⁰. Procura-se, também por este meio, “tutelar a subsistência ou a estabilidade da relação jurídica duradoura (as partes não-de conduzir-se por forma a não comprometerem a base de confiança do contrato ou a não porem em perigo a correcta execução futura do mesmo contrato)”⁷⁸¹, com especial atenção reservada aos deveres de informação e de lealdade⁷⁸², *maxime*, confidencialidade e não concorrência. A violação destas obrigações assumiria, de resto, aqui, “relevância resolutiva específica”⁷⁸³.

II. Também na suspensão – enquanto categoria mais ampla da qual a suspensão laboral participa –, a par da aparente letargia que atinge o contrato, identificar-se-ia, como nota típica, ainda derivada da natureza duradoura do vínculo, a subsistência dos deveres acessórios. Para ARTZ, a aplicação estrita dos princípios de Direito comum ditaria que a sorte de tais deveres, quando prévios ao período suspensivo, acompanharia a dos principais, uma vez que *accessorium sequitur principale*. Sucede que a suspensão afecta apenas um conjunto limitado de direitos e deveres, incindíveis da obrigação principal⁷⁸⁴, o que encontraria justificação na natureza duradoura do vínculo – atenta a reconhecida importância afecta, neste contexto, a tais deveres – e nos fins assinalados à suspensão: garantia (imediata) da subsistência contratual e salvaguarda de plena execução (futura)⁷⁸⁵. Não obstante, a doutrina questiona em que medida a subsistência do vínculo contratual condiciona, num tal período, o comportamento das partes. Será, por exemplo, viável ao credor celebrar contrato com terceiro para suprir a prestação em falta? – conforme interrogação que ARTZ transpõe para o domínio laboral: embora pressupondo que ao empregador não seja admissível prejudicar a integração do trabalhador em contexto organizacional, as respostas não seriam, a este propósito, uniformes⁷⁸⁶. Tendo a suspensão origem em impedimento físico do trabalhador, o empregador poderá contratar, temporariamente, um substituto⁷⁸⁷; a situação é, porém, distinta na greve, sendo, então, a (nova) contratação incompatível com a

⁷⁷⁹ DAVID MAGALHÃES, *A resolução cit.*, p. 61.

⁷⁸⁰ Assim, FERREIRA PINTO, que refere que “as relações duradouras implicam, no seu desenvolvimento, uma *acrescida boa fé e confiança recíproca* entre os intervenientes” (*Contratos cit.*, p. 109).

⁷⁸¹ BAPTISTA MACHADO, “Anotação ...” *cit.*, p. 331.

⁷⁸² CARNEIRO DA FRADA apela, neste âmbito, a uma “«ética de adversários»” (*Teoria cit.*, p. 561; *v. ainda pp.* 563 e ss.).

⁷⁸³ Assim, DAVID MAGALHÃES, *A resolução cit.*, pp. 68-69. *V. ainda* BAPTISTA MACHADO, “Anotação ...” *cit.*, pp. 318 e 332.

⁷⁸⁴ “La suspension ...” *cit.*, p. 101.

⁷⁸⁵ TREILLARD, “De la suspension ...” *cit.*, p. 86. Também DURAND recusa ao instituto a qualificação de simples desactivação contratual (“Préface ...” *cit.*, p. 3).

⁷⁸⁶ “La suspension ...” *cit.*, p. 101.

⁷⁸⁷ *V. o art.* 140.º, n.º 2, a), e n.º 3.

essência da suspensão⁷⁸⁸. Retrataríamos, na verdade, dificuldades transponíveis para outras obrigações duradouras – num fornecimento, a resposta dependerá, segundo ARTZ, da previsão de cláusula de exclusividade⁷⁸⁹ –, tratando-se, pois, de aspecto cujo enquadramento poderá divergir em função de cada hipótese. É ainda assinalado que a suspensão não deverá atentar contra situações estabilizadas pelo decurso do tempo, assim se justificando – em apelo, mais uma vez, a exemplo laboral – não ser inevitável que o trabalhador deva, no tempo de suspensão, ser privado de alojamento, concedido em razão da execução plena do contrato⁷⁹⁰. Resulta, pois, evidente a *dinâmica* suspensiva – por oposição à *dormência* ou *torpor*, usualmente apontados. Referimos, agora, a suspensão como tempo contratual próprio, com efeitos que germinam, não se limitando a perdurar, em tal período.

III. Não obstante a importância acentuada dos deveres acessórios em universo transversal às obrigações duradouras e, neste contexto, sobretudo no plano suspensivo, sublinhamos a sua relevância na esfera laboral, atenta a nota evolutiva que aqui acompanha o dever de lealdade⁷⁹¹. Do art. 295.º, n.º 1⁷⁹², resulta a incidência limitada da suspensão: o vínculo sobrevive, a par da operacionalidade dos deveres acessórios autónomos das obrigações

⁷⁸⁸ Quanto à greve, v. o art. 535.º.

⁷⁸⁹ “La suspension ...” *cit.*, p. 101.

⁷⁹⁰ ARTZ, “La suspension ...” *cit.*, p. 101. TREILLARD nota que, durante a guerra de 1914-1918, terão surgido dúvidas quanto ao enquadramento a reservar, durante a ausência dos trabalhadores em combate, ao alojamento que lhes houvesse sido concedido e às respectivas famílias. Qualificado o alojamento como retribuição em espécie, foi questionado se deveria ser excluído por tal período (“De la suspension ...” *cit.*, pp. 88-89). Embora assim tenha sido sufragado por parte da jurisprudência e da doutrina, TREILLARD considera uma tal solução contrária à suspensão: no seu entender, a necessidade de preservação do contrato imporá ao empregador o dever de respeitar o direito a alojamento (p. 89). Sobre este tópico, v. também SARRAUTE, *De la suspension cit.*, pp. 52-53. Em sentido distinto, Jean RADOUANT considera que a retribuição em espécie deixa de ser devida. Assim, conforme decisão do *Tribunal de Nancy*, de 21.12.1916, o empregador poderia expulsar a família de trabalhador mobilizado do alojamento que lhes era disponibilizado na fábrica, não sendo obrigado a suportar as rendas correspondentes à nova habitação (*Du Cas Fortuit et de la Force Majeure*, Librairie Arthur Rousseau, 1920, p. 293). V. ainda, embora conforme enquadramento já distante, Raúl VENTURA, “Extinção das Relações Jurídicas de Trabalho”, *ROA*, ano 10, 1950, n.ºs 1 e 2, pp. 215-364, pp. 355-358. A este respeito e fora de contexto bélico, v. o indicado *supra*, n. 490.

⁷⁹¹ Registando-se, inclusivamente, alguma indefinição quanto aos “limites da colaboração exigível, da lealdade que pode ser esperada ao trabalhador subordinado” (JÚLIO GOMES, *Direito cit.*, p. 884). Também PALMA RAMALHO assinala que o dever de lealdade do trabalhador assume especial força no contrato de trabalho, mantendo-se operante por toda a duração do contrato de trabalho – e, por conseguinte, mesmo em caso de suspensão laboral –, sendo inclusivamente dotado de pós-eficácia (*Tratado cit.*, I, p. 437). E no Direito alemão, ISELE anota que, nestes casos, apenas opera, por regra, suspensão dos deveres principais (“*Suspension die Hauptpflichten*”), subsistindo os acessórios (“*Das suspendierte ...*” *cit.*, pp. 107-121, p. 107). No Direito espanhol, v., nomeadamente, Jordi García Viña, “El Deber Recíproco de Buena Fe en la Incapacidad Temporal”, *La Incapacidad Temporal* (coord. Antonio Ojeda Avilés), tecnos, 1996, pp. 267-277.

⁷⁹² Que assume a coexistência da suspensão com “os direitos, deveres e garantias das partes que não ressuponham a efectiva prestação de trabalho”. Com formulação aproximada, a respeito da greve, v. o art. 536.º, n.º 2.

principais⁷⁹³. A este respeito, convocamos distinção, acolhida por PALMA RAMALHO, entre “deveres acessórios integrantes da prestação principal” (v.g., dever de assiduidade ou de zelo e diligência na execução do trabalho) e “deveres acessórios autónomos da prestação principal” (tais como a lealdade⁷⁹⁴ e o dever de respeito⁷⁹⁵) – apenas estes últimos operando plenamente em período suspensivo. Para além do dever geral de boa fé⁷⁹⁶, o art. 128.º, n.º 1, f), assinala a obrigação de o trabalhador “guardar lealdade ao empregador, nomeadamente não negociando por conta própria ou alheia em concorrência com ele, nem divulgando informações referentes à sua organização, métodos de produção ou negócios”. Surgem, porém, não raras vezes, dúvidas sobre o alcance de um tal dever em período suspensivo: a título ilustrativo, importa, ainda à luz da lealdade, avaliar a (in)compatibilidade de certas actividades com a incapacidade transitória para o desempenho da actividade laboral⁷⁹⁷. À semelhança de outros ordenamentos, tais situações têm sido objecto de análise frequente na doutrina e jurisprudência italianas⁷⁹⁸: para DEL PUNTA, ao

⁷⁹³ PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, II, p. 830.

⁷⁹⁴ Evidência da independência do dever de lealdade em relação à obrigação principal do trabalhador resulta da valoração disciplinar, por conduta desleal, referente ao processamento de prestações previdenciais: “a utilização abusiva ou fraudulenta dos regimes de protecção social, quando devidamente comprovada, embora se repercuta, em primeira linha, na relação jurídica previdencial, pode também representar a violação do dever de lealdade para com a entidade empregadora, quando implique, sem um motivo válido, que esta tenha de substituir o trabalhador impedido ou suportar, por efeito da redução dos efectivos, uma diminuição do volume de produção da empresa” (acórdão do STJ de 9.12.2004, Proc. n.º 04S2521, FERNANDES CADILHA Sumário, II).

⁷⁹⁵ Conforme acórdão da RL, de 24.10.1984, “durante a suspensão do contrato de trabalho mantêm-se todos os deveres do trabalhador para com a entidade patronal, ressaltando-se apenas os que pressupõem a efectiva prestação do trabalho” Por conseguinte, “mesmo na situação de licença sem vencimento, deve o trabalhador respeitar e tratar com urbanidade os elementos dos corpos sociais da mesma”. Nesta medida, “a prática de actos manifestamente ofensivos da honra e dignidade dos dirigentes da respectiva entidade patronal constitui justa causa de despedimento” (Proc. n.º 0000206, MENDONÇA TORRES). A este respeito, no Direito alemão, v. Frank WOLTERECK, “Suspendierung ...” *cit.*, § 18., e ZÖLLNER, LORITZ e HERGENRÖDER, que referem: “auch bei Suspendierung beider Hauptpflichten bleiben die Nebenpflichten grundsätzlich voll in Kraft, insbesondere etwa die Verschwiegenheitspflicht und die Pflicht zur Unterlassung von Wettbewerb” (*Arbeitsrecht cit.*, p. 151).

⁷⁹⁶ Dispõe o art. 126.º, n.º 1, que “o empregador e o trabalhador devem proceder de boa fé no exercício dos seus direitos e no cumprimento das respectivas obrigações”. Já de acordo com o n.º 2, “na execução do contrato de trabalho, as partes devem colaborar na obtenção da maior produtividade, bem como na promoção humana, profissional e social do trabalhador”.

⁷⁹⁷ “Em alguns casos concretos de pluriemprego a incapacidade para prestar trabalho a um dos empregadores pode não significar igual incapacidade para prestar trabalho a outro empregador: imagine-se que um dos trabalhos é fisicamente muito mais penoso ou extenuante ou de muito maior responsabilidade, correndo o risco de agravar uma depressão ou um estado psíquico já deteriorado ou, simplesmente, imagine-se que o trabalhador sofre uma depressão porque é vítima de *mobbing* num dos locais de trabalho, mas não no outro” (JÚLIO GOMES, *Direito cit.*, p. 859, n. 2104).

⁷⁹⁸ Por sua vez, no Direito alemão, v., nomeadamente, HAGER, *Das ruhende cit.*, p. 229. No Direito espanhol, v. Marta Puig SÁNCHEZ, “La Transgresión de la Buena Fe Contractual Durante la

empregador deve ser reconhecida a possibilidade de valorar, em contexto disciplinar, a execução, pelo trabalhador ausente, de actividades diversas, por violação da obrigação de “*correttezza*”⁷⁹⁹; o tema convoca, no entanto, dúvidas relacionadas, sobretudo, com a salvaguarda da liberdade e reserva da vida privada do trabalhador⁸⁰⁰. Tem sido reconhecido que o desenvolvimento de actividade laboral⁸⁰¹, recreativa ou desportiva, ainda que fora do domicílio do trabalhador, não sendo inevitavelmente incompatível com a invocada incapacidade para o trabalho, pode não revelar infracção contratual^{802/803}. Tal é a hipótese de trabalhador que, ausente para cura de doença do foro psiquiátrico, organiza, nesse período, uma exposição de pintura ou que assiste a uma peça de teatro⁸⁰⁴; é também o caso de trabalhador que, após sofrer uma fractura que o incapacita de executar o acordado com o empregador, presta apoio em estabelecimento comercial gerido pelo cônjuge⁸⁰⁵ ou a situação de

Incapacidad Temporal”, *La Incapacidad Temporal* (coord. Antonio Ojeda Avilés), tecnos, 1996, pp. 372-389, pp. 377 e ss.

⁷⁹⁹ *Diritto cit.*, pp. 504-505.

⁸⁰⁰ ICHINO, *Il contratto cit.*, p. 103.

⁸⁰¹ Em acórdão da RP, de 14.1.1980 (Proc. n.º 0014441, VASCO TINOCO, CJ, t. 1, ano 5, pp. 82-84), estavam em causa os factos seguintes:

- A encontrava-se ao serviço de B desde Janeiro de 1972;
- Em 22.1.1973, A foi convocado para prestação de serviço militar, em Angola;
- O serviço militar terminou a 14.8.1975, apresentando-se o trabalhador, em 18.8.1975, para retomar o trabalho.

Sucedde que enquanto em Angola, A enviou uma carta a B a solicitar referências para empresa para a qual, a título transitório e enquanto ali se encontrasse, desenvolveria actividade profissional. Do teor da comunicação assim efetuada depreendia-se “que esse novo emprego não passaria de uma situação de remedeio transitório, enquanto se verificasse a permanência do A. naquela província ultramarina em cumprimento dos seus deveres militares” (p. 83). Concluiu, por isso, a RP que uma tal comunicação não correspondia a denúncia do trabalhador; não concorrendo igualmente “qualquer incompatibilidade de subsistência concomitante dos dois vínculos laborais”, nem violação do dever de lealdade (*idem*).

⁸⁰² Conforme acórdão da RL, de 12.2.1992, Proc. n.º 0073944 (RODRIGUES DA SILVA), “a prova de que durante o período de baixa o A. praticou e ensinou bailado não é suficiente para se dar como provado que a ausência ao serviço se deveu não a doença mas ao facto de trabalhar em escola como bailarino e professor de dança, para mais se essa actividade é desempenhada para além do horário de trabalho e em acumulação com este e como «hobby»” (Sumário, III).

⁸⁰³ No Direito espanhol, HURTADO ORTEGA refere que a doutrina tende a sustentar que, na hipótese de trabalhador ausente por doença participar activamente em greve – por exemplo, integrando piquete de greve –, apenas caso a caso poderá aferir-se se um tal comportamento é incompatível com a situação de doença ou se interfere com o processo de recuperação (“La suspensión...” *cit.*, p. 292). Tratando do concurso de circunstâncias suspensivas, *v. infra* Parte II, Capítulo I, Seção IV, § 2.4.

⁸⁰⁴ Admitindo que a realização de uma viagem possa ser adequada à recuperação de doença do foro psiquiátrico, *v. JÚLIO GOMES, Direito cit.*, p. 858, n. 2103.

⁸⁰⁵ No que respeita ao desempenho de nova actividade laboral no decurso da suspensão, BÉRAUD alerta que tal apenas traduz prática proibida se for inconsistente com a hipótese suspensiva invocada (*La suspension cit.*, p. 148). Adverte, no entanto, que “chaque cas de suspension doit donc être examiné en lui-même, en considérant le contenu du contrat suspendu, la cause de cette suspension et la nature du second contrat” (p. 150).

trabalhador convalescente que participa em reunião de trabalhadores^{806/807}. Haverá, assim, em cada caso, que aferir da conformidade do comportamento do trabalhador com o concreto facto suspensivo que motiva a ausência⁸⁰⁸.

IV. A lealdade assume outras manifestações em contexto suspensivo. Mesmo por referência a data anterior ao CT 2009 e da alteração, então acolhida, no art. 253.º, n.º 4⁸⁰⁹, admitiríamos, não obstante leituras doutrinárias e jurisprudenciais distintas⁸¹⁰, que o trabalhador estava obrigado a comunicar e a justificar atempadamente a ausência, não apenas à luz do regime das faltas, mas também quando, atento o prolongar da ausência, esta se situasse no plano suspensivo⁸¹¹ – o que se concebe como concretização de comportamento leal,

⁸⁰⁶ Exemplos indicados por ICHINO, *Il contratto cit.*, p. 103. A este propósito, *v.* ainda o referido *supra*, n. 259.

⁸⁰⁷ Quanto às derivações da “*obbligo di correttezza*” (cf. art. 1175 do CCit.) em período suspensivo e em que medida um tal dever pode impor ao trabalhador o não agravamento do seu estado de saúde ou mesmo a necessária sujeição a tratamento médico, *v. infra* Parte II, Capítulo II.

⁸⁰⁸ Idêntica valoração tem também lugar no Direito alemão – assim, HAGER, com especial menção, no que respeita ao trabalhador, aos deveres de sigilo (“*Verschwiegenheitspflicht*”) e de não concorrência (“*Wettbewerbsverbot*”) (*Das ruhende cit.*, pp. 254 e ss.).

⁸⁰⁹ “A comunicação é reiterada em caso de ausência imediatamente subsequente à prevista em comunicação referida num dos números anteriores, mesmo quando a ausência determine a suspensão do contrato de trabalho por impedimento prolongado”.

⁸¹⁰ Na doutrina, sustentando a inexistência de obrigação de o trabalhador motivar a ausência durante a suspensão, *v.*, nomeadamente, JORGE LEITE, “O desempenho ...” *cit.*, p. 529, e Júlio Manuel Vieira GOMES, “Algumas Reflexões sobre as Faltas Justificadas por Doença (Não Profissional) do Trabalhador”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura* (coord. José de Oliveira Ascensão, Ruy de Albuquerque, Martim de Albuquerque e Pedro Romano Martinez), vol. 2, Coimbra Editora, 2003, pp. 717-749, p. 730. Em sentido contrário, *v.* JOÃO REIS, “Suspensão ...” *cit.*, pp. 80 e ss., e FURTADO MARTINS, *Cessação cit.*, pp. 196-197. Na jurisprudência, era frequente o enquadramento que recusava replicar a comunicação da ausência quando o tempo decorrido ditasse a aplicação do regime suspensivo. Assim, a título de exemplo, indicava o STJ, em acórdão de 26.3.2008, que, se o “impedimento do trabalhador à prestação do trabalho se prolongar por período superior a 30 dias, o contrato de trabalho considera-se suspenso, e, como tal, a partir desse momento, o trabalhador deixa de ter que justificar as faltas” (Proc. n.º 07S050, MÁRIO PEREIRA, Sumário, II, itálico nosso), e, ainda à luz do previsto no CT 2003, o acórdão do STJ de 18.5.2011, Proc. n.º 638/06.2TTSNT.L1.S1 (PEREIRA RODRIGUES). Também a RP referia, em acórdão de 22.9.2008, que “a obrigação de justificar as faltas ocorre apenas durante os primeiros trinta dias de inexecução do contrato de trabalho. Atingido este limite o contrato suspende-se, não existindo, durante o período da suspensão, o dever de assiduidade nem o de justificação das faltas” (Proc. n.º 0842949, FERREIRA DA COSTA, itálico nosso); *v.* ainda da RL de 25.3.1992, Proc. n.º 0075684 (CUNHA E SILVA), e acórdãos da RP de 2.3.1994, Proc. n.º 0091564 (CUNHA E SILVA), e de 7.5.2001, Proc. n.º 0140269 (SOUZA PEIXOTO). Diversamente, em acórdão de 25.1.2012, assinala a RL que “a comunicação e justificação atempadas e sucessivas traduzem-se em deveres do trabalhador que não se mostram afastados pela suspensão do contrato de trabalho por motivo de doença, dado não pressuporem, pelo menos, em moldes exclusivos, a efectiva prestação de trabalho, prendendo-se com outros deveres acessórios relacionados com a boa fé no cumprimento dos contratos” (Proc. n.º 3110/11.5TTLSB.L1-4, JOSÉ EDUARDO SAPATEIRO Sumário, II, itálico nosso).

⁸¹¹ Tema retomado *infra*, Parte II, Capítulo III, § 4.4., a propósito da distinção entre a suspensão laboral e o abandono de trabalho.

que deve modelar a conduta das partes, não obstante a suspensão. Também por esta via se acentua a artificialidade da suposta destrinça entre faltas justificadas e suspensão por factos respeitantes ao trabalhador⁸¹² – *maxime*, quando o facto desencadeador da ausência é o mesmo, variando tão-só a duração da inactividade, mais ou menos prolongada.

6. Ponto de ordem

No plano jurídico, os “*contratti di durata*” impõem, no entender de GRANIERI, configuração diacrónica – e não já sincrónica – do Direito dos Contratos⁸¹³, acolhendo, neste âmbito, especial destaque a patologia inerente à dimensão temporal: vicissitudes que atingem a execução do vínculo, reclamando desvios acentuados à *pacta sunt servanda* e maior conformação ao evoluir das circunstâncias⁸¹⁴. Assim se justifica que a respeito do conceito e regime de cláusulas de “*hardship*”⁸¹⁵ em contratos relacionais de longa duração, Júlio GOMES refira que, aqui, “a preocupação fulcral será antes a de estabelecer regras que governem a relação: regras que possibilitem a adaptação a novos factores que surjam no seu decurso e regras concernentes à sua extinção”⁸¹⁶, sendo, por conseguinte, frequente a previsão antecipada de cláusulas contratuais de revisão e de actualização do equilíbrio inicial, moldando o contrato ao seu tempo de execução⁸¹⁷. Dir-se-á ser ainda usual, atenta a duração do vínculo, remeter a concretização de certos aspectos da execução para momento ulterior. Muitas vezes, tal determinação é reservada a uma das partes: assim, no contrato de trabalho, em decorrência do poder directivo afecto ao empregador, em face do conteúdo relativamente indeterminado da actividade laboral⁸¹⁸; ou, em contrato de fornecimento, atento o direito reconhecido a um dos contraentes de definir, em cada momento, a quantidade de cada prestação⁸¹⁹. Por conseguinte,

⁸¹² V., a este propósito, *infra* Capítulo III, § 5.

⁸¹³ *Il tempo cit.*, pp. 35 e ss.

⁸¹⁴ MARTINI, “Obbligazione ...” *cit.*, p. 657. Quanto à qualificação da suspensão como vicissitude contratual, v. *infra* Capítulo III, § 5.

⁸¹⁵ Sobre tais cláusulas, v., no Direito inglês, MCKENDRICK, “The regulation ...” *cit.*, p. 327. Uma vez que, nos sistemas de *common law*, os tribunais não têm o poder de adequar os termos do contrato às circunstâncias entretanto alteradas, a previsão destas cláusulas reveste grande utilidade: se as partes pretendem dispor de um poder de ajustamento, devem negociar a inclusão de tais cláusulas; de outra forma e salvo a ocorrência de circunstância superveniente grave o suficiente para frustrar o contrato, as partes permanecem vinculadas (pp. 328-332). Sobre o tema, v. JÚLIO GOMES, “Cláusulas ...” *cit.*, pp. 167-204.

⁸¹⁶ “Cláusulas ...” *cit.*, p. 177, com itálico nosso. Em termos aproximados, v. LEITE DE CAMPOS, “Dos contratos ...” *cit.*, p. 207.

⁸¹⁷ Tal qual resulta, no contrato de trabalho, por via da contratação colectiva; ou da previsão de coeficientes anuais de actualização das rendas, no contrato de arrendamento (MENEZES CORDEIRO, *Tratado cit.*, VI (*Direito das obrigações*), p. 568).

⁸¹⁸ Cf. o art. 97.º, “*compete ao empregador estabelecer os termos em que o trabalho deve ser prestado, dentro dos limites decorrentes do contrato e das normas que o regem*”. A este propósito, v. MÁRIO PINTO, FURTADO MARTINS e NUNES DE CARVALHO, *Comentário cit.*, pp. 23-24, e ainda PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, II, pp. 424-425 e 732.

⁸¹⁹ DEVOTO, *L’obbligazione cit.*, pp. 132-133.

nos vínculos duradouros, mais que a fase genética, interessa, sobretudo, a fase de execução, que modela a sua vivência, *maxime*, a superveniência contratual. Atentas as especificidades apontadas, concebe-se, por conseguinte – a par de leitura acomodada das disposições gerais –, a previsão de regras e institutos próprios, sensíveis à natureza duradoura do contrato e, sobretudo, que o perspectivem como realidade evolutiva. Aqui enquadramos ainda a suspensão em geral e a suspensão laboral, em particular.

CAPÍTULO II

NOTAS DISTINTIVAS DAS OBRIGAÇÕES DURADOURAS PERANTE O ENQUADRAMENTO GERAL – BREVE APONTAMENTO

A identificação exaustiva dos aspectos regimentais próprios das obrigações duradouras extravasaria largamente o objecto da dissertação. As referências que se seguem procuram apenas cumprir o propósito inicialmente assumido: indicação de regras dispersas que, não considerando de modo evidente a natureza duradoura do vínculo, reclamam adaptações regimentais⁸²⁰. Tal análise assume, porém, ainda assim, intento específico, que direcciona a exposição: melhor compreender como se processa o desenvolvimento destas obrigações de estrutura complexa e o impacto de evento impeditivo temporário; e assim melhor se enquadrar a suspensão laboral enquanto mecanismo preventivo e reparador de ocorrências perturbadoras – técnica jurídica adequada à salvaguarda da continuidade de vínculo duradouro específico (o contrato de trabalho).

Referimos já a não retroactividade da resolução como exemplo de adequação regimental expressa, que considera a especial natureza de obrigação duradoura; e fizemos também menção ao regime da alteração das circunstâncias – atenta a relevância que reveste em contexto duradouro⁸²¹. Incidindo a análise sobre especificidades regimentais que modelam a suspensão laboral, seleccionámos três temas que assumem, neste contexto, particular importância⁸²²: (in)cumprimento, excepção de não cumprimento e impossibilidade temporária. Atento o apelo recorrente ao incumprimento e à impossibilidade, justifica-se, todavia, nota prévia:

- a) No âmbito do Capítulo VII do Livro II do CC (“Cumprimento e não cumprimento das obrigações”), a Secção I é reservada ao “Cumprimento” (arts. 762.º a 789.º) e a Secção II, ao “Não cumprimento” (arts. 790.º a

⁸²⁰ No Direito inglês, MCKENDRICK enuncia o problema: “a glance at the leading textbooks on English contract law would suggest that English Law makes no special provision for long term-contracts. Such contracts appear to be subject to the same rules as those which pertain to other contracts. But is this initial appearance correct? If it is, should English law make particular provision for long-term contracts? What is so special about these contracts that could demand the formulation of new rules or the adaptation of existing rules to fit their needs?” (“The regulation ...” *cit.*, p. 305).

⁸²¹ V. *supra* § Capítulo I, Subsecção II, § 2.3. e Subsecção III, § 2.

⁸²² Para além dos temas indicados, muitos outros poderiam ser referidos. Joana Nunes VICENTE nota que também “a simulação [foi] gizada para acorrer aos problemas dos contratos de execução instantânea – de um certo tipo –, e revela[ndo] maiores dificuldades de adaptação nos contratos duradouros” (*A Fuga à Relação de Trabalho (Típica): Em Torno da Simulação e da Fraude à Lei*, Coimbra Editora, 2008, pp. 88-92). Por sua vez, em matéria de prescrição, da articulação do previsto no art. 310.º do CC com as demais regras prescricionais resulta que dada prestação periódica poderá prescrever no prazo de cinco anos, sem que tal afecte a subsistência das demais ou sequer do direito unitário do credor, sujeito aos prazos normais de prescrição, computados desde a exigibilidade da primeira prestação não paga (cf. art. 307.º do CC) – *v.*, a tal propósito, ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA, *Código Civil cit.*, vol. 1, p. 278. Dir-se-á ainda que a distinção releva igualmente no domínio processual (VAZ SERRA, “Objecto da ...” *cit.*, pp. 31-32, n. 74).

816.^o)⁸²³. Dir-se-á, na verdade, que o CC acolhe, *maxime* na epígrafe do referido Capítulo VII e na respectiva Secção II, noção ampla de “não cumprimento”, aqui incluindo institutos diversos, desde logo, a “impossibilidade do cumprimento e mora não imputáveis ao devedor” (cf. Subsecção I – arts. 790.^o a 797.^o), a par do não cumprimento culposo ou incumprimento em sentido estrito⁸²⁴. Em apelo a uma noção mais rigorosa, Fernando Pessoa JORGE prefere – ao conceito assim abrangente de “não cumprimento” – dissociar “impossibilidade” e “inexecução”⁸²⁵. Já GALVÃO TELLES assume a noção ampla de “inexecução da obrigação”, a que reconduz as múltiplas variantes do “não cumprimento” (cf. locução prevista no CC) e que identifica, simplesmente, com “a prestação [que] não é realizada tal como era devida”⁸²⁶. Assinala, no entanto, que, com frequência, o conceito abrangente de “não cumprimento” não resulta adequado, sendo preferível concepção restrita, de modo a abranger apenas “a inexecução imputável ao devedor, isto é, a inexecução procedente de culpa sua. Diz-se que o devedor não cumpriu para significar que deixou culposamente de realizar a prestação e que incorreu pois em falta”⁸²⁷. Também ALMEIDA COSTA afirma que “o não cumprimento, incumprimento ou inadimplemento de uma obrigação” concorre, em geral, “sempre que a respectiva prestação devida deixa de ser efectuada nos termos adequados”, concedendo, porém, que estes conceitos constituem “simples ponto[s] de partida, visto que na sua moldura ampla se incluem várias situações com efeitos jurídicos muito diferentes”⁸²⁸ – e autonomizando, por conseguinte, a impossibilidade superveniente da prestação e o “não cumprimento propriamente dito”^{829/830}.

⁸²³ Por sua vez, a Secção III respeita à “Realização coactiva da prestação” (arts. 817.^o a 830.^o) e a Secção IV à “Cessão de bens aos credores” (arts. 831.^o a 836.^o). Neste contexto, v. Assunção CRISTAS, Jorge Morais CARVALHO e Alice Ramos Cícero Roberto PEREIRA, *Incumprimento dos Contratos. Avaliação Legislativa e Perspectivas de Desenvolvimento*, Almedina, 2013.

⁸²⁴ A este propósito, v. José Carlos Brandão PROENÇA, *Lições de Cumprimento e Não Cumprimento das Obrigações*, Coimbra Editora, 2011, p. 134.

⁸²⁵ “Numa palavra, há inexecução *stricto sensu* quando o devedor não cumpre porque não quer, e impossibilidade de execução quando o devedor não cumpre porque não pode” (*Lições de Direito das Obrigações*, Associação Académica, 1975-1976, p. 467, *itálico nosso*).

⁸²⁶ *Direito cit.*, p. 340.

⁸²⁷ *Direito cit.*, p. 341.

⁸²⁸ *Direito cit.*, pp. 1033-1043.

⁸²⁹ *Direito cit.*, p. 1034.

⁸³⁰ Assinalando falta de rigor ao apelo indistinto ao “incumprimento” e à “impossibilidade” no CC, GALVÃO TELLES nota que “o facto de o devedor não realizar a prestação em virtude de esta se impossibilitar por facto a ele imputável, entra normalmente no conceito de falta de cumprimento: assim designadamente na citada epígrafe da subsecção que principia no artigo 798.^o. Mas já no artigo 801.^o, a hipótese não é considerada como falta de cumprimento, embora seja equiparada a essa falta” (*Direito cit.*, pp. 341-342). Mário Júlio de Almeida COSTA refere que o art. 801.^o, n.^o 2, do CC prevê directamente o caso da prestação impossibilitada com culpa da parte a ela adstrita, concluindo que a mesma doutrina se aplica, por interpretação extensiva ou analogia, à situação diversa do incumprimento culposo da prestação possível (*Noções Fundamentais de Direito Civil*, 6.^a ed. (rev. e act.), Almedina, 2013, p. 236).

b) O tema reveste maior interesse quando contrapomos o enquadramento acolhido no Direito português com outras soluções. Assim, no Direito italiano, a cessação do contrato por *“impossibilità sopravvenuta”* apenas opera se o impedimento não resulta imputável ao devedor. Caso contrário, estar-se-á fora do âmbito operativo da impossibilidade, havendo que convocar o regime afecto à *“risoluzione per inadempimento”*⁸³¹ – a esta luz se justificando afirmar que a impossibilidade liberatória é tão-só aquela que convoca, em simultâneo, os conceitos jurídicos de impossibilidade superveniente e de facto não imputável ao devedor⁸³². A matéria obedece, pois, a estruturação diversa que importa não descurar sempre que se proceda ao confronto da sistemática do CC português com a acolhida no CCit.: os Títulos I e II do Livro IV (*“Delle obbligazioni”*) do CCit. tratam, respectivamente, *“Delle obbligazioni in generale”* e *“Dei contratti in generale”*. No Título I, releva, em especial: (i) o Capítulo III, reservado ao *“Inadempimento delle obbligazioni”*, surgindo o art. 1218 (*“Responsabilità del debitore”*)⁸³³ como primeira disposição; (ii) o Capítulo IV, dedicado aos *“Modi di estinzione delle obbligazioni diversi dell'adempimento”*, em que o art. 1256 (*“Impossibilità definitiva e impossibilità temporanea”*)⁸³⁴ dá início à Secção V, afecta à *“Impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile al debitore”*. Já no que respeita ao Título II (*“Dei contratti in generale”*), importa considerar, sobretudo, o Capítulo XIV (*“Della risoluzione del contratto”*), que integra: (i) a Secção I (*“Della risoluzione per inadempimento”*) – arts. 1453 e ss.⁸³⁵; (ii) a Secção II (*“Dell'impossibilità sopravvenuta”*) – arts. 1463 e ss.⁸³⁶; e (iii) a Secção III (*“Dell'eccessiva onerosità”*) – arts. 1467 e ss.⁸³⁷ No contexto da impossibilidade, assume, pois, especial relevância o previsto no art. 1256 do CCit., que dita a extinção da obrigação atingida pela impossibilidade não imputável ao devedor, dispondo, quanto à contraprestação, o previsto no art. 1463 do CCit. Não raras vezes retomaremos estas referências.

⁸³¹ LOMBARDI, *La risoluzione cit.*, p. 7.

⁸³² LOMBARDI, *La risoluzione cit.*, pp. 26-27.

⁸³³ Ali se referindo que *“il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile”*.

⁸³⁴ Conforme o qual, *“l'obbligazione si estingue quando, per una causa non imputabile al debitore, la prestazione diventa impossibile”*. Por sua vez, *“se l'impossibilità è solo temporanea, il debitore, finché essa perdura, non è responsabile del ritardo nell'adempimento. Tuttavia l'obbligazione si estingue se l'impossibilità perdura fino a quando, in relazione al titolo dell'obbligazione o alla natura dell'oggetto il debitore non può più essere ritenuto obbligato a eseguire la prestazione ovvero il creditore non ha più interesse a conseguirla”*.

⁸³⁵ Sob a epígrafe *“Risolubilità del contratto per inadempimento”*, o art. 1453, 1, do CCit. dispõe que *“nei contratti con prestazioni corrispettive, quando uno dei contraenti non adempie le sue obbligazioni, l'altro può a sua scelta chiedere l'adempimento o la risoluzione del contratto, salvo, in ogni caso, il risarcimento del danno”*.

⁸³⁶ Reproduzindo o teor do art. 1463 do CCit., v. *supra* n. 537.

⁸³⁷ Enunciando o teor do art. 1467 do CCit., v. *supra* n. 471.

1. Obrigações duradouras e (in)cumprimento

É, com frequência, sustentada a recusa de eficácia extintiva ao cumprimento, no âmbito de obrigação duradoura⁸³⁸. Conforme esta leitura, tal seria, aliás, uma das principais originalidades regimentais aqui identificáveis: após o cumprimento de dada prestação singular, a obrigação manteria a mesma força jurídica, não invalidando o surgir de nova prestação, de conteúdo idêntico; e tal ocorrência sucessiva negaria eficácia extintiva aos actos de cumprimento precedentes. Ao invés do que sucede nas obrigações instantâneas, agora, a extinção não decorreria do cumprimento, mas do decurso do tempo, por efeito de denúncia⁸³⁹. Distintamente, cremos que, também nestes casos, a extinção não se basta com o decurso do tempo nem prescinde do cumprimento.

1.1. A denúncia como forma específica de cessação de obrigação duradoura⁸⁴⁰

I. No âmbito de uma obrigação duradoura, não só a execução pode ser mais ou menos extensa como a duração máxima pode ser antecipadamente fixada, mediante aposição de termo final, peremptório ou resolutivo, certo ou incerto,

⁸³⁸ No contexto das obrigações duradouras, António Menezes CORDEIRO admite ser “pacífico que o cumprimento não conduz à sua extinção. Pelo contrário: antes o reforça”, concluindo que “este aspecto esteve, de resto, na origem da autonomização dogmática das obrigações duradouras” (*Tratado de Direito Civil IX (Direito das Obrigações)*, Parte 2, t. 4, reimp. da 1.ª ed. (2010), Almedina, 2014, p. 60; v. ainda *Da Boa Fé no Direito Civil*, 6.ª reimp. da 1.ª ed. (1983), 2015, Almedina, p. 588, n. 208). Cremos que BAPTISTA MACHADO também acolhe esta interpretação ao considerar que a obrigação duradoura “*não se extingue pelo cumprimento*, mas pelo decurso do prazo ou, então, mediante um facto que ponha termo à sua duração: a denúncia, a resolução, a revogação” (“Anotação ...” *cit.*, p. 277, *itálico nosso*). FERREIRA PINTO assinala que, “de entre os aspectos que singularizam a disciplina dos contratos duradouros (*«Dauerschuldverträge»*), aquele que mais cedo concitou a atenção da doutrina foi, como se sabe, o da originalidade do seu modo de cessação”. Registando que, “em tais contratos, a cessação terá de ser determinada por razões diversas do cumprimento, dado que, ao invés do que acontece com as obrigações instantâneas, a actividade solutória singular (o acto de cumprimento) não tem aqui eficácia extintiva (da relação obrigacional no seu todo, entenda-se)” (*Contratos cit.*, p. 104). Identicamente, v. VIDEIRA HENRIQUES, *A desvinculação cit.*, pp. 199 e ss., e ainda CARNEIRO DA FRADA, *Teoria cit.*, p. 560, n. 595.

⁸³⁹ Tal qual delineado, sobretudo, por GIERKE, “*Die Dauernde ...*” *cit.*, pp. 357 e ss. e 378 e ss., com diversos seguidores. No mesmo sentido, MARTINI, “*Obbligazione ...*” *cit.*, p. 655. Distintamente, v., todavia, DEVOTO, *L’obbligazione cit.*, pp. 5-6 e 265 e ss., e WIESE, “*Beendigung ...*” *cit.*, p. 851. Entre nós, colocando em evidência as especialidades decorrentes da natureza duradoura do vínculo no plano da cessação, v. DAVID MAGALHÃES, *A resolução cit.*, p. 57.

⁸⁴⁰ Importa, porém, introduzir algumas limitações. Haverá contratos de duração indefinida em que a denúncia (imotivada) não é admitida ou não é reconhecida a uma das partes, tal como resulta, aliás, particularmente evidente no contrato de trabalho, consideradas as limitações à liberdade de cessação impostas ao empregador. Alertando para estes aspectos, v. Pedro Furtado MARTINS, “Despedimento Ilícito, Reintegração na Empresa e Dever de Ocupação Efectiva. Contributo para o Estudo dos Efeitos da Declaração da Invalidade do Despedimento”, *Direito e Justiça*, Suplemento, 1992, pp. 11-192, p. 70, n. 156.

ou determinada *ex post*, com a possibilidade, reconhecida às partes, de cessação unilateral de contrato de duração indefinida⁸⁴¹. Têm duração indeterminada os contratos em que não se haja fixado período máximo de vinculação ou cuja execução tenha sido mantida para além do termo acordado, contanto que tal não implique apenas renovação do prazo contratual^{842/843}. Em regra, na falta de estipulação diversa, o vínculo duradouro vigora por tempo indefinido e a indeterminação resulta – salvo limitação legal da admissibilidade de contratação a termo – de aos contraentes não ser viável ou desejável a antecipada identificação do momento em que o contrato não revestirá mais utilidade⁸⁴⁴.

Indefinição não significa, todavia, perpetuidade⁸⁴⁵. Neste sentido, o Anteprojecto do CC de 1966 incluía uma disposição de âmbito geral reservada às obrigações duradouras⁸⁴⁶. Ainda que tal redacção não tenha sido transposta para o CC, identificamos normas dispersas que seguem idêntico propósito: tal é o sentido da proibição de “*obrigações duradouras perpétuas ou cujo tempo de vigência dependa, apenas, da vontade de quem as predispõe*”⁸⁴⁷, mas, sobretudo, das regras que, em geral, conferem às partes a possibilidade de descomplexadamente fazerem cessar contratos duradouros, sobretudo quando celebrados por duração indefinida⁸⁴⁸. A denúncia⁸⁴⁹ surge, assim, como forma

⁸⁴¹ Assim DEVOTO, *L'obbligazione cit.*, pp. 88, 134 e 251.

⁸⁴² DEVOTO, *L'obbligazione cit.*, p. 253. Ainda no Direito italiano, v. MARTINI, “*Obbligazione ...*” *cit.*, p. 658.

⁸⁴³ Como exemplo, v. o art. 27.º, n.º 2, do RJCA, que considera “*transformado em contrato de agência por tempo indeterminado o contrato por prazo determinado cujo conteúdo continue a ser executado pelas partes, não obstante o decurso do respectivo prazo*”.

⁸⁴⁴ Cf. o art. 27.º, n.º 1, do RJCA, “*se as partes não tiverem convencionado prazo, o contrato presume-se celebrado por tempo indeterminado*”. Também nesta sede se manifesta a influência do Direito do Trabalho: “*numa apreciação global, dir-se-á que tais regras, fortemente inspiradas na legislação laboral, tendem a transformar os contratos de agência de duração indeterminada na hipótese-regra e, ao mesmo tempo, numa categoria residual*” (FERREIRA PINTO, *Contratos cit.*, p. 259).

⁸⁴⁵ Já no Código de Seabra, o art. 1371.º dispunha que “*o contracto de prestação de serviço domestico, estipulado por toda a vida dos contrahentes, ou de algum delles, é nullo, e póde a todo o tempo ser rescindido por qualquer delles*”. Não obstante, Rui Pinto DUARTE assinala que “*a denunciabilidade dos contratos de duração indeterminada não é um dogma inquestionável, mas uma regra que deve ser conjugada com outras*” (“*A Denunciabilidade das Obrigações Contratuais Duradouras propter rem*”, ROA, ano 70, 2010, vols. 1-4, pp. 273-297, p. 284, *itálico nosso*; e v. também FURTADO MARTINS, “*Despedimento ...*” *cit.*, p. 70, n. 156).

⁸⁴⁶ Precisamente, o art. 5.º, que, sob a epígrafe “*Limite temporal de relações duradouras*”, dispunha: “*tratando-se de relação obrigacional duradoura, pela qual o devedor se obriga a um comportamento duradouro ou a prestações singulares periodicamente devidas, de sorte que o conteúdo total da prestação dependa da duração temporal da relação, pode o devedor, se a lei ou o negócio jurídico não estabelecerem especialmente uma limitação temporal da relação ou a faculdade de a denunciar, denunciá-la sempre que a manutenção ilimitada do contrato importasse para ele uma limitação excessiva da sua liberdade pessoal ou económica, contrária à boa fé*” (cf. VAZ SERRA, “*Direito das obrigações ...*” *cit.*, pp. 7-8).

⁸⁴⁷ Cf. o art. 18.º, j), do RJCCG.

⁸⁴⁸ MESSINEO, *Dottrina cit.*, p. 435.

⁸⁴⁹ Como referências aproximadas, v. a “*ordentliche Kündigung*”, o “*recesso ordinario*”, a “*résiliation ordinaire*” ou “*libératoire*” (FERREIRA PINTO, *Contratos cit.*, p. 338).

de extinção especialmente ajustada⁸⁵⁰: direito potestativo reconhecido às partes de unilateral e discricionariamente promoverem o fim de um contrato, com efeito liberatório *ex nunc*⁸⁵¹. Nesta medida, a falta de determinação do período máximo de vigência não implica, certamente, que “a relação vigore até à destruição da Terra pela *Nova Soli*”⁸⁵²; a salvaguarda da liberdade contratual exige a possibilidade de desvinculação⁸⁵³, surgindo a denúncia como forma de delimitação *a posteriori* do tempo de contratação⁸⁵⁴.

Na contratação a termo, a cessação ocorre, por regra, automaticamente, esgotado o prazo e dispensando declaração das partes. Referimos, a este propósito, a caducidade em sentido amplo, enquanto modalidade extintiva que opera *ipso iure*, atento o surgir de facto jurídico *stricto sensu*, ao qual um tal efeito é associado⁸⁵⁵. No entanto, mesmo em contrato cuja duração se encontre determinada *ab initio*, há que considerar a relevância operativa da denúncia: assim é, sempre que, revestindo o termo apenas o sentido de duração máxima, com afastamento de duração mínima do vínculo⁸⁵⁶, uma das partes promova a desvinculação antecipada⁸⁵⁷; parte da doutrina reconduz ainda à denúncia os

⁸⁵⁰ Assinalando ligação genética entre a denúncia e os contratos duradouros, v. FURTADO MARTINS, “Despedimento ...” *cit.*, p. 66.

⁸⁵¹ “Influindo de forma decisiva nos fundamentos e efeitos da resolução, a estrutura dos contratos duradouros, dadas as particulares questões por ela levantadas, conduz, similarmente, a que surja um modo de extinção da relação contratual dela privativo: a denúncia” (DAVID MAGALHÃES, *A resolução cit.*, p. 73, com itálico nosso). Sintetizando a distinção entre *denúncia* e *resolução* e a articulação destes conceitos com o de despedimento, v. FURTADO MARTINS, “Despedimento ...” *cit.*, p. 54, n. 111, e pp. 54-57.

⁸⁵² MENEZES CORDEIRO, *Tratado cit.*, VI (*Direito das obrigações*), p. 569.

⁸⁵³ FERREIRA PINTO refere, a este propósito, que “uma ordem jurídica que se paute pelas regras de um mercado concorrencial e pelo respeito da autodeterminação individual não consente vinculações *perpétuas* ou *desrazoavelmente duradouras*” (*Contratos cit.*, p. 249).

⁸⁵⁴ Quanto às formas de cessação das relações duradouras, v. GIERKE, pp. 378-392. Relativamente à distinção, proposta por GIERKE, entre “*eigentliche Kündigung*” e “*uneigentliche Kündigung*”, consoante a eficácia extintiva da denúncia se encontrasse ou não dependente de aviso prévio, v., entre nós, a síntese de FURTADO MARTINS, “Despedimento ...” *cit.*, p. 66, n. 144. Acresce a menção à “*außerordentliche Kündigung*” e à “*ordentliche Kündigung*” – referindo tais variantes, v. FURTADO MARTINS, “Despedimento ...” *cit.*, pp. 67-69; v. ainda *infra*, n. 922.

⁸⁵⁵ FERREIRA PINTO indica “trata[r]-se de uma causa fisiológica e pré-programada de extinção do contrato” (*Contratos cit.*, p. 318). Por regra, a desvinculação contratual não determina, nestes casos, pretensão compensatória; a esfera laboral acolhe, todavia, desvios vários a este princípio geral.

⁸⁵⁶ Pelo que a cessação antecipada e imotivada é, em tais casos, legítima. Concretizando esta variante, v. FERREIRA PINTO, *Contratos cit.*, pp. 274-275.

⁸⁵⁷ Assim, a denúncia do contrato de trabalho a termo, por iniciativa do trabalhador (cf. art. 400.º, n.º 3). FURTADO MARTINS critica a possibilidade de denúncia, pelo trabalhador, em contrato a termo, independentemente da sua duração, sobretudo em contratos de prazo muito curto (*Cessação cit.*, pp. 544-546). Considera que, em certas situações, o termo resolutivo deveria assumir, também para o trabalhador, duração mínima obrigatória. No entanto, “o reconhecimento dessa função estabilizadora pressupõe a exclusão da liberdade de denúncia imotivada nos contratos a termo, solução que vigorou até à LCCT, mas que desde então não é acolhida” (p. 544).

casos em que as partes pretendam obstar à prorrogação⁸⁵⁸ automática do contrato, antecipadamente prevista⁸⁵⁹ – e operando, em tal caso, a cessação no final do prazo estabelecido⁸⁶⁰. Dir-se-á, em suma, que, por esta forma, se possibilita “a retoma da liberdade de autodeterminação sobremodo sacrificada num contrato duradouro – e tendo em conta justamente aquele «mais» de vinculação (e de risco) que a duração acarreta”⁸⁶¹.

II. Importa, porém, assegurar que a liberdade de desvinculação não descure outros valores, igualmente relevantes, em vínculos duradouros⁸⁶². Por isso se submete, regra geral, o exercício da denúncia à observância de prazos de aviso prévio – em salvaguarda das expectativas da contraparte quanto à continuidade do contrato⁸⁶³; e ao que acresce, por vezes, a obrigação de pagamento de compensação: mecanismos, ainda assim, modestos no que respeita à tutela da obrigação duradoura⁸⁶⁴. Como ilustrativo desta tensão, é, aliás, com frequência

⁸⁵⁸ Quanto ao uso das locuções “renovação” e “prorrogação”, v. FERREIRA PINTO, *Contratos cit.*, pp. 262-264, n. 879.

⁸⁵⁹ Esta constitui, para FERREIRA PINTO, categoria intermédia entre o *contrato a termo* e o de *duração indefinida*, de configuração híbrida. Teria a vantagem de possibilitar às partes “organizarem antecipadamente as *diversas fases* de uma relação que antevêem e que pretendem que seja de longa duração, associando aquele *mínimo de estabilidade* que só um contrato de duração determinada lhes confere à *flexibilidade* decorrente da faculdade de os fazer cessar *ad libitum* em intervalos de tempo programados” (*Contratos cit.*, pp. 278-279). V. ainda VIDEIRA HENRIQUES, *A desvinculação cit.*, pp. 227-228.

⁸⁶⁰ Assim, BAPTISTA MACHADO, “Anotação ...” *cit.*, p. 278, e DAVID MAGALHÃES, *A resolução cit.*, p. 73. Também Pedro ROMANO MARTINEZ refere que, em caso de contrato de trabalho a termo certo, cabe ao empregador declarar a sua intenção de não renovação do contrato e “esta declaração *consustancia uma denúncia*, pois obsta à renovação do contrato e, eventualmente, à sua conversão, pelo que a *caducidade* será uma consequência da *denúncia*” (*Apontamentos sobre a Cessação do Contrato de Trabalho à Luz do Código do Trabalho*, reimp. da 1.^a ed. (2004), AAFDL, 2005, p. 36, *itálico* nosso). Diferentemente, MENEZES CORDEIRO distingue a denúncia da oposição à renovação, “instituto pelo qual as partes, em contratos a prazo de renovação automática, podem obstar unilateralmente a que tal suceda. Na *oposição à renovação* não se verifica, logicamente, a *supressão* de um contrato com a consequente extinção de obrigações, mas tão só a *não constituição* de idênticas situações obrigacionais” (*Tratado cit.*, IX (*Direito das obrigações*), p. 342, com *itálico* nosso). Dando conta das diversas posições sustentadas a este propósito na doutrina portuguesa, v. FERREIRA PINTO, *Contratos cit.*, pp. 278-280 e 388 e ss.

⁸⁶¹ BAPTISTA MACHADO, “Anotação ...” *cit.*, p. 279. Com sacrifício, porém da protecção da confiança (DAVID MAGALHÃES, *A resolução cit.*, p. 36).

⁸⁶² Também FERREIRA PINTO conforma os valores em presença, concluindo que “a liberdade de desvinculação constitui [...] um limite imanente ao princípio da força vinculativa: o contrato vincula enquanto uma das partes não lhe puser fim, mediante denúncia, em princípio, com a antecedência adequada” (*Contratos cit.*, p. 344).

⁸⁶³ Quanto às formalidades a observar no exercício da denúncia, v. DAVID MAGALHÃES, *A resolução cit.*, pp. 78 e ss. Porque encerra alguma contradição admitir, nestes casos, a desvinculação *ad libitum*, são previstos mecanismos de tutela da contraparte, atenuando as consequências de ruptura abrupta, não esperada. A este propósito, v. DURAND, “Préface ...” *cit.*, pp. 2-3.

⁸⁶⁴ FERREIRA PINTO, *Contratos cit.*, p. 231. MENEZES CORDEIRO extrai, a partir de disposições específicas, princípios que considera passíveis de aplicação analógica às demais obrigações de duração indeterminada: (i) afirmação do princípio de livre denúncia, com observância de aviso prévio adequado – assim apenas não sucedendo quando regras imperativas disponham noutro

convocada a evolução que dista o enquadramento laboral extintivo actual da lógica que moldava o despedimento *ad nutum* e imotivado⁸⁶⁵. A respeito de uma tal figura é indicado que na sua origem estaria acomodar, de um lado, “a necessidade de evitar a perpetuidade dos vínculos obrigacionais” e, de um outro, o “princípio da livre rescindibilidade do contrato de trabalho” – o que seria, afinal reflexo, da construção da denúncia como figura extintiva própria das obrigações duradouras⁸⁶⁶. Prescindindo, por ora, de referências mais alongadas, cumpre constatar, sobretudo, que a ausência de menção à denúncia entre as causas de extinção das obrigações evidencia, também aqui, o desajuste das regras gerais, concebidas conforme o modelo das obrigações instantâneas⁸⁶⁷.

1.2. A denúncia e o cumprimento

Temos, contudo, reservas à recusa de eficácia extintiva ao cumprimento, neste contexto. Convocamos, para tanto, ilustração de DEVOTO: tal como um terreno não se identifica com os seus limites, a acção humana, continuada ou repetida por certo período, não se confunde com o espaço temporal em que deve ser produzida: se o tempo se apresentasse, nestes casos, como substituto do cumprimento, haveria que indagar qual a função reservada à extinção por prescrição⁸⁶⁸.

Admitimos, por conseguinte, que carece de maior fundamentação o entendimento que declina efeito extintivo ao cumprimento de obrigações duradouras. Concedemos que haverá tão-só que aqui atender a lógica explicativa própria: tal efeito em obrigação (complexa) é produzido após algum tempo, quando realizadas as prestações pressupostas⁸⁶⁹. Não cremos, todavia, que a denúncia se apresente, nestes casos, como forma de extinção substitutiva do cumprimento: a denúncia opera como delimitação do tempo máximo de

sentido, acolhendo preferência pela estabilidade contratual; (ii) a possibilidade de compensação, em caso deslocação patrimonial indevida, por via do enriquecimento sem causa (*Tratado cit.*, VI (*Direito das obrigações*), pp. 570-571).

⁸⁶⁵ V., a este propósito, LOBO XAVIER, *O despedimento cit.*, pp. 14-15.

⁸⁶⁶ FURTADO MARTINS, “Despedimento ...” *cit.*, p. 65; v. ainda *Cessação cit.*, p. 521.

⁸⁶⁷ No CC português, integram as causas de extinção das obrigações, para além do cumprimento (arts. 837.º e ss.), a dação em cumprimento, a consignação em depósito, a compensação, a novação, a remissão e a confusão – não se fazendo qualquer menção, nesta sede, à denúncia. Na verdade, em tal caso, as referências surgem dispersas, a propósito de contratos regulados, em especial, no Título II do Livro II do CC. Em sentido próximo, no Direito italiano, v. DEVOTO, *L’obbligazione cit.*, pp. 29-30 e 367 e ss.

⁸⁶⁸ *L’obbligazione cit.*, pp. 281-282.

⁸⁶⁹ Ainda que este raciocínio seja particularmente adequado a obrigação de execução periódica, resulta também aplicável a obrigação continuada, resultando, assim, claro que “o cumprimento das obrigações contínuas produz igualmente a extinção do vínculo” (Fernando Augusto Cunha de SA, *Direito ao Cumprimento e Direito a Cumprir*, reimp. da ed. de 1973 (RDES, ano 20, n.ºs 2, 3 e 4, pp. 149-259), Almedina, 1997, p. 7, *itálico nosso*).

vinculação, travando o surgir de comandos ulteriores⁸⁷⁰. Por conseguinte, denúncia e cumprimento podem assumir, em obrigações duradouras, funções não coincidentes: sem denúncia, suceder-se-iam novos comandos, para além do que se pretendia ser o último da série; sem cumprimento não se poderá concluir pela extinção da obrigação – assim se admitindo que o credor possa exigir as prestações em falta⁸⁷¹. Assente este ponto, importa melhor compreender como se processa o cumprimento em obrigação duradoura. A colocação adequada do problema impõe considerar, em simultâneo, a autonomia de cada prestação e a unidade do complexo, atendendo à dualidade estrutural aqui presente⁸⁷².

1.3. Desdobramento estrutural: dimensão interna e múltipla. Valoração autónoma de cada prestação

I. As obrigações duradouras não assumem dinâmica imutável: os comandos são sucessivos e diversos, procurando a satisfação de exigências distintas. Se a observância de um comando não impede que outro lhe suceda, tal não implica negar eficácia extintiva ao acto de cumprimento precedente: uma vez paga a renda de Janeiro, o arrendatário é, em seguida, devedor da mesma quantia, respeitante a Fevereiro; não porque o pagamento anterior seja privado de eficácia extintiva, mas por consubstanciarem débitos sequenciais idênticos.

Nesta perspectiva, o cumprimento singular não determina extinção parcial, mas total de um débito, entre outros, diversos⁸⁷³. Comportando as obrigações duradouras uma pluralidade de prestações, cada acto singular de cumprimento realiza e extingue o respectivo crédito, sem que tal impeça o surgir de novo comando, de conteúdo equivalente – havendo, para cada hipótese, que ponderar a adequação da prestação à satisfação do interesse do credor e respectivas consequências jurídicas⁸⁷⁴.

A este propósito, torna-se, aliás, especialmente relevante retomar a distinção entre obrigações fraccionadas e duradouras⁸⁷⁵. Nestas últimas, as prestações (singulares) resultam extintas com o (respectivo) cumprimento; nas fraccionadas, as porções realizadas não implicam qualquer extinção – a

⁸⁷⁰ DEVOTO ilustra a função da denúncia com o exemplo da compra de um bem a peso. A quantidade é adicionada à balança até o comprador dizer que é suficiente. Esta declaração não só delimitaria como poria fim à obrigação do vendedor, mas não seria causa extintiva daquela. É um precedente necessário que determina a quantidade de mercadoria que deve ser prestada pelo vendedor, em troca do preço. O cumprimento manter-se-ia, porém, como razão extintiva da obrigação (*L'obbligazione cit.*, p. 283).

⁸⁷¹ DEVOTO, *L'obbligazione cit.*, p. 282. Exemplificando: produzindo a denúncia efeitos no final de Fevereiro, após tal data, o devedor não tem de executar qualquer prestação; porém, não tendo cumprido as prestações de Janeiro e Fevereiro, estas não se considerariam extintas por meio da denúncia (p. 283).

⁸⁷² V. *supra* Capítulo I, Secção V, Subsecção III, § 3. Esta parece ser também a solução sugerida por CUNHA DE SÁ, *Direito cit.*, pp. 7-8, e por DAVID MAGALHÃES, *A resolução cit.*, p. 58, n. 157.

⁸⁷³ DEVOTO, *L'obbligazione cit.*, p. 279.

⁸⁷⁴ DEVOTO, *L'obbligazione cit.*, pp. 267, 273 e 275.

⁸⁷⁵ Cf. *supra*, Capítulo I, Secção V, Subsecção II.

obrigação subsiste com os contornos iniciais até cumprimento integral^{876/877}. Por se tratar de obrigação duradoura, dir-se-á, a título ilustrativo, que, em contrato de trabalho a termo, se o empregador não cumpre atempadamente o pagamento de um mês de retribuição, tal não determina vencimento antecipado das retribuições futuras, pelo período remanescente⁸⁷⁸.

E assim decorre, afinal, da natureza complexa do vínculo^{879/880}: assumindo que cada comando e acto singular de execução reveste existência autónoma, idêntica independência deve ser reconhecida às consequências do respectivo (in)cumprimento. Por conseguinte, no conjunto complexo de uma obrigação duradoura, uma prestação pode resultar cumprida, outra incumprida, outra parcialmente cumprida e assim seguidamente⁸⁸¹: definido que a execução observa periodicidade mensal, é concebível o cumprimento pontual da prestação de Janeiro, atraso da prestação de Fevereiro e incumprimento da prestação de Março. Da autonomia reconhecida a cada prestação resultará a possibilidade de afectar, a cada qual, efeito distinto⁸⁸². Por isso, DEVOTO não concede que o incumprimento da prestação de Março possa influir na prestação de Janeiro, já extinta (por cumprida); tal como não admite, por regra, equilibrar o incumprimento de determinadas prestações com o cumprimento das demais, concluindo por incumprimento parcial⁸⁸³. Numa obrigação duradoura, a *perpetuatio* limitar-se-ia, por princípio, à(s) prestação(ões) não cumprida(s), não atingindo as que resultam perfeitamente executadas – já extintas, atento o progressivo cumprimento da obrigação⁸⁸⁴.

II. Por ilustrativo das especificidades reclamadas em vínculo duradouro, cumpre fazer menção a desvio regimental assinalado por BAPTISTA MACHADO e

⁸⁷⁶ DEVOTO, *L'obbligazione cit.*, p. 275. Assim, convencionado o fraccionamento do preço – pagamento de 1/3 em Janeiro, de 1/3 em Fevereiro e de 1/3 em Março –, o cumprimento (ou o incumprimento) resulta dos três actos de execução. O incumprimento em Janeiro e o cumprimento em Fevereiro e Março resulta em incumprimento parcial da unidade. O juízo é um só e atende à conduta do devedor, no conjunto: o incumprimento parece revestir uma espécie de força retroactiva que, na realidade, não assume. A não adequação da terceira entrega não dita o ressurgir das duas precedentes (pp. 287-289).

⁸⁷⁷ Sobre o disposto nos arts 781.º e 934.º do CC, v. PINTO OLIVEIRA, *Princípios cit.*, pp. 391-395.

⁸⁷⁸ Quanto ao tema, v. ainda Adriano Paes da Silva Vaz SERRA, “Lugar da Prestação. Tempo da Prestação – Denúncia. Cessão da Posição Contratual”, *Separata do BMJ*, 1955, n.os 49-50, pp. 1-237, pp. 168-169, ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA, *Código Civil cit.*, vol. 2, p. 32, e ANTUNES VARELA, *Das obrigações cit.*, vol. 1, p. 96.

⁸⁷⁹ DEVOTO, *L'obbligazione cit.*, pp. 267 e 275.

⁸⁸⁰ Em contexto laboral, decorre do art. 256.º, n.º 1, que “a falta injustificada constitui violação do dever de assiduidade e determina perda da retribuição correspondente ao período de ausência, que não é contado na antiguidade do trabalhador”; v., todavia, o previsto no n.º 3 e no art. 257.º, n.º 1, b).

⁸⁸¹ DEVOTO, *L'obbligazione cit.*, p. 287.

⁸⁸² DEVOTO, *L'obbligazione cit.*, p. 308.

⁸⁸³ Idêntica avaliação (autónoma) é reclamada relativamente ao *animus* do devedor quanto à (in)execução de cada acto: sendo assim admissível o incumprimento doloso de algumas prestações e o incumprimento negligente de outras (DEVOTO, *L'obbligazione cit.*, p. 289).

⁸⁸⁴ DEVOTO, *L'obbligazione cit.*, p. 289.

referente à possível inaplicabilidade do art. 808.º do CC⁸⁸⁵ a obrigação duradoura⁸⁸⁶: tratar-se-ia, afinal, de regra “talhad[a] por medida para negócios sobre transacções de bens”, não se “ajusta[ndo] directamente às relações contratuais duradoiras”^{887/888}. A especialidade ditada nestas hipóteses imporia, segundo o Autor, que o previsto naquela disposição e o enunciado processo de conversão da mora em incumprimento definitivo apenas tivessem lugar a respeito de cada prestação periódica, simples e autónoma perante as demais^{889/890} – e, mesmo em tais casos, com dispensa de interpelação admonitória⁸⁹¹. O mesmo é dizer, segundo cremos, que o art. 808.º CC teria aplicação reservada à dinâmica interna da obrigação, não se justificando na aferição do impacto do atraso de dada prestação no destino da obrigação – perspectiva externa⁸⁹² –, o que reforça, afinal, o entendimento de que, sendo cada prestação autónoma perante as demais, a sua perturbação não assume inevitável repercussão nas restantes. Seria, assim, possível “a perda do interesse numa prestação periódica (num fornecimento, p. ex.), sem que se verifique justificada perda do interesse na continuação da relação contratual”⁸⁹³. Sendo o vínculo jurídico único, as prestações são distintas, podendo a mora “quanto a uma só das prestações resultar de contingências anormais e transitórias da vida do devedor e, por isso, não ter significado relevante quanto à prognose e à confiança do credor relativamente à futura fidelidade ao contrato por parte do mesmo devedor”⁸⁹⁴. Por conseguinte, concluir por perturbação irremediável da obrigação no seu todo pressupõe ter-se atingido um patamar de inexigibilidade quanto à continuidade do vínculo contratual – ao que subjaz um grau de “definitividade que não se compadec[e] com o oferecimento de uma

⁸⁸⁵ Conforme aquela disposição, “se o credor, em consequência da mora, perder o interesse que tinha na prestação, ou esta não for realizada dentro do prazo que razoavelmente for fixado pelo credor, considera-se para todos os efeitos não cumprida a obrigação”.

⁸⁸⁶ Não obstante, o Autor alarga tal entendimento a outras obrigações – v. *infra* § 1.4.2.

⁸⁸⁷ “Anotação ...” *cit.*, p. 280.

⁸⁸⁸ V. ainda ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA, *Código Civil cit.*, vol. 2, p. 71.

⁸⁸⁹ Salvo se a mora do devedor incide sobre a primeira prestação, não tendo o contrato tido ainda início. Em tal caso, o art. 808.º do CC teria aplicação – já que, em consequência da mora, “o credor pode perder o interesse que tinha na prestação duradoira” (BAPTISTA MACHADO, “Anotação ...” *cit.*, p. 317).

⁸⁹⁰ Como exemplos de tal autonomização da prestação em relação à obrigação duradoura complexa, BAPTISTA MACHADO indica os casos previstos nos arts. 310.º e 561.º do CC (“Anotação ...” *cit.*, p. 317).

⁸⁹¹ Seria insustentável “obrigar o credor, perante sucessivas e reiteradas moras periódicas, a fixar de cada vez o dito prazo suplementar – pois isso subvertia a economia do negócio”. Uma tal reiteração antes deveria constituir justa causa resolutiva, tal qual previsto nos arts. 1235.º e 1242.º do CC (BAPTISTA MACHADO, “Anotação ...” *cit.*, p. 317).

⁸⁹² Sobre esta dualidade, v. *supra* Capítulo I, Secção V, Subsecção III, § 3.

⁸⁹³ BAPTISTA MACHADO, “Anotação ...” *cit.*, itálico nosso.

⁸⁹⁴ BAPTISTA MACHADO, “Anotação ...” *cit.*, p. 317. Como exemplo, o Autor indica que o credor de um fornecimento periódico pode perder o interesse num fornecimento fora de prazo, sem que tal afecte o interesse na manutenção da relação (*idem*). Identicamente, v. *infra*, n. 904.

oportunidade adicional ao devedor”⁸⁹⁵. Alude-se, pois, mais uma vez, aos traços específicos da obrigação duradoura e às suas exigências próprias.

1.4. Desdobramento estrutural: dimensão externa e una. (In)cumprimento (progressivo) de obrigação duradoura

1.4.1. A autonomia de cada prestação (singular) e o destino da obrigação duradoura

I. Há, porém, que considerar também o facto de, nestes casos, a pluralidade se mover em unidade complexa. É assim que a autonomia reconhecida a cada prestação não impede a valoração de comportamento repetido e a aplicação de consequência mais grave, em função da reincidência⁸⁹⁶. Afinal, “a reiteração de actos de incumprimento, por pouco relevantes que sejam, mina seriamente a esperança numa posterior conduta adimplente”, tornando, assim, “*inexigível que a contraparte se mantenha, por sua vez, vinculada a cumprir*”⁸⁹⁷.

É, pois, inevitável definir o destino da obrigação duradoura, reconhecendo a sua dinâmica própria e expandindo a análise da perspectiva interna para externa, aferindo como o conjunto resulta afectado. Daqui decorrem, no entanto, interrogações de difícil resposta. Se, como afirmámos, todas as prestações singulares são, entre si, autónomas, como admitir que o incumprimento de uma possa influir no destino das demais? Por outro lado, noutra perspectiva, com esta aparentemente claudicante: como é possível que todas as prestações tenham uma sorte independente das restantes se integram a mesma unidade? Regressamos à já referida tensão entre o uno e o múltiplo, inerente a complexo duradouro.

A solução mais simples passaria por eleger uma das fórmulas – unidade ou pluralidade – como critério uniforme de avaliação. Tal não seria, porém, ajustado, já que poderá, por um lado, afigurar-se desproporcionado pôr fim a um contrato de fornecimento que dure, porventura, há vinte anos, por falta de entrega pontual, em dado mês, por condicionalismo que afectou a produção; sendo, por outro lado, razoável que a cessação possa operar ainda que nem todas as prestações resultem atingidas. É, por isso, preferida solução intermédia, que considere cada hipótese – havendo que aferir, em concreto, se, em face da perturbação, a manutenção do contrato se afigura (in)exigível⁸⁹⁸. As opções revelam, na verdade, constante hesitação quanto à prevalência do carácter unitário do vínculo ou da natureza independente de cada prestação, com vida própria em relação às demais, sendo certo que a preferência por uma

⁸⁹⁵ FERREIRA PINTO, *Contratos cit.*, p. 410. No que respeita ao art. 808.º do CC, v. ainda Nuno Manuel Pinto OLIVEIRA, “Contributo para a Interpretação do Artigo 808.º do Código Civil”, e “A Resolução do Contrato no Direito Alemão e no Direito Português”, *Estudos sobre o Não Cumprimento das Obrigações*, 2.ª ed., Almedina, 2009, pp. 51-61 e pp. 63-75, respectivamente.

⁸⁹⁶ DEVOTO, *L’obbligazione cit.*, pp. 291-292.

⁸⁹⁷ FERREIRA PINTO, *Contratos cit.*, p. 398, *itálico* nosso.

⁸⁹⁸ DEVOTO, *L’obbligazione cit.*, pp. 309-310.

das alternativas dita soluções muito diversas quanto ao destino do contrato. Vejamos algumas hipóteses.

II. Se todos os actos singulares de cumprimento forem exactos, tem lugar extinção progressiva do comando (único) que a todos compreende⁸⁹⁹; na hipótese inversa (*i.e.*, se todos estão em falta), a obrigação não é cumprida: se o devedor não entrega a mercadoria a fornecer porque o equipamento de que dispõe não é adequado à produção dos bens, todas as prestações são atingidas⁹⁰⁰. Ainda assim, nem sempre a afectação do conjunto legitima a cessação, que pressupõe interferência relevante do núcleo essencial da obrigação⁹⁰¹: embora o arrendatário entenda que o imóvel habitado não tem a tranquilidade desejada, pelo ruído que provém de fábrica vizinha, é possível considerar que a perturbação, mesmo que permanente, não justifica o fim do contrato, caso não revista gravidade que coloque em crise a troca pressuposta⁹⁰²; lógica aproximada justifica, aliás, que a incapacidade, ainda que definitiva, de o trabalhador prestar parte da actividade contratada possa não ditar a extinção do vínculo⁹⁰³.

Estas situações não esgotam, todavia, todos os casos. Importa considerar categoria intermédia, em que apenas algumas prestações são realizadas, havendo que aferir, então, a sorte da obrigação. Conforme as circunstâncias, será possível concluir por interferência circunscrita a um conjunto determinado de prestações ou, ao invés, que inviabilize o escopo comum do contrato⁹⁰⁴. A

⁸⁹⁹ DEVOTO, *L'obbligazione cit.*, p. 273. O que o Autor distingue do cumprimento parcial. Sobretudo em vínculos de duração indefinida, o incumprimento de uma prestação singular (*v.g.*, incumprimento, pelo arrendatário, do pagamento de uma renda mensal) não deve ser qualificado de incumprimento parcial – por faltar a unidade à qual o acto se reporta (parcialmente). Esta unidade não existe senão e apenas quando a vontade constitutiva predetermina o número de actos a executar, como em obrigação a termo; tratar-se-ia, ainda assim, segundo DEVOTO, de mera aparência de incumprimento parcial: o vínculo duradouro não tem por objecto uma única prestação (antes uma pluralidade) à qual o incumprimento se possa reportar (pp. 276-277). Não faria, por isso, sentido invocar o incumprimento parcial da obrigação complexa; apenas o incumprimento parcial da prestação singular – *v.g.* o pagamento de metade da renda estipulada: a avaliação singular de cada prestação permite aferir se esta foi cumprida, não cumprida, cumprida parcialmente ou em termos defeituosos (pp. 287 e 304). Também CUNHA DE SÁ vislumbra, no vínculo duradouro, “vários créditos”, ainda que “nascidos da mesma relação obrigacional”; e, por conseguinte, não faria sentido “falar de cumprimento parcial a propósito de cada uma das respectivas prestações” (*Direito cit.*, p. 7, *itálico nosso*).

⁹⁰⁰ DEVOTO, *L'obbligazione cit.*, p. 300.

⁹⁰¹ DEVOTO, *L'obbligazione cit.*, pp. 297-298.

⁹⁰² DEVOTO, *L'obbligazione cit.*, pp. 302-303.

⁹⁰³ Por referência ao art. 343.º, b).

⁹⁰⁴ A título ilustrativo, ASSUNÇÃO CRISTAS refere contrato de fornecimento mensal: em função do atraso, em dado mês, da mercadoria a fornecer por C, a contraparte (D) resolve o contrato. Mesmo admitindo tratar-se de prestação com termo essencial, conclui a Autora que “a circunstância de C não poder realizar tardiamente aquela concreta prestação em falta (porque entretanto D viu-se obrigado a ir ao mercado comprar a matéria-prima em falta junto de outro fornecedor) não determina necessariamente o seu peso naquele contrato”. Conclui ser “possível sustentar, no contexto da relação duradoura que liga C e D, que essa falha seja de escassa importância, pelo que não seria razão suficiente para justificar a resolução. C pode ter tido um

subsistência do vínculo depende, assim, de juízo relativo à exigibilidade ou inexigibilidade de manutenção do contrato (na sua dimensão externa), em face de impedimento que afecta conjunto preciso de prestações singulares (*i.e.*, perspectiva interna) – questão à qual FERREIRA PINTO reconhece particular complexidade, no contexto da “articulação entre a impossibilidade de cumprimento de (uma ou mais) obrigações singulares que se desprendem da relação contratual (global) e a impossibilidade de prossecução desta última, em que prevalece o critério da (in)exigibilidade”⁹⁰⁵. A subsistência do contrato pode resultar em crise, por hipótese, em contrato de arrendamento em que o imóvel vem a revelar-se inabitável nos meses de Verão, pela humidade que provém de canal de irrigação próximo: o fim do contrato seria, em tal situação, justificado porque, por regra, o conceito “habitar a casa” deve compreender “habitá-la em cada estação do ano” e não apenas “em alguns períodos do ano”. Sendo as prestações devidas pelo locador impossíveis de executar no Verão, a cessação seria ajustada⁹⁰⁶.

O mesmo desfecho seria ainda aplicável, segundo DEVOTO, aos casos em que o incumprimento de determinada prestação ou conjunto limitado de prestações coloque em crise a confiança do credor no cumprimento subsequente e, por conseguinte, o escopo comum do contrato. Tais casos seriam, porém, excepcionais: seria de elementar prudência avaliar se a conduta do devedor reveste gravidade suficiente para daí inferir o incumprimento de prestações futuras⁹⁰⁷. E daqui resultaria a necessidade de cuidadosa apreciação do valor sintomático do incumprimento, enquanto reverso da “aposta ou confiança no cumprimento”⁹⁰⁸: uma falta de reduzida expressão, se tomada isoladamente, pode assumir repercussão significativa, quando considerada a globalidade do contrato, criando na contraparte fundado receio de infrações subsequentes.

Por conseguinte, a operacionalidade da extinção obedeceria, em contexto duradouro, a uma lógica própria: aqui, a cessação reclama “um juízo mais global”, que atenda à “inteira relação existente entre as partes”, promovendo ainda “um prognóstico sobre a *viabilidade futura* dessa mesma relação”. Em síntese, nas obrigações duradouras, concorre algo mais que “o sinalagma entre

comportamento exemplar ao longo de vários anos que permitiria desvalorizar aquela falta pontual” (“É possível ...” *cit.*, pp. 64-65, *italico* nosso). *V.*, porém, *infra*, n. 907.

⁹⁰⁵ *Contratos cit.*, p. 318.

⁹⁰⁶ O exemplo é de DEVOTO, *L'obbligazione cit.*, p. 300.

⁹⁰⁷ Dir-se-ia que “aquela simples prestação (defeituosa) pode ser bastante para fundar a convicção de que o devedor não fará devidamente as outras, embora em regra o não seja: e, ainda que não funde tal convicção, pode justificar a resolução do contrato, se o credor precisar das mercadorias e só as puder obter, com a necessária prontidão, mediante outro contrato de fornecimento periódico ou continuado com um fornecedor diferente (pois não é admissível que seja forçado a manter dois contratos de fornecimento das mesmas mercadorias para o mesmo fim)” (Adriano Paes da Silva Vaz SERRA, “Impossibilidade Superveniente e Cumprimento Imperfeito Imputáveis ao Devedor”, *BMJ*, 1955, n.º 47, pp. 5-97, pp. 86-87).

⁹⁰⁸ Importa, na verdade, não esquecer que “um dos objectivos da disciplina contratual é incutir em ambas as partes, ou ao menos numa delas, a parte *credora*, a confiança de que o devedor cumprirá” (FERNANDO ARAÚJO, *Teoria cit.*, p. 773).

duas obrigações avulsas” ou “singelamente, o interesse do credor na prestação devida”. Há, no essencial, que considerar “o *relacionamento global* entre os contraentes e determinar em que medida a sua *continuidade* fica, ou não, irremediavelmente comprometida por um acontecimento que se desencadeia após o início da relação”⁹⁰⁹. Ora, neste âmbito, embora arredada uma concepção fiduciária do contrato de trabalho⁹¹⁰, é frequente o apelo às regras que enquadram o vínculo laboral⁹¹¹; veremos, de resto, que a concretização da natureza transitória ou definitiva de impedimento que condiciona o exercício profissional – e que dita a subsistência (por meio da suspensão) ou a extinção do vínculo – não prescinde de tal ponderação abrangente, aqui se incluindo a avaliação do passado, do presente e do futuro do contrato⁹¹².

1.4.2. A justa causa e a inexigibilidade de manutenção do contrato

I. BAPTISTA MACHADO considera a continuidade ameaçada quando o “fim prático da obrigação” resulte atingido⁹¹³, convocando, então, o regime da resolução “liberatória” por justa causa⁹¹⁴, enquanto superveniência perturbadora do correcto desenrolar do programa negocial. Estar-se-á, por princípio, em face de “uma violação dos deveres contratuais por parte de um dos contraentes” ou ainda de “contingências verificadas na esfera desse contraente que igualmente criam um condicionalismo incompatível com a exacta e correcta execução do contrato”. Acrescem, por fim, hipóteses referentes à “própria esfera do contraente interessado na resolução”⁹¹⁵. Em sentido amplo, a justa causa é, assim, reconduzida a “motivo atendível”, desdobrável nas variantes da justa causa subjectiva – traduzindo um incumprimento grave e culposos dos deveres contratuais e legais e legitimando a cessação imediata pela contraparte – e da justa causa objectiva – por referência a situações que tornam

⁹⁰⁹ FERREIRA PINTO, *Contratos cit.*, pp. 396-397.

⁹¹⁰ V. *infra* Capítulo VI, § 3.3.

⁹¹¹ Assim, entre outros casos, é referido que as faltas injustificadas ao trabalho apenas legitimam o despedimento caso atinjam certo número e gravidade (DEVOTO, *L'obbligazione cit.*, p. 301). V. o art. 351.º, n.º 1, e n.º 2, g).

⁹¹² A respeito de tal valoração, v. *infra* Parte II, Capítulo III.

⁹¹³ BAPTISTA MACHADO, “Anotação ...” *cit.*, p. 281, n. 14.

⁹¹⁴ Dispensando o apelo ao art. 808.º do CC, v. o referido *supra* § 1.3. (BAPTISTA MACHADO, “Anotação ...” *cit.*, p. 318). No mesmo sentido, DAVID MAGALHÃES, *A resolução cit.*, pp. 67-68. A resolução “traduz-se num negócio jurídico unilateral, receptício ou recipiando, procedente do exercício de um direito potestativo, que é geralmente irrevogável e incondicionável e que conduz à dissolução do vínculo contratual”. No que respeita aos pressupostos, enquanto a denúncia é imotivada, expressando um “«puro-querer» do declarante no sentido da cessação dos efeitos do contrato”, à resolução corresponde um “«querer vinculado» à verificação de um fundamento legal ou convencional” (FERREIRA PINTO, *Contratos cit.*, p. 393).

⁹¹⁵ BAPTISTA MACHADO, “Anotação ...” *cit.*, p. 281; v. ainda João Baptista MACHADO, “Pressupostos da Resolução por Incumprimento”, *Obra Dispersa*, vol. 1, *Scientia Juridica*, 1991, pp. 125-193, pp. 143-144. Por conseguinte, na justa causa não se incluem apenas hipóteses de incumprimento contratual, mas também situações objectivas que tornem inexigíveis a uma das partes a manutenção do contrato (DAVID MAGALHÃES, *A resolução cit.*, p. 73).

inexigível a manutenção do vínculo⁹¹⁶, independentemente de incumprimento⁹¹⁷.

Por conseguinte, em vínculo duradouro, o ordenamento jurídico equilibraria um “*mais forte comprometimento da liberdade de autodeterminação dos sujeitos* que nela participam, prevendo, em termos gerais, a possibilidade de se «desligarem» (prematuramente), perante eventos que tornem inexigível a continuidade da sua vinculação”⁹¹⁸ – e assim se delineando um princípio geral de resolução, à margem do regime geral do não cumprimento das obrigações⁹¹⁹. É, não obstante, questionável se um tal postulado teria aplicação reservada a contratos duradouros: BAPTISTA MACHADO concede na sua extensão a obrigações fraccionadas ou prolongadas (instantâneas)⁹²⁰. Sempre se dirá, porém, que não só este regime terá sido, no essencial, concebido para estas hipóteses – a sua aplicação, noutras situações, funciona por extensão – como será então que encontra especial justificação. Impõe-se, aliás, assinalar que, contrariando a tendencial desconsideração da natureza duradoura das obrigações, o BGB prevê, desde a reforma de 2001/2002, disposição específica (o § 314) reservada a tais casos (“*Kündigung von Dauerschuldverhältnissen aus*

⁹¹⁶ “Ao julgar sobre a questão de se a continuação da relação contratual é ainda «exigível» a uma das partes do contrato, trata-se do nível valorativo hierárquico da vinculação a um contrato. A apreciação da situação de facto, tal como a configura a pauta carecida de preenchimento, não pode separar-se da questão relativa a que consequência jurídica é aqui «adequada», no sentido da lei” (Karl LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito* (trad. José Lamego), 3.^a ed., Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 408).

⁹¹⁷ PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, II, p. 951. FERREIRA PINTO refere ainda que o “fundamento racional” da resolução resulta da “estrutura particular das obrigações duradouras, bem como no facto de estas pressuporem uma *base de confiança* entre as partes, cuja subsistência se revela indispensável para a manutenção do vínculo, e, ainda, na circunstância de envolverem um *risco de prognose* quanto ao âmbito da prestação devida e às condições em que a mesma irá ser realizada, que não tem paralelo nas obrigações de cumprimento instantâneo” (*Contratos cit.*, p. 394).

⁹¹⁸ FERREIRA PINTO, *Contratos cit.*, p. 394.

⁹¹⁹ PINTO OLIVEIRA, *Princípios cit.*, pp. 869-870. É, neste âmbito, referida uma lacuna, a integrar por *analogia juris* (p. 871), assim se formulando um princípio geral, decorrente, no essencial, do previsto no regime específico de certos contratos de execução duradoura (p. 135).

⁹²⁰ “Anotação ...” *cit.*, p. 318. V. ainda BAPTISTA MACHADO, “Pressupostos ...” *cit.*, p. 139. Subscrevendo esta leitura, a RL concluiu, no contexto de um contrato de empreitada, que a resolução por incumprimento deveria operar com fundamento em justa causa, sem recurso ao art. 808.º do CC (acórdão de 16.1.1990, Proc. n.º 2623, AFONSO DE MELO, *CJ*, 1990, t. 1, pp. 138-141, p. 140). Já PINTO OLIVEIRA considera que os princípios relativos à “resolução por inexigibilidade da subsistência da relação contratual devem interpretar-se como afloramentos de um princípio ajustado *a todas as relações contratuais*” (*Princípios cit.*, p. 870). Reconhece, porém, que o não cumprimento “sintomático” – em que é o receio fundado de não cumprimento futuro que concretiza a inexigibilidade – se adequa de forma mais evidente aos contratos de execução duradoura (p. 873). Na verdade, dir-se-á que, embora cada atraso, cumprimento defeituoso ou imperfeito não seja, em si mesmo, grave, em conjunto revestem tal gravidade e “o credor deverá ter o direito potestativo de resolução do contrato desde que as causas do não cumprimento ou as circunstâncias do não cumprimento lhe causem, justificadamente, receio quanto ao *cumprimento futuro* das obrigações do devedor” (p. 874).

wichtigem Grund")⁹²¹, admitindo que cada uma das partes promova o fim do contrato, independentemente de prazo, com base num "fundamento importante" ("*wichtigem Grund*"). Concorre, neste âmbito, "fundamento importante quando, à parte denunciante, não possa ser exigida a manutenção da relação contratual até ao seu termo ou até ao decurso de um prazo de denúncia, de acordo com as circunstâncias do caso concreto e sob a ponderação dos interesses de ambas"⁹²².

II. O domínio laboral revelar-se-ia naturalmente fecundo à concretização destes princípios^{923/924}. No contexto da cessação por iniciativa do trabalhador, a justa causa acolhe, no art. 394.º, o sentido amplo acima referido, tratando conjuntamente a justa causa em sentido objectivo (n.º 3) e a justa causa subjectiva, por incumprimento culposo e grave dos deveres do empregador (n.º 2)⁹²⁵. E também no que respeita ao despedimento⁹²⁶, o CT enquadra, a par do

⁹²¹ Sob directa influência do previsto no § 626 do BGB ("*Fristlose Kündigung aus wichtigem Grund*").

⁹²² Tradução de MENEZES CORDEIRO, *Tratado cit.*, VI (Direito das obrigações), p. 564. É de assinalar nem sempre concorrer perfeita equivalência entre as causas de cessação, acolhidas em cada ordenamento. Assim, o § 314 prevê a "denúncia por justa causa" – enquanto previsão geral de "denúncia extraordinária" ou "por justa causa" (a "*außerordentliche Kündigung*" ou "*fristlose Kündigung*"), o que significa que, no ordenamento alemão, no que respeita aos contratos duradouros, seria possível autonomizar, a par da "denúncia ordinária ou imotivada", que dispensa a invocação de motivo, sendo não retroactiva, e da "resolução" (a "*Rücktritt*", cf. § 323 do BGB – motivada e retroactiva), nova modalidade de denúncia, motivada e que apenas produz efeitos para o futuro (FERREIRA PINTO, *Contratos cit.*, pp. 294-295). Em termos idênticos, v. Peter SCHLECHTRIEM, "The German Act to Modernize the Law of Obligations in the Context of Common Principles and Structures of the Law of Obligations in Europe", *Oxford University Comparative Law Forum*, 2002, disponível em <<http://ouclf.iuscomp.org/articles/schlechtriem2.shtml#fn1sym>>, p. 9, disponível em <<http://ouclf.iuscomp.org/articles/schlechtriem2.shtml#fn1sym>>. Sobre o § 314 do BGB v. nomeadamente, Karl von HASE, "Fristlose Kündigung und Abmahnung nach neuem Recht", *NJW*, 2002, n.º 32, pp. 2278-2283, Caroline WALLSTEIN, "Auswirkung des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes auf das Arbeitsrecht", *DStR*, 2002, n.º 35, pp. 1490-1495, em especial, pp 1494-1495, Peer FELDHAN, "Die Störung der Geschäftsgrundlage um System des reformierten Schuldrechts", *NJW*, 2005, n.º 47, pp. 3381-3383, em especial, pp. 3382-3383, e AA.VV., *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (org. Heinz Georg Bambergger e Herbert Roth), Parte 1, 2.ª ed., C. H. Beck, 2007, pp. 1537-1541.

⁹²³ No Direito português, v., entre os múltiplos estudos dedicados ao tema, RAÚL VENTURA, "Extinção ..." *cit.*, pp. 215-364, Bernardo da Gama Lobo XAVIER, "Justa Causa de Despedimento: Conceito e Ónus da Prova", *RDES*, ano 30, 1988, n.º 1, pp. 1-68, Luís MORAIS, *Dois Estudos: Justa Causa e Motivo Atendível de Despedimento. Trabalho Temporário*, Edições Cosmos, 1991, pp. 17 e ss., José João Nunes ABRANTES, "Segurança no emprego e justa causa de despedimento", *Direito do trabalho. Ensaios*, 1995, pp. 111-134, António Menezes CORDEIRO, "Justas Causas de Despedimento", *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, vol. 2, Almedina, 2001, pp. 7-14, Joana VASCONCELOS, "Concretização do Conceito de Justa Causa", *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, vol. 3, 2002, pp. 207-223, e FURTADO MARTINS, *Cessação cit.*, pp. 149 e ss.

⁹²⁴ Para lá do domínio laboral, v. os arts. 1002.º e 1003.º, 1047.º a 1050.º, 1083.º a 1087.º, 1122.º, n.º 2, 1140.º, 1150.º, 1170.º, n.º 2, *in fine*, 1194.º e 1201.º, 1235.º e 1242.º do CC; v. ainda o art. 30.º do RJCA (BAPTISTA MACHADO, "Anotação ..." *cit.*, p. 318).

⁹²⁵ Sendo o efeito distintivo essencial a existência ou inexistência do direito do trabalhador a indemnização (cf. art. 396.º, n.º 1).

despedimento por razões objectivas – colectivo, por extinção de posto de trabalho e por inadaptação (cf. arts. 359.º e ss.) –, a designada justa causa subjectiva ou disciplinar (cf. art. 351.º), pressupondo um incumprimento que “torne imediata e praticamente impossível a subsistência da relação de trabalho”⁹²⁷. Sendo certo que, não obstante a menção expressa à “impossibilidade”, não só esta referência é entendida no sentido de inexigibilidade de manutenção do contrato⁹²⁸ como, quanto a uma tal valoração, tem aplicação o art. 351.º, n.º 3, onde se indica que “na apreciação da justa causa, deve atender-se, no quadro de gestão da empresa, ao grau de lesão dos interesses do empregador, ao carácter das relações entre as partes ou entre o trabalhador e os seus companheiros e às demais circunstâncias que no caso sejam relevantes”. Acresce que também o art. 394.º, n.º 4, convoca, no âmbito da resolução por iniciativa do trabalhador, idêntica apreciação, ainda que adaptada: o distinto impacto inerente à cessação impõe, porém, crivo variável, consoante a iniciativa extintiva decorra do empregador ou do trabalhador – justificando-se, neste último caso, conceber a cessação em termos mais flexíveis⁹²⁹.

⁹²⁶ Para FURTADO MARTINS, o despedimento traduz uma “declaração vinculada, constitutiva e recipianda: *vinculada*, porque a validade do ato extintivo está condicionada à verificação de determinados motivos ou razões que a lei considera justificativos da cessação da relação laboral; *constitutiva*, porque o ato de vontade do empregador tem efeitos por si mesmo, o que significa que o despedimento é uma forma de cessação de exercício extrajudicial” (*Cessação cit.*, p. 150). Porém, questionando a adequação da recondução do despedimento aos quadros conceptuais da contratualística, LOBO XAVIER nota que, embora o despedimento surja enquanto “subtema da *extinção do contrato de trabalho*, o que envolve uma necessária perspectivação contratualística, nunca poderemos olvidar o factor organizativo-empresarial que está na base do mesmo contrato e a centralidade da *empresa*, como realidade *a se*, para além da esfera patrimonial e de domínio do empresário” (*O despedimento cit.*, p. 700). E também FURTADO MARTINS reconhece que o enquadramento dogmático do despedimento na resolução está longe de ser pacífico (*Cessação cit.*, p. 37).

⁹²⁷ Art. 351.º, n.º 1.

⁹²⁸ Refere o STJ, em acórdão de 25.1.2012, que a justa causa de despedimento “pressupõe um comportamento culposo do trabalhador, violador de deveres estruturantes da relação juslaboral, que, pela sua gravidade e consequências, torne imediata e praticamente impossível a subsistência do vínculo contratual, *impossibilidade perspectivada enquanto inexigibilidade da manutenção do contrato*” (Proc. n.º 666/04.2TTVFR.P1.S1, FERNANDES DA SILVA, Sumário, II, *itálico* nosso).

⁹²⁹ Nota, a este propósito, a RP que “também aqui o conceito de justa causa assenta na ideia de inexigibilidade” (Sumário, II). É, no entanto, logo em seguida assinalado que “deve ter-se presente que o trabalhador não dispõe, quando lesado nos seus direitos, de formas de reacção alternativas à resolução, ao invés do que sucede com o empregador, que dispõe de um leque de sanções disciplinares de natureza conservatória para reagir a determinada infracção cometida pelo trabalhador” (acórdão de 20.4.2009, Proc. n.º 0847185, FERNANDES ISIDORO, Sumário, III, *itálico* nosso). Por fim, no que respeita à resolução pelo trabalhador, por não pagamento pontual da retribuição, v. acórdão da RL de 30.4.2014, Proc. n.º 366/12.0TTCSC.L1-4, FRANCISCA MENDES, onde se indica que “para efeitos de integração deste preceito legal não é necessário que esteja em dívida a totalidade da prestação retributiva” (Sumário, II) e que “um quinto da retribuição não deverá ser considerado um valor insignificante” (Sumário, II). No entanto, já em acórdão do STJ, de 17.12.2014, foi decidido que, uma vez que “a mora no pagamento da retribuição ocorreu apenas relativamente a parte diminuta da mesma ao longo de um período

2. Obrigações duradouras e *exceptio inadimpleti contractus*

2.1. *Exceptio inadimpleti contractus* e pluralidade de prestações singulares. A inutilização das prestações excepcionadas

I. As especificidades regimentais são naturalmente extensíveis a outros domínios. Os traços próprios das obrigações duradouras dificultariam igualmente a aplicação da *exceptio*, tal qual regulada nos arts. 428.º a 431.º do CC⁹³⁰: atenta a multiplicidade de prestações (e de contraprestações) pressuposta, é questionada a possível “transposição” da *exceptio* de um (concreto) sinalagma para outro⁹³¹. Importa, na verdade, aferir se a não realização de dada prestação singular, cuja contraprestação foi antecipadamente cumprida, legitima a invocação da *exceptio* a respeito de prestação subsequente. Certo é, porém, que, nestes casos – e retomada a enunciada complexidade interna –, “cada um dos contraentes deve, não uma, mas várias prestações,

de cerca de 21 anos e que a violação de direitos do trabalhador foi de pouco relevo no âmbito geral da execução do contrato, tais incumprimentos do empregador não tornam prática e imediatamente impossível a manutenção do contrato de trabalho” (Proc. n.º 397/11.7TTMTS.P1.S1, ANTÓNIO LEONES DANTAS, Sumário, VII).

⁹³⁰ V., a este propósito, José João Nunes ABRANTES, “A Excepção de Não Cumprimento do Contrato no Direito Civil Português. Conceito e Fundamento”, *A Excepção de Não Cumprimento do Contrato*, reimp. da 2.ª ed. (2012), Almedina, 2014, pp. 11-183 – atendendo, em especial, à natureza duradoura da obrigação, v. pp. 58 e ss. Também JOÃO REIS alerta para as especificidades da *exceptio* em contratos de execução continuada (*A suspensão cit.*, p. 68). Mais recentemente, v. Catarina LOURENÇO, “A Excepção de Não Cumprimento no Âmbito do Contrato de Trabalho – Possível Aplicação da Figura a Alguns Institutos”, *QL*, ano 22, 2015, n.º 46, pp. 87-134, p. 93. Já no Direito italiano e no âmbito específico das obrigações duradouras, v. DEVOTO, *L’obbligazione cit.*, p. 319.

⁹³¹ Em concretização do sinalagma funcional (PINTO OLIVEIRA, *Princípios cit.*, pp. 126 e 785 e ss.). Na verdade, “*al sinallagma genetico, che si ricollega all’elemento della causa, si contrapone un sinallagma funzionale, con riguardo al legame di reciproca dipendenza esistente tra le prestazioni del rapporto giuridico creato con il contratto, il quale trova fondamento nel generale principio della commutatività, inteso ad evitare un arricchimento senza contropartita*” (LOMBARDI, *La risoluzione cit.*, p. 64). Neste âmbito, v. ainda Maria de Lurdes PEREIRA e Pedro MÚRIAS, “Sobre o Conceito e a Extensão do Sinalagma”, *Estudos em Honra do Professor Doutor Oliveira Ascensão* (coord. António Menezes Cordeiro, Pedro Pais de Vasconcelos e Paula Costa e Silva), vol. 1, Almedina, 2008, pp. 379-430. Adriano Paes da Silva Vaz SERRA refere a *exceptio* como “um meio de compelir os contraentes ao cumprimento do contrato”, sem o qual “poderiam produzir-se resultados contraditórios com o equilíbrio ou equivalência das prestações que caracteriza o contrato bilateral” (“Excepção de Contrato Não Cumprido (*exceptio non adimpleti contractus*)”, *BMJ*, 1957, n.º 67, pp. 17-181, p. 20). No entanto, rejeitando a eficácia compulsória enquanto escopo da *exceptio*, Maria de Lurdes PEREIRA assinala: a “verdadeira finalidade do preceito – a garantia da interdependência dos deveres de prestar” – deporia nesse sentido, “na justa medida em que reclama que a *exceptio* continue a poder ser invocada mesmo aí onde ela não tenha, tanto em abstracto como em concreto, a capacidade do coagir o devedor (*rectius*, a parte contra quem é exercida a excepção) ao cumprimento”, referindo, precisamente o caso em que aquele se encontra “transitoriamente impedido de cumprir” (*Conceito de Prestação e Destino da Contraprestação*, Almedina, 2001, p. 138, entendimento reiterado em Maria de Lurdes PEREIRA e Pedro MÚRIAS, “Os Direitos de Retenção e o Sentido da Excepção de Não Cumprimento”, *RDES*, ano 49, 2008, n.os 1-4, pp. 187-239, pp. 230 e ss.).

continuada ou periodicamente repetidas no tempo”, correspondendo, a cada qual, “interesse distinto e autónomo do credor”, sendo admissível concluir que o sinalagma conexione “cada uma daquelas prestações e a correspondente contraprestação”⁹³². Concedemos, pois, que a assinalada pluralidade não deve condicionar a operacionalidade da *exceptio* perante inexecução de prestação anterior cuja contraprestação foi previamente realizada⁹³³: para além de conforme ao fundamento do instituto, apenas por esta forma se assegura o justo equilíbrio das prestações⁹³⁴ e a observância da ordem pré-estabelecida. Seria, por conseguinte, inevitável reconhecer tal meio de defesa ao contraente obrigado ao cumprimento anterior, “como única forma de o garantir contra o não cumprimento pelo outro de prestações atrasadas”⁹³⁵.

II. O apontado desajuste manifestar-se-ia, aliás, com particular acuidade no contrato de trabalho, atendendo ao princípio da pós-numeração, que modela o cumprimento da obrigação retributiva⁹³⁶. Certo é, porém, que, também aqui, um tal desfasamento temporal não prejudica a corresponsividade pressuposta “no âmbito da relação contratual encarada como um *todo*”⁹³⁷.

Atento o disposto no art. 323.º, n.º 3, as enunciadas especificidades não colocam já reservas à operacionalidade da *exceptio*, pelo trabalhador, em contexto laboral, por falta de pagamento da retribuição^{938/939}. Dir-se-á que

⁹³² JOSÉ JOÃO ABRANTES, “Salários em ...” *cit.*, p. 198.

⁹³³ Em sentido distinto, VAZ SERRA refere que, “caso um dos contraentes deva prestar em data anterior àquela em que o outro contraente deve fazê-lo, não poderá, em princípio, valer-se da *exceptio non ad. contractus*, devendo, portanto, cumprir, embora a outra parte não tenha cumprido por seu lado” (“Excepção de ...” *cit.*, p. 53; *v. ainda*, pp. 26-27, n. 11). Em termos aproximados, *v. João Calvão da SILVA, Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*, reimpr. da 4.ª ed. (2002), Almedina, 2007, p. 331, n. 599, e também Luís Miguel Pestana de VASCONCELOS considera que o contraente obrigado a cumprir em primeiro lugar renuncia à *exceptio* (*Direito das Garantias*, reimpr. da 2.ª ed. (2013), Almedina, 2015, pp. 633-634).

⁹³⁴ Nesta medida e em suma, “o contraente obrigado a cumprir primeiro que o outro pode recorrer à excepção, suspendendo a sua prestação, quando o segundo não execute prestações anteriores, isto é, prestações correspondentes a outras que ele próprio já anteriormente tenha efectuado” (JOSÉ JOÃO ABRANTES, “Salários em ...” *cit.* p. 199).

⁹³⁵ JOSÉ JOÃO ABRANTES, “A excepção ...” *cit.*, p. 54. Quanto à concretização desta lógica no contrato de trabalho, *v. JOSÉ JOÃO ABRANTES, “Salários em ...” cit.*, pp. 198 e ss. É ainda frequentemente referido o exemplo da “companhia fornecedora de energia eléctrica ou de gás, que suspende o fornecimento de um dos seus clientes enquanto este não pagar as prestações em dívida, correspondentes a fornecimentos efectuados em meses anteriores” (JOSÉ JOÃO ABRANTES, “A excepção ...” *cit.*, p. 54, e “Salários em ...” *cit.*, p. 199). JÚLIO GOMES entende, igualmente, que “a excepção de não cumprimento deve poder operar em todos os contratos sinalagmáticos, ainda que duradouros ou com fornecimentos sucessivos” (*Direito cit.*, p. 869).

⁹³⁶ Conforme o qual, “[...] o salário há-de ser pago posteriormente à correlativa prestação de trabalho, não antecipadamente” (LEAL AMADO, “A protecção ...” *cit.*, p. 82).

⁹³⁷ JÚLIO GOMES, *Direito cit.*, p. 871, *itálico* nosso. Também DEVOTO admite que o incumprimento concede à contraparte o direito de reagir em acto sucessivo (*L’obbligazione cit.*, pp. 322 e ss.).

⁹³⁸ “A falta de pagamento pontual da retribuição confere ao trabalhador a faculdade de suspender ou fazer cessar o contrato, nos termos previstos neste Código”. Regime enunciado no art. 294.º, n.º 3, e desenvolvido nos arts. 325.º a 327.º do CT, completado pelo disposto nos arts. 25.º e ss. da Lei n.º

“atendendo ao particularismo da situação e aos interesses coenvolvidos na relação laboral, o legislador procedeu a uma adaptação dos princípios gerais da *exceptio*, criando normas especiais”⁹⁴⁰. Todavia, mesmo na ausência de um tal enquadramento, admitimos que seria adequado concluir identicamente, atento o regime geral do CC, contanto que acomodado às especificidades das obrigações duradouras⁹⁴¹.

Cumpre considerar, por fim, um outro desvio, ainda inerente à natureza duradoura do contrato: a *exceptio* implica, neste âmbito, frequentemente, inutilização definitiva das prestações excepcionadas. Assim, em regra, “o fornecimento de energia que não é feito em Junho já não poderá ser realizado mais tarde”; ou, noutra hipótese, “o trabalho que não é realizado num determinado mês já não poderá ser efectuado no mês seguinte”⁹⁴². Diremos, contudo, que esta circunstância não prejudica igualmente a operacionalidade do instituto, já que, “atendendo ao conjunto da relação contratual, o que há é uma mera suspensão, e não um abandono definitivo do contrato”⁹⁴³. Referimos, pois, mais uma vez, traços próprios de obrigação duradoura, que motivam ajustes à compreensão de institutos diversos – aqui se contando também a *exceptio*.

105/2009, de 14.9. V., todavia, a leitura de PALMA RAMALHO, que entende que “a natureza diferente da prestação remuneratória e da prestação da actividade laboral (esta é continuada e aquela é periódica) impede o seu cumprimento simultâneo e colide, por consequência, com a possibilidade de invocação da excepção de não cumprimento do contrato” (*Tratado cit.*, II, p. 699). Cumpre referir ainda o entendimento sugerido por CATARINA LOURENÇO, que admite que à suspensão por não pagamento da retribuição, tal qual prevista nos arts. 325.º a 327.º do CT, corresponde um regime mais vantajoso para o trabalhador – atenta a possibilidade de auferir subsídio de desemprego –, mas que, *de lege ferenda*, tal não deveria precluir a possibilidade de o trabalhador prescindir de uma tal tutela e de recorrer ao regime geral do instituto, no CC, de forma a obviar à observância dos prazos previstos no CT, e que ali condicionam o exercício da suspensão (“A excepção ...” *cit.*, pp. 102 e ss. e p. 130).

⁹³⁹ Assinalando a inovação introduzida no n.º 2 do art. 395.º CT 2009 e dando conta da restrição temporal assim imposta ao exercício da resolução, *v.* acórdão da RP, de 4.3.2013, Proc. n.º 517/11.1TTGDM.P1 (PAULA LEAL DE CARVALHO); *v.* ainda acórdão da RE, de 31.1.2012, Proc. n.º 650/10.7TTSTB.E1 (JOÃO NUNES). À luz do CT 2003, *v.* João Leal AMADO, “O Incumprimento da Obrigação Retributiva e o Art. 364.º, n.º 2, do CT”, *Temas Laborais*, Coimbra Editora, 2005, pp. 83-96, pp. 89 e ss.; ainda ao abrigo da LSA, “Salários em atraso – Rescisão ...” *cit.*, pp. 155-162, e “Salários em atraso (direito ...)” *cit.*, pp. 51-55. Na jurisprudência, em data anterior ao CT 2009 e quanto ao exercício sucessivo da suspensão e da resolução, *v.*, acolhendo soluções distintas, acórdãos do STJ de 14.4.2010, Proc. n.º 09S570 (MÁRIO PEREIRA), da RL, de 7.6.1995, Proc. n.º 0093794 (MELO E MOTA), e de 26.3.2003, Proc. n.º 0001184 (SIMÃO QUELHAS), e da RP, de 9.5.1992, Proc. n.º 9210129 (JOÃO GONÇALVES), e de 7.10.2002, Proc. n.º 0210633 (MARINHO PIRES).

⁹⁴⁰ JOÃO REIS, *A suspensão cit.*, p. 79.

⁹⁴¹ Em leitura ajustada do art. 428.º do CC. A este propósito, JOSÉ JOÃO ABRANTES, “Salários em ...” *cit.*, pp. 201 e ss., e LEAL AMADO, *Contrato cit.*, pp. 346-348.

⁹⁴² JOSÉ JOÃO ABRANTES, “A excepção ...” *cit.*, p. 54, n. 40, *itálico* nosso. No mesmo sentido, JÚLIO GOMES, *Direito cit.*, pp. 869-870.

⁹⁴³ JOSÉ JOÃO ABRANTES, “A excepção ...” *cit.*, p. 54, n. 40, *itálico* nosso. Também VAZ SERRA concebe que, nestes casos, o retardamento resultante da *exceptio* possa inviabilizar, em definitivo, as prestações excepcionadas: o que não obsta, todavia, à operacionalidade do instituto, quando indispensável para “garantir a observância da ordem fixada para cumprimento das obrigações contratuais” (“Excepção de ...” *cit.*, p. 109).

2.2. A *exceptio* como fórmula suspensiva

I. A *exceptio* reclama, porém, nota adicional: embora não reflectindo posição unívoca na doutrina, perspectivamos a excepção de não cumprimento como fórmula suspensiva. Na verdade, a recondução da *exceptio* aos quadros da suspensão é dificultada apenas caso se acolha leitura estrita do fenómeno – tal qual, SARRAUTE, que concebe a suspensão tão-só como justificação reconhecida ao devedor impedido de cumprir, oponível à contraparte, assim contrariando a extinção⁹⁴⁴. Certo é, porém, que parte significativa da doutrina adere a noção abrangente da suspensão – em domínio que extravasa o laboral – enquanto supressão temporária dos plenos efeitos de um contrato duradouro⁹⁴⁵, admitindo aqui enquadrar a *exceptio inadimpleti contractus*. Em leitura ajustada a tal lógica, JOÃO REIS configura a suspensão não só em decorrência da impossibilidade temporária, mas ainda em resultado da *exceptio*. Refere, a este propósito, que, conforme a civilística, “no primeiro caso, de longe o mais significativo, a suspensão aparece como uma prerrogativa dada ao devedor de uma obrigação temporariamente inexecutada, enquanto no segundo se trata de uma prerrogativa facultada ao credor atingido pelo incumprimento da contraparte”⁹⁴⁶.

TREILLARD refuta igualmente estreitar a suspensão: a *exceptio* surge, pois, como concretização suspensiva⁹⁴⁷. Aliás, em estudo dedicado à suspensão – em contexto que extravasa o laboral –, o Autor reconduz à *exceptio* uma das primeiras manifestações suspensivas: uma lei sobre seguros de 13.7.1930 dispunha que, se o segurado não procedesse ao pagamento do prémio na data de vencimento, seria notificado para o fazer em vinte dias; e ultrapassado este prazo sem que o pagamento houvesse sido realizado, o contrato *suspender-se-ia*,

⁹⁴⁴ *De la suspension cit.*, pp. 43-44 e 76-81. Guillaume Henri CAMERLYNCK assinala, em contexto laboral, que a suspensão não deve ser confundida com o jogo eventual da *exceptio*, invocada por uma das partes, em caso de inexecução da outra (*Droit du Travail*, 2.^a ed., Dalloz, 1982, p. 272). Segue, a este propósito, o entendimento de YAMAGUCHI, que dissocia os institutos: “*tout au contraire, la notion indépendante de suspension est une inexécution justifiée du contrat par l’une des parties, résultant non pas de la carence de l’autre, mais d’un événement l’empêchant d’exécuter ses engagements*” (*La théorie cit.*, p. 18).

⁹⁴⁵ Assim, Jean LEBRET, “Suspension et Résolution des Contrats”, *Revue Critique de Législation et de Jurisprudence*, 1924, pp. 581-594 e pp. 598-636, em especial as pp. 589 e ss.

⁹⁴⁶ *A suspensão cit.*, p. 6, itálico nosso. Referindo adiante que “o efeito principal da excepção de execução é pois a *suspensão do contrato*” (p. 67, itálico nosso). E, também neste sentido, JOSÉ JOÃO ABRANTES, nota que “a *exceptio* tem efeitos meramente transitórios, pressupondo uma prestação ainda por cumprir e a sua suspensão (sendo o cumprimento ainda possível) até que a respectiva contraprestação seja por sua vez executada (o que também é ainda possível)” (“A excepção ...” *cit.*, p. 75, itálico nosso). Indicando, a este propósito, leituras diversas, v. Júlio Manuel Vieira GOMES, “Da Excepção de Não Cumprimento Parcial e da sua Invocação de Acordo com a Boa Fé – [Anotação ao] Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 10.3.2008”, *CDP*, 2009, n.º 25, pp. 51-67, pp. 56-57, n. 5.

⁹⁴⁷ “*De la suspension ...*” *cit.*, p. 67.

por dez dias⁹⁴⁸. Durante a suspensão, o segurador afirmaria inequivocamente a sua vontade em não executar o que o contrato coloca a seu cargo⁹⁴⁹. E ocorrendo um sinistro em tal período, o segurador nada deveria, já que a sua obrigação de garantia se encontrava suspensa⁹⁵⁰.

Comprometendo a inexecução a subsistência de vínculo duradouro, a *exceptio* surge, a par de outros meios enérgicos de reacção, como escudo protector, reconhecido (agora) ao credor de prestação temporariamente inexecutada. A transitoriedade do fenómeno é consabidamente essencial: de outra forma, “não faz sentido opor a excepção de inexecução, *que supõe a manutenção do vínculo contratual*”⁹⁵¹. Por conseguinte, também esta modalidade suspensiva cumpre o propósito último de estabilização do contrato⁹⁵².

II. Transposta esta lógica para a esfera laboral, dir-se-á que o exercício da *exceptio* afasta a ilicitude decorrente da inactividade do trabalhador. A suspensão é, agora, invocada pelo credor (o trabalhador), atenta a falta de cumprimento, pelo empregador, da(s) prestação(ões) retributiva(s); a suspensão surge, assim, como medida provisória, à qual o devedor pode pôr fim, cumprindo⁹⁵³: “o efeito principal que para o excipiente resulta da excepção é esse *direito à suspensão da exigibilidade da sua obrigação*, direito que se manterá actuante enquanto se verificar o estado de recusa de cumprimento da parte contrária”⁹⁵⁴.

Os contornos próprios da *exceptio*, enquanto modalidade suspensiva, motivam, todavia, hesitações na doutrina quanto à sua sistematização. Assim, enquanto JOSÉ JOÃO ABRANTES afirma que a *exceptio* gera “uma situação reconduzível àquela em que se encontra o *devedor cuja prestação é temporariamente impossível por causa que lhe não é imputável*”⁹⁵⁵, multiplicam-se referências a uma variante original, atípica ou anómala de suspensão: afinal, o regime assim instituído – meio à disposição do credor, em reacção ao não cumprimento do devedor – afastar-se-ia da fórmula típica⁹⁵⁶, legitimando que se refira que, “embora seja o trabalhador que livremente opta pela suspensão, *esta deve considerar-se como devida a facto respeitante ao empregador, cujo regime servirá assim de regime integrador*”⁹⁵⁷.

⁹⁴⁸ “De la suspension ...” *cit.*, p. 77. Entre nós, *v.* acórdão do STJ, de 28.4.1961, Proc. n.º 057786 (MORAIS CABRAL).

⁹⁴⁹ TREILLARD, “De la suspension ...” *cit.*, p. 78.

⁹⁵⁰ TREILLARD, “De la suspension ...” *cit.*, p. 77, n. 53.

⁹⁵¹ JOSÉ JOÃO ABRANTES, “A excepção ...” *cit.*, p. 75, *itálico* nosso.

⁹⁵² *V. supra* Capítulo I, Secção V, Subsecção III, § 1.

⁹⁵³ TREILLARD, “De la suspension ...” *cit.*, pp. 78-79, e mais recentemente Paul-Henri ANTONMATTEI, *Contribution à l'Étude de la Force Majeure*, LGDJ, 1992, p. 224.

⁹⁵⁴ JOSÉ JOÃO ABRANTES, “A excepção ...” *cit.*, p. 111.

⁹⁵⁵ “Salários em ...” *cit.*, p. 205, *itálico* nosso.

⁹⁵⁶ LEAL AMADO, *Contrato cit.*, pp. 346-348 e “A protecção ...” *cit.*, pp. 112-113, e MONTEIRO FERNANDES, *Direito cit.*, pp. 460-461.

⁹⁵⁷ LEAL AMADO, “A protecção ...” *cit.*, pp. 90-91, n. 19, *itálico* nosso; *v.* ainda p. 112. Quanto à possível qualificação desta hipótese como suspensão por motivos respeitantes ao empregador, *v.* p. 85, n. 11. Para JOÃO REIS, embora a *exceptio* seja, agora, invocada pelo trabalhador, “a causa

Para lá de tais hesitações, admitimos que a reflexão antecedente ilustra por que a *exceptio* – e os contornos que reveste, em contexto duradouro – assume relevância incontestada no âmbito da suspensão laboral: não apenas por se tratar de hipótese expressamente incluída entre os factos suspensivos, mas também por acomodar aspectos relevantes da dinâmica laboral – tal qual a inutilização (em definitivo) da actividade laboral (não executada) –, transversais a qualquer variável suspensiva. As especificidades apontadas à *exceptio* são, porém, pretexto para reflexão adicional:

a) A sugerida atipicidade da suspensão no que respeita à *exceptio*, justifica referência a dois institutos cuja recondução à suspensão laboral motiva idênticas reservas não só por o seu enquadramento sistemático se distanciar do reservado à suspensão laboral, mas, sobretudo, por tratarmos de instrumentos integrados no âmbito do exercício, pelo empregador, do poder disciplinar: a suspensão preventiva (arts. 329.º, n.º 5, e 354.º) e a suspensão enquanto sanção disciplinar (art. 328.º, n.º 1, e), n.º 3, c), e n.º 4). Só por si, a autonomia sistemática não deve travar o enquadramento na suspensão laboral; o facto de a suspensão preventiva e a suspensão disciplinar surgirem tratadas a respeito de outras temáticas em nada difere de outros exemplos suspensivos, integrados no âmbito de matérias mais vastas: assim, a greve, no contexto dos conflitos colectivos⁹⁵⁸; licenças e dispensas várias, a propósito da tutela da parentalidade⁹⁵⁹; ou o exercício prolongado de funções em estrutura de representação colectiva⁹⁶⁰. Não consideramos também que o escopo disciplinar destas figuras – suspensão cautelar e suspensão disciplinar – obste a tal enquadramento: é, afinal, usual as diversas modalidades suspensivas obedecerem a motivação própria, que legitima enquadramento específico, sem que assim se prejudique o fim transversal – a subsistência/estabilidade do vínculo laboral⁹⁶¹.

b) A suspensão preventiva do trabalhador surge como instrumento de garantia da marcha processual: “*iniciado o procedimento disciplinar, o empregador pode suspender o trabalhador se a presença deste se mostrar inconveniente*”⁹⁶², sendo previsto normativo específico quando o

dela é respeitante à entidade patronal”. Conclui, por isso, tratar-se de “suspensão por motivos ligados ao empregador” (*A suspensão cit.*, p. 79).

⁹⁵⁸ Art. 536.º.

⁹⁵⁹ V., nomeadamente, as licenças previstas no art. 65.º.

⁹⁶⁰ Art. 468.º, n.º 8.

⁹⁶¹ Tal qual assinalado *supra*, Capítulo I, Secção V, Subsecção III, § 1. No que respeita à suspensão disciplinar, dir-se-á que, enquanto sanção conservatória do vínculo, obsta – desde que ajustada à infracção cometida pelo trabalhador – à aplicação de medida extintiva. Por sua vez, a suspensão cautelar harmoniza interesses conflitantes das partes: não só do empregador, no que respeita à necessidade de apuramento dos factos e à marcha regular do processo disciplinar; mas também do trabalhador, já que o vínculo, embora “adormecido”, subsiste, sem que a desocupação assuma reflexos no direito à retribuição.

⁹⁶² Art. 329.º, n.º 5.

procedimento é instaurado com vista ao despedimento⁹⁶³. A par da subsistência do vínculo, acresce – para demarcação de medida sancionatória – o pagamento da retribuição (cf. arts. 329.º, n.º 5, *in fine*, e 354.º, n.º 1, *in fine*)^{964/965}. Por sua vez, o art. 328.º, n.º 1, e)⁹⁶⁶, inclui a “suspensão do trabalho com perda de retribuição e de antiguidade” entre as sanções disciplinares aplicáveis pelo empregador⁹⁶⁷. Agora, a natureza temporária da suspensão obedece não só a uma lógica de adequação e de proporcionalidade⁹⁶⁸, mas ainda aos limites máximos estabelecidos: o art. 328.º, n.º 3, c), prevê que a suspensão “não pode exceder 30 dias por cada infracção e, em cada ano civil, o total de 90 dias”, mas a sua duplicação é admissível, por IRCT, “sempre que o justifiquem as especiais condições de trabalho”⁹⁶⁹.

⁹⁶³ Cf. art. 354.º, n.º 1. É de assinalar que, conforme o art. 410.º, n.º 1, “a suspensão preventiva de trabalhador membro de estrutura de representação colectiva não obsta a que o mesmo tenha acesso a locais e exerça actividades que se compreendem no exercício das correspondentes funções”.

⁹⁶⁴ O que vimos não obstar ao funcionamento da suspensão (*v. supra* Capítulo I, Secção V, Subsecção III, § 2.). Mesmo no Direito inglês, que acolhe especiais resistências ao exercício unilateral da suspensão (*v. infra* Parte II, Capítulo I, Secção I, § 1.), a progressiva procedimentalização do poder disciplinar intensificou o recurso à “precautionary suspension”, enquanto descontinuidade do trabalho, na pendência de investigação instaurada ao trabalhador. Concede-se, na verdade, que a natureza preventiva (não sancionatória) da suspensão simplifique a sua assimilação a poder implícito no contrato – não prejudicando, contudo, o reconhecimento de limites à sua aplicação (FREEDLAND, *The personal cit.*, pp. 471-473). Assim, em *Gogay v. Hertfordschire County Council*, [2000] IRLR 703 (CA), é referido que a suspensão preventiva pode ser exercitada apenas se não colidir com a obrigação de lealdade do empregador.

⁹⁶⁵ No Direito italiano, *v. SANTORO-PASSARELLI, Diritto cit.*, pp. 93 e ss., e ICHINO, *Il contratto cit.*, pp. 47 e 360. Também o Direito espanhol admite a suspensão preventiva, constatando-se a sua previsão frequente na contratação colectiva (RIVAS VALLEJO, *La suspensión cit.*, pp. 191-192).

⁹⁶⁶ *V. ainda* o art. 46.º, n.º 2, u), do CRCSPSS. Por sua vez, a Lei n.º 70/2013, de 30.8, que estabelece os regimes jurídicos do fundo de compensação do trabalho, do mecanismo equivalente e do fundo de garantia de compensação do trabalho, faz corresponder a obrigação de entregas para o fundo de compensação do trabalho ao período computado para efeitos de antiguidade, não se mantendo, assim, uma tal obrigação no tempo correspondente à aplicação desta sanção (cf. art. 11.º, n.º 3). A perda de antiguidade reflecte solução inversa à aplicável às demais hipóteses suspensivas (cf. *supra*, Capítulo I, Secção V, Subsecção III, § 1.).

⁹⁶⁷ Já no ordenamento espanhol, a suspensão disciplinar surge expressamente enquadrada entre as modalidades suspensivas indicadas no art. 45, n.º 1, h), do ET (“*Causas y efectos de la suspensión*”), ali se referindo a “*suspensión de sueldo y empleo, por razones disciplinarias*”. A este propósito, *v. Antonio Marín RICO, “Las Causas de Suspensión del Contrato de Trabajo Descritas en los Apartados g) y h) del Art. 34 del Estatuto de los Trabajadores”, La Suspensión del Contrato de Trabajo* (dir. José María Marín Correa), Consejo General del Poder Judicial, 1994, pp. 141-169, pp. 162 e ss. Tendo por referência enquadramento legal anterior, *v. ainda* CARRO IGELMO, *La suspensión del contrato de trabajo*, Bosch, 1959, p. 147.

⁹⁶⁸ *V. acórdão* da RP de 23.1.2012, onde se refere que “não ocorre a violação do princípio da proporcionalidade quando é aplicada a sanção disciplinar de 25 dias de suspensão de trabalho com perda de retribuição e de antiguidade a comportamento do trabalhador caracterizado em desobediência reiterada a toda a sua cadeia hierárquica na entidade empregadora, nem sequer assegurando ao seu máximo superior hierárquico que situações idênticas não se repetiriam” (Proc. n.º 619/08.1TTVFR.P1, FERNANDES ISIDORO, Sumário, II).

⁹⁶⁹ Cf. art. 328.º, n.º 4.

c) A este propósito, por concorrerem diferenças assinaláveis em face do enquadramento reservado, entre nós, à suspensão disciplinar, cremos profícuo o confronto com o Direito inglês. Na suspensão disciplinar, a actividade laboral é descontinuada por período determinado, pressupondo, por regra, a suspensão da contraprestação⁹⁷⁰ – o contrato subsiste e o trabalhador retoma funções, uma vez finda a suspensão⁹⁷¹. Todavia, não obstante a frequência da sua aplicação e o número considerável de casos tratados na jurisprudência, o enquadramento da suspensão disciplinar reveste, naquele ordenamento, assumida complexidade⁹⁷² – ainda em decorrência de, por princípio, o exercício unilateral da suspensão não ser ali admitido⁹⁷³. Otto KAHN-FREUND observa, aliás criticamente, que, se a infracção cometida pelo trabalhador revestir certa gravidade, o empregador poderá despedir o trabalhador, mas não já, por princípio, sancioná-lo, suspendendo-o por três dias, com perda de retribuição⁹⁷⁴; se o empregador não pretende cessar o contrato, optando pela suspensão e mantendo o vínculo, aquele comportamento será considerado incumprimento do contrato (“*breach of contract*”)⁹⁷⁵. Não significa isto, porém, total inoperacionalidade da suspensão disciplinar: apenas se trava tal aplicação se o contrário não resultar de termo expresso ou implícito no contrato ou de costume ou prática nesse sentido – a suspensão disciplinar exige, pois, que o empregador demonstre dispor legitimamente de um tal poder⁹⁷⁶. *Hanley v*

⁹⁷⁰ É, não obstante, notado que, em certas profissões, a mera privação de actividade constitui, só por si, sanção relevante (Mark FREEDLAND, *The Contract of Employment*, Clarendon Press, 1976, p. 81). Também entre nós, não obstante a sanção de suspensão pressupor a perda de retribuição, a inactividade assume relevância autónoma perante a suspensão retributiva – assim decorre, aliás, da autonomização da suspensão disciplinar (mais grave) em face da sanção pecuniária (menos grave), cf. art. 328.º, n.º 1, e) e c).

⁹⁷¹ FREEDLAND, *The personal cit.*, pp. 467-468. Scott L. J. assinala, em *Bird v British Celanese Ltd.*, [1945] 1 KB 336: “the whole contract is suspended, in the sense that the operation of the mutual obligations of both parties is suspended; the workman ceases to be under any present duty to work, and the employer ceases to be under any consequential duty to pay”. E tal circunstância “enabled the workman, when the suspension ended, to claim as a right to continue in his old job”.

⁹⁷² FREEDLAND, *The personal cit.*, p. 467. Quanto à “precautionary suspension” v. o referido *supra*, n. 964.

⁹⁷³ No que respeita a tais reservas, v. *infra* Parte II, Capítulo I, Secção I, § 1. Já quanto à admissibilidade da “suspension without pay for misconduct”, v. SELWYN, *Selwyn’s Law cit.*, pp. 388 e ss.

⁹⁷⁴ “Suspension of the Contract of Employment in English Law”, *RDICL*, ano 10, 1970, n.º 1, pp. 3-14, pp. 4-5.

⁹⁷⁵ KAHN-FREUND, “Suspension ...” *cit.*, p. 5.

⁹⁷⁶ KAHN-FREUND, “Suspension ...” *cit.*, p. 6. É, todavia, frágil legitimar a suspensão disciplinar, invocando, para tanto, o consentimento do trabalhador (pp. 5-6); v. ainda MCCALLUM, “Exploring ... *cit.*”, p. 228. FREEDLAND é também exigente quanto à suspensão disciplinar: “the common law declares that a term entitling the employer to suspend the employment for disciplinary reasons will not be implied in the contract of employment in the absence of special evidence to support it” (*The contract cit.*, p. 81). De resto, no presente, dificilmente se poderá considerar implícito um tal poder de suspensão, atendendo a que as regras disciplinares têm de ser reproduzidas em nota que preveja os termos e as condições de trabalho – Secção 3 do ERA 1996 (FREEDLAND, *The personal cit.*, p. 469).

Pease & Partners (1915) é, a este propósito, ilustrativo⁹⁷⁷: retrata a situação do trabalhador de uma mina de carvão, que, certo dia, adormece, faltando ao seu turno; como forma de promover a pontualidade, o empregador fez saber que, em caso de atraso superior a dez minutos, a prestação de trabalho seria recusada pelo período remanescente, com perda da retribuição. Na manhã seguinte, o trabalhador apresentou-se pontualmente ao serviço, mas o empregador dispensou-o por esse dia, privando-o da retribuição⁹⁷⁸. O trabalhador intentou acção contra o empregador (“*sued for damages for wrongful dismissal*”) e a acção foi julgada procedente. Em conformidade com a lógica enunciada, foi decidido que nem o contrato conferia ao empregador qualquer direito expresso ou implícito à suspensão nem existia costume que legitimasse tal prática⁹⁷⁹. Foi igualmente notado que a suspensão não poderia derivar do poder, reconhecido ao empregador, de pôr fim ao contrato – numa lógica aproximada de “a quem é permitido o mais, é autorizado o menos”: a opção conferida ao empregador limitar-se-ia, pois, à cessação ou à subsistência do vínculo e, uma vez decidida a continuação do contrato, não seria legítimo impor a suspensão como sanção disciplinar. FREEDLAND nota que o tribunal terá considerado que a suspensão não deve ser perspectivada como “*merciful substitute*” da extinção: admitir que o empregador pudesse fixar, sem restrição ou limite, a duração da suspensão poderia desembocar num poder (mais) discricionário – auto-avaliação e auto-ressarcimento do dano⁹⁸⁰ – que o pressuposto em decisão extintiva^{981/982}.

d) Entre nós, o enquadramento difere: a suspensão disciplinar com perda de retribuição e antiguidade encontra-se legalmente prevista e, enquanto sanção conservatória do vínculo, constitui alternativa menos grave no confronto com opção extintiva. Atenta a finalidade que lhe subjaz – a subsistência do contrato de trabalho –, deverá ser ainda reconduzida à suspensão laboral⁹⁸³. Agregamos, assim, a suspensão preventiva e a

⁹⁷⁷ [1915] 1 KB 698, *apud* DEAKIN e MORRIS, *Labour cit.*, p. 363.

⁹⁷⁸ DEAKIN e MORRIS, *Labour cit.*, p. 363.

⁹⁷⁹ “The respondents did not seek to lead evidence of any custom or usage in trade from which a term of disciplinary suspension could be implied into the contract. Without such custom and practice, the court held that an employer has no power to suspend an employee to enforce discipline” (MCCALLUM, “Exploring ...” *cit.*, p. 215).

⁹⁸⁰ “After declining to dismiss the workman – after electing to treat the contract as a continuing one – the employers took upon themselves to suspend him for one day; in other words to deprive the workman of his wages for one day, thereby assessing their own damages for the servant’s misconduct at the sum which would be represented by one day’s wages. They have no possible right to do that” – [1915] 1 KB 698, 705 (Lush J.), *apud* DEAKIN e MORRIS, *Labour cit.*, p. 363.

⁹⁸¹ *The personal cit.*, pp. 470-471. Neste contexto se indicando ainda que o exercício ilegítimo da suspensão constitui “*wrongful repudiation*” do contrato (*The contract cit.*, p. 85).

⁹⁸² O exercício da suspensão disciplinar já não oferece contestação se resultar de cláusula contratual. SELWYN observa, a tal propósito: “if an employer lawfully suspends an employee, the legal position at common law appears to be that the employment has been temporarily put in abeyance, with a right for the employee to apply for reinstatement at the end of the suspension period” (Selwyn’s *Law cit.*, p. 403). V., a tal propósito, *Marshall v. English Electric Co. Ltd.*, [1945] 1 All ER 653, e, sobre tal decisão, MCCALLUM, “Exploring ...” *cit.*, p. 228, e FREEDLAND, *The personal cit.*, pp. 468-469.

⁹⁸³ Para PALMA RAMALHO, não obstante as especificidades regimentais e “independentemente da motivação disciplinar desta situação, entende-se que é útil reconduzi-la a um caso de

suspensão disciplinar enquanto modalidades de suspensão laboral: enquanto a primeira deve ser integrada entre os casos de suspensão por facto respeitante ao empregador – atenta a natureza cautelar e encontrando justificação na perturbação que a presença do trabalhador pode provocar na organização⁹⁸⁴ –, a segunda concretiza ainda modalidade suspensiva por facto referente ao trabalhador⁹⁸⁵.

3. Obrigações duradouras e impossibilidade temporária

3.1. O artigo 792.º do CC e o adiar do cumprimento da obrigação

I. Entre as adaptações essenciais à compreensão do fenómeno suspensivo, importa verificar em que termos o regime jurídico da impossibilidade temporária é transponível para o âmbito das obrigações duradouras – tema incontornável, atento o papel reconhecido à impossibilidade no contexto da suspensão laboral⁹⁸⁶. Enunciamos questão complexa, à qual o regime geral aparenta, uma vez mais, não dar resposta apropriada. Pretende-se, por ora e em sequência, pôr em evidência não só o desajuste de aplicação, sem filtro ou adequação, do art. 792.º do CC às obrigações duradouras⁹⁸⁷ como a possível previsão, em tais casos, de instituto próprio ou referência adaptada que enquadre situações de perturbação temporária⁹⁸⁸, havendo, por fim, que indagar a possível recondução da suspensão laboral a tal contexto⁹⁸⁹.

suspensão do contrato de trabalho, para clarificar a situação jurídica do trabalhador suspenso [...]. Assim, ressalvadas as especificidades que decorrem da índole disciplinar, ela sujeita-se às regras gerais da suspensão do contrato de trabalho [...]" (*Tratado cit.*, II, p. 858).

⁹⁸⁴ Reconhece a RL que "a suspensão preventiva corresponde a uma faculdade concedida ao empregador, que se prende única e exclusivamente com razões do seu próprio interesse, que ele pode exercer ou não, e exercê-la-á quando entenda que a presença do trabalhador se mostrar inconveniente, nomeadamente para o apuramento dos factos ou devido ao mal estar provocado, tudo dependendo dos factos imputados ao trabalhador" (acórdão de 5.12.2012, Proc. n.º 2918/11.6TTLSB.L1-4, PAULA SANTOS, Sumário, V).

⁹⁸⁵ Afinal, "na base da decisão da entidade patronal esteve uma conduta censurável do A., que desprezou o cumprimento de obrigações a que estava vinculado, pelo que o Réu não fez mais do que exercer, em medida correcta, os seus poderes disciplinares" (acórdão do STJ, de 16.10.2002, Proc. n.º 02S1712). À luz do Direito espanhol (art. 45, n. 1, h), do ET), RIVAS VALLEJO conclui, neste caso, que "*la suspensión proviene de la voluntad del empresario, en el ejercicio de su poder de dirección, pero se funda en la propia conducta del trabajador*" (*La suspensión cit.*, p. 153, n. 340).

⁹⁸⁶ Tal qual enunciado *supra*, Capítulo I, Secção IV.

⁹⁸⁷ Aí se dispõe, no n.º 1, que, "*se a impossibilidade for temporária, o devedor não responde pela mora no cumprimento*". Também a primeira parte do art. 1256, 2, do CCit. admite que, se a impossibilidade for tão-só temporária, o devedor não é responsável pelo atraso: mais do que aferir da possível subsistência do vínculo, procura-se enquadrar a responsabilidade do devedor. Reflectindo sobre hipótese idêntica no Direito espanhol, v. FERNANDEZ DOMINGUEZ, *La fuerza cit.*, pp. 203 e ss. Já no Direito alemão e atento o disposto no § 275 do BGB, v. HAGER, *Das ruhende cit.*, p. 37.

⁹⁸⁸ Em análise anterior à reforma do BGB de 2001/2002 e admitindo a necessidade de leitura ajustada do disposto no § 275 do BGB, perante perturbação de obrigação duradoura, v. OETKER, *Das Dauerschuldverhältnis cit.*, p. 319. Alertava então o Autor para a premência de reflexão crítica

Importa, no entanto, aqui introduzir nota prévia. A articulação, que temos por essencial, entre suspensão e obrigação duradoura foi já, entre nós, refutada: MONTEIRO FERNANDES excluiu, oportunamente, uma tal correlação, por entender que a suspensão laboral surgiria como concretização de normas que enquadrariam a suspensão no Direito comum dos contratos⁹⁹⁰ – atento o regime geral reservado, no CC, à impossibilidade temporária⁹⁹¹; e rejeitando, por conseguinte, a utilidade de análise de um núcleo circunscrito (precisamente, o dos contratos de execução duradoura) à depuração do fenómeno suspensivo. A contraposição sugerida pelo Autor é, assim, restringida ao regime geral da impossibilidade temporária (tal qual previsto no CC) *vs.* suspensão laboral, assumida a necessidade de considerar os fundamentos particulares do instituto nesta esfera.

No entanto, se é inegável que a suspensão assume traços próprios em domínio laboral – atendendo às especificidades que aqui acolhe⁹⁹² –, não cremos que tanto baste para excluir a identificação, no que respeita ao fenómeno suspensivo, de elementos comuns a outros vínculos de execução duradoura. Metodologicamente, assumimos postulado inverso, ao admitirmos que a suspensão constitui fenómeno comum a outros contratos que pressupõem idêntica durabilidade. Divergimos, pois, da premissa que autoriza MONTEIRO FERNANDES a arredar a ligação – que consideramos incontornável – entre natureza duradoura e suspensão (não circunscrita à laboral). Refere, não obstante, o Autor que “o paralelo que fosse tentado com certos contratos de trato sucessivo ou de execução periódica, para o efeito de nele se procurarem as bases comuns quanto ao regime da suspensão, não pode certamente resultar”⁹⁹³. Admitimos, porém, dificuldade em compreender o que motiva afastar uma tal aproximação: a infungibilidade e a definitiva inviabilização da prestação de trabalho são, neste âmbito, indicados como traços próprios da suspensão laboral que dificultariam a identificação de lógica transversal. Ora, quanto a nós, tal inutilização (definitiva) revela, afinal – conforme adiante exposto –, contornos específicos que distanciam o fenómeno suspensivo em execução duradoura da usual operacionalidade da impossibilidade temporária em execução instantânea – em que a (mesma) obrigação temporariamente impossibilitada é adiada para quando possível⁹⁹⁴. Por conseguinte, tal inviabilização (em definitivo) das prestações singulares que integram

sobre o “direito da perturbação” em obrigações duradouras, tendo em conta os específicos contornos que estas revestem em face de um “contrato pontual de troca” (pp. 319-321). Para maiores desenvolvimentos, *v.* pp. 330 e ss. e, em especial, pp. 343 e ss.

⁹⁸⁹ Importa advertir que, se os textos relativos à impossibilidade temporária não fazem, em geral, menção às obrigações duradouras nem às adaptações em tal caso impostas, os estudos que se dedicam às obrigações duradouras, por regra, apenas de forma marginal referem a impossibilidade temporária.

⁹⁹⁰ “A suspensão do ...” *cit.*, p. 49.

⁹⁹¹ “A suspensão do ...” *cit.*, pp. 34 e ss. e, em especial, p. 36.

⁹⁹² A tal propósito, *v. infra* Capítulos IV e VI e Parte II.

⁹⁹³ MONTEIRO FERNANDES, “A suspensão do ...” *cit.*, p. 28, *itálico* nosso.

⁹⁹⁴ *V. infra* § II.

complexo duradouro não constitui, na nossa óptica, traço exclusivo da suspensão laboral – tal como nos parece, contudo, sugerido⁹⁹⁵.

II. À semelhança de outros ajustes, admitimos, pois, que também o disposto no art. 792.º do CC não reflecte adequadamente as especificidades das obrigações duradouras. Limita-se, afinal, a fixar as consequências imediatas perante impedimento que afecte temporariamente o cumprimento da prestação devida – exoneração do devedor e consequente afastamento do regime do incumprimento e mora imputáveis ao devedor⁹⁹⁶ –, acrescentando tão-só menção ao critério que dita a sobrevivência ou cessação do contrato⁹⁹⁷. Por força do regime assim previsto, “o cumprimento é apenas *protelado* para momento posterior (para quando for possível), sem consequências para o devedor”⁹⁹⁸: A comprometeu-se a entregar dez garrafas de vinho a B no dia x; devido a intempérie, A fica impossibilitado de o fazer no momento acordado; A realiza a entrega a B no dia seguinte. Nesta hipótese, por princípio, salvo se se tratasse de obrigação com prazo essencial⁹⁹⁹, a impossibilidade que atingiu a prestação é temporária, *deslocando* o cumprimento para outro dia. Não se pode dizer que se trata de outra prestação, distinta da anterior; é a mesma, *adiada* para outro momento.

As dificuldades inerentes à transposição deste regime para as obrigações duradouras resultam, mais uma vez, da complexidade estrutural que as caracteriza. Importa, pois, retomar as consequências associadas à dupla valoração aqui pressuposta (interna e externa)¹⁰⁰⁰: em caso de requisição temporária, por ordem de autoridade sanitária, de bem a fornecer diariamente,

⁹⁹⁵ “Difícilmente poderia pois sustentar-se, de harmonia com a mesma óptica, que o trabalho executado após a cessação da impossibilidade (e levantada a suspensão) corresponda à mesma prestação – àquela que seria realizada se não tivesse surgido o obstáculo”, daqui extraindo que “só apelando para uma particular maneira de ver as coisas – a óptica específica do Direito do trabalho –, inspirada pela prevalência, em certa medida, dos factores materiais em presença sobre o estrito rigor formal, será possível configurar-se no seu perfil adequado o instituto da suspensão como parte do regime do contrato de trabalho” (MONTEIRO FERNANDES, “A suspensão do ...” *cit.*, pp. 28-29).

⁹⁹⁶ A este propósito, v. MANUEL DE ANDRADE, *Teoria cit.*, pp. 415-416. Referimos, pois, uma hipótese de mora não imputável ao devedor: “[s]e a causa da demora no cumprimento fosse devida a culpa do devedor, este responderia pelos danos que a mora trouxe ao credor. Não lhe sendo imputável, não responderá por tais danos; mas não ficará exonerado da obrigação, visto ser *temporário* ou *transitório* o obstáculo ao cumprimento. O efeito da impossibilidade temporária será, portanto, o de exonerar o devedor dos danos moratórios, mas só enquanto a impossibilidade perdurar” (ANTUNES VARELA, *Das obrigações cit.*, vol. 2, pp. 79-80). No Direito italiano, LOMBARDI assinala, à luz do disposto no art. 1256, 2, do CCit., que “*il debitore inattuante non potrà essere costituito in mora e, se richiesto, potrà legittimamente opporre, in sede giudiziale o extragiudiziale, un’eccezione fondata sulla norma in esame*” (*La risoluzione cit.*, p. 133).

⁹⁹⁷ “A impossibilidade só se considera temporária enquanto, atenta a finalidade da obrigação, se mantiver o interesse do credor” (art. 792.º, n.º 2, do CC). A este propósito, v. PINTO OLIVEIRA, *Princípios cit.* p. 548.

⁹⁹⁸ ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA, *Código Civil cit.*, vol. 2, p. 45, itálico nosso.

⁹⁹⁹ V. *supra* Capítulo I, Subsecção II, § 2.2.

¹⁰⁰⁰ Sobre esta dualidade, v. *supra* Capítulo I, Secção V, Subsecção III, § 3.

a impossibilidade respeita aos dias incluídos na ordem de requisição; o mesmo quanto a prestações a executar, todas as manhãs, ao ar livre e que resultam impossibilitadas sempre que as condições climatéricas não permitam exposição exterior¹⁰⁰¹. Não se dirá que todas as prestações são possíveis ou impossíveis: algumas são ainda realizáveis; outras resultam, em definitivo, inutilizadas^{1002/1003}. Assim surgindo, porém, quanto às obrigações duradouras, configuração diversa da impossibilidade temporária que afecta obrigação instantânea: certas prestações *não serão mais cumpridas* – porque, porventura, o devedor não pode já executá-las ou o credor não tem interesse na sua realização tardia –, sem que tal impeça o cumprimento das demais, nos termos acordados^{1004/1005}. Ao invés do tipicamente verificado em caso de impossibilidade temporária que atinge obrigação instantânea – cujo cumprimento é adiado para outra ocasião¹⁰⁰⁶ –, em obrigação duradoura, tal impossibilidade significa, com frequência¹⁰⁰⁷, perda irremediável da(s) prestação(ões) atingida(s)¹⁰⁰⁸; no entanto, sem que tal condicione necessariamente a subsistência do vínculo¹⁰⁰⁹. Assim sucede, por hipótese, na obrigação de proporcionar o gozo de uma coisa por período determinado¹⁰¹⁰ e, reconhecidamente, por regra, no contrato de trabalho: é, afinal, “a circunstância

¹⁰⁰¹ O exemplo é logicamente transponível para o domínio laboral: “*la requisizione in uso di uno stabilimento industriale da parte dell’autorità amministrativa costituisce causa di temporanea impossibilità della prestazione lavorativa ed, in quanto tale, conformemente al disposto dell’art. 1256 cod. civ., non determina l’estinzione del rapporto di lavoro, ma lo pone in uno stato di quiescenza con il duplice risultato che l’imprenditore, temporaneamente privato del possesso dell’azienda e perciò anche del relativo potere direttivo, non è legittimato al licenziamento del dipendente*” (decisão da Cassazione de 11.8.1981, n.º 4897, *apud* LOMBARDI, *La risoluzione cit.*, p. 437). Por sua vez, no Direito espanhol e no plano preciso da suspensão por factos respeitantes ao empregador, SOLÀ MONELLS assinala: “*la suspensión por causas empresariales se configura [...] como un instrumento de gestión cuantitativa del tiempo de trabajo que actúa mediante la reducción temporal del quantum inicialmente contratado. Es evidente, pues, que la porción reducida no podrá ser exigida después por el empresario ni tampoco resultará debida por el trabajador*” (*La suspensión cit.*, p. 454).

¹⁰⁰² Exemplos adaptados de DEVOTO, *L’obbligazione cit.*, pp. 117-118.

¹⁰⁰³ O que não representa qualquer impossibilidade parcial da obrigação duradoura. Aspecto retomado *infra*, § 3.4.

¹⁰⁰⁴ DEVOTO, *L’obbligazione cit.*, p. 371.

¹⁰⁰⁵ A mesma lógica foi exposta *supra*, § 2., atenta a aplicação da *exceptio non adimpleti contractus*, em obrigação duradoura.

¹⁰⁰⁶ Salvo em caso de prazo essencial de cumprimento (*v. supra* Capítulo I, Secção V, Subsecção II, § 2.2.): “uma mobília que se encomenda para certa recepção, um automóvel que se chama para determinado serviço, etc., são casos insusceptíveis de uma impossibilidade temporária; a impossibilidade é sempre definitiva, desde que a mobília não pode já ser entregue para a recepção, nem o automóvel pôde chegar a tempo de prestar o serviço” (ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA, *Código Civil cit.*, vol. 2, p. 45).

¹⁰⁰⁷ Mas não inevitavelmente (OETKER, *Das Dauerschuldverhältnis cit.*, pp. 334-335). Sobretudo em obrigações periódicas, será mais fácil equacionar um tal adiamento; mas mesmo em obrigação continuada assim pode ocorrer, se a execução pode ter lugar noutra altura (p. 335).

¹⁰⁰⁸ Enquadrando estes casos à luz do Direito alemão, HAGER constata que, nestas situações, “*die Unmöglichkeit der Leistung ergibt sich in diesen Fällen damit bereits aus der Nichteinhaltung der Leistungszeit*” (*Das ruhende cit.*, p. 37).

¹⁰⁰⁹ DEVOTO, *L’obbligazione cit.* e OETKER, *Das Dauerschuldverhältnis cit.*, pp. 332 e ss.

¹⁰¹⁰ DAVID MAGALHÃES, *A resolução cit.*, pp. 65-66.

de a prestação de trabalho ser normalmente programada ou seriada no tempo segundo certa ordem e certo ritmo” que justifica que a impossibilidade resulte em lacuna irreparável^{1011/1012}. Reiterando esta lógica, Marie-Eve PANCRAZI-TIAN confirma que nos vínculos de execução instantânea, a impossibilidade temporária apenas permite diferir a execução; ao invés, por norma, nos de execução continuada, a porção não executada não mais o será¹⁰¹³. Tais consequências resultam mais evidentes se concretizadas em hipótese de contratação a termo.

3.2. O art. 792.º do CC e obrigação duradoura: a tendencial inutilização (definitiva) das prestações e a não prorrogação do termo contratual

I. Perante impedimento temporário, a execução é dispensada pelo tempo correspondente. Importa, todavia, melhor compreender o impacto da inexecução na continuidade de vínculo duradouro: se a impossibilidade temporária revestisse, nestes casos, o mesmo sentido assumido em obrigações instantâneas, implicaria, na contratação a termo, o adiamento da(s) prestação(ões) impossibilitada(s) para momento futuro, uma vez terminado o impedimento¹⁰¹⁴. Nesta lógica, impor-se-ia, porém, idêntico prolongar do termo fixado, o que, em regra, não sucede. Sendo a duração do contrato determinada de antemão, salvo restrições legais que o condicionem, é, em princípio, admissível às partes estender a sua execução, adiando a verificação do termo – bastando, para o efeito, manifestação expressa ou tácita ou que assim decorra de disposição legal que o preveja. Certo é, porém, que, não concorrendo tais

¹⁰¹¹ MONTEIRO FERNANDES, *Direito cit.*, p. 450. O Autor considera que se estaria perante “impossibilidade definitiva, se bem que parcial da prestação a cargo do trabalhador” (*idem*) – discordamos, porém, de recondução desta hipótese à impossibilidade parcial (sobre o tema, *v. infra* § 3.4.). A suspensão laboral surge, assim, como mecanismo apto a contrariar a tendência extintiva do vínculo: ao implicar a sua conservação “*ex vi legis*, traduz-se justamente no afastamento de tais corolários, sob o lema da estabilidade do emprego: a sobrevivência do vínculo mantém-se até ao limite extremo da sua provável utilidade para as partes” (*idem*). Também JORGE LEITE refere que o impedimento não constitui, nestes casos, motivo de ruptura por parte pelo credor “apesar de a perda daquele ser sempre definitiva relativamente ao período considerado e de, porventura, mostrar, justificadamente, não ter interesse no seu cumprimento posterior” (*Direito cit.*, p. 170).

¹⁰¹² Sem prejuízo de desvios pontuais. No contexto preciso do regime jurídico do trabalho no domicílio, aprovado pela Lei n.º 101/2009, de 8.9, *v. o art. 9.º*, que admite a “recuperação” ulterior, nos três meses subsequentes à inactividade por facto imputável ao beneficiário da actividade, do trabalho não prestado.

¹⁰¹³ Referindo, a título de exemplo, os contratos de arrendamento, de trabalho e de fornecimento (*La Protection Judiciaire du Lien Contractuel*, PUAM, 1996, p. 284). A retoma subsequente da plena execução não repõe, salvo expressa ressalva, a perda registada. Nesta medida, RADOUANT considera a perda definitiva porque a execução é apenas retomada para o futuro (*Du cas fortuit cit.*, p. 294). E VAZ SERRA salienta que “a impossibilidade durante algum tempo da prestação de uma das partes libera a outra da obrigação da contraprestação relativa a esse tempo”. É assim que, “havendo locação de uma coisa, a inexecução da obrigação do locador durante certo período dispensa o locatário de pagar a retribuição respectiva” (“Impossibilidade ...” *cit.*, p. 117).

¹⁰¹⁴ Assinalando igualmente este ponto, *v. OETKER, Das Dauerschuldverhältnis cit.*, p. 334.

circunstâncias, a prorrogação automática – em compensação do período de inatividade –, por princípio, não procede.

II. À semelhança de outras matérias, também neste âmbito, a guerra constituiu o embrião de ampla reflexão jurídica¹⁰¹⁵: a paralisação, por vezes associada a condicionalismo bélico, surge, com frequência, qualificada como impedimento de força maior¹⁰¹⁶. Logo após a Primeira Guerra Mundial, doutrina e jurisprudência francesas reflectiram sobre os reflexos de tais circunstâncias nos “*contrats à exécution successive*”, cuja normal execução havia sido forçosamente paralisada. Sem descurar as especificidades associadas a tal contexto histórico, LEPARGNEUR nota que, à data, prevalecia na jurisprudência o entendimento que, regra geral, a força maior, suspendendo a plena execução do contrato, não teria por resultado necessário a sua prorrogação automática. A fixação de uma data deveria fazer crer que as partes entenderam permanecer vinculadas apenas por um período pré-determinado, recuperando, em seguida, a sua liberdade¹⁰¹⁷. Assente esta premissa, resultaria claro que, sendo o termo do contrato atingido, mas subsistindo o obstáculo à execução, o contrato cessaria; não sendo esse o caso, o contrato prosseguiria, mas tão-só pelo tempo de execução remanescente. A data prevista para o fim do vínculo não sofreria, assim, dilação. Ilustramos a hipótese, com recurso à jurisprudência da época: em 15.10.1911, o director do teatro da *Porte Saint-Martin* foi contratado por três anos; o teatro encerrou em Agosto de 1914, apenas reabrindo em Fevereiro de 1915; o director pretendia, então, cumprir o tempo remanescente de contrato, ainda por executar. Por decisão de 14.12.1915, o *Tribunal de Commerce de la Seine* recusou tal pretensão, afirmando que qualquer obrigação assumida por uma duração determinada é extinta com o expirar do tempo por que foi prevista¹⁰¹⁸. Este princípio de não prorrogação tem acolhimento, também hoje, em diversos domínios. Assim, a *Cassazione* decidiu já que o art. 1256, 2, do CCit.¹⁰¹⁹, ao enquadrar a impossibilidade temporária da prestação por causa não imputável ao devedor, limita-se a excluir, enquanto a impossibilidade perdura, a responsabilidade do devedor pelo atraso no cumprimento, não disciplinando, porém, eventuais reflexos sobre o contrato, tal como a sua prorrogação, pelo tempo em que a impossibilidade persista¹⁰²⁰: em causa estava a subconcessão da gestão de serviços aeroportuários por seis anos – tendo o aeroporto

¹⁰¹⁵ Assim, nomeadamente, Albert WAHL, *La Guerre Considérée Comme Force Majeure Spécialement en Matière de Vente de Merchandises*, Sirey, 1915, pp. 413 e ss., e RADOUANT, *Du cas fortuit cit.* Entre nós e noutro contexto (o da delimitação da impossibilidade), também se assinala, em 1944, a necessidade de refletir sobre “questões jurídicas da maior importância, respeitantes a problemas de responsabilidade civil obrigacional, relacionados com as dificuldades provenientes do estado de guerra em que o Mundo tem vivido” (cf. acórdão do Tribunal Arbitral de 30.5.1944, relatado por PAULO CUNHA, *O Direito*, ano 77, 1945, n.º 6, pp. 181-192, n.º 7, pp. 210-224, e n.º 8, pp. 250-256, p. 181).

¹⁰¹⁶ Assim, acórdão do Tribunal Arbitral de 30.5.1944 *cit.*, p. 212.

¹⁰¹⁷ *La prorogation cit.*, pp. 27, 48 e 55.

¹⁰¹⁸ Assim dá conta RADOUANT, *Du cas fortuit cit.*, pp. 284-285.

¹⁰¹⁹ *V. supra* n. 834.

¹⁰²⁰ Decisão de 27.9.1999, n.º 10690.

permanecido encerrado para reconstrução da pista por boa parte de tal período, a *Cassazione* excluiu o direito da subconcessionária prorrogar o contrato pelo tempo correspondente à suspensão verificada¹⁰²¹.

III. Importa, todavia, ter presente tratar-se de regra que admite excepção: assim, o desvio é evidente sempre que disposição expressa preveja solução distinta¹⁰²². Mas não só. Mesmo na ausência de tal menção, LEPARGNEUR, embora confirmando a regra de não prorrogação automática do vínculo, contraria o sentido dominante da jurisprudência e doutrina da época (1920), concluindo que, em certas circunstâncias, por razões de equidade, a prorrogação deveria operar: o que conduziria, então, a resultado aproximado das hipóteses de impedimento temporário de obrigação instantânea, em que o cumprimento é, em regra, adiado para outra data. Considera que tal deveria ocorrer sempre que a data fixada para o termo do contrato não revista importância essencial – assim sucedendo, com frequência, sempre que as partes pretendem a execução efectiva/útil por certo período (número preciso de dias, meses ou anos), mais do que a extinção da execução em data concreta e contanto que a execução, ainda que tardia, revista utilidade¹⁰²³. Esta hipótese exige, todavia, considerar ainda a perspectiva interna do complexo duradouro, sendo imprescindível que a(s) prestação(ões) atingida(s) possa(m), na sua unidade, ser transferidas para outra data – caso em que o cumprimento resulta, afinal, à semelhança do que sucede em obrigação instantânea, adiado ou diferido.

IV. Sem prejuízo de reflexões mais abrangentes, há, porém, que centrar a atenção em contrato específico: o de trabalho. Neste âmbito, celebrado um vínculo a termo e encontrando-se o trabalhador impossibilitado de executar a actividade contratada por dois meses, o termo do contrato não é, por tal motivo, *estendido* por período idêntico^{1024/1025}. No Direito do Trabalho português, assim

¹⁰²¹ Subcrevendo, porém, entendimento diverso no que respeita à operacionalidade da suspensão em contrato a termo e respectiva extensão, v. MONTEIRO FERNANDES, “A suspensão do ...” *cit.*, pp. 63-64 e 90.

¹⁰²² Em França, sucessivas leis regularam, durante e após a Primeira Guerra Mundial, a prorrogação de contratos, *maxime*, de arrendamento e de trabalho (LEPARGNEUR, *La prorogation cit.*, pp. 59 e ss., 213 e ss. e 227-231).

¹⁰²³ Para tanto, haveria que atender ao “espírito do contrato” (LEPARGNEUR, *La prorogation cit.*, pp. 35-36). V. ainda RADOUANT, *Du cas fortuit cit.*, p. 283.

¹⁰²⁴ O art. 295.º, n.º 3, dispõe que “a [...] suspensão não tem efeitos no decurso de prazo de caducidade, nem obsta a que qualquer das partes faça cessar o contrato nos termos gerais”. Dir-se-á, por conseguinte, que o “escudo protector” da suspensão não é invencível, não prejudicando a perda irremediável das prestações não realizadas nem ditando, por princípio, a prorrogação do termo do contrato, ou sequer excluindo as regras gerais, que enquadram a extinção do vínculo. Nesta medida, “durante a suspensão do contrato de trabalho subsiste o vínculo contratual entre o empregador e o trabalhador, pelo que o encerramento total e definitivo da empresa também tem como efeito a caducidade dos contratos de trabalho suspensos” (acórdão da RP, de 7.4.2008, Proc. n.º 0743201). Dir-se-á, na verdade, que “[...] o vínculo jurídico relaxa-se mas não se dissolve, o contrato permanece vivo, conquanto adormecido, pelo que o relógio não pára (cômputo

resulta ainda do carácter excepcional da contratação a termo, que associa a duração do vínculo ao concreto motivo que legitima a contratação¹⁰²⁶; é certo, todavia, que, mesmo que o motivo justificativo do termo subsista para além do prazo estipulado, a duração do contrato não resulta alongada em função do tempo de suspensão. Ilustramos esta lógica com referência a situação tratada em acórdão do STJ, de 9.2.1993¹⁰²⁷, aí se referindo:

- A iniciara funções ao serviço de B em 14.10.1982;
- A prestou serviço militar obrigatório entre 9.9.1985 e 9.11.1986;
- A esteve em gozo de licença sem vencimento por sete meses e nove dias.
- O prazo máximo admissível para o referido contrato era de três anos;
- Entre o início do contrato e a data em que B pôs fim ao mesmo (5.1.1987), decorreram quatro anos, três meses e vinte dias, aqui se incluindo um ano, um mês e vinte dias de suspensão em razão do cumprimento de serviço militar e sete meses e nove dias por gozo de licença sem vencimento.

A questão central em análise era, precisamente, determinar o “efeito jurídico que a prestação de serviço militar obrigatório, bem como o gozo de licença sem vencimento, produzem *na contagem do prazo de três anos*, limite máximo de duração do contrato a prazo”¹⁰²⁸: B invocava que tal cômputo pressupunha referência apenas ao tempo de serviço *efectivo*, havendo que amputar o período de suspensão. O STJ viria, contudo, a rejeitar esta interpretação, por contrária à essência que motiva a contratação a termo; não ditando a suspensão a extensão do prazo do contrato, a cessação promovida pelo empregador, após a verificação do termo, não era admissível nos moldes sugeridos¹⁰²⁹. Aliás, mesmo à luz de enquadramento legal anterior, que não reservava menção expressa à suspensão, TAVARES DA SILVA sustentava já que “a suspensão não interromp[ia] [...] o decurso do prazo do contrato”. Na verdade, o termo poderia findar “durante a prestação de serviço militar e, se assim acontece[sse], o contrato caducar[ia] apesar de o trabalhador se encontrar nas fileiras”¹⁰³⁰. Uma tal solução impor-se-ia, atendendo à essência da suspensão, enquanto instrumento neutro que, assegurando a subsistência do vínculo, não

da antiguidade, caducidade do contrato a termo) e qualquer dos sujeitos poderá, nos termos gerais, extinguir esse contrato” (LEAL AMADO, *Contrato cit.*, p. 336).

¹⁰²⁵ O que se torna particularmente evidente, uma vez admitida a operacionalidade da suspensão ainda que o período suspensivo ultrapasse a duração contratual pré-estabelecida: “o serviço militar, a doença prolongada ou o parto suspendem, mas não rompem, o contrato de trabalho a prazo mesmo quando este seja inferior ao tempo de impedimento ou de licença” (JORGE LEITE, *Direito cit.*, p. 170, n. 26, *itálico* nosso).

¹⁰²⁶ Cf. art. 141.º, n.º 3. Assim, JORGE LEITE refere que “compreende-se que se não interrompa, nem se suspenda, o decurso do prazo dos contratos de duração determinada já que a aposição de termo resolutivo só se justifica, pelo menos no direito português vigente, por ocorrência de uma necessidade excepcional para o período convencionado” (*Direito cit.*, p. 182, *itálico* nosso).

¹⁰²⁷ Proc. n.º 3493 (CHICHORRO RODRIGUES), publicado em *CJ STJ*, 1993, t. 1, pp. 247-249.

¹⁰²⁸ Acórdão *cit.*, p. 248, *itálico* nosso.

¹⁰²⁹ Acórdão *cit.*, p. 248.

¹⁰³⁰ “Serviço militar ...” *cit.*, pp. 54-55, *itálico* nosso.

deveria afectar novos contornos ao contrato – *maxime*, alargando a sua vigência¹⁰³¹.

Também o Direito espanhol dispõe, como princípio geral e salvo desvios pontuais, que a suspensão não afecta o termo acordado¹⁰³². E, no Direito francês, cedo se afirmou a regra da não prorrogação da vigência de contrato de trabalho de duração limitada em razão da suspensão¹⁰³³ – apenas a título excepcional se admitindo o afastamento de tal princípio¹⁰³⁴. SARRAUTE considera, aliás, a inversão pontual daquela solução, contrária à essência da suspensão¹⁰³⁵.

3.3. O art. 792.º do CC e obrigação duradoura: a redução da execução contratual (total)

I. Tal como reiterado, também aqui, à semelhança de outros vínculos duradouros, por princípio, as prestações não realizadas não mais o serão. O contrato pode, não obstante, subsistir e a sua execução ser retomada, a ritmo

¹⁰³¹ Assim, “quando se afirma que a suspensão salvaguarda a vida do contrato, em boa verdade, está-se já, do mesmo lance, a afirmar – ou, em todo o caso, a aceitar como implicação forçosa – que *entretanto flui*, podendo até chegar a exaurir-se completamente, a duração dessa vida”. Ora, em conformidade, dir-se-á que, “na ausência de disposição em contrário, não podemos deixar de concluir que *o prazo do contrato corre durante a suspensão*” (TAVARES DA SILVA, “Serviço militar ...” *cit.*, p. 7, *itálico* nosso).

¹⁰³² O art. 7 (“*Suspensión de los contratos*”) do Real Decreto 2720/1998, de 18.12, sobre contratos de duração determinada – versão consolidada disponível em <<http://www.boe.es>> – dispõe que “*la suspensión de los contratos de duración determinada en virtud de las causas previstas en los artículos 45 y 46 del Estatuto de los Trabajadores no comportará la ampliación de su duración, salvo pacto en contrario*”. Sobre esta disposição e a possibilidade assim conferida às partes de compensarem o tempo de suspensão prolongando o contrato de trabalho, v. MARTÍN VALVERDE, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ e GARCÍA MURCIA, *Derecho cit.*, pp. 757 e ss.

¹⁰³³ Cf. o art. L 1243-6 do Code du Travail, “*la suspension du contrat de travail à durée déterminée ne fait pas obstacle à l'échéance du terme*”. RADOUANT considera evidente que o empregador e o trabalhador, ao fixarem um termo ao compromisso, entenderam limitar de modo preciso o tempo no qual consentem numa limitação recíproca de liberdade (*Du cas fortuit cit.*, p. 283). Também para YAMAGUCHI, “*la suspension n'interrompt pas le cours du contrat; elle n'en prolonge pas la durée au-delà du terme stipulé par les parties. En fait, ce qui est suspendu, c'est simplement un état de fait, l'exécution matérielle et sa possibilité, et non point la vie même du contrat, qui ne cesse à aucun moment de s'acheminer vers son terme, tel qu'il a été fixé par les parties contractantes*” (*La théorie cit.*, p. 111). Por fim, para BERAUD, “*lorsque les parties ont convenu d'un terme au contrat de travail, la suspension n'a pas pour conséquence d'en repousser l'échéance. Le contrat n'est donc pas prolongé d'une durée égale au temps pendant lequel il n'a pas été exécuté*” (*La suspension cit.* pp. 64 e ss.). E no Direito italiano, para a maioria da doutrina, o decurso do “comporto” não condiciona a extinção do contrato por verificação do termo (ICHINO, *Il contratto cit.*, pp. 74-75).

¹⁰³⁴ LABORDERIE, *La pérennité cit.*, p. 75. TREILLARD indica alguns exemplos desviantes: por lei de 18.7.1901, o tempo de mobilização militar deveria ser excluído da duração total do contrato (“*De la suspension ...*” *cit.*, pp. 87 e 93), solução estendida a outras hipóteses pela jurisprudência posterior à Primeira Guerra – ainda para alguma doutrina em concretização da regra *contra non valentem agere*, com aplicação preferencial no domínio da suspensão da prescrição (quanto a uma tal regra, v. *infra* Capítulo V, § 4.).

¹⁰³⁵ *De la suspension cit.*, pp. 38-39, com *itálico* nosso.

normal, após superado o impedimento. A este propósito, JORGE LEITE nota que um dos elementos que demarca a natureza duradoura do contrato de trabalho é, precisamente, o facto de “a impossibilidade temporária de receber ou de prestar trabalho não determina[r] a extinção do contrato”, por não implicar “necessariamente a perda do interesse na sua conservação”¹⁰³⁶, o que convoca, mais uma vez, tensão entre o uno e o múltiplo e apelo à função estruturante do tempo na modelação destas obrigações: “a substância da prestação (e o interesse do credor) consome-se no decurso do momento temporal que lhe foi determinado, *sem hipótese de recuperação posterior*”¹⁰³⁷. Lógica aproximada induz SARRAUTE a concluir que, nestas hipóteses, o impedimento temporário modifica o contrato, atenta a redução verificada. Nestas circunstâncias, a suspensão operaria, no seu entender, a resolução de um conjunto preciso de prestações¹⁰³⁸. E BÉNABENT afirma que, em geral, a suspensão – em reflexão não circunscrita à suspensão laboral – não põe em causa o termo inicialmente previsto: o contrato não resulta alongado por período correspondente¹⁰³⁹. Assim sucede, na perspectiva de TREILLARD, porque o contrato tem vida própria em face da suspensão: o vínculo progride, aproximando-se do fim, não obstante a suspensão¹⁰⁴⁰ – também por esta via melhor se compreendendo, atenta esta autonomização, o desajuste de caracterização do instituto enquanto suspensão “do contrato”¹⁰⁴¹.

II. O enquadramento descrito motiva, aliás, autores que privilegiam a preservação contratual a perspectivar a não prorrogação como elemento fragilizador da suspensão, assim se compreendendo que LABORDERIE, em texto dedicado à perenidade contratual – reconhecendo que, regra geral, na falta de estipulação em contrário, o tempo de suspensão é subtraído à duração do contrato –, incentive as partes, sempre que o regime legal tanto permita, à previsão da suspensão e à regulação dos seus efeitos, obviando à redução da duração total do vínculo em função da suspensão¹⁰⁴². De outra forma, atingido

¹⁰³⁶ *Direito cit.*, p. 65.

¹⁰³⁷ DAVID MAGALHÃES, *A resolução cit.*, p. 65, itálico nosso. Perante a impossibilidade (definitiva) de execução de prestação(ões) singular(es), haverá, pois, que atender à perspectiva externa da obrigação e avaliar um tal impacto no complexo duradouro (pp. 66 e ss.).

¹⁰³⁸ *De la suspension cit.*, p. 56. Concordando com a perda (definitiva) das prestações impossibilitadas, não vislumbramos aqui qualquer resolução parcial do contrato (aspecto retomado *infra*, § 3.4. e Capítulo III, § 3.).

¹⁰³⁹ *Droit civil cit.*, p. 264, itálico nosso.

¹⁰⁴⁰ “De la suspension ...” *cit.*, p. 92. Já nesse sentido, RADOUANT, *Du cas fortuit cit.*, p. 281. Para TREILLARD importa, porém, sempre que possível, confrontar a duração provável da suspensão e o tempo de execução previsto, após o fim da suspensão (“De la suspension ...” *cit.*, p. 92).

¹⁰⁴¹ *V. supra* Introdução, § 3.2.

¹⁰⁴² *La pérennité cit.*, p. 71. LABORDERIE indica, porém, decisões judiciais que promoveram a prorrogação do termo do contrato, de modo a garantir a execução futura (p. 83). TREILLARD dá conta de diploma legal de 14.11.1944, que, enquadrando a reintegração de locatários que haviam deixado o local arrendado durante a guerra, dispunha que o arrendamento suspenso continuaria a ser executado pelo tempo que faltasse decorrer. O Autor retira de tais normas uma suspensão que qualifica de “retroactiva” – porque faz reviver um contrato já desaparecido (“De la suspension ...” *cit.*, pp. 93-94).

o termo durante a suspensão e impossibilitada a execução futura, a suspensão conduz à cessação antecipada do vínculo – considerado o tempo consumido. Nesta medida e a fim de evitar tal desfecho, é sugerida a previsão de cláusulas de prorrogação por período equivalente¹⁰⁴³.

Importa, todavia, ter presente que, ao invés do por vezes indicado¹⁰⁴⁴, fenómeno idêntico ocorre igualmente nos contratos celebrados por tempo indefinido: apenas artificialmente se poderá pensar que o tempo correspondente às prestações inviabilizadas é adiante recuperado ou adicionado a prestações futuras, por cumprir. Neste sentido, SARRAUTE atesta que aquele efeito de redução do tempo de vida contratual manifesta-se igualmente na ausência de termo em contrato de prestações sucessivas^{1045/1046}. Por conseguinte – e retomando as observações tecidas a respeito da dimensão interna de vínculo (duradouro), quanto à frustração (definitiva) das prestações –, dissentimos de MONTEIRO FERNANDES quando afirma que, “pela sua própria índole, o contrato de duração indeterminada só em casos especiais comporta a possibilidade de ser essencial a execução do trabalho sem interrupção (no sentido suspensivo)”¹⁰⁴⁷. cremos, diversamente, que mesmo em contrato de duração indeterminada não se poderá, por regra, pressupor que as prestações inutilizadas são futuramente recuperadas. Neste sentido, em menção ao contrato de trabalho, se pronuncia, aliás, SÖLLNER, indicando que o trabalho deve ser prestado num tempo próprio e apenas neste (“Fixgeschäft”), assim se obstando, por regra, a reposição ulterior do trabalho não executado¹⁰⁴⁸.

3.4. A recondução das hipóteses descritas à impossibilidade parcial. Rejeição

I. As insuficiências inerentes à transposição, para vínculo duradouro, do regime reservado à impossibilidade temporária, tal qual previsto no art. 792.º do CC, promovem respostas diversas na doutrina: alternativa transversal a diversos ordenamentos sugere aproximação ao regime da impossibilidade parcial^{1049/1050}. Todavia, embora a impossibilidade temporária, só por si, não

¹⁰⁴³ LABORDERIE, *La pérennité cit.*, p. 71.

¹⁰⁴⁴ V., por exemplo, TREILLARD, “De la suspension ...” *cit.* p. 92.

¹⁰⁴⁵ *De la suspension cit.*, p. 61.

¹⁰⁴⁶ E daí que LEPARGNEUR, embora recusando referir qualquer *prorrogação*, admita a *continuação* de um contrato cujos plenos efeitos foram momentaneamente suspensos (*La prorogation cit.*, p. 27).

¹⁰⁴⁷ MONTEIRO FERNANDES, “A suspensão do ...” *cit.*, p. 64, *itálico* nosso.

¹⁰⁴⁸ “Zweitens – und das ist das Entscheidende – ist die Arbeit stets in einer fest bestimmten Zeitspanne, and nur in dieser, zu verrichten” (“Ohne Arbeit ...” *cit.*, p. 47). Por referência ao disposto no § 275 (“Ausschluss der Leistungspflicht”) do BGB e delimitando a incidência da norma perante hipóteses distintas de “Dauerschuldverhältnisse”, v. AA.VV., *Kommentar zum Bürgerlichen cit.*, pp. 1062-1074, p. 1068, Rn 37.

¹⁰⁴⁹ Assim BAPTISTA MACHADO, “Risco contratual ...” *cit.*, p. 286. Eduard PICKER assinala também que, nestes casos, haverá uma “prestação parcial” (referindo uma “Teil-Leistung”) que se impossibilita (“Fristlose Kündigung und Unmöglichkeit, Annahmeverzug und

enquadre devidamente a suspensão laboral – impondo adaptação que considere a natureza duradoura do vínculo –, a impossibilidade parcial também não explica o fenómeno. A impossibilidade é *temporária* se for “previsível que a sua causa venha a cessar em tempo de tornar a obrigação susceptível de cumprimento em que o credor mantenha interesse”¹⁰⁵¹. Será *definitiva* se, “tendo em vista a evolução normal previsível, não [seja] de esperar que ela venha a cessar, isto é, que venha a tornar-se possível aquele cumprimento, pelo menos em tempo de ainda poder satisfazer o interesse do credor”¹⁰⁵². A impossibilidade diz-se *parcial* se “não atinge toda a prestação, mas apenas uma sua parte”¹⁰⁵³. É, por fim, *total* se torna irrealizável o interesse do credor, se “afecta inteiramente” a obrigação, ditando a sua extinção¹⁰⁵⁴.

Vergütungsgefahr im Diensvertragsrecht”, JZ, 1985, pp. 641-652 (Parte 1) e pp. 693-706 (Parte 2), p. 700). HAGER convoca, por sua vez, uma “*Teilunmöglichkeit*” (*Das ruhende cit.*, pp. 45 e 48). E SARRAUTE indica igualmente uma supressão parcial da obrigação (*De la suspension cit.*, p. 61). Idêntico apelo à impossibilidade parcial é ainda frequente na doutrina e jurisprudência italianas (LOMBARDI, *La risoluzione cit.*, pp. 146 e ss.). Stefano BARTALOTTA indica: “*in un contratto di durata, come il contratto di lavoro, l'impossibilità temporanea della prestazione è assimilata all'impossibilità parziale*” (“Estensione del Repêchage al Caso di Sospensione per Impossibilità Temporanea della Prestazione e Nodi Non Ancora Sciolti sul Fondamento di Quest’Obbligo” (anotação à Decisão da *Cassazione* de 24.1.2005, n.º 1378), RIDL, ano 24, 2005, pp. 986-989, p. 988). Já no contexto específico da suspensão laboral, MONTEIRO FERNANDES conclui pela “impossibilidade *definitiva*, se bem que *parcial* da prestação a cargo do trabalhador”, cujos efeitos são afastados, atenta a previsão de regime próprio (*Direito cit.*, p. 450). E Bernardo da Gama Lobo XAVIER considera que esta “impossibilidade definitiva será *parcial* porque não se refere a todas as prestações laborativas, mas só àquelas que são atingidas pela impossibilidade” (“A Repercussão do Encerramento Definitivo do Estabelecimento nos Contratos de Trabalho”, RDES, ano 20, 1973, n.º 1, pp. 1-24, p. 8, n. 13). Também PALMA RAMALHO refere que “o regime da suspensão do contrato obsta, justamente, ao efeito extintivo geral da obrigação que resultaria desta impossibilidade, nos termos do art. 802.º do CC” (*Tratado cit.*, II, p. 830, n. 54, itálico nosso). E MENEZES LEITÃO indica que a não realização da prestação de trabalho no momento acordado “acarreta imediatamente um incumprimento definitivo *parcial*” (*Direito do trabalho cit.*, p. 416, itálico nosso). Por sua vez, TAVARES DA SILVA considera, nestes casos, a concorrência simultânea de impossibilidade temporária e parcial: “a *impossibilidade temporária*, no âmbito do contrato de trabalho, parece implicar sempre, em razão da própria natureza do negócio, *também uma impossibilidade definitiva parcial*” (“Serviço militar ...” *cit.*, p. 60, n. 24, itálico nosso). Da nossa parte, não questionamos a inutilização definitiva da(s) prestação(ões) correspondente(s) ao tempo do impedimento; rejeitamos, no entanto, a recondução destes casos à impossibilidade parcial.

¹⁰⁵⁰ Sendo esta a solução prevalecente na jurisprudência italiana. Em decisão da *Cassazione* de 9.11.1978, n.º 5156, é indicado que a prisão preventiva do trabalhador por factos estranhos aos deveres laborais, constituindo uma hipótese de impossibilidade parcial superveniente da prestação do trabalhador, pode legitimar que o empregador coloque fim ao contrato, o que deve ser valorado, considerando a economia global do contrato, a duração acordada, o tempo da ausência e, por fim, as funções exercidas pelo trabalhador no contexto da estrutura empresarial (Sumário). Sobre tais hipóteses, v. *infra* Parte II, Capítulos II e III.

¹⁰⁵¹ ANA PRATA, *Dicionário cit.*, p. 725.

¹⁰⁵² ANA PRATA, *Dicionário cit.*, p. 720.

¹⁰⁵³ ANA PRATA, *Dicionário cit.*, p. 723.

¹⁰⁵⁴ ANA PRATA, *Dicionário cit.*, p. 725.

Na impossibilidade *parcial*, ocorre modificação qualitativa (redução) do objecto¹⁰⁵⁵. Por isso, a execução (do remanescente) é apenas possível na medida em que a redução não afecte o fim económico da obrigação: se o devedor pretende libertar-se, oferecendo *aliud pro alio*, a obrigação não é apenas quantitativamente, mas também qualitativamente distinta do acordado¹⁰⁵⁶.

II. A par de demarcação genérica, importa, no entanto, compreender os argumentos convocados para a usual aproximação das hipóteses em análise ao regime da impossibilidade parcial. Adiantamos, todavia, que as razões que sustentam uma tal preferência não se nos afiguram convincentes – por não lhes corresponder, quase sempre, justificação material ou de fundo. Resultam, na verdade, de lógica excludente: a preferência por aproximação ao regime da impossibilidade parcial surge, com frequência, atenta a inadequação do regime da impossibilidade temporária às obrigações duradouras. A propósito de disposição equivalente – reservada, no Direito italiano, ao enquadramento da impossibilidade temporária (o art. 1256, 2, do CCit.) –, ICHINO alerta que a mesma apenas se refere explicitamente a prestações instantâneas, *uno actu*; e assim seria porque, bem vistas as coisas, apenas estas e não as de carácter continuativo são susceptíveis de retardamento¹⁰⁵⁷. Partilhando a premissa, discordamos, contudo, da conclusão: cremos que este raciocínio espelha as dificuldades que resultam de aplicação forçada de núcleo regimental concebido para o enquadramento de obrigações instantâneas (*v.g.*, disposições referentes à impossibilidade temporária) ao domínio das obrigações duradouras; não deve, porém, redundar em preferência pelo regime da impossibilidade parcial, justificando tão-só adaptações às regras afectas à impossibilidade temporária, a acomodar a obrigação duradoura¹⁰⁵⁸. Vimos que um traço característico do regime reservado, no art. 792.º do CC, à impossibilidade temporária é um atraso ou demora – adequado, por regra, a obrigação instantânea; e concluímos que este retardamento não concorre, com frequência, quando o cumprimento se prolonga no tempo – como em obrigação duradoura, em que, por princípio, a(s) prestação(ões) impossibilitada(s) é/são, em definitivo, perdida(s)¹⁰⁵⁹. Transposta esta lógica para o contrato de trabalho, verificamos que a execução das tarefas que ao trabalhador compete executar no período em que se encontra impossibilitado não é usualmente adiada para o seu regresso: dificilmente são subsequentemente retomadas, uma vez removido o impedimento. Não sendo, por princípio, concebível o prolongamento do trabalho – em razão daquele

¹⁰⁵⁵ Tal qual ocorre se “o incêndio ou ciclone tiverem destruído parte apenas da coisa devida” ou “se o abalo de terra tiver destruído só uma parte da casa arrendada” (ANTUNES VARELA, *Das obrigações cit.*, vol. 2, p. 89).

¹⁰⁵⁶ Luigi MENGONI, “Note sull’Inadempimento Involontario dell’Obbligazione di Lavoro”, *RDPC*, ano 4, 1950, pp. 270-282, pp. 279-281.

¹⁰⁵⁷ *Il contratto cit.*, p. 449.

¹⁰⁵⁸ ICHINO, *Il contratto cit.*, p. 449.

¹⁰⁵⁹ Andrea TORRENTE, “Appunti sull’Impossibilità Temporanea del Lavoratore”, *RGLPS*, 1950, n.ºs 2-3, pp. 110-129, p. 110.

atraso –, a duração total do vínculo sofre redução e perda, em regra, irreparável¹⁰⁶⁰. Cientes destas especificidades, afastamo-nos, todavia, da solução alternativa – a sugerida aproximação à impossibilidade parcial – e, no essencial, por duas razões: atenta a desadequação de um apelo a um tal regime, enquanto lógica explicativa do fenómeno suspensivo, e, mais uma vez, em função dos traços próprios de vínculo duradouro.

III. Só forçosamente se conclui que a impossibilidade parcial traduz os casos que tratamos. A impossibilidade parcial opera *ratione objecti*: pressuposto da sua aplicação é a possível redução do objecto, que a inexecução transforma em algo qualitativamente diverso; ora, uma tal redução não ocorre agora, em que o fraccionamento opera (apenas) *ratione temporis*: as prestações possíveis (futuras) não são qualitativamente diversas das que se não realizam – impossibilidade parcial e impossibilidade temporária surgem, pois, em dois planos distintos (quantitativo e cronológico, respectivamente)¹⁰⁶¹.

Acresce que a impossibilidade parcial não trava a realização actual do residual; antes pressupõe objecto divisível em parcelas coexistentes num mesmo período¹⁰⁶²; ao invés, na suspensão, o cumprimento imediato é excluído, em salvaguarda de execução futura (plena)¹⁰⁶³. Dir-se-á, na verdade, que as prestações não executadas são integralmente (e não parcialmente) inutilizadas; as prestações futuras não são (sequer em parte) afectadas: e ao referirmos a impossibilidade *ratione temporis* (e não *ratione objecti*), afastamos a aplicação do art. 793.º do CC. Outra conclusão traduziria extensão artificial da impossibilidade parcial, do que seria evidência o sugerido apelo a uma “impossibilidade parcial *ratione temporis*” – frequente na doutrina e jurisprudência italianas –, com aplicação preferencial, precisamente, no domínio laboral¹⁰⁶⁴. É, aliás, por tratarmos de classificações independentes, que nada impede o seu cruzamento ou sobreposição: em função do objecto, a impossibilidade temporária pode ser total ou parcial; em função do tempo, a impossibilidade parcial pode ser temporária ou definitiva¹⁰⁶⁵. Transposta esta lógica para o âmbito laboral, dir-se-á que a impossibilidade parcial não motiva

¹⁰⁶⁰ V. o que concluímos *supra* § 3.2., quanto à tendencial não prorrogação de vínculo duradouro.

¹⁰⁶¹ LOMBARDI, *La risoluzione cit.*, pp. 146-147.

¹⁰⁶² O contrato seria, assim, dissolvido no que respeita ao que não é executável, subsistindo quanto ao remanescente. Apenas nesta hipótese – e não já nos casos de suspensão de que tratamos – seria adequado sugerir que a inexecução parcial dita a resolução parcial do contrato (RADOUANT, *Du cas fortuit cit.*, pp. 329-330).

¹⁰⁶³ A impossibilidade parcial tem natural aplicação em contexto laboral – assim, nomeadamente, perante incapacidade que limita as aptidões do trabalhador, que passa, em diante, a desempenhar apenas parcela do que antes lhe competia executar. Não retrata, todavia, adequadamente a suspensão, uma vez que as hipóteses aqui pressupostas são, numa perspectiva qualitativa, indivisíveis.

¹⁰⁶⁴ LOMBARDI, *La risoluzione cit.*, p. 147. Por estas razões, MENGONI afasta a recondução destes casos à impossibilidade parcial, preferindo a sua assimilação ao regime da impossibilidade temporária (“Note ...” *cit.*, p. 282). A sugestiva impossibilidade parcial *ratione temporis* não mais seria do que verdadeira e própria impossibilidade temporária.

¹⁰⁶⁵ MENGONI, “Note ...” *cit.*, p. 279.

a suspensão laboral, antes resultando em modificação ou redução das prestações afectadas¹⁰⁶⁶.

IV. A desconformidade do apelo à impossibilidade parcial decorre ainda dos traços associados a vínculos duradouros. Para o ilustrar, basta retomar os elementos que demarcam obrigações duradouras e fraccionadas¹⁰⁶⁷: se, em obrigação fraccionada, o incumprimento de uma de três prestações representa incumprimento parcial de prestação única, o mesmo não sucede em obrigação duradoura, atenta a autonomia de cada prestação que participa de um tal complexo¹⁰⁶⁸.

Estas observações não obstam, certamente, à operacionalidade da impossibilidade parcial em vínculo duradouro, mas tão-só à sua convocação enquanto fórmula explicativa de obstáculo transitório num tal domínio: a impossibilidade parcial mantém, então, aplicação não só no que respeita a (cada) prestação singular – tal como em contrato de arrendamento, com o pagamento de (apenas) metade da renda estipulada naquele mês^{1069/1070}; mas também perante obstáculo que afecte parcialmente todas as prestações de complexo duradouro – como em hipótese de privação parcial do gozo de imóvel arrendado, por destruição parcelar do mesmo¹⁰⁷¹. Nenhum destes casos retrata, porém, situação transitória que, uma vez superada, permita a retoma de execução plena, nos termos inicialmente acordados – e é essa a hipótese a enquadrar.

Cremos, pois, que a assinalada dissonância entre o regime geral da impossibilidade temporária e vínculo duradouro não encontra solução alternativa na impossibilidade parcial. Tal qual a concebemos, a suspensão pressupõe concepção *dual* do contrato duradouro: dimensão *interna*, com transposição do regime da impossibilidade definitiva (de cada prestação), e dimensão *externa*, promovendo aplicação depurada do regime da impossibilidade temporária – e que preferimos à aproximação à impossibilidade parcial. A subsistência do vínculo resulta, pois, do impacto das prestações inviabilizadas no conjunto de que participam – assim melhor se definindo os contornos gerais do fenómeno suspensivo.

¹⁰⁶⁶ Assim, ICHINO, *Il contratto cit.*, pp. 65-66.

¹⁰⁶⁷ V. *supra* Capítulo I, Secção V, Subsecção II.

¹⁰⁶⁸ V. *supra* Capítulo I, Secção V, Subsecção III, § 3. e Capítulo II., §§ 1.3. e 1.4.

¹⁰⁶⁹ DEVOTO, *L'obbligazione cit.*, p. 287 e ainda p. 304.

¹⁰⁷⁰ Também CUNHA DE SÁ perspectiva no vínculo duradouro “vários créditos”, ainda que “nascidos da mesma relação obrigacional”; e, por conseguinte, *não faria sentido “falar de cumprimento parcial a propósito de cada uma das respectivas prestações”* (*Direito cit.*, p. 7, *itálico* nosso).

¹⁰⁷¹ ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA, *Código Civil cit.*, vol. 2, pp. 46-47. Esta situação não traduz, portanto, situação transitória que, uma vez superada, permite retomar a execução, nos termos inicialmente acordados – tal como usual na impossibilidade temporária.

3.5. Impossibilidade definitiva do vínculo?

I. Temos, porém, presente ter sido já sustentado que, atenta a natureza duradoura do contrato, salvo nos casos legalmente excepcionados, qualquer impedimento, ainda que transitório, sempre ditaria a extinção do vínculo – e não, tal qual consideramos suceder, por regra, (apenas) da(s) prestação(ões) atingida(s). É, para tanto, referido que a duração assumida e a pressuposta continuidade ou periodicidade seriam razão do contrato – lógica transponível para a esfera laboral, considerada a actividade do trabalhador – e desta forma se apartando, por princípio, os vínculos “*di durata*” do enquadramento reservado à impossibilidade não definitiva: sem expressa ressalva, a inactividade prolongada do trabalhador faria decair o contrato, conforme construção que inviabilizaria a suspensão em vínculo duradouro¹⁰⁷².

II. Deste entendimento ter-se-á aproximado a *Cassazione*, em decisão de 23.8.1949¹⁰⁷³. Perante condicionalismo transversal à indústria cinematográfica italiana, a sociedade *Italcine* ficou impossibilitada de dar ocupação à célebre actriz Alida Valli. No entender da *Cassazione*, assumida a continuidade da actividade contratada, a sua interrupção indefinida, ainda que temporária, esvaziaria o contrato, não havendo razão para a sua subsistência. Nesse mesmo ano, idêntico princípio foi convocado em situação distinta. Conforme a *Cassazione*, a impossibilidade superveniente, ainda que transitória, de o trabalhador prestar a sua actividade – no caso, incluído nas “*brigate nere*” – seria razão bastante para fazer cessar o contrato de trabalho¹⁰⁷⁴. Restava apenas determinar a forma que a cessação haveria de revestir: ao considerar incontornável a recondução do impedimento à vontade do trabalhador, a *Cassazione* concluiu que falhava o apelo à força maior¹⁰⁷⁵. Pressupondo o recrutamento a inscrição prévia no Partido Fascista Republicano, a inclusão do trabalhador nas “*brigate*”, ainda que (imediatamente) decorrente de ordem de autoridade, não constituiria elemento estranho à sua vontade¹⁰⁷⁶. A *Cassazione* acrescenta, porém, que o vício mais grave da decisão impugnada decorria de não ter considerado que a impossibilidade superveniente respeitante ao trabalhador, ainda que impedindo apenas temporariamente a continuidade do contrato de trabalho, determinava a sua extinção¹⁰⁷⁷, assim não sucedendo apenas nas hipóteses suspensivas expressamente salvaguardadas: a fisionomia e o conteúdo deste contrato induziriam a que também a impossibilidade

¹⁰⁷² FERNANDEZ DOMINGUEZ dá nota de que entendimento idêntico foi sustentado também no Direito espanhol. Em conformidade com tal leitura, “*la imposibilidad temporal del cumplimiento del contrato de trabajo sería, por tanto, una imposibilidad pura y simple asimilable a la definitiva*” (*La fuerza cit.*, p. 208).

¹⁰⁷³ Decisão n.º 2394.

¹⁰⁷⁴ Decisão de 10.3.1949.

¹⁰⁷⁵ Decisão da *Cassazione*, de 10.3.1949, n.º 495 *cit.*, p. 170.

¹⁰⁷⁶ Decisão da *Cassazione*, de 10.3.1949, n.º 495 *cit.*, p. 170.

¹⁰⁷⁷ Decisão da *Cassazione*, de 10.3.1949, n.º 495 *cit.*, p. 171.

transitória determinasse, por regra, o fim do vínculo laboral, atenta a obrigação contínua que resultara interrompida¹⁰⁷⁸.

Aqui chegados, admitimos que a discordância em face da construção exposta resulte evidente. Afinal, salvo nos casos expressamente regulados, o seu acolhimento não deixaria margem para a suspensão. Também MENGONI rejeita que obstáculo transitório em vínculo duradouro obste irremediavelmente à sua subsistência: nenhum aspecto da disciplina geral da impossibilidade temporária ou (sequer) da impossibilidade parcial justificaria a extinção – em prejuízo de (simples) adaptação regimental. Redução funcional? Possivelmente; mas não total disfunção – pelo menos, não imediata¹⁰⁷⁹.

III. Entendemos, pois, que nada obsta à transposição do regime da impossibilidade temporária para obrigação duradoura: a ausência do prometido poderá não afectar a subsistência do vínculo se não frustrar o interesse do credor. Apenas uma vez esgotado tal interesse, a impossibilidade temporária é transmutada em impossibilidade definitiva, ditando a extinção da obrigação e a cessação do contrato – *i.e.*, afectação da dimensão externa/una do complexo duradouro¹⁰⁸⁰. A transitoriedade, enquanto possibilidade certa ou eventual de execução futura, constitui, pois, neste contexto, elemento fundamental¹⁰⁸¹ – indissociável da duplicidade estrutural¹⁰⁸². E para tanto se convoca a análise de elementos distintos: não só a essencialidade que reveste o tempo de execução do contrato¹⁰⁸³, como a extensão do impedimento. Antecipando referências a retomar adiante¹⁰⁸⁴, haverá que concluir pelo carácter definitivo do impedimento, se este apenas “*puder cessar por algum facto extraordinário, com que não seja legítimo contar, ou quando a sua duração provável fizer presumir que a prestação, na data em que a impossibilidade cessar, não satisfará já*

¹⁰⁷⁸ Decisão da *Cassazione*, de 10.3.1949, n.º 495 *cit.*, p. 171. No mesmo sentido, *v.* ainda decisão de 17.10.1960, n.º 2777. Notamos, porém, que estas decisões não exprimem – sequer à data – orientação firme da jurisprudência: ainda em 1949, a *Cassazione* concluiu diversamente, considerando que, atenta a impossibilidade temporária, o contrato de trabalho não terminara, subsistindo em suspenso (decisão da *Cassazione* de 24.5.1949, *apud* MENGONI, “Note ...” *cit.*, p. 270).

¹⁰⁷⁹ “Note ...” *cit.*, p. 278. Este entendimento resulta, aliás, reforçado se considerarmos que, com frequência, factos idênticos são elencados como circunstâncias suspensivas ou extintivas. Assim, entre os casos de resolução, pelo trabalhador, por justa causa, conta-se a “*necessidade de cumprimento de obrigação legal incompatível com a continuação do contrato*” (cf. art. 394.º, n.º 3, a)) – o que pode também consubstanciar falta justificada (cf. art. 249.º, n.º 2, d) ou legitimar a suspensão (cf. art. 296.º). *V.* ainda a falta de pagamento pontual da retribuição (cf. art. 394.º, n.º 2, a), e n.º 3, c)) – que pode justificar ainda a suspensão (cf. arts. 294.º, n.º 3, e arts. 325.º a 327.º).

¹⁰⁸⁰ MENGONI, “Note ...” *cit.*, pp. 278-279.

¹⁰⁸¹ Quanto à delimitação da natureza temporária ou definitiva do impedimento, *v. infra* Parte II, Capítulo III.

¹⁰⁸² *V. supra* Capítulo I, Secção V, Subsecção III, § 3 e Capítulo II, §§ 1.3. e 1.4.

¹⁰⁸³ *V. supra* Capítulo I, Secção V, Subsecção II, § 2.

¹⁰⁸⁴ *V. infra* Parte II, Capítulo III.

a finalidade da obrigação”^{1085/1086}. Por conseguinte, a inutilização (definitiva), ainda que plural (no que respeita à dimensão interna), não dita inevitavelmente – salvaguardada a necessária unidade funcional – a insubsistência do vínculo¹⁰⁸⁷.

Da concretização desta lógica no âmbito da suspensão laboral resulta que, por regra, o trabalho não executado não mais o será; porém, sem que tal faça perigar irremediavelmente a subsistência do contrato (perspectiva externa) – apenas uma análise casuística autorizando aferir se o vínculo deve ser mantido ou extinto, conforme critérios de valoração que importa convocar¹⁰⁸⁸.

4. Ponto de ordem

A plena operacionalidade do complexo duradouro exige, não raras vezes, a depuração de institutos concebidos segundo a lógica própria das obrigações instantâneas. Concebemos a suspensão laboral como fenómeno complexo e heterogêneo, que agrega uma pluralidade de institutos dispersos na sistemática civilística: a leitura de um tal conjunto carece, porém, com frequência, de adaptação que considere execução não instantânea¹⁰⁸⁹. A completa apreensão

¹⁰⁸⁵ Cf. art. 62.º, n.º 2, do Anteprojecto – que enquadrava a “Impossibilidade temporária” (VAZ SERRA, “Direito das obrigações ...” cit., p. 46). Por conseguinte, “*tornando-se definitivamente impossível a prestação, não renasce a obrigação, se depois, em consequência de um facto extraordinário, com que não era legítimo contar, voltar a ser possível a mesma prestação*” (cf. art. 64.º, n.º 1, do Anteprojecto, sob a epígrafe “Possibilidade ulterior” – “Direito das obrigações ...” cit., p. 47). Concebendo a hipótese de “a prestação volt[ar], entretanto, (por ter sido abolida a proibição legal, por ter aparecido a coisa que desaparecera ou fora furtada, etc.) a ser possível”, ANTUNES VARELA conclui que participando a obrigação de um contrato bilateral “que já havia sido resolvido”, por princípio, “nenhum dos contraentes poderá ser forçado ao renascimento do contrato” (*Das obrigações cit.*, vol. 2, p. 66, n. 1). No âmbito da suspensão laboral e rejeitando associar “definitivo/irreversível” no que respeita à valoração do impedimento, v. *infra* Parte II, Capítulo II, § 1.

¹⁰⁸⁶ Cremos ilustrativa a análise desenvolvida no Direito inglês quanto aos contornos da designada “indisponibilidade temporária”: o contrato poderá cessar por “*frustration*” se a pausa e o cumprimento ulterior transmutarem a obrigação em algo substancialmente diferente do originariamente assumido. Em *Jackson v Union Marine Insurance Co Ltd* (1874), um navio fora fretado para transportar mercadoria de *Newport* para *San Francisco*, em Janeiro. O navio encalhou em *Caernarvon Bay* e a sua reparação terminou apenas em Agosto. Foi entendido que o atraso frustrara o contrato ([1874] LR 10 CP 125; [1874-80] All ER REP 317; 44 LJCP 27; [1874] 31 LT 789; [1874] 23 WR 169; [1874] 2 Asp MLC 435). Sobre o caso, v. Robert UPEX e Geoffrey BENNETT, *Davies on Contract*, 9.ª ed., Sweet & Maxwell, 2004, p. 257, e Roger BROWNSWORD, *Smith & Thomas: A Casebook on Contract*, 12.ª ed., Sweet & Maxwell, 2009, p. 705. Guenter TREITEL reconduz este caso às hipóteses de “*temporary impossibility*”, por “*delay making performance useless to the party to whom it is to be rendered*” (*Frustration and Force Majeure*, 2.ª ed., Thomson, Sweet & Maxwell, 2004, p. 236).

¹⁰⁸⁷ Cremos que leitura aproximada é indicada por LAVAGNINI, a respeito da necessária adaptação do § 1256 do CCit. aos “*contratti di durata*”: as prestações não executadas são, em regra (em definitivo) inviabilizadas, sem que tal interfira com o destino das prestações futuras nem “*sulla sorte del contratto che resta solamente sospeso*” (*La sospensione cit.*, p. 53).

¹⁰⁸⁸ V. *infra* Parte II, Capítulo III.

¹⁰⁸⁹ Annie BOUSIGES refere sugestivamente: “*le caractère successife et la momentanée de l’empêchement expliquent la suspension du contrat*” (“L’Évolution de la Force Majeure en Droit du Travail”, *Les*

da suspensão laboral exige, pois, atender a desvios impostos, em contexto duradouro, a respeito de matérias tão diversas quanto o (in)cumprimento, a *exceptio inadimpleti contractus* ou a impossibilidade temporária, apenas em momento ulterior fazendo sentido considerar as específicas exigências inerentes a tais temáticas em contexto laboral¹⁰⁹⁰.

É, assim, sugerido duplo ajuste que pondere, em primeiro lugar, a dimensão duradoura do vínculo – depuração comum ao contrato de trabalho e a outros vínculos que partilhem idêntica natureza –, só em seguida se impondo convocar elementos característicos do contrato de trabalho que conferem especialidade ao fenómeno suspensivo laboral e que justificam a expansão, neste domínio, da sua operacionalidade. Ainda assim, é possível adiantar uma noção abrangente do fenómeno: ausência temporária e justificada da actividade do trabalhador, que se traduz em inexecução definitiva da actividade não prestada (perspectiva interna), sem que tal dite a cessação do vínculo laboral (perspectiva externa) – e tendo em vista, por princípio, a retoma de plena execução.

Orientations Sociales du Droit Contemporain. Écrit en l'honneur de Jean Savatier, PUF, 1992, pp. 85-109, p. 98).

¹⁰⁹⁰ A tal respeito, v. *infra* Capítulo VI e Parte II.

CAPÍTULO III

O FENÓMENO SUSPENSIVO (EM GERAL): OUTRAS LEITURAS ENQUADRADORAS

Não obstante o apelo dominante à impossibilidade, importa considerar outras propostas de enquadramento do fenómeno suspensivo em domínio que extravasa o laboral.

1. A suspensão como condição suspensiva atípica

I. Com a aposição de cláusulas acessórias, as partes condicionam os efeitos de negócio jurídico: se, na condição suspensiva, o negócio fica dependente da verificação de “acontecimento futuro e incerto” (*incertus an*), no termo inicial, suspensivo ou dilatatório, os efeitos são diferidos para momento futuro, de verificação certa (*certus an*)¹⁰⁹¹. À semelhança do que sucede na suspensão, identificamos, também nestes casos, uma situação de pendência que apenas finda com a verificação do termo ou condição¹⁰⁹². Certo é, no entanto, que enquanto estas hipóteses adiam os efeitos de negócio jurídico já celebrado, porém, ainda não executado, a suspensão pressupõe alteração superveniente – interferindo com o programa contratual já encetado. Referimos, pois, realidades não sobreponíveis¹⁰⁹³.

É, não obstante, sustentado que, no âmbito de obrigação duradoura – e, uma vez mais, em função da sua estrutura complexa –, a condição suspensiva poderia assumir outras variantes, a acrescer à sua função típica, surgindo, assim, a sugestão de aposição de condição suspensiva a determinada(s) prestação(ões) singular(es) e sujeitando a eficácia deste ou daquele comando à verificação de evento futuro e incerto. Para ilustrar o desvio, é indicada, precisamente, a hipótese de contrato de trabalho em que o trabalhador reserva o direito de não trabalhar, sobrevivendo dado evento (*v.g.*, doença do trabalhador); ou a celebração de arrendamento de armazém, sob condição de o locador poder utilizar o espaço, verificadas determinadas circunstâncias¹⁰⁹⁴. Nos casos descritos, tal derivação da condição suspensiva distanciar-se-ia da sua função e efeito típicos, já que a suspensão operaria após a execução ter sido iniciada, respeitando apenas a uma prestação ou número limitado de prestações e não

¹⁰⁹¹ Cf. arts. 270.º e 278.º do CC respectivamente.

¹⁰⁹² No que respeita à condição suspensiva, dir-se-á que esta sustém a eficácia do negócio, induzindo estado de pendência até à ocorrência de determinado evento: verificada a condição, “os efeitos do negócio que estavam suspensos tornam-se efectivos *ipso jure* [...]” (MOTA PINTO, *Teoria cit.*, pp. 574-575). V. ainda DEVOTO, *L'obbligazione cit.*, pp. 156-157.

¹⁰⁹³ Tal qual já referido *supra*, n. 52. Na esfera laboral, o art. 135.º, n.º 1, prevê que ao contrato de trabalho “pode ser aposta, por escrito, condição ou termo suspensivo, nos termos gerais”. Na verdade, “a aposição de condição ou termo suspensivos ao contrato de trabalho não conhece qualquer especialidade, com excepção da exigência formal decorrente da norma, imposta por razões de segurança jurídica” (AA.VV., *Código cit.*, p. 350, anotação LUÍS MIGUEL MONTEIRO/PEDRO MADEIRA DE BRITO). Não obstante parcial equivalência terminológica e referência comum a uma situação de pendência, o núcleo funcional dos institutos – condição e termo suspensivos *vs.* suspensão laboral – não coincide.

¹⁰⁹⁴ DEVOTO, *L'obbligazione cit.*, pp. 155-156 e 158.

atingindo (globalmente) a eficácia da obrigação. Estar-se-ia, pois, perante adaptação reservada a obrigações duradouras¹⁰⁹⁵: num processo em certa medida inverso ao da condição suspensiva em sentido próprio, agora, a obrigação que era eficaz deixa de o ser temporariamente, por meio de um facto suspensivo¹⁰⁹⁶. Por assumir contornos bem distintos dos usualmente reconhecidos ao instituto, ser-lhe-ia reservada a designação “condição de suspensão”¹⁰⁹⁷.

II. Conforme leitura mais ambiciosa, é, no entanto, proposta extensão desta construção a hipóteses que prescindem de acordo das partes¹⁰⁹⁸: um tal efeito operaria perante eventos supervenientes não programados, imprevisíveis e de duração variável, condicionantes da eficácia de determinadas prestações singulares no contexto de obrigação duradoura – o que sucederia amiúde no vínculo laboral, atento o frequente intercalar de tempos de actividade e de ausência do trabalhador. Estar-se-ia perante “condição tácita”¹⁰⁹⁹, eficaz em face de obstáculos transitórios à normal execução de obrigação duradoura – e que surgiria, afinal, como traço característico destas hipóteses. Lógica similar cremos, aliás, sugerida por MONTEIRO FERNANDES: assumindo que o devedor afectado por impossibilidade não fica, então, desobrigado de prestar, aproxima tais casos da aposição de condição suspensiva, sugerindo que a obrigação do trabalhador é, nessas hipóteses, subordinada a uma condição suspensiva – a cessação da impossibilidade¹¹⁰⁰. A divergência que, no essencial, nos afasta desta leitura resulta, todavia, do pressuposto da não exoneração do devedor: a superveniência afecta em termos definitivos as prestações atingidas, dispensando o devedor de prestar. Cremos, pois, que o apelo, assim feito, à condição suspensiva, ainda que adaptado ou atípico, redundaria em construção tão ou mais forçada que a resultante de convocação exclusiva e não depurada do regime da impossibilidade temporária: a suspensão reflecte, afinal, bem mais que uma versão ajustada da condição suspensiva.

2. A suspensão conforme a lógica explicativa da *exceptio*

Noutro enquadramento, o impedimento que atinge o devedor, desonerando-o da execução programada – sem, todavia, que tal afecte a preservação do vínculo – encontraria ainda explicação na excepção de não cumprimento do contrato¹¹⁰¹. A proximidade decorreria de paralelismo

¹⁰⁹⁵ DEVOTO, *L'obbligazione cit.*, pp. 155-157.

¹⁰⁹⁶ DEVOTO, *L'obbligazione cit.*, p. 156.

¹⁰⁹⁷ DEVOTO, *L'obbligazione cit.*, pp. 156-157.

¹⁰⁹⁸ DEVOTO, *L'obbligazione cit.*, p. 158.

¹⁰⁹⁹ DEVOTO, *L'obbligazione cit.*, pp. 158-159.

¹¹⁰⁰ “A suspensão do ...” *cit.*, p. 69.

¹¹⁰¹ ARTZ, “La suspension ...” *cit.*, p. 98. Esta perspectiva é, por vezes, designada “teoria do incumprimento”, que RIVAS VALLEJO considera insuficiente se apresentada como lógica explicativa da suspensão (*La suspensión cit.*, pp. 20-21). Também entre nós, no plano da

respeitante ao destino da contraprestação da prestação impossibilitada, já que, por regra, a contraparte é também dispensada do cumprimento, até que a execução da prestação em crise volte a ser viável; e, afinal, também na *exceptio*, “o excipiente «suspende» a sua prestação até à realização da contraprestação pela outra parte”¹¹⁰². Certo é, porém, que, embora a *exceptio* constitua, em si mesma, hipótese suspensiva¹¹⁰³, reflecte dispensa reactiva (secundária) na esfera do credor – e não o enquadramento explicativo da generalidade dos fenómenos suspensivos¹¹⁰⁴. Essencial é, na verdade, justificar a suspensão primária e a dispensa (de prestar) do devedor que, por razões várias, não executa o acordado, só num segundo plano se equacionando a (eventual) suspensão da contraprestação, enquanto decorrência do usual operar do sinalagma¹¹⁰⁵. Acresce, por fim, que, no domínio específico da suspensão laboral, pese embora a regra geral do art. 295.º, n.º 1, nem sempre a contraprestação retributiva desaparece¹¹⁰⁶. Nesta medida, embora a *exceptio* constitua modalidade suspensiva, não deve ser assumida como construção agregadora, auto-explicativa do fenómeno suspensivo.

3. A suspensão enquanto extinção temporária ou parcial do vínculo

I. Considerada a natureza duradoura do vínculo, é, por vezes, sugerida aproximação da suspensão à resolução: os dois institutos partilhariam a mesma natureza, distanciando-se apenas em grau. A suspensão surgiria como forma relaxada de resolução ou de amputação contratual, sem que tal afectasse a subsistência do vínculo pelo tempo anterior e subsequente ao evento obstativo. Acolhendo esta perspectiva, a doutrina francesa reconduz frequentemente o período de suspensão por impedimento temporário ao art. 1184 do CCfr.¹¹⁰⁷ (“*condition résolutoire*”), assim identificando suspensão e resolução – nesta construção, usualmente qualificada de “parcial”¹¹⁰⁸ –, atento o operar em

“caracterização da suspensão do contrato de trabalho”, Dias LOBO assinala que “já se pretendeu que esta figura não passa da chamada *exceptio non adimpleti contractus*, que se traduz na recusa da prestação enquanto o outro contraente não efectuar a que lhe cabe ou não oferecer o seu cumprimento simultâneo” (*Responsabilidade Objectiva do Empregador por Inactividade Temporária Devida a Perigo de Lesão à Vida e à Saúde do Trabalhador*, Coimbra Editora, 1985, p. 86). Sobre a *exceptio* – especificidades da operacionalidade em vínculo duradouro e enquanto modalidade suspensiva –, v. *supra* Capítulo II, § 2.

¹¹⁰² JOSÉ JOÃO ABRANTES, “A excepção ...” *cit.*, p. 74.

¹¹⁰³ Assim, *supra*, Capítulo II, § 2.

¹¹⁰⁴ RIVAS VALLEJO, *La suspensión cit.*, p. 21.

¹¹⁰⁵ “[L]a notion indépendante de suspension est une inexécution justifié du contrat par l’une des parties, résultant non pas de la carence de l’autre, mais d’un événement l’empêchant d’exécuter ses engagements” (YAMAGUCHI, *La théorie cit.*, p. 18).

¹¹⁰⁶ Assim, nas hipóteses de suspensão por facto respeitante ao empregador (v. *supra* Capítulo I, Secção V, Subsecção III, § 2 e *infra* Parte II, Capítulo I, Secção IV).

¹¹⁰⁷ Versão consolidada disponível em <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?sessionId=6A92E2F131BAC29BBAA479AA0D4C3D63.tpdila20v_2?cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20150320>.

¹¹⁰⁸ “Pour ceux qui soutiennent la thèse «suspension-résolution», l’interruption d’exécution, qualifiée de suspension, est voisine de la résolution parce qu’elle comporte la suppression partielle des obligations”

contexto duradouro¹¹⁰⁹. Importa, porém, ter presente que a destrição entre a *suspensão*, como período de vivência, e a *resolução*, enquanto modo de *extinção* contratual, assume maior interesse em ordenamentos que admitem expressamente uma cessação meramente temporária do vínculo¹¹¹⁰. Identificamos, porém, nesses casos, fenómenos autónomos; na suspensão, o contrato subsiste; já se opera a resolução, o trabalhador mantém apenas preferência no reemprego¹¹¹¹ – daqui resultando notáveis diferenças no respeitante ao tempo de ausência e às especificidades de um tal regresso.

Vimos que, no Direito inglês, a “*continuity of employment*” pode, em certos casos, ser retomada após período extintivo, por factos que revestem, entre nós, eficácia suspensiva¹¹¹², o que explica que, para KAHN-FREUND, a “*suspension*” acolha, pelo menos, dois significados: (i) exoneração temporária das obrigações recíprocas das partes, que não afecta a subsistência do vínculo; e (ii) período de efectiva cessação¹¹¹³. Em perspectiva aproximada, embora partindo da autonomização dos conceitos de “relação de trabalho” e de “contrato de trabalho”, FREEDLAND distingue, no Direito inglês: de um lado, o que designa de “suspensão do contrato de trabalho”, que elege para análise aprofundada – hipótese em que considera existir contrato de trabalho em vigor, não sendo, porém, o trabalho executado nem, por regra, a retribuição paga¹¹¹⁴; e, de um outro, a “suspensão da relação de trabalho”, mais ampla, pressupondo a subsistência da *relação* de trabalho, ainda que o *contrato* tenha cessado¹¹¹⁵.

(YAMAGUCHI, *La théorie cit.*, p. 22). Não concebemos, todavia, a impossibilidade ou incumprimento de determinada(s) prestação(ões) singulares do complexo duradouro como incumprimento ou impossibilidade parcial. Vimos, todavia, que também no ordenamento italiano é frequente idêntico apelo (*v. supra* Capítulo II, § 3.4.).

¹¹⁰⁹ Do que dá conta ARTZ, “*La suspension ...*” *cit.*, pp. 97-98. Uma tal solução havia sido sustentada por LEBRET, “*Suspension ...*” *cit.*, pp. 589 e ss. Sintetizando as críticas a um tal enquadramento, *v. SARRAUTE, De la suspension cit.*, pp. 82-90, e TREILLARD, “*De la suspension ...*” *cit.*, p. 66.

¹¹¹⁰ Cf. referido *supra*, Capítulo I, Secção V, Subsecção III, § 1. V. as referências, então feitas, aos ordenamentos espanhol, francês e inglês. Mesmo à luz do ordenamento espanhol, VIDA SORIA recusa qualquer sobreposição da suspensão à extinção: “*la suspensión de los efectos del contrato, la suspensión del contrato, excluye la extinción del mismo y su última justificación se encuentra en esa misma función excluyente*” (*La suspension cit.*, p. 54).

¹¹¹¹ Sendo, por isso, questionável a recondução de tais hipóteses à suspensão: rejeitando a construção da “*suspension résolution*” porque “*le contrat suspendu est un contrat qui vit*”, *v. BÉRAUD, La suspension cit.*, pp. 67 e 69 e ss.

¹¹¹² *Supra*, Capítulo I, Secção V, Subsecção III, § 1.

¹¹¹³ “*Suspension ...*” *cit.*, p. 3.

¹¹¹⁴ FREEDLAND, *The contract cit.*, p. 77.

¹¹¹⁵ FREEDLAND, *The contract cit.*, p. 79. Enquadramento dificilmente transponível para o Direito português: “[...] não sendo adequada ao direito positivo nacional a secundarização do contrato como facto constitutivo da relação laboral, pode ter-se como primeiro pressuposto da reconstrução dogmática do vínculo laboral o carácter negocial desse vínculo” e por isso se referindo que “a reconstrução da relação de trabalho é a reconstrução do próprio contrato de trabalho” (Maria do Rosário Palma RAMALHO, “Relação de trabalho e Relação de Emprego –

Certo é, todavia, que, uma vez centrada a análise na primeira modalidade suspensiva – que assume a subsistência do vínculo contratual –, FREEDLAND distingue quatro fases, que designa: (i) “*pre-employment*”, (ii) “*full-employment*”, (iii) “*sub-employment*” e (iv) “*post-employment*”¹¹¹⁶, surgindo a suspensão como fenómeno modificativo, “alteração de modo” (“*change of mode*”), transição de “*full*” para “*sub-employment*”¹¹¹⁷. Admite, neste contexto, que um “*personal employment contract*” exista em modo de *sub-emprego*, após cessado um período de *pleno emprego* – ou seja, deixando as obrigações recíprocas de trabalho e de retribuição de ser cumpridas –, mas em que concorram, nalgum grau, obrigações de retoma futura do emprego e/ou se mantenham em execução obrigações mais vastas da fase de “*full-employment*”, para além do trabalho efectivo e do pagamento da remuneração, tal como a mútua lealdade. Neste período, é apropriado considerar o “*personal employment contract*” suspenso¹¹¹⁸.

II. Desde há muito que, entre nós, a autonomização suspensão/extinção se afigura bem demarcada. Ainda à luz de enquadramento legal anterior – em que a cessação unilateral, pelo empregador, não conhecia as limitações hoje existentes –, e reflectindo sobre a garantia do “direito ao lugar”¹¹¹⁹, reconhecida a trabalhadores ausentes em cumprimento de serviço militar, TAVARES DA SILVA questionava o sentido a afectar a uma tal garantia, equacionando duas leituras: “o contrato extingue-se ou pode extinguir-se; a entidade patronal é, todavia, obrigada a reintegrar o trabalhador se este, em tempo útil, o solicitar”; ou “o contrato suspende-se; a entidade patronal deve autorizar o trabalhador a retomar o serviço efectivo se, oportunamente, este manifestar a intenção de o fazer”¹¹²⁰. A Autora sugeria, no entanto, num tal contexto, a subsistência do vínculo por toda a

Contributos para a Construção Dogmática do Contrato de Trabalho”, *Estudos de Direito do Trabalho*, vol. 1, Almedina, 2003, pp. 125-156, p. 143).

¹¹¹⁶ FREEDLAND, *The personal cit.*, pp. 106-107.

¹¹¹⁷ Por sua vez, “[...] the termination of the personal employment contract, in the sense in which we identified the normal usage of that term, is itself a particular kind of transformation, that is to say from the employment state or mode to the post-employment state or mode” (FREEDLAND, *The personal cit.*, p. 460). A suspensão surge, por conseguinte, a par de outros fenómenos transformativos, tal como as alterações contratuais subjectivas (“*change of party*”) (pp. 459-462).

¹¹¹⁸ FREEDLAND, *The personal cit.*, p. 107. Relembremos, todavia, as reservas do apelo à suspensão “do contrato” (v. *supra* Introdução, § 3.2.).

¹¹¹⁹ À data, tendo em conta que a liberdade de cessação unilateral do contrato pelo empregador não conhecia especiais restrições, a suspensão constituía forma de tutela particularmente vigorosa. O art. 73.º, n.º 2, da LCT dispunha que “o tempo de suspensão conta-se para efeitos de antiguidade, conservando o trabalhador o direito ao lugar e continuando obrigado a guardar lealdade à entidade patronal”. A garantia do designado “direito ao lugar” justificava-se na medida em que “o trabalhador e a entidade patronal dispunham de uma lata faculdade de desvinculação unilateral independentemente da alegação de motivos: era a chamada «denúncia unilateral» mediante simples aviso-prévio”. Por conseguinte, o “direito ao lugar” traduzia uma proibição de despedimento, salvo justa causa. Claro está que “as profundas alterações que o regime da cessação do contrato de trabalho veio a sofrer esvaziaram de conteúdo útil o «direito ao lugar». O essencial da tutela do direito ao lugar corresponde hoje a uma garantia geral dos trabalhadores” (MONTEIRO FERNANDES, *Direito cit.*, pp. 453-454). Identicamente, v. MÁRIO PINTO, FURTADO MARTINS e NUNES DE CARVALHO, *Comentário cit.*, p. 232.

¹¹²⁰ “Serviço militar ...” *cit.*, pp. 5-56.

ausência do trabalhador: nesse tempo, “o trabalhador está ligado à empresa, tem nela o seu lugar, que lhe foi atribuído por um contrato, cuja subsistência se afirma do mesmo passo que se lhe reconhecem efeitos, reduzidos, é certo, mas reais. Em rigor parece só faltar no texto da lei a palavra suspensão para que nenhuma dúvida possam suscitar-se a este respeito”¹¹²¹.

Não vigorando, entre nós, modalidade de extinção temporária do contrato de trabalho, a destriça perde, em parte, interesse – o que resulta reforçado, atento o disposto no art. 295.º, n.º 1, e o fim prosseguido pela suspensão laboral: a conservação dos efeitos do vínculo e a estabilidade do emprego¹¹²². Notamos, todavia, que a recondução da suspensão à resolução – ainda que sugerida, com alguma frequência, no âmbito da doutrina civilística¹¹²³ – comporta, quanto a nós, contradição insanável: se a resolução aniquila o contrato, a suspensão consente na sua sobrevivência¹¹²⁴.

III. As razões que motivam excluir a assimilação da suspensão à resolução justificam afastar outras leituras que convocam lógica idêntica, tal qual a referência à suspensão enquanto novação objectiva do contrato¹¹²⁵. Dispõe o art. 857.º do CC: “dá-se a novação objectiva quando o devedor contrai perante o credor uma nova obrigação em substituição da antiga”. A aplicação deste regime pressuporia somar à extinção novo acordo que retomasse o vínculo – assim se reclamando, conforme nota JOÃO REIS, duas novações automáticas, de sinal inverso¹¹²⁶. A dificuldade resulta, todavia, evidente quer no que respeita à exigência de acordo, quer quanto ao fim do contrato: “na suspensão nem a lei nem as partes estabelecem vínculos distintos dos primitivos. Em norma a suspensão não altera as condições de trabalho contratualmente estabelecidas”¹¹²⁷. As eventuais mutações ocorridas após a retoma à normalidade são, por conseguinte, ainda reflexo da sobrevivência do contrato e não de qualquer acordo substitutivo¹¹²⁸.

¹¹²¹ “Serviço militar ...” *cit.*, p. 59, itálico nosso.

¹¹²² Tal qual *supra*, Capítulo I, Secção V, Subsecção III, § 1.

¹¹²³ Distinguindo claramente os conceitos de suspensão e de resolução, *v.* Thomas GENICON, *La Résolution du Contrat pour Inexécution*, LGDJ, 2007, pp. 41-51.

¹¹²⁴ Assim, TREILLARD, “De la suspension ...” *cit.*, p. 81, e JOÃO REIS, *A suspensão cit.*, p. 20. Para este Autor, a teoria da “suspensão-resolução” teria, porém, o mérito de pôr em evidência o que a suspensão não é (p. 21). Também JORGE LEITE autonomiza claramente a extinção da suspensão, “na medida em que a ausência de produção de efeitos novos é, naquele caso, definitiva e, neste caso, apenas temporária” (*A Extinção do Contrato de Trabalho por Vontade do Trabalhador*, vol. 1, dissert., policop., inédito, FDUC, 1990, p. 8).

¹¹²⁵ Dando conta de uma tal construção, *v.* JOÃO REIS, *A suspensão cit.*, p. 58. *V.* ainda a crítica de VIDA SORIA, *La suspensión cit.*, pp. 50 e ss.

¹¹²⁶ *A suspensão cit.*, pp. 58-59, na linha do sugerido por VIDA SORIA, *La suspensión cit.*, p. 53.

¹¹²⁷ JOÃO REIS, *A suspensão cit.*, p. 60. Rejeitando igualmente esta construção, *v.* DIAS LOBO, *Responsabilidade cit.*, pp. 86-87.

¹¹²⁸ JOÃO REIS, *A suspensão cit.*, p. 60. Quanto à temática, LUÍS MIGUEL MONTEIRO assinala, aliás, que “a prevenção de situações de fraude à lei, bem como a ponderação do estado de dependência em que se encontra o trabalhador subordinado, impõem particular cautela na destriça entre situações de novação e modificação objectiva” (“Da vontade ...” *cit.*, p. 310, itálico nosso).

Em suma, embora a suspensão convoque institutos e regimes jurídicos vários, reflecte bem mais que uma versão ajustada de hipóteses tão diversas como a condição suspensiva, a *exceptio* ou a cessação temporária/parcial. Preferimos, por isso, a sua configuração como instituto autónomo que, atendendo à estrutura complexa/duradoura do vínculo, concilia adequadamente dois elementos essenciais: subsistência do contrato e inutilização definitiva das prestações atingidas. Perante obstáculo transitório, o contrato duradouro corre o risco de desaparecer; a suspensão surge, então, como técnica original de protecção, neutralizando evento perturbador ou admitindo reacção eficaz perante a inexecução¹¹²⁹. Atenta a amplitude assim reconhecida, TREILLARD regista o geotropismo da suspensão na prossecução de fim único: a subsistência do vínculo¹¹³⁰. A insistir-se na recondução a conjunto maior, dir-se-á que a suspensão laboral integra o fenómeno mais amplo da “quiescência” em obrigações duradouras. Vejamos em que termos.

4. A suspensão e a “quiescência”

I. A “quiescência” é, com frequência, concebida ora como equivalente da suspensão – ainda que não restringida à suspensão laboral –, ora como categoria maior, à qual esta é, por vezes, reconduzida¹¹³¹. Respeita, com significativa abrangência, a situações provisórias de perda de eficácia pelo sobrevir de ocorrência cujo desaparecimento futuro, por regra, repristina a situação anterior¹¹³². Por que se admite associar diversos institutos a tal categoria – entre os quais, a suspensão (aqui se incluindo a laboral) –, é inevitável a partilha de elementos típicos. RICHERI alerta, todavia, que o vasto conjunto de situações integradas, no Direito romano, no espectro da “quiescência” – ainda que indicativo da importância do tema – teria induzido a utilização acomodada e pouco precisa do termo¹¹³³. Importa, por conseguinte, compreender, com maior rigor, os contornos do instituto: se, terminologicamente, algo “quiescente” subsiste em repouso, no plano jurídico, a “quiescência” é explicada como ausência transitória de tutela de determinado título¹¹³⁴ ou falta temporária de dado elemento – período em que o vínculo se mantém inoperante, mas sem se extinguir, até futuro reavivar¹¹³⁵. A “revivescência”, enquanto fenómeno operativo de sentido inverso, ditaria a

¹¹²⁹ Referindo-se esta última hipótese à *exceptio*.

¹¹³⁰ “De la suspension ...” *cit.*, p. 81. Quanto ao fim prosseguido pela suspensão laboral, *v. supra* Capítulo I, Secção V, Subsecção III, § 1.

¹¹³¹ Numa referência à temática, *v. JÚLIO GOMES, Direito cit.*, p. 855, n. 2093. Alessandro RICHERI admite a coincidência das expressões “quiescência” e “suspensão” (“Quiescenza”, *Novissimo Digesto Italiano*, 1967, vol. 14, pp. 699-705, p. 705).

¹¹³² RICHERI, “Quiescenza ...” *cit.*, p. 700.

¹¹³³ RICHERI, “Quiescenza ...” *cit.*, p. 701.

¹¹³⁴ Giorgio BRANCA, *La Sospensione nelle Vicende del Rapporto di Lavoro*, Cedam, 1971, pp. 133-134.

¹¹³⁵ Rosario SANTUCCI, “La Sospensione del Rapporto di Lavoro: Spunti Ricostruttivi”, *Lavoro e Diritto*, ano 3, 1989, n.º 1, pp. 39-72, p. 44.

repristinação da tutela conferida ou o ressurgir do elemento em falta¹¹³⁶: “quiescência” e “revivescência” delimitariam, pois, a extensão do fenómeno.

Considerada a atenção que lhe é reservada no Direito italiano, o art. 1276 do CCit.¹¹³⁷ surge, neste contexto, como concretização usual da temática. A tal disposição corresponde, no Direito português, em termos aproximados, o art. 597.º do CC, que, sob a epígrafe “Invalidade da transmissão”, dispõe: “*se o contrato de transmissão da dívida for declarado nulo ou anulado e o credor tiver exonerado o anterior obrigado, renasce a obrigação deste, mas consideram-se extintas as garantias prestadas por terceiro, excepto se este conhecia o vício na altura em que teve notícia da transmissão*”. Seriam traços típicos da “quiescência” a menção expressa aos termos operativos inversos: “*rivive*” (no art. 1276 do CCit.) e “*renasce*” (no art. 597.º do CC). BRANCA considera, porém, desajustado concluir pela existência de figura jurídica própria (a “quiescência”), mediante simples recurso a expedientes verbais que apenas indiciam o fenómeno – referências que considera de escassa utilidade em qualquer investigação construtiva¹¹³⁸. A crítica não pretende, todavia, negar relevo dogmático ao instituto: apela tão-só a caracterização mais precisa¹¹³⁹. Admitindo a “quiescência” como o persistir temporário do vínculo em condições anómalas¹¹⁴⁰, seria desadequado reconduzir o art. 1276 do CCit. a tal hipótese, já que, como resulta daquela disposição, a situação anterior não “renasce nem revive”, como terminologicamente sugerido: atendendo aos efeitos *ex tunc* da nulidade ou da anulação, não haveria que assinalar qualquer “revivescência”, enquanto fenómeno revelador de “quiescência” anterior¹¹⁴¹.

Seriam, ao invés, casos próprios de “quiescência” aqueles em que o vínculo jurídico subsiste, em suspenso, porque o ordenamento exclui eficácia extintiva a acontecimentos supervenientes temporários¹¹⁴². Assim sucederia com as vicissitudes que afectam determinados direitos reais¹¹⁴³, como a impossibilidade de uso de servidão, regulada no art. 1074 do CCit.^{1144/1145}, a que corresponde, em termos semelhantes, no Direito português, o art. 1571.º do CC: “*a impossibilidade de exercer a servidão não importa a sua extinção, enquanto não*”

¹¹³⁶ BRANCA, *La sospensione cit.*, p. 134.

¹¹³⁷ Sob a epígrafe, “Invalidità della nuova obbligazione”, ali se dispõe que “*se l'obbligazione assunta dal nuovo debitore verso il creditore è dichiarata nulla o annullata, e il creditore aveva liberato il debitore originario, l'obbligazione di questo rivive, ma il creditore non può valersi delle garanzie prestate da terzi*”.

¹¹³⁸ *La sospensione cit.*, pp. 134-135.

¹¹³⁹ BRANCA, *La sospensione cit.*, p. 135.

¹¹⁴⁰ BRANCA, *La sospensione cit.*, p. 137.

¹¹⁴¹ BRANCA, *La sospensione cit.*, p. 138.

¹¹⁴² BRANCA, *La sospensione cit.*, pp. 139-140.

¹¹⁴³ Segundo RICHIERI, os direitos reais constituiriam, na verdade, o âmbito preferencial de aplicação da “quiescência” e da “revivescência” (“*Quiescenza ...*” *cit.*, p. 700).

¹¹⁴⁴ Sob a epígrafe “*Impossibilità di uso e mancanza di utilità*”, o art. 1074 do CCit. prevê que “*l'impossibilità di fatto di usare della servitù e il venir meno dell'utilità della medesima non fanno estinguere la servitù, se non è decorso il termine indicato dall'articolo precedente*”.

¹¹⁴⁵ Assim, BRANCA, *La sospensione cit.*, pp. 139-140.

decorrer o prazo da alínea b) do n.º 1 do artigo 1569.º". Estar-se-ia perante hipótese de "quiescência", em "que a impossibilidade (superveniente) de exercer a servidão não basta, por si só, para provocar a imediata extinção do encargo"¹¹⁴⁶. Outra hipótese resultaria do art. 1256 do CCit. – com equivalente, entre nós, precisamente, no art. 792.º do CC –, que, ao regular o regime geral da impossibilidade temporária, admite, em obrigações duradouras, a sua continuação. Retomando referência anterior, assinalamos, por fim, a tendencial exclusão, do âmbito da "quiescência", de hipóteses de *pendência* de negócio sujeito a condição suspensiva¹¹⁴⁷: a proximidade esgotar-se-ia, afinal, na similitude dos factos que atribuem eficácia ao negócio sob condição e os que põem termo à "quiescência"¹¹⁴⁸; no demais, a tutela de negócio sujeito a condição suspensiva seria muito distinta da reservada ao direito "quiescente" – pressupondo a "quiescência" adormecimento de direito existente, na condição suspensiva existiria tão-só expectativa de eficácia do negócio condicionado¹¹⁴⁹.

II. A "quiescência" constitui técnica jurídica transversal a domínios muito variados com análogo sentido temporal. A diversidade das referências permite destacar elemento comum, da maior importância: a natureza duradoura das hipóteses afectadas – assim se justificando, atenta a delimitação proposta, a recondução da suspensão laboral à ampla categoria da "quiescência"¹¹⁵⁰. Tal subsunção seria apenas dificultada caso se considerasse essencial à "quiescência" *total* inoperância do vínculo até sucessivo reavivar – requisito dificilmente compatível com a eficácia reconhecida a uma pluralidade de direitos e obrigações em período suspensivo¹¹⁵¹. Esta circunstância não parece, porém, travar a qualificação da suspensão laboral como "quiescência" não absoluta¹¹⁵², ou, na expressão de BRANCA, em "quiescência" tutelada¹¹⁵³: factos potencialmente extintivos são considerados compatíveis com a continuação do vínculo, promovendo plena reactivação futura¹¹⁵⁴.

¹¹⁴⁶ João de Matos Antunes VARELA e Fernando Andrade Pires de LIMA, *Código Civil Anotado*, vol. 3, reimp. da 2.ª ed. (1984), Coimbra Editora, 2010, p. 680. É, a este propósito, assinalado que a fixação de um prazo em que se considera o impedimento temporário (não definitivo) "tem, entre outras, a vantagem não despidiendola de, imprimindo maior certeza ao direito, evitar que os tribunais se vejam envolvidos em indagações, nem sempre fáceis de levar a bom termo, sobre o carácter temporário ou permanente da impossibilidade" (pp. 680-681).

¹¹⁴⁷ RICHIERI, "Quiescenza ..." *cit.*, p. 702.

¹¹⁴⁸ RICHIERI, "Quiescenza ..." *cit.*, p. 702.

¹¹⁴⁹ Também assim se acentuando a contraposição enunciada *supra*, § 1., entre suspensão laboral e condição ou termo suspensivo.

¹¹⁵⁰ Cf. SANTUCCI, "La sospensione ..." *cit.*, p. 44, e BRANCA, *La sospensione cit.*, pp. 133 e ss.

¹¹⁵¹ SANTUCCI, "La sospensione ..." *cit.*, p. 44.

¹¹⁵² É assim que LAVAGNINI perspectiva a suspensão laboral como modificação mais ou menos profunda, até à "quiescenza assoluta", coincidente como o fim do contrato (*La sospensione cit.*, p. 14). Também Giorgio ARDAU reconduz as distintas variantes suspensivas à "quiescenza relativa" (*Manuale di Diritto del Lavoro*, t. 2, Giuffè Editore, 1972, p. 1077).

¹¹⁵³ *La sospensione cit.*, p. 133.

¹¹⁵⁴ BRANCA, *La sospensione cit.*, p. 140.

Considerada a “quiescência” nos termos descritos, a sua abrangência resulta evidente; nada impede, porém, situar a suspensão laboral numa tal categoria¹¹⁵⁵. É importante reconhecer – até para identificação de lugares paralelos, sempre que oportuno – que à “quiescência” corresponde fenómeno maior, não limitado à suspensão laboral ou sequer a concretizações suspensivas noutros domínios contratuais.

5. A suspensão como vicissitude modificativa?

I. No contexto preciso da suspensão laboral, é frequente a sua qualificação como vicissitude contratual¹¹⁵⁶ – aqui se reconduzindo circunstâncias que, “não integrando o programa de execução normal do contrato de trabalho, afectam o seu desenvolvimento”¹¹⁵⁷. No universo das vicissitudes extintivas e modificativas¹¹⁵⁸, a suspensão laboral integraria estas últimas¹¹⁵⁹, traduzindo alteração contratual relevante¹¹⁶⁰: o CT enquadra a suspensão entre as vicissitudes do contrato, por considerar que o instituto provoca modificação superveniente, imprevista e temporária – ainda que estável – das condições contratuais iniciais.

Enquanto vicissitude modificativa (não extintiva), a suspensão é ainda reflexo da dinâmica contratual – por implicar uma adaptação ao programado, sem prejudicar a subsistência do vínculo –, assumindo variantes, podendo resultar de acordo das partes, de imperativos gestionários ou de situações que

¹¹⁵⁵ BRANCA, *La sospensione cit.*, pp. 140-141.

¹¹⁵⁶ “Suspensión es, pues, una vicisitud por la que puede atravesar el contrato, que en un determinado momento encuentra no cumplida la normal ejecución de las prestaciones objeto del mismo” (VIDA SORIA, *La suspensión cit.*, p. 3). Em termos idênticos, v. MARTÍN VALVERDE, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ e GARCÍA MURCIA, *Derecho cit.*, pp. 755 e ss. No Direito italiano, é igualmente usual a qualificação da suspensão enquanto “vicende modificative” (MAZZONI, *Manuale cit.*, p. 734, e GIUDICE, MARIANI e IZZO, *Diritto cit.*, p. 401, n. 1).

¹¹⁵⁷ PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, II, p. 795, *itálico* nosso.

¹¹⁵⁸ Conforme FERREIRA PINTO, “a vicissitude modificativa situa-se, assim, em posição intermédia entre a constituição e a extinção, distinguindo-se da primeira enquanto pressupõe a existência do vínculo e da segunda porque visa a sua preservação, embora através de uma modificação” (*Contratos cit.*, p. 296).

¹¹⁵⁹ No plano dogmático, ISELE reconduz a suspensão a uma modificação do conteúdo da relação obrigacional (“Das suspendierte ...” *cit.*, p. 112).

¹¹⁶⁰ PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, II, p. 795. FERREIRA PINTO denuncia a reduzida atenção da doutrina nacional aos fenómenos modificativos das relações contratuais (*Contratos cit.*, p. 298). E Fernando Augusto Cunha de Sá nota que, “à excepção da transmissão das obrigações pelo lado activo e (ou) pelo lado passivo, nenhum outro capítulo costuma ser dedicado ao estudo autónomo das modificações do vínculo obrigacional” (“Modos de Extinção das Obrigações”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Teles* (org. António Menezes Cordeiro, Luís Menezes Leitão e Januário da Costa Gomes), vol. 1, Almedina, 2002, pp. 171-262, p. 248).

afectam o funcionamento da organização¹¹⁶¹, bem como de factos referentes ao trabalhador.

Certo é, porém, que o Capítulo V do CT – reservado, precisamente, às “Vicissitudes contratuais” – não é exaustivo, ali indicando apenas, a par da “Redução da actividade e suspensão de contrato de trabalho” (arts. 294.º e ss.), a “Transmissão de empresa ou estabelecimento” (arts. 285.º e ss.) e a “Cedência ocasional de trabalhador” (arts. 288.º e ss.). Diversas vicissitudes modificativas que condicionam a execução do contrato ficam, portanto, fora da sistemática especificamente afecta a um tal enquadramento. No confronto com a arrumação reservada ao tema no CT 2003, constata-se, aliás, o estreitar do respectivo âmbito, atenta a nova sistematização reservada aos regimes da redução de categoria e da mobilidade funcional e geográfica, com nova localização¹¹⁶². A propósito de tal reordenação, PALMA RAMALHO distingue, no contexto das vicissitudes modificativas, as que se apresentam como “normais e não excepcionais” – atenta a frequência e regularidade da sua ocorrência – e as “anormais”, aqui se reconduzindo, precisamente, a “transmissão de empresa ou estabelecimento”, a “cedência ocasional de trabalhador” e a “redução da actividade e suspensão de contrato de trabalho”¹¹⁶³.

Não obstante a deficiente sistematização, a suspensão laboral constitui, de facto, vicissitude modificativa do contrato¹¹⁶⁴. É tal natureza anómala/patológica que permite a sua autonomização perante situações de inactividade que reflectem ainda a regular execução do contrato, tal qual no trabalho intermitente ou, em determinadas circunstâncias, no trabalho temporário^{1165/1166}. Também o Direito espanhol demarca a suspensão de tais

¹¹⁶¹ Quanto ao “lay-off” em particular, LOBO XAVIER refere-o como “a meio caminho entre a adaptação empresarial a certas vicissitudes e a crise vera e própria” (*O despedimento cit.*, p. 318, n. 210).

¹¹⁶² Cf. os arts. 119.º, 120.º e 194.º.

¹¹⁶³ Constituiriam, pois, “desvios anormais do programa contratual, ou pela sua importância e carácter definitivo ou por se basearem numa alteração superveniente e imprevisível das circunstâncias em que se baseou o contrato [...]” (*Tratado cit.*, II, p. 799, *itálico nosso*).

¹¹⁶⁴ Todavia, contra, v. ICHINO, *Il contratto cit.*, p. 11. Para este Autor, as circunstâncias suspensivas surgiriam como elementos co-naturais ao contrato, para tanto contribuindo a tendencial indeterminação da prestação de trabalho. A actividade laboral seria, por essência, sujeita a mutações que acomodam pretensões distintas das partes, que, no seu entender, seriam ainda reconduzíveis ao programa contratual originário. Coincidindo na premissa – enquanto vínculo duradouro, o contrato de trabalho está naturalmente sujeito à mudança e à acomodação recíproca dos interesses das partes –, divergimos do resultado: as circunstâncias que supervenientemente atingem a execução, justificando a suspensão, traduzem vicissitudes contratuais e desvios anómalos ao planeado.

¹¹⁶⁵ A este propósito, v. António Nunes de CARVALHO, “Considerações sobre o Trabalho Intermitente”, *Estudos Dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier*, vol. 1, UCE, 2015, pp. 327-376, pp. 328-329. Especificamente a respeito do contrato de trabalho por tempo indeterminado para cedência temporária, é referido que “a existência de períodos sem prestação de trabalho representa uma consequência normal da configuração do vínculo” (p. 340). Autonomizando a compensação retributiva devida nos tempos de inactividade do conceito de retribuição, v. pp. 360-361.

¹¹⁶⁶ Tema retomado *infra*, Parte II, Capítulo I, Secção II, § 2.1.6., n. 2053.

casos: a inactividade, após períodos ou ciclos de actividade, seria, afinal, inerente à estruturação destes contratos; não promovendo a extinção do vínculo, mas unicamente a paralisação dos seus efeitos principais, “*como si de una suspensión se tratara*”¹¹⁶⁷. Por conseguinte, ao invés do que é típico na suspensão, estas hipóteses não traduzem vicissitudes contratuais; antes moldam/conformam o contrato, atenta a sua configuração usual¹¹⁶⁸.

II. Concorre ainda a destrição entre elementos interruptivos e suspensivos¹¹⁶⁹, assim se autonomizando a suspensão de períodos de repouso e de recuperação físico-anímica, que integram a normal execução do contrato de trabalho¹¹⁷⁰, v.g., o direito fundamental a férias anuais ou o descanso entre jornadas diárias, que reflectem, afinal, o regular desenrolar do vínculo, balizando a prestação¹¹⁷¹. Não se descortina, agora, “sequer um dever de prestar”: enquanto estas interrupções traduzem “o normal desenvolvimento do contrato”, a suspensão constitui já “manifestação de patologia contratual”¹¹⁷². Neste sentido, assinala RAMÍREZ MARTÍNEZ que “*en las interrupciones periódicas (descanso diario y semanal, fiestas, vacaciones) no hay, propriamente, un incumplimiento de la prestación, porque precisamente en tales momentos no se debe prestación alguna*”¹¹⁷³, o que motiva a categorização usual das ausências em dois conjuntos: ausências *fisiológicas* (normais, programadas ou que reflectem o

¹¹⁶⁷ MARTÍN VALVERDE, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ e GARCÍA MURCIA, *Derecho cit.*, p. 574.

¹¹⁶⁸ MARTÍN VALVERDE, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ e GARCÍA MURCIA, *Derecho cit.*, pp. 755 e ss.

¹¹⁶⁹ Assim, LAVAGNINI, que considera que as interrupções “*altro non sono se non interruzioni della prestazione lavorativa predisposte per garantire al lavoratore il recupero delle energie (riposo giornaliero, settimanale ed annuale: ferie) in preparazione di un adempimento destinato a reiterarsi*” (*La sospensione cit.*, p. 36). Por sua vez, no Direito espanhol, v. CARRO IGELMO, *La suspensión cit.*, pp. 20 e ss.

¹¹⁷⁰ LOBO XAVIER, “Suspensão ...” *cit.*, pp. 909-910. Também MONTEIRO FERNANDES configura a suspensão laboral como fenómeno de patologia contratual, sendo este um dos traços que permitiria distinguir a suspensão das interrupções, que constituem ainda “consequência necessária do ordenamento particular instituído pelo contrato” (“A suspensão do ...” *cit.*, p. 30). Estamos, afinal, perante “figuras suficientemente diversas para implicarem a necessidade de uma diferença terminológica – e sobretudo de uma segura distinção conceitual” (p. 30).

¹¹⁷¹ MARTÍN VALVERDE, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ e GARCÍA MURCIA, *Derecho cit.*, pp. 756-757. Também JÚLIO GOMES indica que estas hipóteses “correspondem a realidades previsíveis e previstas, que se repetem a intervalos regulares e que correspondem à normal execução do contrato. Pode mesmo dizer-se que se trata de realidades que balizam ou limitam temporalmente a prestação devida, de tal modo que no dia de descanso semanal, por exemplo, não se suspende propriamente a obrigação de trabalhar, mas antes o que se passa é que, à partida, esta obrigação não existe – o trabalho no dia de descanso está, em princípio, fora do objecto do contrato (sem prejuízo de o empregador poder vir a exigir trabalho suplementar nesse dia)” (*Direito cit.*, p. 855, *itálico nosso*).

¹¹⁷² LOBO XAVIER, *O despedimento cit.*, p. 70, n. 72. JOÃO REIS configura igualmente a suspensão, nas suas múltiplas concretizações, como um fenómeno de patologia contratual superveniente (*A suspensão cit.*, p. 6).

¹¹⁷³ “Naturaleza ...” *cit.*, p. 19.

cumprimento da obrigação laboral¹¹⁷⁴ – v.g., pausas, tempos de repouso e férias); e ausências *patológicas* (anormais ou imprevisíveis, potencialmente extintivas – e assim se renovando o apelo à sua caracterização como “*vicende modificative*”¹¹⁷⁵)¹¹⁷⁶. É de assinalar, todavia, que a natureza patológica ou a referência a uma vicissitude contratual não reclama uma ideia de imprevisibilidade/inevitabilidade, sendo compatível com acontecimentos expectáveis, surgidos no tempo de vida do contrato, e em face dos quais se revela tão-só inexigível a execução do acordado: “fixado antecipadamente o *quantum* da prestação e previamente concretizadas as horas do dia e os dias da semana em que a mesma deve ser pessoalmente realizada, num ritmo sucessiva e regularmente repetido ao longo de cada ano, *mostra a experiência da vida ser praticamente inevitável, ou altamente provável, a ocorrência de acontecimentos episódicos, mas nem sempre imprevisíveis, que tornam transitoriamente impossível o cumprimento pontual do contrato*”¹¹⁷⁷. Por isso se diz que “o empregador deve contar com tais interrupções e, inclusivamente, tê-las previsto como seguras”¹¹⁷⁸ – o que se harmoniza com menção à suspensão enquanto mecanismo que, antecipando a superveniência, assegura a conservação de vínculo duradouro, obstando à extinção^{1179/1180}.

III. Desta lógica resulta, porém, a inexistência de diferenciação prática/material entre a situação de falta justificada e de suspensão laboral, por factos respeitantes ao trabalhador¹¹⁸¹. Também DEL PUNTA, na sistematização

¹¹⁷⁴ SANTORO-PASSARELLI, *Diritto cit.*, p. 165. Do que resulta o não acolhimento da classificação dual de BÉRAUD, das “suspensões intrínsecas ou periódicas” e das “suspensões extrínsecas ou acidentais ou em sentido próprio” (*La suspension cit.*, pp. 90 e ss.).

¹¹⁷⁵ MAZZONI, *Manuale cit.*, p. 734, e GIUDICE, MARIANI e IZZO, *Diritto cit.*, p. 401, n. 1.

¹¹⁷⁶ Em crítica à adequação de uma tal distinção, v. ICHINO, *Il contratto cit.*, p. 1. Numa leitura especialmente ampla da suspensão que não acompanhamos, ICHINO identifica: (i) *fattispecies* suspensivas periódicas, tendencialmente pré-definidas – pausas, descanso diário, descanso semanal, etc.; (ii) *fattispecies* suspensivas, de carácter periódico, mas sem data certa – aqui se incluindo as férias; (iii) *fattispecies* suspensivas por inexigibilidade do trabalho – doença, acidente, parentalidade, greve, etc.; (iv) circunstâncias que impedem a presença do trabalhador na empresa – v.g., prisão do trabalhador; (v) *fattispecies* suspensivas no interesse do empregador – tal qual a inactividade por factos respeitantes ao empregador ou a suspensão cautelar; e, por fim, (vi) a suspensão convencional (*Il contratto cit.*, pp. 12-13). Concebida a suspensão em termos tão abrangentes, justificar-se-ia rejeitar sua recondução a uma lógica patológica: a suspensão traduziria, afinal, a normalidade do contrato.

¹¹⁷⁷ JORGE LEITE, “O desempenho ...” *cit.*, p. 514, itálico nosso.

¹¹⁷⁸ JORGE LEITE, “O desempenho ...” *cit.*, p. 515.

¹¹⁷⁹ Cf. *supra*, Capítulo I, Secção V, Subsecção III, § 1.

¹¹⁸⁰ No Direito italiano, é, por vezes, indicado como elemento distintivo adicional que as interrupções seriam compensadas economicamente, ao invés do verificado na suspensão – atenta a tendencial dispensa da retribuição. O que resulta, porém, artificial, mesmo naquele ordenamento: não só diversas hipóteses suspensivas, *maxime*, a doença e o acidente, vinculam, não raras vezes, o empregador ao pagamento de determinados valores – não deixando, por isso, de constituir exemplos suspensivos paradigmáticos – como nem todas as circunstâncias interruptivas são remuneradas (ICHINO, *Il contratto cit.*, pp. 3-4).

¹¹⁸¹ JÚLIO GOMES refere, todavia que, “quanto à suspensão do contrato por doença deve começar por perguntar-se se será correcta a posição frequente na doutrina portuguesa segundo a qual a

dos factos suspensivos referentes ao trabalhador, ali reconduz hipóteses a que corresponde, no Direito italiano, uma pluralidade de designações (“*permesso*”, “*congedo*”, “*aspettativa*”) e que partilhariam, na perspectiva do Autor, essência suspensiva, atenta a alteração ao normal desenvolvimento do contrato de trabalho, por sobreposição de interesses pessoais do trabalhador¹¹⁸². Tais exigências resultam, assim, impostas ao contrato, tornando-o permeável à tutela do trabalhador¹¹⁸³. A tal propósito, é, aliás, constatada uma progressiva substituição de referência à “necessidade”, por apelo à “liberdade”, na configuração da motivação suspensiva. A predominância inicial de uma ideia de necessidade – pressuposta nos exemplos suspensivos tradicionais, tal qual a doença, o serviço militar e mesmo a maternidade¹¹⁸⁴ – e o constante apelo à impossibilidade da prestação viriam a esbater-se, com preferência por menção à liberdade de opção do trabalhador¹¹⁸⁵. No seguimento desta evolução, DEL PUNTA dá conta que mesmo o enquadramento reservado à doença já não seria tanto reconduzível à “impossibilidade de prestar”, antes surgindo em função de tutela (mais ampla) do direito à saúde do trabalhador¹¹⁸⁶. Assistimos, pois, neste âmbito, não só a transmutação da dinâmica contratual como a interacção permanente com outros valores constitucionalmente protegidos¹¹⁸⁷.

Por conseguinte, a destrição falta/suspensão por factos referentes ao trabalhador é, quanto a nós, artificial e assente, sobretudo, na duração mais ou menos prolongada da ausência¹¹⁸⁸: a falta é tendencialmente uma ausência mais

diferença entre faltas e suspensão é uma mera questão linguística ou se, ao invés, existe uma diversidade de regime substancial entre ambas que não consinta tal equiparação, ao menos total”, concluindo que as diferenças assinalariam destrição material e não apenas designação diversa (“*Algumas reflexões ...*” *cit.*, pp. 732-733, itálico nosso).

¹¹⁸² O que seria especialmente evidente sempre que o empregador se encontre vinculado a financiar o tempo de inactividade (*Diritto cit.*, pp. 501-502).

¹¹⁸³ *Diritto cit.*, p. 502

¹¹⁸⁴ Aqui se secundarizando a liberdade de decisão da trabalhadora.

¹¹⁸⁵ DEL PUNTA, *Diritto cit.*, p. 502.

¹¹⁸⁶ A este propósito, *v. infra* Parte II, Capítulo I, Secção III, § 2.1.

¹¹⁸⁷ *Diritto cit.*, p. 502.

¹¹⁸⁸ Não identificando igualmente, no plano material, “diferença de relevo, além da duração, entre a figura da suspensão do vínculo devida a impedimento não imputável ao trabalhador e a da falta justificada por idêntica razão”, *v. MILENA ROUXINOL*, “O direito a férias no Código ...” *cit.*, pp. 46-47, itálico nosso. Não vislumbramos também destrição substancial entre “dispensas”, “faltas” e “licenças”: JÚLIO GOMES constata que, a este respeito, a terminologia da lei é “muito confusa” e quanto à distinção entre faltas e dispensas nota que “poder-se-ia tentar distinguir a falta da dispensa, dizendo que nesta última não existe, em rigor, dever de trabalhar, pelo que não existe qualquer incumprimento (mesmo que não culposos) do contrato, reservando a palavra «licença» para situações de suspensão (ou interrupção) mais prolongada”. Reconhece, porém, que “a lei se refere a faltas quando a entidade patronal autoriza previamente a falta (não é isto, no fundo, uma «dispensa» do dever de trabalhar num determinado dia?), fala em «direito a faltar» e conhece «licenças» de curta duração” (“*Algumas reflexões ...*” *cit.*, p. 724, n. 23). O regime de tutela da parentalidade acolhe os três conceitos e, nesse contexto, PALMA RAMALHO autonomiza a falta justificada da dispensa, respeitando esta última “a ausências ao trabalho por um lapso de tempo inferior a um dia ou a meio dia de trabalho”. Já as licenças teriam expressão em ausências mais prolongadas e que, não conferindo o direito à retribuição, apenas

curta do que a suspensão¹¹⁸⁹. Tal correlação resultava, aliás, clara, atento o disposto no art. 230.º, n.º 3, do CT 2003, que, entre os efeitos das faltas justificadas, indicava que, “*nos casos previstos na alínea d) do n.º 2 do artigo 225.º*” – precisamente aqueles com parcial correspondência, então, no art. 333.º, n.º 1, e, hoje, no art. 296.º, n.º 1 –, “*se o impedimento do trabalhador se prolongar efectiva ou previsivelmente para além de um mês, aplica-se o regime de suspensão da prestação do trabalho por impedimento prolongado*”. Com o CT 2009, esta articulação deixou de ser prevista expressamente – mas tão-só por desnecessária, à luz do disposto no art. 296.º. Por sua vez, a exigência, em 2009, no art. 253.º, n.º 4, de reiteração de comunicação da ausência – passando o CT a considerá-la necessária também na suspensão (e não já apenas no período correspondente a falta) – veio reforçar a artificialidade dos argumentos que excluía tal obrigação em período suspensivo, atenta a suposta diferenciação entre faltas e suspensão, ainda que o motivo justificativo fosse transversal às duas situações¹¹⁹⁰.

A tenuidade da distinção¹¹⁹¹ resulta também evidente se considerarmos o encadeamento de outras disposições dispersas na sistemática do CT. No que respeita à ausência para exercício de funções em estruturas de representação colectiva, o art. 249.º, n.º 2, g), considera justificadas as faltas dadas por

legitimariam, por vezes, o direito a subsídio do sistema previdencial (*Tratado cit.*, II, pp. 637-638). Por sua vez, ANDIAS GONÇALVES identifica núcleo suspensivo comum a todas as hipóteses indicadas: “quer isto dizer que as situações de falta, dispensa e licença que se fundamentem num impedimento temporário para o trabalho, não imputável ao trabalhador, e originado por um facto da sua esfera” seriam reconduzíveis à “cláusula geral de suspensão a partir do momento em que o impedimento se prolongue, efetiva ou previsivelmente, por mais de um mês”, concluindo que, “nestes casos, a mesma realidade dá origem a duas modalidades de inexecução contratual – a falta/dispensa/licença e a suspensão contratual” (“Prestações compensatórias ...” *cit.*, p. 396, n. 20). Assinalando dificuldades de autonomização da suspensão e de figuras próximas também no Direito espanhol, *v.* RIVAS VALLEJO, *La suspensión cit.*, pp. 137-145.

¹¹⁸⁹ Refere, a este propósito, ROMANO MARTINEZ que “a prestação de trabalho, para além de poder ser *interrompida* durante os mencionados descansos diários, semanais, feriados e férias, também se *suspende* em caso de faltas, embora estas não visem, directamente, o repouso do trabalhador” (*Direito do trabalho cit.*, p. 568, com itálico nosso).

¹¹⁹⁰ Tema desenvolvido *infra*, Parte II, Capítulo III, § 4.4., quanto à destrinça entre suspensão e abandono de trabalho. À luz do CT 2003, RIBEIRO PARREIRA afirmava a distinta natureza jurídica entre as figuras, atendendo, nomeadamente, à desnecessidade de comunicação e motivação da ausência na suspensão, por oposição ao sucedido nas faltas justificadas (“O absentismo ...” *cit.*, pp. 267-320, p. 274, n. 20). Por sua vez, quanto à natureza jurídica das faltas, *v.* pp. 276 e ss. A este propósito, *v.* ainda *infra* Parte II, Capítulo I, Secção III, § 2.

¹¹⁹¹ ANDIAS GONÇALVES refere que “as faltas justificadas equivalem, portanto, a exonerações do dever de prestar trabalho, tendo como consequência a suspensão do contrato de trabalho” (“A licença ...” *cit.*, p. 145, itálico nosso). E LIBERAL FERNANDES e REGINA REDINHA afirmam lapidariamente que “é uma mera diferença quantitativa que separa o regime da suspensão do regime das faltas justificadas, na medida em que a aplicação de um ou de outro instituto contende unicamente com a respectiva duração”, concluindo, pois, que “a similitude existente permite afirmar que a suspensão pressupõe a verificação de um período prolongado de faltas justificadas, muito embora constitua no plano técnico um quadro jurídico distinto do das faltas (justificadas)” (“Regulamentação ...” *cit.*, p. 52, n. 38, itálico nosso). O que não significa, porém, que a autonomização formal não assuma relevância no plano dos efeitos – assim, no que respeita à retribuição, *v. supra* Capítulo I, Secção V, Subsecção III, § 2.

*“trabalhador eleito para estrutura de representação colectiva dos trabalhadores, nos termos do artigo 409.º”*¹¹⁹², dispondo o n.º 1 do art. 409.º que *“a ausência de trabalhador por motivo do desempenho de funções em estrutura de representação colectiva dos trabalhadores de que seja membro, que exceda o crédito de horas, considera-se justificada e conta como tempo de serviço efectivo, salvo para efeito de retribuição”*¹¹⁹³. Estas ausências surgem associadas a um estatuto de especial protecção, sucedendo ao regime reservado ao crédito de horas dos trabalhadores eleitos para as estruturas de representação colectiva¹¹⁹⁴. Por sua vez, o enquadramento das faltas antecede a aplicação das regras suspensivas: *“para o exercício das suas funções, o membro de direcção de associação sindical tem direito a crédito de horas correspondente a quatro dias de trabalho por mês e a faltas justificadas, nos termos dos números seguintes”*¹¹⁹⁵, admitindo-se, por fim, que, *“quando as faltas justificadas se prolongarem efectiva ou previsivelmente para além de um mês, aplica-se o regime da suspensão do contrato de trabalho por facto respeitante ao trabalhador, sem prejuízo do disposto em instrumento de regulamentação colectiva de trabalho aplicável, que preveja funções sindicais a tempo inteiro ou outras situações específicas, relativamente ao direito à retribuição de trabalhador”*^{1196/1197}.

IV. Acrescem, porém, outras leituras: por vezes, doutrina e jurisprudência afectam um sentido próprio à assiduidade, na suspensão, que não concorreria na falta justificada¹¹⁹⁸. O que tem sido sugerido, sobretudo, a respeito da greve: reconduzida uma tal ausência – ainda que, por hipótese, de um dia – à suspensão, dir-se-ia não ser adequado afectar-lhe os efeitos reservados, por hipótese, na contratação colectiva, às faltas justificadas. Falta e ausência por greve não seriam sobreponíveis, precisamente por a greve assumir natureza

¹¹⁹² Quanto a estas disposições, v. o referido *supra* Capítulo I, Secção V, Subsecção III, § 2.

¹¹⁹³ E o n.º 2 que *“a ausência de delegado sindical motivada pela prática de actos necessários e inadiáveis no exercício das correspondentes funções considera-se justificada, nos termos do número anterior”*.

¹¹⁹⁴ *“O crédito de horas é referido ao período normal de trabalho e conta como tempo de serviço efectivo, inclusivamente para efeito de retribuição”* (art. 408.º, n.º 2).

¹¹⁹⁵ Art. 468.º, n.º 1.

¹¹⁹⁶ Art. 468.º, n.º 8. No contexto da imputação, v., *infra* Parte II, Capítulo II, o referido a propósito desta disposição.

¹¹⁹⁷ Retomamos, na verdade, o paralelismo faltas/suspensão já assinalado *supra*, Capítulo I, Secção V, Subsecção III, § 2.

¹¹⁹⁸ Refere RIBEIRO PARREIRA que, *“quando o trabalhador falta, viola o dever de assiduidade durante a plenitude da eficácia do contrato, sendo o seu comportamento ilícito e a culpa presumida ou afastada”* (*“O absentismo ...” cit.*, p. 285, itálico nosso) – quanto a tal construção e à ilicitude associada às faltas, v. *infra* Parte II, Capítulo I, Secção III, § 2. e n. 2281. Nesta perspectiva, *“a suspensão, pelo contrário, provoca uma paralisação parcial do vínculo e dos deveres de retribuir e de trabalhar. Como a assiduidade pressupõe a actividade efectiva, a verdadeira ausência na suspensão nunca é ilícita, não podendo sequer ser cometida uma falta porque a assiduidade não pode ser violada”* (*idem*, com itálico nosso). Não acompanhamos igualmente – embora reconhecendo tratar-se de entendimento difundido – construções que afectam, v.g., às “licenças” e às “dispensas”, natureza diversa, tal qual SOARES RIBEIRO, para quem, nestas últimas, não haveria *“propriamente falta ao trabalho uma vez que a exoneração do dever de o prestar é previamente determinada por lei”* (*“Faltas ...” cit.*, pp. 140-141) – a este propósito, v. *supra*, n. 1188.

suspensiva. A destrinça é, não raras vezes, assim exposta: as faltas representariam violação do dever de assiduidade; já a greve ditaria a suspensão de um tal dever¹¹⁹⁹ – “o trabalhador que aderiu à greve não falta ao trabalho, pois só falta quem tem o dever de estar presente”¹²⁰⁰.

Cremos, porém, também aqui, ser a destrinça artificial: em termos materiais, não vemos por que a greve não devesse ser qualificada como falta (evidentemente justificada), a par de outras tantas hipóteses em que o motivo (legítimo) que justifica a ausência não reveste natureza prolongada¹²⁰¹ – *v.g.*, em tutela da saúde, da parentalidade, do exercício de cargos públicos ou de funções em estruturas de representação colectiva de trabalhadores. Admitimos, na verdade, que as tentativas de autonomização do direito à greve em face do regime das faltas surgem como remédio forçado que, ancorado na terminologia acolhida (*v.g.*, na contratação colectiva), obedece tão-só ao fito de neutralização do tempo de ausência, de modo a que o trabalhador não seja prejudicado por um tal exercício – tal como, com frequência, no que respeita à atribuição de prémios de assiduidade. Não, cremos, pois, que a distinção proceda: a assiduidade constitui dever inerente à execução laboral¹²⁰² e a sua inobservância é justificada em termos aproximados, quer a ausência seja reconduzível ao regime das faltas justificadas, quer ao da suspensão laboral.

¹¹⁹⁹ A este propósito, em crítica ao sustentado pelo STJ, em acórdão uniformizador n.º 6/2009, de 4.3.2009, Proc. n.º 08S1687, *v. supra* n. 664. Estava em causa cláusula de IRCT que previa a atribuição de prémio de assiduidade aos trabalhadores que, no decurso do mês respectivo, não excedessem cinco horas de “faltas”, excluindo-se de tal conceito diversas ausências, sem menção à greve. Sustentou o STJ que, constituindo a greve um direito fundamental, constitucionalmente reconhecido e cujas restrições se devem limitar ao necessário à salvaguarda de outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos (cf. arts. 57.º e 18.º da CRP), interpretar aquela cláusula “no sentido de que as ausências ao trabalho motivadas por adesão à greve *deviam ser consideradas faltas* para efeitos da atribuição do prémio de assiduidade” representaria uma “*restrição substancial do direito à greve*” (p. 2079, *itálico* nosso).

¹²⁰⁰ Acórdão do STJ, de 4.3.2009 *cit.*, p. 2075, *itálico* nosso. Refere ainda o STJ que os outorgantes do IRCT “não podiam ignorar que as ausências ao trabalho, quando motivadas por adesão à greve lícita, *não podiam ser consideradas legalmente como faltas as serviço*, pelo facto de os contratos de trabalho dos trabalhadores grevistas se encontrarem suspensos e essa suspensão os liberar do cumprimento do dever de assiduidade” (p. 2078, *itálico* nosso).

¹²⁰¹ Na greve, o trabalhador não está “necessariamente afastado do cenário de trabalho: coloca-se numa posição de «recusa» da prestação da actividade prometida, mas permanece em condições de estar presente, fisicamente, no local de trabalho [...]”. Atento este enquadramento, situamo-nos, agora, “*nos antípodas da situação típica em vista da qual se concebeu o instituto da suspensão do contrato de trabalho*” (MONTEIRO FERNANDES, *A lei cit.*, p. 90, *ênfase* nossa). Por sua vez, LOBO XAVIER constata que “no que se refere à suspensão das relações contratuais, o que hoje nos aparece quase como uma evidência corresponde a uma laboriosa elaboração doutrinária e jurisprudencial, que se insurgiu contra a tese de que a greve rompia o contrato de trabalho [...]. Na verdade, aceitou-se durante décadas a opinião de que a greve provocava, por parte dos grevistas, a cessação da relação individual de trabalho”. Superada esta fase, “desde há bastantes anos que se considera geralmente que a greve suspende o contrato de trabalho” (*Direito da greve cit.*, p. 197).

¹²⁰² Cf. art. 128.º, n.º 1, b).

6. A suspensão como direito do devedor

I. Em âmbito que extravasa o reservado à suspensão laboral, identificamos hesitações frequentes, sobretudo na doutrina francesa, quanto à qualificação da suspensão como um direito¹²⁰³. Sem descurar as especificidades que moldam a operacionalidade da suspensão no ordenamento francês, SARRAUTE considera que à suspensão corresponde um estado de facto, uma justificação para a não execução, oponível, sob a forma de excepção, a quem reclama a execução ou a extinção¹²⁰⁴. Ao tribunal caberia, então, decidir a sorte do contrato, optando ora pela extinção, ora pela execução forçada ou, por fim, pela hibernação e retoma futura – ou seja, pela suspensão: no *iter* decisório, haveria que verificar se o impedimento é definitivo, se a natureza do contrato se opõe à suspensão e, em regra, se o cumprimento diferido salvaguarda a execução futura¹²⁰⁵. Segundo TREILLARD, a opção recairia frequentemente sobre a suspensão, em razão da força obrigatória do contrato e da relevância social reconhecida à execução, ainda que futura, do acordado¹²⁰⁶ – considerações que, no seu entender, em muito ultrapassariam o reconhecimento de qualquer “direito à suspensão”¹²⁰⁷.

Entre nós, JORGE LEITE considera que a suspensão por facto respeitante ao trabalhador constitui “prerrogativa do devedor inadimplente, um *direito cujo exercício se impõe ao credor (direito potestativo)*, para proteger a sua posição contratual durante o impedimento de realizar a prestação ou durante o período em que, por ocorrência de determinado facto, a lei ou a convenção colectiva o habilitem a não a realizar”¹²⁰⁸. Certo é, porém, que o apelo frequente à impossibilidade, enquanto categoria agregadora, dispensaria menção a um tal direito (a não trabalhar), já que, em rigor, a impossibilidade exonera/dispensa o devedor de prestar. De resto, admitimos, que à invocação da suspensão, pelo trabalhador, nem sempre subjaza o exercício de um direito, por se afigurar mais

¹²⁰³ TREILLARD, “De la suspension ...” *cit.*, p. 69.

¹²⁰⁴ *De la suspension cit.*, p. 68. O Autor define a suspensão como excepção reconhecida ao devedor, autorizando a não execução enquanto perdurar o obstáculo que entrava a execução (p. 73).

¹²⁰⁵ No entanto, a suspensão laboral opera, entre nós, ainda que a plena execução não seja mais viável (*v. infra* Parte II, Capítulo III).

¹²⁰⁶ “De la suspension ...” *cit.*, p. 71. O Autor convoca, aliás, o exemplo paralelo do casamento e as tentativas encetadas pelo juiz para contrariar a dissolução do vínculo (pp. 71-72).

¹²⁰⁷ TREILLARD, “De la suspension ...” *cit.*, pp. 69-70. Neste âmbito, é ainda frequente a invocação sobreposta da suspensão e da força maior – tal qual indicado *infra* Capítulo V, § 2., em decisão da *Cour de Cassation, Chambre civile 1*, de 24.2.1981 –, uma vez que só na década de oitenta do século passado, a jurisprudência francesa dissociou os conceitos.

¹²⁰⁸ “Notas ...” *cit.*, p. 128, n. 10, *itálico* nosso. Para o Autor, a suspensão deve ser perspectivada como um “*direito para o devedor que a invoca*, não sendo lícito ao credor valer-se do incumprimento para extinguir o respectivo contrato, cuja sobrevivência se lhe impõe, apesar de a prestação em falta ter, em relação ao período do impedimento, um carácter definitivo” (p. 537, *itálico* nosso). Configurando a suspensão por factos respeitantes ao trabalhador, por regra, como um “*derecho del trabajador*”, ou seja, como “*la potestad que el trabajador tiene a que se suspenda su contrato laboral, aún incluso en contra de la voluntad de la empresa, si se encuentra en determinadas circunstancias o frente a determinados supuestos*”, *v. CARRO IGELMO, La suspensión cit.*, p. 29.

rigoroso concluir pela concorrência de causas de justificação ou de desculpação¹²⁰⁹. Acresce a recondução da suspensão disciplinar à suspensão por factos respeitantes ao trabalhador – ainda que aplicada pelo empregador¹²¹⁰ –, havendo também que admitir hipóteses em que, embora o facto suspensivo respeite ao trabalhador (*v.g.*, perante incapacidade física), o empregador pode obstar à retoma da execução plena do contrato¹²¹¹, nomeadamente em prol da segurança da organização¹²¹².

Por fim, esta construção, ao associar o exercício da suspensão a um direito do devedor impedido¹²¹³, revelar-se-ia especialmente estreita por ajustada sobretudo a factos suspensivos relativos ao trabalhador, não acomodando adequadamente todos os casos de suspensão por factos respeitantes ao empregador e da falha de colaboração então pressuposta¹²¹⁴.

¹²⁰⁹ “O que não é sempre sinónimo de exercício de um direito” (JÚLIO GOMES, p. 724, n. 21). Embora, no regime das faltas, se refira um “direito” do trabalhador “a faltar” (*v.g.*, art. 252.º, n.º 1), admitimos que a referência seja imprecisa. Antes se verifica o concurso de causas de justificação ou de desculpação, que não só excluem a responsabilidade do trabalhador pelo incumprimento como surgem, no contexto da suspensão (cf. arts. 294.º, n.º 1, e 296.º), descomplexadamente agregadas, sob a fórmula “impossibilidade da prestação”, que, de modo abrangente, dispensa o trabalhador de prestar. A perfeita apreensão desta construção exige, todavia, considerar o referido *infra*, Parte II, Capítulo I, Secção III, quanto à delimitação da “impossibilidade”, neste âmbito.

¹²¹⁰ *V. supra* Capítulo II, § 2.2., II.

¹²¹¹ Em conformidade com o disposto no art. 297.º, “no dia imediato à cessação do impedimento, o trabalhador deve apresentar-se ao empregador para retomar a actividade”.

¹²¹² Refere o STJ, em acórdão de 8.10.2014, que “a realização do exame médico pela ré era-lhe imposta [...] no caso de regresso [do] trabalhador depois de uma ausência superior a 30 dias por motivo de doença ou acidente. E era-lhe legítimo querer determinar se a causa da suspensão do contrato já cessara ou não” (Proc. n.º 1113/12.1T4AVR.C1.S1, MELO LIMA, *itálico* nosso). Prevê, afinal, o art. 108.º, n.º 3, c), da Lei n.º 102/2009, de 10.9, alterada pelas Leis n.º 42/2012, de 28.8, e n.º 3/2014, de 28.1, a obrigação de o empregador promover a realização de exame de saúde, “no caso de regresso ao trabalho depois de uma ausência superior a 30 dias por motivo de doença ou acidente” (*v. ainda* os arts. 5.º, n.º 1, 17.º, n.º 1, b), e 73.º-B, n.º 2, d), da Lei n.º 102/2009 e o art. 19.º do CT). O modelo de ficha de aptidão para o trabalho foi aprovado pela Portaria n.º 71/2015, de 10.3. Questão diversa respeita às designadas ausências “preventivas” ou “consequentes”, ilustradas *infra*, Parte II, Capítulo I, Secção III, §2.1., no contexto de infecção pelo vírus H1N1, que ditou, então, a opção governamental de extensão, para este efeito, do conceito de “doença”.

¹²¹³ Admitindo que o relevo prático da caracterização do exercício da suspensão como direito subjectivo, faculdade ou poder é, no quadro que aqui nos ocupa, de importância reduzida, não aprofundaremos a destriça entre estas três situações jurídicas activas. Para desenvolvimentos quanto ao conceito de direito subjectivo, sua evolução e, em especial, respectiva distinção dos conceitos de poder e faculdade, *v.* António Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil I (Introdução, Fontes do Direito, Interpretação da Lei, Aplicação das Leis no Tempo, Doutrina Geral)*, 4.^a ed. (rev. e act.), Almedina, 2012, pp. 871 e ss.).

¹²¹⁴ Acrescendo outras hipóteses, tal qual as de inactividade de trabalhadores não grevistas, em caso de greve interna, a par da inactividade decorrente de greve externa – situações ainda reconduzidas à suspensão por factos referentes ao empregador (cf. *infra*, Parte II, Capítulos I e II).

7. Ponto de ordem

Perante a heterogeneidade de factos suspensivos, regimes e efeitos, a unidade conceptual ou dogmática da suspensão laboral é, não raras vezes, colocada “desassombradamente em causa”¹²¹⁵. É, por isso, compreensível a hesitação quanto à viabilidade de uma teoria geral do fenómeno suspensivo. Admitimos, no entanto, que a sedimentação conceptual alcançada autoriza este intento. Já na década de sessenta do século passado, quando apenas embrionariamente eram equacionados os traços da suspensão laboral, MONTEIRO FERNANDES reconhecia tal possibilidade. Referia, a este propósito, que “o instituto suspensivo ostenta como que uma «vocação de generalidade»; e não deixará, certamente, de integrar um princípio jurídico de relevância comum, quando a sua elaboração estiver convenientemente estruturada”¹²¹⁶.

Aqui chegados e atento o exposto, cremos ser desde já possível reconduzir a suspensão laboral à fórmula seguinte: *ausência motivada* (ainda que por força de *fundamentos* distintos) e *transitória* da actividade do trabalhador, reconduzível a uma *vicissitude (anómala) modificativa*, decorrente da acentuada matriz relacional do contrato de trabalho, promotora de continuada acomodação recíproca dos interesses das partes; instituto que configura uma modalidade de “quiescência” contratual, tendo por fim a *conservação dos efeitos do negócio jurídico* e, neste domínio específico, a *estabilidade do emprego*.

¹²¹⁵ JÚLIO GOMES, *Direito cit.*, p. 853.

¹²¹⁶ “A suspensão do ...” *cit.*, p. 68.

CAPÍTULO IV

A SUSPENSÃO ENQUANTO FENÓMENO NÃO CIRCUNSCRITO AO CONTRATO DE TRABALHO. O PARTICULAR RELEVÓ DA SUSPENSÃO NA ESFERA LABORAL

I. É usual os textos dedicados à suspensão laboral aludirem à escassa importância do instituto suspensivo no Direito Civil¹²¹⁷. Aqui chegados, é compreensível a reserva com que acolhemos tais observações: embora constatando que, “para alguns, a figura da suspensão do contrato, ainda que não desconhecida do direito civil, *seria neste claramente marginal*”, JÚLIO GOMES alerta que tal excepcionalidade não é pacífica¹²¹⁸. A tal respeito, ISELE afirma, aliás, inequivocamente: “«Suspension» spielt eine Rolle bei allen Arten von Dauerrechtsverhältnissen”¹²¹⁹. Concluir que a suspensão é descurada pela civilística contradita, na verdade, a literatura que lhe é dedicada, não circunscrita à esfera laboral. Refira-se, a título de exemplo, LABORDERIE, que constata que a generalização do mecanismo da suspensão seria reveladora da importância que o Direito dos Contratos reconhece ao fenómeno da perenidade contratual¹²²⁰, sendo ainda transponível para o presente a ideia de TREILLARD (1960) de que “le succès contemporain de la notion de suspension des contrats, notion dont l’adoption est générale en France comme à l’étranger, s’explique facilement par l’utilité qu’elle présente pour maintenir la stabilité des rapports contractuels, à une époque où l’instabilité économique tend à rendre de plus en plus précaires les relations de ceux qui s’engagent dans les liens d’un contrat”¹²²¹. Enquanto mecanismo ao serviço da continuidade contratual, é evidente a importância da suspensão no

¹²¹⁷ Assim, JOÃO REIS indica que “na civilística não é corrente o recurso à noção de suspensão do contrato enquanto categoria geral”. Adverte, no entanto, que “a noção é, evidentemente, conhecida, mas aparece ligada ou na dependência de outros dois institutos: da impossibilidade temporária e da *exceptio non adimpleti contractus*” (*A suspensão cit.*, p. 11). No Direito espanhol, RIVAS VALLEJO reconhece a necessidade de aproximação da suspensão laboral ao Direito Civil. Nota, porém, que, para muitos autores, não haveria, naquele âmbito, espaço para uma teoria geral da suspensão (*La suspensión cit.*, p. 26).

¹²¹⁸ *Direito cit.*, pp. 855-856, ênfase nossa.

¹²¹⁹ “Das suspendierte ...” *cit.*, p. 107, indicando, a este propósito, exemplos vários, a par do contrato de trabalho. Identicamente, BÜHN, *Die einseitig cit.*, p. 6. No Direito francês, YAMAGUCHI constata: “lorsque, dans le cadre général du droit des contrats, on examine de près les situations où la demande de suspension intervient en pratique, on constate que cette demande est toujours présentée par une des parties comme réponse à la demande de résolution ou d’exécution forcée présentée par l’autre partie en vue de faire échec à cette dernière demande” (*La théorie cit.*, p. 82). E VIDA SORIA confirma: “hemos afirmado la existencia de supuestos suspensivos dentro de la normativa común; ello no parece discutido por los autores que admiten y estudian la suspensión, aunque algunos de ellos ignoren este punto y su posibilidad” (*La suspensión cit.*, p. 7). Em termos aproximados, v. ainda RAMÍREZ MARTÍNEZ, “Naturaleza ...” *cit.*, p. 18.

¹²²⁰ *La pérennité cit.*, p. 80. No mesmo sentido, RADOUANT, *Du cas fortuit cit.*, p. 295, n. 1. Paul HORION indica a suspensão como fenómeno comum a todos os contratos de execução sucessiva (*Suspensions du Travail et Salaire Garanti. Des Cas de Suspension Légitime de l’Exécution du Contrat de Travail et du Contrat d’Emploi*, Faculté de Droit de Liège, 1961, pp. 1-2). Por fim, PANCRAZI-TIAN refere igualmente a suspensão como forma de tutela do vínculo, de aplicação indistinta (*La protection cit.*, pp. 279-285).

¹²²¹ “De la suspension ...” *cit.*, p. 108.

Direito do Trabalho¹²²²; não se trata, todavia, de instituto de aplicação reservada a este domínio¹²²³. Atendendo às particularidades que demarcam as obrigações duradouras, admitimos que a suspensão surge em resposta a entrave temporário que, não obstante as prestações singulares inviabilizadas, não afecta a estrutura obrigacional complexa no seu todo. Em suma, o especial enfoque reservado à suspensão laboral não legitima desconsiderar a sua relevância noutras esferas. cremos, na verdade, que a marca distintiva que assume no Direito do Trabalho, no confronto com concretizações paralelas, resultará ainda de factores que, embora essenciais à plena compreensão do tema, não são, por regra, aqui convocados: importa, desde logo, atender ao enquadramento reservado à cessação imotivada, promovida pelo empregador, no contrato de trabalho e que se distancia do princípio geral aplicável a vínculos duradouros de cessação *ad nutum*, em que a falta de fundamento para a desvinculação releva, sobretudo, no âmbito da contratação a termo¹²²⁴ – assumindo que, nessas hipóteses, o prazo estipulado equivale, por regra, a período de vinculação mínima.

1. O sentido reservado à aposição de um termo ao contrato

I. RAÚL VENTURA autonomiza três hipóteses, conforme o sentido reservado à aposição de um termo: fixação simultânea de limites máximo e mínimo de vinculação, submodalidades desta hipótese, em que apenas para uma das partes o prazo reveste um tal significado ou indicação tão-só de limite máximo de vinculação¹²²⁵. Certo é, porém, que nem sempre a filiação de dado contrato nas modalidades “duração determinada” ou “indefinida” resulta de opção livre: a ausência de restrições legais à liberdade de desvinculação na contratação indefinida condiciona, por regra, o sentido que reveste a aposição de um termo ao contrato. Na verdade, em tais casos, salvo desvios expressos, não fará sentido afirmar que o termo foi estabelecido para fixação do tempo máximo de contratação. Para além de tal função indicativa, o termo assinala, sobretudo, o tempo mínimo de vinculação, em reforço da estabilidade contratual, pelo tempo pré-estabelecido, precludindo a livre cessação, salvo

¹²²² “Decimos, pues, que la suspensión adquiere especial peculiaridad y considerable trascendencia, dentro de los límites acotados para el Derecho del trabajo en su regulación relativamente moderna” (VIDA SORIA, *La suspensión cit.*, p. 15).

¹²²³ TREILLARD, “De la suspension ...” *cit.*, p. 100.

¹²²⁴ Assim sendo porque, se “o autor da declaração de resolução t[iver] um direito potestativo de denúncia (discricionária) do contrato, a declaração de resolução ilegal, ilegítima ou ilícita de um contrato deverá interpretar-se como uma declaração de denúncia” (PINTO OLIVEIRA, *Princípios cit.*, p. 894). Opera, pois, conversão da resolução ilícita em denúncia (p. 895).

¹²²⁵ “Extinção ...” *cit.*, p. 251. Também FERREIRA PINTO assinala o sentido distinto que pode assumir a aposição de um termo ao contrato: “podem as partes acordar numa duração *fixa*, ou limitar-se a estabelecer a duração *mínima*, a duração *máxima*, ou, simultaneamente, a duração máxima e a duração mínima da sua vinculação” (*Contratos cit.*, p. 256).

justa causa¹²²⁶: assume, pois, natureza estabilizadora¹²²⁷. E por isso se diz que, salvo situações excepcionais que justifiquem a cessação antecipada, por toda a duração prevista, o contrato reveste carácter obrigatório, não podendo qualquer das partes desligar-se sem cometer uma falta contratual^{1228/1229}. Assume tal sentido o acordo de fornecimento mensal de pão, por um ano, a estabelecimento de restauração: as partes asseguram, no essencial, a troca de pão por dinheiro, por este período, para lá do qual recuperam a sua autonomia. Dir-se-á, por conseguinte, que o termo funciona também como limite (máximo) à restrição imposta à livre desvinculação: a previsão de um termo *reforça*, aqui, o carácter duradouro do vínculo, garantindo satisfação de necessidade reiterada de fornecimento (por doze vezes)¹²³⁰; as partes restringem a sua liberdade de

¹²²⁶ DEVOTO, *L'obbligazione cit.*, p. 94. Também FERREIRA PINTO nota que, na falta de previsão legal ou de estipulação das partes, “a denúncia é naturalmente afastada pelos próprios interessados quando decidam concluir um contrato de duração determinada, ou sujeito a um prazo mínimo de vigência, e nada disponham em contrário” (*Contratos cit.*, p. 346, com ênfase nossa).

¹²²⁷ Ao que se contrapõem as hipóteses de termo limitativo, em que a duração pré-estabelecida indica o tempo máximo de contratação pretendido, não impedindo, porém, desvinculação antecipada, independente de justa causa. Sobre esta distinção, v. RAÚL VENTURA, “Extinção ...” *cit.*, pp. 251 e ss., e João Leal AMADO, *Vinculação versus Liberdade. O Processo de Constituição e Extinção da Relação Laboral do Praticante Desportivo*, Coimbra Editora, 2002, p. 255.

¹²²⁸ BENABENT, *Droit civil cit.*, p. 241.

¹²²⁹ Segundo alguns autores, daqui resultariam consequências relevantes no que respeita ao (in)cumprimento ou (im)possibilidade de cumprimento da(s) prestação(ões) singular(e)s que integra(m) o complexo duradouro. Há, na verdade, quem considere que, nestas circunstâncias, quando acordam um termo preciso, as partes projectam uma execução completa de obrigação una e indivisível. Sendo assim, as obrigações a termo (ainda que duradouras) aproximar-se-iam, nestes casos, do regime das obrigações instantâneas (fraccionadas ou prolongadas), caso em que, retomando o referido (v. *supra* Capítulo I, Secção V, Subsecção II, § 2.3.), a resolução deveria implicar, por regra, efeito retroactivo (CROS, “Les contrats ...” *cit.*, p. 52). Ao invés, os contratos de duração indeterminada seriam compostos por prestações plúrimas divisíveis: salvo raras excepções, a possibilidade reconhecida às partes de, em tais casos, cessarem livremente o contrato inviabilizaria qualquer certeza ou previsibilidade quanto à efectiva extensão do vínculo; não sendo possível antecipar o número de prestações a realizar, haveria que considerar cada troca de prestações como operação independente e equilibrada em si (CROS, “Les contrats ...” *cit.*, p. 52). Entendimento diverso é sustentado por DEVOTO, que considera que a celebração de contrato a termo – ainda traduzindo um número mínimo de actos de execução – não altera o significado e a autonomia do acto singular (*L'obbligazione cit.*, p. 82); cada prestação do complexo duradouro cumpre a sua função, devendo ser valorada de modo autónomo em relação às demais – seja na contratação a termo, seja na vinculação por tempo indeterminado. Assim, se, após seis entregas mensais, o fornecedor deixa de cumprir, ainda que o incumprimento defraude as expectativas do credor quanto ao último período do ano, não inviabiliza as prestações efectuadas – o vinho entregue poderá manter a utilidade que justificou a sua aquisição. Ao invés do que sucede numa obrigação fraccionada, cada prestação não está condicionada pelas demais: há uma justificação económica na troca de dinheiro por vinho em Janeiro, ainda que tal troca possa não ocorrer em Fevereiro (pp. 81-82).

¹²³⁰ Referindo o que pode influenciar uma vinculação mínima, FERNANDO ARAÚJO nota que “as partes mantêm-se longamente fiéis aos termos dos contratos se são elevados os custos de renegociação, se as sanções por incumprimento são pesadas, se estão reféns da profundidade dos investimentos específicos, se é forte a certeza contextual (se a informação com que as partes entram na relação não se torna rapidamente obsoleta), se em suma se mantém favorável para qualquer

cessação, assumindo, por aquele período (mínimo e máximo), obrigação de cumprimento das prestações pressupostas. Sendo assim adequado concluir que, no universo definido – *i.e.*, hipóteses em que não concorre obstáculo à livre desvinculação, na contratação por tempo indefinido –, será, sobretudo, na aposição de termo (estabilizador) que se revela adequado escrutinar os fundamentos que motivam a cessação antecipada.

II. Interferindo a suspensão com a normal execução do contrato, a específica concretização temporal do vínculo, conforme as alternativas enunciadas, assume importância essencial. O sentido do termo pode, na verdade, sofrer variações sempre que, em tutela de outros valores, o ordenamento condiciona a autonomia das partes, impondo limitações à possibilidade de contratação a prazo e à sua extensão ou conformando a liberdade de desvinculação (restringindo-a) no modelo alternativo da contratação por tempo indefinido¹²³¹. O que acolhe, regra geral, concretização no contrato de trabalho¹²³², atento o propósito de garantia do emprego e a preferência pelo modelo de contratação por tempo indeterminado: uma tal interferência decorre das restrições à livre cessação pelo empregador – em contraste com a liberdade de desvinculação reconhecida ao trabalhador – e ainda da limitação dos casos em que a contratação a termo e temporária são admitidas, a par das exigências relativas às respectivas durações mínima e máxima¹²³³. A tutela é também concretizada nas reservas impostas à renovação do contrato, atenta a imposição dos mesmos requisitos de forma e substância exigidos para a celebração *ab initio* do contrato, assim se reiterando a primazia do modelo da contratação indefinida¹²³⁴. A contratação a termo surge, pois, como figura que aqui “se impõe à *contrecoeur*, sempre com carácter de excepção”¹²³⁵. É, na verdade, previsível que, num

das partes a ponderação de custos e benefícios da «lealdade» contratual, dos «ganhos de permanência»” (*Teoria cit.*, p. 381). E importa, na verdade, ter presente que “a determinação da duração óptima de um contrato constitui, seguramente, uma das decisões negociais mais complexas quanto à sua justificação racional, mas é, ao mesmo tempo, um dos aspectos cruciais que tem de ser avaliado no momento da sua celebração” (FERREIRA PINTO, *Contratos cit.*, p. 229).

¹²³¹ DURAND, “Préface ...” *cit.*, pp. 2-3.

¹²³² Sem prejuízo de fórmulas próprias, tal qual previsto no art. 348.º, n.ºs 1 e 3, do CT.

¹²³³ BENABENT, *Droit civil cit.*, p. 241. Quanto aos motivos que condicionam a contratação a termo e o recurso a trabalho temporário, *v.*, em geral, respectivamente, arts. 139.º e ss. e arts. 175.º e ss. No contrato de trabalho a termo certo, é, por regra, indicado um prazo mínimo de seis meses, salvo o previsto no art. 148.º, n.º 2, e o regime afecto ao contrato de muito curta duração (art. 142.º). Os prazos máximos variam consoante os fundamentos da contratação, entre dezoito meses e três anos (art. 148.º, n.º 1), sem prejuízo dos regimes de renovação extraordinária, introduzidos pelas Leis n.º 3/2012, de 10.1, e n.º 76/2013, de 7.11. Já no que respeita à contratação a termo incerto, é fixada a duração máxima de seis anos (art. 148.º, n.º 4). Por fim, quanto aos limites estabelecidos para o trabalho temporário, tem aplicação o disposto no art. 182.º.

¹²³⁴ Cf. o art. 149.º, n.º 3.

¹²³⁵ LEAL AMADO, *Vinculação cit.*, p. 98. Ainda assim, cumpre assinalar alteração sistemática em 2009: no CT 2003, a contratação a termo integrava o regime das “Claúsulas acessórias” (arts. 127.º e ss.), a par do enquadramento reservado à condição e termo suspensivos e às regras de

ordenamento em que a cessação, pelo empregador, de contrato celebrado por tempo indeterminado é fortemente restringida, aquele possa preferir a celebração de contrato de trabalho a termo ou temporário; e não surpreende por isso que sejam também circunscritos os casos em que estes modelos de contratação são admissíveis: de outra forma, seria fácil contornar aquela exigência¹²³⁶. Consideradas as restrições impostas à liberdade de desvinculação do empregador e a preferência assumida por um modelo de contratação por tempo indefinido, a contratação a termo ou temporária representa, para o empregador, nos casos excepcionais em que é admitida, forma de encurtar o tempo de vinculação, por regra, indeterminado¹²³⁷. Neste sentido, é inevitável constatar nexos incindíveis entre as regras que enquadram a celebração de contratos de trabalho a termo e as que modelam a extinção do contrato por iniciativa do empregador¹²³⁸; afinal, decorrido o tempo estipulado e o número máximo de renovações e contanto que observadas as formalidades legalmente exigidas, o empregador pode¹²³⁹ pôr fim ao contrato¹²⁴⁰. E assim se compreende que, na perspectiva do empregador, embora o termo também constitua período mínimo de vinculação, surja sobretudo como tempo máximo de contratação (transitória). Distintamente, para o trabalhador, e em corolário da liberdade de trabalho, a estipulação de um termo não condiciona a livre desvinculação antecipada, ainda que sem justa causa¹²⁴¹: o termo reveste, pois, natureza limitativa¹²⁴².

limitação da liberdade de trabalho. O CT 2009 passou a disciplinar esta matéria na Secção IX (“Modalidades de contrato de trabalho”) do Capítulo I do Título II do Livro I do CT (arts. 139.º e ss.), reservada à regulação de modalidades específicas de contrato de trabalho. Assinalando as vantagens da nova sistematização, atenta a função central da contratação a termo, v. PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, I, p. 220, n. 79.

¹²³⁶ Referindo fenómeno idêntico em França, v. Jean PÉLISSIER, Gilles AUZERO e Emmanuel DOCKÈS, *Droit du Travail*, 25.ª ed., Dalloz, 2010, p. 477.

¹²³⁷ MONTEIRO FERNANDES alerta para a necessária articulação das matérias da cessação do vínculo e da contratação a termo, no plano da política de emprego: “a precariedade pode ganhar volume e importância num sistema de despedimento bloqueado” (*Direito cit.*, p. 483).

¹²³⁸ PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, II, p. 259.

¹²³⁹ E deverá fazê-lo, sob pena de conversão em vínculo de duração indefinida.

¹²⁴⁰ Lógica idêntica contribui, aliás, para justificar a importância que reveste, entre nós, o período experimental (cf. arts. 111.º a 114.º) – v. PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, II, pp. 197, e 205-207.

¹²⁴¹ Cf. o art. 400.º, n.º 3. No passado, era outra a lógica acolhida: “a ruptura antecipada do contrato por iniciativa do trabalhador sempre foi configurada pelo nosso ordenamento como um inadimplemento do mesmo, sujeitando aquele à inerente responsabilidade. Só em 1989, com a LCCT, se procedeu à recentragem da figura da demissão no contrato a prazo, passando então a ser reconhecida ao trabalhador a liberdade de romper esse contrato caso não mais seja do seu interesse, ou não mais corresponda à sua vontade, mantê-lo” (LEAL AMADO, *Vinculação cit.*, pp. 255-256, n. 438, ênfase nossa).

¹²⁴² Sem prejuízo de regimes diversos, acolhidos em contratos de trabalho em especial. Assim, no que respeita ao contrato de trabalho do praticante desportivo, o modelo de contratação difere do previsto, em geral, no CT: o contrato a termo é “a única categoria contratual admitida” (LEAL AMADO, *Vinculação cit.*, p. 99). E, neste caso, o termo assume, para o trabalhador, função estabilizadora, já que, salva justa causa, o praticante desportivo “não é livre para dissolver o contrato *medio tempore*” (p. 112). Sobre um tal regime, v. ainda PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, II,

III. Também MONTEIRO FERNANDES alertou oportunamente para o facto de a operacionalidade da suspensão resultar condicionada pelo regime aplicável no plano extintivo. No domínio laboral, a suspensão perderia boa parte de sentido perante um regime de despedimento *ad nutum*¹²⁴³. Conclui, a esta luz, que o despedimento com aviso prévio, tal qual em tempos concebido – “isto é, sem que à motivação do acto possa ser reconhecida qualquer relevância sobre a sua legitimidade e eficácia –, choca[va] frontalmente com os fundamentos essenciais da suspensão”, não podendo “configurar-se, sob a inspiração dum espírito razoavelmente sistemático [...], a coexistência das duas figuras jurídicas”¹²⁴⁴. A admissibilidade simultânea destes regimes seria viabilizada apenas por meio de uma proibição de cessação, aplicável no tempo de suspensão: “na construção da disciplina suspensiva, não se afigura outra fórmula para superar este verdadeiro impasse [...] que não seja a de vedar, durante a suspensão, o recurso ao despedimento *ad nutum*. Na lógica que preside ao quadro normativo exposto, só a invocação de justa causa (e já se viu que algumas circunstâncias podem ser assim caracterizadas, sem ofensa aos princípios da suspensão) pode considerar-se via adequada para o despedimento do trabalhador durante o período suspensivo”¹²⁴⁵.

As referências antecedentes são, pois, ilustrativas do modo como a plena compreensão da função afecta à suspensão depende, em boa parte, do regime de cessação em vigor: a evolução, de perfil restritivo, registada no Direito do Trabalho português em matéria de extinção unilateral pelo empregador e o regime condicionado da contratação a termo e temporária modelam o sentido hoje assumido pelo fenómeno suspensivo em contexto laboral, no confronto com outros vínculos duradouros. No entanto, a par do enquadramento extintivo que, entre nós, constringe a cessação unilateral do contrato de trabalho pelo empregador, admitimos que a compreensão do especial destaque reconhecido à suspensão em contexto laboral resulta ainda das consequências associadas à resolução infundada ou sem fundamento – aspecto a referir seguidamente.

p. 390, e, analisando a configuração precisa da estabilidade do emprego nestas hipóteses, v. acórdãos do STJ de 20.9.2006, Proc. n.º 06S378 (VASQUES DINIS), e de 7.3.2007, Proc. n.º 06S1541 (SOUSA PEIXOTO), e ainda acórdão da RL, de 11.11.2009, Proc. n.º 3987/03.8TTLSB.L1-4 (ISABEL TAPADINHAS).

¹²⁴³ “Se a irrelevância dos motivos do despedimento puder definitivamente considerar-se um princípio geral de direito do trabalho – e não parece que as modernas tendências o confirmem –, deverá reconhecer-se que o instituto sob exame perde a maior parte do seu interesse” (MONTEIRO FERNANDES, “A suspensão do ...” *cit.*, p. 82).

¹²⁴⁴ MONTEIRO FERNANDES, “A suspensão do ...” *cit.*, p. 83.

¹²⁴⁵ MONTEIRO FERNANDES, “A suspensão do ...” *cit.*, p. 82, ênfase nossa. Esta contradição – cessação imotivada *vs.* suspensão – já havia sido apontada pelo Autor, em reflexão anterior (António de Lemos Monteiro FERNANDES, “O Despedimento *ad nutum* e a Relevância dos Motivos”, *ESC*, ano 3, 1964, n.º 9, pp. 13-35, p. 32).

2. A operacionalidade e os efeitos da resolução sem fundamento

I. Reflexo da associação ora sugerida – *i.e.*, destaque afecto à suspensão e enquadramento da resolução infundada – decorre, segundo cremos, da (maior) importância reconhecida, usualmente, pela doutrina e jurisprudência francesas à suspensão, em hipóteses que vão muito além da suspensão laboral. Na verdade, o facto de, no Direito francês, a resolução operar, por regra, judicialmente¹²⁴⁶ assume, nomeadamente, dois efeitos essenciais: não só é pressuposta avaliação judicial (prévia) dos motivos invocados para a cessação como, em caso de improcedência, a subsistência do vínculo pode resultar imposta até à superação do evento obstativo. Por isso, verificados os necessários pressupostos – *maxime*, o carácter temporário do impedimento e, por regra, a possível execução futura do contrato¹²⁴⁷ –, a suspensão é fruto de decisão judicial, ao que não resulta indiferente a atenção dedicada, no ordenamento francês, ao instituto suspensivo: perante a alternativa execução/cessação, os tribunais preferem, sempre que possível, a suspensão – enquanto disjunção da existência e da execução do contrato¹²⁴⁸ –, atenta a relevância reservada à estabilidade contratual¹²⁴⁹. Refere Jacques MESTRE que “*le souci de protection du lien contractuel a conduit d'abord le juge à faire de la suspension du contrat un mécanisme de théorie générale, applicable à ce titre en dehors même des cas où la loi, notamment dans les relations de travail, le consacre*”¹²⁵⁰. Dir-se-á, aliás, que, conforme um tal enquadramento, a suspensão desempenha perfeitamente a sua função: constituindo os seus pressupostos “causas virtuais de extinção ou de resolução unilateral do contrato”¹²⁵¹, surge em alternativa à cessação, sob a forma de uma excepção invocada pelo devedor impossibilitado de cumprir¹²⁵².

Sucede que, entre nós, por princípio, nos contratos de duração indefinida em que a liberdade de denúncia não sofre especiais limitações – referimo-nos às hipóteses de cessação *ad nutum* –, é sobretudo na contratação a termo (estabilizador) que será relevante valorar a inexistência de fundamento para a cessação: o termo corresponderá, então, com frequência, a um tempo de

¹²⁴⁶ Cf. art. 1184, 3 do CCfr., “*la résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances*”. Trata-se, todavia, de regra que poderá sofrer alteração, atenta a reforma em curso. Sobre o exercício do direito de resolução no Direito francês e propostas de alteração ao respectivo regime jurídico, v. Joana FARRAJOTA, “Notas sobre a Reforma do Direito dos Contratos”, *Themis*, ano 10, 2010, n.º 18, pp. 209-223.

¹²⁴⁷ RADOUANT, *Du cas fortuit cit.*, pp. 271 e ss. Quanto à viabilidade de execução futura do vínculo, v., todavia, o referido *infra*, Parte II, Capítulo III.

¹²⁴⁸ Para YAMAGUCHI, “*l’existence du contrat et son exécution sont deux choses distinctes, et la suspension consiste dans la disjonction qui s’opère entre l’existence du contrat et la possibilité de l’exécuter*” (*La théorie cit.*, p. 9).

¹²⁴⁹ RADOUANT, *Du cas fortuit cit.*, p. 272.

¹²⁵⁰ “Observations sur l’Attitude du Juge Face aux Difficultés d’Exécution du Contrat”, *Revue de Droit Henri Capitant*, 2011, n.º 3, disponível em <<http://www.henricapitantlawreview.fr/article.php?id=317>>.

¹²⁵¹ MONTEIRO FERNANDES, “A suspensão do ...” *cit.*, p. 56, n. 1.

¹²⁵² MONTEIRO FERNANDES, “A suspensão do ...” *cit.*, p. 45.

vinculação mínima¹²⁵³. No entanto, mesmo nessas circunstâncias, operando a resolução, entre nós, por regra, extrajudicialmente¹²⁵⁴, caso se venha a concluir pela ilicitude de cessação – por hipótese, por se entender que o impedimento que entrava temporariamente a execução não assume gravidade bastante para a extinção –, afigura-se discutível desfecho judicial¹²⁵⁵ que imponha a repristinação do vínculo (ou, conforme diferente ângulo, a retoma de plena execução) e, em decorrência, subsequente suspensão até superar de obstáculo que tenha, entretanto, obstado à normal execução do contrato¹²⁵⁶. Nesta

¹²⁵³ O âmbito da resolução com justa causa em vínculo duradouro coincide com os casos em que se conclua não ser adequado “reclamar do contraente afectado que continue a cumprir as respectivas obrigações pelo período remanescente da duração convencionada, ou tratando-se de negócio sem duração prefixada, daquele que se lhe imporia observar se pretendesse fazer cessar o contrato mediante *denúncia (prazo de pré-aviso)*”. Em suma, “verificando-se uma situação deste tipo, a ordem jurídica autoriza o interessado a libertar-se antecipadamente do vínculo, sem ter de esperar pelo esgotamento do prazo, ou sem ter de proferir uma denúncia acompanhada de *côngruo pré-aviso*” (FERREIRA PINTO, *Contratos cit.*, p. 396).

¹²⁵⁴ Cf. art. 436.º, n.º 1, do CC, “a resolução do contrato pode fazer-se mediante declaração à outra parte”. Dir-se-á, por conseguinte, que “inspirado no BGB, o código civil português adoptou expressamente o modelo de resolução extrajudicial dos contratos”. Entre nós e ao invés do que sucede, por regra, no Direito francês, “o credor exerce o seu direito sem necessidade de recurso a tribunal. Enquanto modo de extinção do contrato, que opera através de declaração receptícia, a resolução ocorre no momento em que a declaração se torna eficaz nos termos do artigo 224.º do Código Civil. Nesse momento, o contrato é destruído, deixa de existir” (ASSUNÇÃO CRISTAS, “É possível ...” *cit.*, pp. 56-57, *itálico nosso*).

¹²⁵⁵ Ainda que tal avaliação judicial seja inevitável: “a justa causa constitui [...] uma *cláusula geral* que remete para o juiz a questão de determinar, em cada situação concreta, até que ponto a prossecução da relação em curso é *exigível*” (FERREIRA PINTO, *Contratos cit.*, p. 396).

¹²⁵⁶ A referência à “repristinação do vínculo” pressupõe que a resolução, ainda que ilícita, é eficaz, produzindo, assim, o efeito extintivo. Não se ignora, todavia, que “os efeitos da resolução ilegal, ilegítima ou ilícita são controversos”. Há quem sustente que o contrato cuja resolução foi ilicitamente declarada não cessou e que as partes continuam vinculadas à realização do acordado, “constituindo-se o autor de uma declaração de resolução ilegal, ilegítima ou ilícita no dever de indemnizar os danos causados ao seu destinatário” (PINTO OLIVEIRA, *Princípios cit.*, p. 893). Importa, porém, considerar distintamente as hipóteses que podem estar em causa. Nos casos em que é admitida a denúncia de vínculo de duração indefinida, a resolução sem fundamento é equiparada a denúncia sem observância de aviso prévio, que, determinando a “correspondente obrigação de indemnização”, não obsta “à extinção do contrato” (António Pinto MONTEIRO, “Denúncia de um Contrato de Concessão Comercial” (Anotação ao Acórdão da RP, de 27.06.1995), *RLJ*, ano 130, 1997-1998, pp. 119-128, p. 128, *itálico nosso*); no mesmo sentido, PINTO OLIVEIRA, *Princípios cit.*, pp. 894-895). Confirmando esta lógica, *v.* acórdão da RP, de 13.3.1997, sendo a tal propósito assinalado que, embora “a requerente prove que a resolução foi feita sem justa causa, nunca ela pode pedir na acção principal que o contrato resolvido *renasça*, impondo-se à requerida a continuação do fornecimento dos seus produtos mas apenas a indemnização que ao caso couber” (Proc. n.º 138/96, *CJ*, ano 22, t. 2, 1997, pp. 196-198, p. 198, *itálico nosso*). As dúvidas de enquadramento surgem, contudo, sempre que ao autor da declaração de resolução não seja reconhecido um direito potestativo de denúncia discricionária. Nesta medida e no contexto de contrato de agência por tempo determinado, *v.* PINTO MONTEIRO, “Anotação ...” *cit.*, p. 128, n. 75, e PINTO OLIVEIRA, *Princípios cit.*, p. 894. Importa, não obstante, assinalar que os autores que admitem, em tais casos, a eficácia da resolução infundada – como António Pinto MONTEIRO, *Contrato de Agência. Anotação*, 7.ª ed., Almedina, 2010, p. 138, e ASSUNÇÃO CRISTAS, “É possível ...” *cit.*, p. 78

medida, o âmbito operativo da suspensão sofre, no universo contratual descrito, restrição evidente: o que contribui também para a menor atenção dedicada, para lá da esfera laboral, ao fenómeno suspensivo.

II. Diversamente, no contrato de trabalho, embora a resolução do contrato¹²⁵⁷ opere igualmente, por regra¹²⁵⁸, extrajudicialmente, não dispondo o empregador de poder discricionário de cessação: (i) mesmo em contrato de duração indeterminada (e não já com especial enfoque em hipótese em que ao vínculo seja aposto um termo estabilizador), é, com frequência, promovida a verificação judicial das razões invocadas para o fim do vínculo – ou seja, avaliação da (i)licitude da extinção; e (ii) em face da insubsistência dos fundamentos, a impugnação judicial¹²⁵⁹ do despedimento pode ditar a invalidade da extinção e, em tal caso, determinar – por regra assim

– têm dificuldade em sustentar a repriminção judicial do vínculo (extinto). Assim, no confronto do modelo extrajudicial de resolução português com o modelo judicial de resolução francês, ASSUNÇÃO CRISTAS nota que: (i) enquanto, neste, nada impede que o Tribunal considere o pedido de resolução injustificado e, em conformidade, negue a resolução, decidindo pela *subsistência do contrato* (ob. cit., p. 76, n. 39); (ii) no modelo português, operando a resolução extrajudicialmente, a apreciação judicial opera *a posteriori* (após a cessação ter ocorrido), quando a contraparte discorda dos fundamentos para a resolução (pp. 57-58). Não existindo resposta inequívoca da doutrina nacional quanto ao possível “ressurgimento”/“repriminção” do vínculo, por via judicial, ASSUNÇÃO CRISTAS acaba por concluir que a resolução, ainda que infundada, extingue irremediavelmente o contrato (p. 78). Esta leitura traduz o entendimento de parte da doutrina, mas não exclui construções distintas, que consideram que a resolução infundada é ineficaz. Em acórdão de 15.1.2015, refere o STJ que a “declaração resolutoria determina a cessação do vínculo se não for impugnada pela contraparte num contrato sinalagmático, mas, se o for e se for judicialmente reconhecida a inexistência de fundamento para tal resolução, então o contrato deve considerar-se subsistente” (Proc. n.º 2365/08.7 TBABF.E1.S1, ÁLVARO RODRIGUES, itálico nosso). Dando conta das variadas posições sustentadas a este propósito e propugnando pela ineficácia da resolução sem fundamento, v. JOANA FARRAJOTA, *A resolução cit.*, pp. 50 a 57 e 186 e ss.

¹²⁵⁷ Em tese, o despedimento pode ser sobreposto às modalidades civilísticas da resolução e da denúncia. Se, à luz de enquadramento legal anterior, a liberdade de desvinculação era amplamente reconhecida às partes, sendo, por isso, usuais as referências ao “despedimento-denúncia”, hoje, uma tal recondução não se afigura viável, atenta a necessidade de motivar a extinção. Assinalando, todavia, notas diferenciadoras entre a resolução e o despedimento, v. FURTADO MARTINS, “Despedimento ...” cit., pp. 54-57. Por sua vez, criticando a recondução do despedimento à resolução, tal qual antes expressamente indicado nos arts. 384.º e 396.º e ss. do CT 2003, v. JÚLIO GOMES, *Direito cit.*, pp. 945 e ss. – uma tal sistematização viria, na verdade, a ser afastada pelo *Livro Branco das Relações Laborais* (Ministério do Trabalho e da Solidariedade Social, IEPF, 2007, disponível em <http://www.gep.msess.gov.pt/edicoes/outras/livro_branco_digital.pdf>), que proporia novo elenco, autonomizando o despedimento das demais formas extintivas – cf. actualmente previsto nos arts. 340.º e 351.º e ss.

¹²⁵⁸ Atenta a protecção conferida no âmbito da parentalidade, se a entidade competente na área da igualdade de oportunidades entre homens e mulheres proferir parecer desfavorável, o fundamento para o despedimento carece de prévia avaliação pelo tribunal (cf. art. 63.º, n.º 6). No entanto, mesmo nestes casos, não se trata de extinção promovida judicialmente, cabendo ao empregador efectuar o despedimento (FURTADO MARTINS, *Cessação cit.*, pp. 150-151).

¹²⁵⁹ Conforme o art. 387.º, n.º 1, “a regularidade e licitude do despedimento só pode ser apreciada por tribunal judicial”.

sucedendo¹²⁶⁰ – a reintegração do trabalhador¹²⁶¹. Afinal, “uma vez declarada a invalidade do despedimento, o primeiro problema que se levanta é o de saber como deve ser efectuada a *repristinação dos efeitos jurídicos do contrato de trabalho*, cuja execução esteve interrompida em virtude do afastamento compulsivo do trabalhador da empresa”¹²⁶². Nesta medida, o regime laboral acolhe, no que

¹²⁶⁰ Cf. art. 389.º, n.º 1, b). Salvo nos casos em que o trabalhador opte por indemnização em substituição da reintegração, nos termos do art. 391.º, e em que o tribunal exclua a reintegração, a pedido do empregador, conforme previsto no art. 392.º. Quanto à causa da extinção, nesta última hipótese, embora com reservas, LEAL AMADO recusa aqui identificar uma resolução judicial, preferindo o apelo a uma “resolução patronal, ainda que por via judicial” (*Contrato cit.*, pp. 423-425). A este propósito, FURTADO MARTINS refere que “fica assim patente que o afastamento da reintegração é uma *decisão judicial*, embora a pedido do empregador” (*Cessação cit.*, p. 478, ênfase nossa). Já na situação distinta, de oposição pelo trabalhador à reintegração, estar-se-á perante resolução do trabalhador, com justa causa (em reacção a incumprimento do empregador), exercida judicialmente: “a especialidade desta hipótese de resolução com justa causa advém da necessidade do seu exercício por via judicial (contrariamente ao que se verifica nos restantes casos de resolução pelo trabalhador)” (*Cessação cit.*, p. 493). V. ainda LEAL AMADO, *Contrato cit.*, pp. 424-425, e Sónia de CARVALHO, “A Opção pela Indemnização em Substituição da Reintegração a Pedido do Trabalhador e o Direito a Salários Intercalares em Caso de Recurso”, Para Jorge Leite. *Escritos Jurídico-Laborais* (coord. João Reis, Leal Amado, Liberal Fernandes e Regina Redinha), vol. 1, Coimbra Editora, 2014, pp. 223-249. V., por fim, o regime especial acolhido no art. 31.º do RCTSD: assim, enquanto, “no regime geral, um trabalhador ilicitamente despedido é, por regra, reintegrado no seu posto de trabalho salvo se em substituição da reintegração, optar pela indemnização de antiguidade, no regime especial de serviço doméstico, o trabalhador ilicitamente despedido tem apenas direito à indemnização de antiguidade, salvo se houver acordo quanto à sua reintegração” (acórdão da RL de 26.6.2002, Proc. n.º 0012864, FERREIRA MARQUES, Sumário, II, itálico nosso).

¹²⁶¹ “A reintegração consiste na *manutenção ou subsistência do vínculo jurídico entre as partes, consequência da anulação do acto extintivo*. Quando encarada do ponto de vista do trabalhador, ela traduz-se no direito à conservação do «posto de trabalho», isto é, na salvaguarda da sua posição contratual”. Por sua vez, “do prisma do empregador, ela significa que a entidade patronal terá de cumprir todas as obrigações que decorrem do contrato, respeitando os direitos e garantias do trabalhador” (FURTADO MARTINS, “Despedimento ...” *cit.*, p. 161 itálico nosso). V. ainda Jorge LEITE, “Direito de Exercício da Actividade Profissional no Âmbito do Contrato de Trabalho”, *RMP*, ano 12, 1991, n.º 47, pp. 9-34, p. 28, JÚLIO GOMES, *Direito cit.*, pp. 1025-1026, e PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, II, pp. 1006-1007, n. 344. Refere a RP que, “se a trabalhadora, após o despedimento, estiver em baixa médica demonstrada, não tem direito a receber as retribuições intercalares uma vez que, por força da ilicitude do despedimento, *tudo se passa como se estivesse ao serviço efectivo da entidade patronal*. E sendo assim, estamos ou perante faltas justificadas, sem retribuição, ou perante a suspensão do contrato de trabalho – razão pela qual não pode, sob pena de enriquecimento ilegítimo, receber simultaneamente o subsídio de doença e as retribuições” (acórdão de 14.11.2011, Proc. n.º 398/10.2TTVNF.P1, ANTÓNIO JOSÉ RAMOS, Sumário II, itálico nosso); no mesmo sentido, acórdãos da RP de 27.6.2005, Proc. n.º 0512241 (MACHADO DA SILVA), e de 5.1.2015, Proc. n.º 722/13.6TTMALP1 (JOÃO NUNES), e da RL, de 16.5.2012, Proc. n.º 5312/07.0TTLSB.L1-4 (MARIA JOÃO ROMBA). Também em acórdão de 18.11.2013, a RP assinala que “o subsídio de maternidade deve ser descontado nas retribuições intercalares, apesar de não constar expressamente do texto legal pertinente, pois que *na ficção da continuidade do trabalho* operada pela declaração de ilicitude do despedimento, que justifica o pagamento das retribuições intercalares, sempre se teria verificado uma causa de não recepção desta” (Proc. n.º 170/07.7TTVFR.P2, EDUARDO PETERSEN SILVA, Sumário, I, itálico nosso).

¹²⁶² FURTADO MARTINS, “Despedimento ...” *cit.*, p. 13, itálico nosso.

respeita ao despedimento infundado, solução diversa da usualmente associada, em termos gerais, à resolução sem fundamento. Na esfera laboral, tem lugar não apenas a manutenção (imposta) do vínculo de trabalho – afinal, “à semelhança do que dispõe a legislação alemã [...], a reintegração mais não é do que a *declaração judicial de que a relação de trabalho não cessou através do despedimento*”¹²⁶³ –, como também (se tal o caso) a suspensão até superação de impedimento que entravara, temporariamente, a sua normal execução e que, porventura, tenha motivado o despedimento ilícito do trabalhador¹²⁶⁴. O regime actualmente consagrado resulta de evolução específica, frequentemente documentada^{1265/1266}:

a) As alterações, em matéria da cessação, denotam, desde a Lei n.º 1952, de 10.3.1937¹²⁶⁷ – que, constituindo o primeiro regime jurídico específico sobre o contrato individual de trabalho, se manteve em vigor até 1967 –, um acentuar da tutela conferida ao trabalhador¹²⁶⁸. Era então reconhecido “um mínimo de estabilidade, sobretudo firmando o princípio do aviso prévio nos contratos por tempo indeterminado: contudo, os períodos desse aviso prévio eram curtos, sobretudo para o operariado”¹²⁶⁹. Acrescia a extinção imediata, por justa causa. Seguiu-se o DL n.º 47032, de 27.5.1966¹²⁷⁰, e,

¹²⁶³ FURTADO MARTINS, *Cessação cit.*, p. 458.

¹²⁶⁴ Tal qual se contrariando o efeito suspensivo – e a consequente manutenção do vínculo –, o empregador desconsiderou o motivo que legitimava a suspensão (v.g., doença prolongada do trabalhador), optando por cessar, ainda que ilicitamente, o contrato de trabalho.

¹²⁶⁵ São apenas referidas hipóteses de cessação por iniciativa do empregador, sem menção aos valores devidos ao trabalhador. Quanto à extinção por acordo das partes, v. Joana VASCONCELOS, *A Revogação do Contrato de Trabalho*, Almedina, 2011.

¹²⁶⁶ V. o previsto na Convenção OIT n.º 158, de 1982, relativa à cessação do contrato de trabalho por iniciativa do empregador. Dispõe o art. 4.º desta Convenção que “*um trabalhador não deverá ser despedido sem que exista um motivo válido de despedimento relacionado com a aptidão ou com o comportamento do trabalhador, ou baseado nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço*” (v. Resolução da Assembleia da República n.º 55/94, de 14.4).

¹²⁶⁷ A este propósito, v. RAÚL VENTURA, “Extinção ...” *cit.*, pp. 215 e ss., e LOBO XAVIER, “Da justa causa ...” *cit.*, pp. 27 e ss.

¹²⁶⁸ No período anterior, importa considerar o regime constante do Código de Seabra, aprovado por Carta de Lei de 1.7.1867. Neste contexto, “a cessação dos vínculos de trabalho (o contrato de serviço doméstico e o contrato de serviço salariado) era livre e incondicionada, actuando por denúncia unilateral de qualquer das partes (art. 1371.º, relativamente ao contrato de serviço doméstico). Se o contrato fosse «por tempo certo», exigia-se justa causa para a cessação do mesmo antes do termo (art. 1376.º e 1380.º, relativamente ao serviço doméstico, e art. 1394.º, relativamente ao contrato de salariado)” (PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, II, p. 890). Sobre as disposições mais relevantes nesse âmbito, v. ainda FURTADO MARTINS, “Despedimento ...” *cit.*, pp. 59-63. O Autor assinala também a importância do enquadramento então conferido na legislação comercial. Nota, a este propósito, que “a origem das primeiras limitações à liberdade de despedir costuma ser localizada na imposição de um aviso prévio para a cessação de alguns contratos comerciais constante dos códigos de comércio do século passado” (pp. 75-76).

¹²⁶⁹ MONTEIRO FERNANDES, “O despedimento ...” *cit.*, p. 20.

¹²⁷⁰ É então prevista, pela primeira vez, referência sistematizada à suspensão laboral. Sobre o regime então introduzido, v. *infra* Parte II, Capítulo I, Secção II, § 2.1.. Por sua vez, no que respeita ao regime de cessação, no confronto com o enquadramento antecedente, são alargados os prazos de aviso prévio e é prevista a obrigação de pagamento de compensação, pelo empregador. As alterações assim verificadas motivam que se observe que “o regime do

pouco mais tarde, o DL n.º 49408, de 24.11.1969¹²⁷¹. Como traço essencial, há que apontar a vigência de um regime de liberdade de despedimento, atenta a admissibilidade dos despedimentos imotivados ou *ad nutum*¹²⁷². Salvo raras exceções, não obstante a obrigação de aviso prévio e o pagamento de compensação¹²⁷³, o empregador não teria de invocar qualquer motivo para pôr fim ao contrato¹²⁷⁴. À denúncia imotivada acrescia o regime especial da extinção imediata com justa causa¹²⁷⁵, sendo, porém, reconhecida validade à denúncia ilícita (sem aviso prévio, nem justa causa), à qual era, assim, associada eficácia extintiva, gerando apenas responsabilidade perante a outra parte¹²⁷⁶. Este enquadramento não significava, porém, abstracção doutrinária do distinto impacto que o fim do vínculo assumia, à data, para trabalhador e empregador, atenta a evidente desigualdade material¹²⁷⁷ – assim se justificando, aliás, já então, propostas de releitura das normas que enquadravam a cessação por iniciativa do empregador.

Perante o regime de cessação previsto para os vínculos de duração indefinida – *maxime*, a admissibilidade de denúncia unilateral imotivada (o despedimento *ad nutum*) –, a contratação a termo assumia um sentido estabilizador¹²⁷⁸. Embora, quanto à aposição de termo, não se verificassem especiais limitações¹²⁷⁹, no que respeitava à extinção, “os contratos a prazo

despedimento, apesar de assumir a mesma estrutura jurídico-formal, mudava na prática radicalmente de sentido, tornando-se um poderoso instrumento de estabilização dos operários na empresa” (LOBO XAVIER, *O despedimento cit.*, p. 64; v. ainda Bernardo da Gama Lobo XAVIER, “A Compensação por Despedimento no Contrato de Trabalho”, *ESC*, ano 8, 1969, n.º 30, pp. 35-59, pp. 35 e ss.).

¹²⁷¹ V., a este propósito, o previsto nos arts. 98.º e ss. da LCT. As referências incluídas no texto não contemplam outros diplomas, de âmbito mais específico – quanto à legislação relativa ao despedimento colectivo, v. LOBO XAVIER, *O despedimento cit.*, pp. 43 e ss.

¹²⁷² Maria da Conceição Tavares da SILVA, “Despedimento para Redução do Pessoal”, *ESC*, ano 1, 1962, n.º 3, pp. 25-58, p. 25, LUÍS MORAIS, *Dois estudos cit.*, pp. 17 e ss., e FURTADO MARTINS, *Cessação cit.*, p. 158.

¹²⁷³ FURTADO MARTINS, “Despedimento ...” *cit.*, p. 79.

¹²⁷⁴ Tal qual previsto nos arts. 98.º, n.º 1, d), 107.º e 108.º da LCT. Havia, todavia, que contar com uma excepção importante: conforme o disposto no art. 118.º, n.º 1, b), era garantido à mulher “*não ser despedida, salvo justa causa, durante a gravidez e até um ano depois do parto, desde que aquela e este sejam conhecidos da entidade patronal*”. Certo é, no entanto, que, em caso de desrespeito desta regra, era apenas previsto, no n.º 3, que o empregador ficaria obrigado “*a pagar à trabalhadora despedida uma indemnização equivalente à retribuição que venceria até ao fim do período previsto*” naquela disposição, “*se outra maior lhe não fo[sse] devida*”. Sobre um tal regime extintivo, v. LOBO XAVIER, “A estabilidade ...” *cit.*, p. 54 e ss.

¹²⁷⁵ MONTEIRO FERNANDES, “O despedimento ...” *cit.*, p. 21.

¹²⁷⁶ Dispunha o art. 98.º, n.º 2, da LCT que “*o contrato de trabalho extingue-se ainda, quando uma das partes unilateralmente o fizer cessar sem justa causa, nem aviso prévio, mas tal cessação constitui o seu autor em responsabilidade para com a outra parte, nos termos fixados nos artigos 109.º e 110.º*”. V. FURTADO MARTINS, “Despedimento ...” *cit.*, p. 53, e MÁRIO PINTO, FURTADO MARTINS e NUNES DE CARVALHO, *Comentário cit.*, p. 284.

¹²⁷⁷ V. MONTEIRO FERNANDES, “O despedimento ...” *cit.*, p. 18; v. ainda pp. 22-23.

¹²⁷⁸ V. *supra* § 1. Quanto à Lei n.º 1952, v. o disposto no art. 13.º, que apenas admitia a cessação antecipada de contrato a termo, contanto que verificada justa causa, e, a este propósito, FURTADO MARTINS, “Despedimento ...” *cit.*, p. 71.

¹²⁷⁹ Cfr. PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, II, p. 263.

ou a termo resolutivo, em regra, não podiam ser denunciados, a menos que existisse uma razão justificativa para tal”¹²⁸⁰. Por conseguinte, nessas circunstâncias, “as formas de extinção por acto unilateral de uma das partes reduziam-se à rescisão por justa causa, não lhes sendo aplicável o regime de liberdade de denúncia com aviso prévio”¹²⁸¹, e assim sucedendo por se entender que “a livre rescindibilidade do vínculo contratual era encarada como um corolário da indeterminação temporal do mesmo”¹²⁸². Ora, “tendo o contrato uma duração definida, não se justificava que as partes lhe pudessem pôr termo em qualquer momento”¹²⁸³. Havia apenas que considerar uma excepção: conforme o art. 108.º da LCT, “os contratos com prazo, certo ou incerto, que t[ivesse]m ou se pre[voise] [que] v[iesse]m a ter duração superior a quatro anos, pode[ria]m ser denunciados por qualquer das partes”, por se entender que “a prolongada duração do vínculo contratual justificava a sua sujeição ao mesmo regime dos contratos por tempo indeterminado”¹²⁸⁴.

b) Em 1975, o regime de cessação viria a registar progressivas alterações. Primeiro, o DL n.º 292/75, de 16.6, suspendeu a faculdade de o empregador despedir, salvo justa causa¹²⁸⁵. Logo em seguida, o DL n.º 372-A/75, de 16.7¹²⁸⁶, passou a exigir a motivação de todos os despedimentos¹²⁸⁷, admitindo, a partir de então, apenas o despedimento com justa causa (disciplinar) e o despedimento por motivo atendível. O motivo atendível surge, neste âmbito, como “o facto, situação ou circunstância objectiva, ligado à pessoa do trabalhador ou à empresa, que, dentro dos condicionalismos da economia da empresa, torne contrária aos interesses desta e aos interesses globais da economia a manutenção da relação de trabalho”¹²⁸⁸. Por outro lado, “a justa causa passou a ser não apenas uma condição de licitude”, assumindo-se como “condição da própria validade do despedimento”. Nesta medida,

¹²⁸⁰ MÁRIO PINTO, FURTADO MARTINS e NUNES DE CARVALHO, *Comentário cit.* p. 283. V. art. 10.º da LCT.

¹²⁸¹ MÁRIO PINTO, FURTADO MARTINS e NUNES DE CARVALHO, *Comentário cit.*, p. 283.

¹²⁸² MÁRIO PINTO, FURTADO MARTINS e NUNES DE CARVALHO, *Comentário cit.*, p. 283.

¹²⁸³ MÁRIO PINTO, FURTADO MARTINS e NUNES DE CARVALHO, *Comentário cit.*, pp. 283-284.

¹²⁸⁴ MÁRIO PINTO, FURTADO MARTINS e NUNES DE CARVALHO, *Comentário cit.*, p. 284, e FURTADO MARTINS, “Despedimento ...” *cit.*, p. 73.

¹²⁸⁵ Ressalvadas as hipóteses previstas no art. 23.º, o art. 21.º do DL n.º 292/75, de 16.6, dispunha que “fica[va] suspensa, pelo prazo de trinta dias, a faculdade de fazer cessar o contrato individual de trabalho, por decisão unilateral, que o regime jurídico desse contrato reconhece às entidades patronais”.

¹²⁸⁶ Conforme o art. 1.º, n.º 1, do DL n.º 372-A/75, de 16.7, ressalvadas as regras relativas ao despedimento colectivo (cf. art. 1.º, n.º 2), este diploma “regula[va] a matéria da cessação do contrato individual de trabalho e com ele fica[va] revogado o capítulo VI do regime jurídico do contrato individual de trabalho, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 49408, de 24 de Novembro de 1969, bem como todos os preceitos legais e regulamentares que se mostr[ass]em desconformes com o regime [...] estabelecido nos artigos seguintes”. Este diploma foi alterado pelo DL n.º 84/76, de 28.1, pelo DL n.º 841-C/76, de 7.12, e pela Lei n.º 48/77, de 11.7.

¹²⁸⁷ Dir-se-á que o “ponto mais significativo da legislação foi o de tornar o despedimento patronal sempre um acto necessariamente motivado. Corresponhia, aliás, a um movimento extremamente forte no Direito internacional do trabalho, que tinha tido expressão na Convenção n.º 119 da OIT e se conformava com os quadros da legislação italiana do *Statuto* (1969), da francesa (1973) e era muito próxima da legislação pioneira da Alemanha, desde 1951” (LOBO XAVIER, *O despedimento cit.*, p. 85, ênfase nossa).

¹²⁸⁸ Art. 14.º, n.º 1, do DL n.º 372-A/75, de 16.7.

“um despedimento sem justa causa não acarretava somente o pagamento de uma indemnização maior ou menor, mas conferia ao trabalhador despedido direito à reintegração na empresa [...]”¹²⁸⁹. Todavia, o DL n.º 84/76, de 28.1¹²⁹⁰, eliminaria, “na sequência de um entendimento literal da Constituição de 1976, as possibilidades de despedimento com motivo atendível, reduzindo a denúncia patronal do contrato aos casos de justa causa”¹²⁹¹. Por conseguinte, à margem do despedimento colectivo, só a justa causa de despedimento, no entendimento então associado, autorizava o empregador a pôr fim ao contrato de trabalho¹²⁹². O regime assim descrito “vigorou, quase sempre sob a pressão da controvérsia, por quase uma década e meia”¹²⁹³.

¹²⁸⁹ Conforme o art. 12.º, n.º 1, do DL n.º 372-A/75, de 16.7, “a inexistência de justa causa, a inadequação da sanção ao comportamento verificado e a nulidade ou inexistência do processo disciplinar determinam a nulidade do despedimento que, apesar disso, tenha sido declarado”, sendo reconhecido ao trabalhador o direito à reintegração (art. 12.º, n.º 2). Sobre a importância da estabilidade real, assim reconhecida ao trabalhador, em caso de despedimento ilícito, v. FURTADO MARTINS, “Despedimento ...” *cit.*, p. 86.

¹²⁹⁰ Diploma justificado atenta “a necessidade de rever em certos aspectos o regime legal dos despedimentos previstos pelo Decreto-Lei n.º 372-A/75, designadamente a supressão da matéria respeitante ao despedimento por motivo atendível, compreendida no capítulo V do citado diploma, em virtude de a prática ter demonstrado que o referido tipo de despedimentos se revelou inadequado à defesa da estabilidade do emprego, motivando a contestação generalizada dos trabalhadores” (Preâmbulo, § 1.º).

¹²⁹¹ No que respeita ao sentido do princípio hoje acolhido no art. 53.º da CRP e variações registadas, a este propósito, na jurisprudência do TC – *maxime*, acórdãos n.ºs 107/88, de 31.5.88 (Proc. n.º 220/88, MONTEIRO DINIZ), e 64/91, de 4.4 (Proc. n.º 117/91, RIBEIRO MENDES) –, v. FURTADO MARTINS, *Cessação cit.*, pp. 161-168. Quanto à noção constitucional de *justa causa*, v. a interpretação sustentada por LOBO XAVIER, *O despedimento cit.*, pp. 276 e ss., em especial n. 63, e, em termos próximos, FURTADO MARTINS, *Cessação cit.*, p. 165, onde é indicado que “o que em última análise está em jogo é a proibição de «despedimentos imotivados ou *ad nutum* ou com base na mera conveniência da empresa», já que a regulamentação substantiva e processual proposta deve assegurar que os despedimentos por motivos objectivos não possam ser utilizados de forma a iludir aquela proibição” (*idem*). Também MENEZES CORDEIRO, após uma síntese das possíveis leituras da proibição constitucional, conclui que nada impede que o legislador ordinário introduza novas hipóteses de justa causa, ainda que objectivas, contanto que, por essa forma, não resulte esvaziado o comando constitucional, cujo significado seria claro: “proíbem-se os despedimentos *ad nutum* e, em geral, os despedimentos não socialmente justificados. A justa causa, mesmo objectiva, teria, assim, de ser um motivo extremamente sério e ponderoso” (“Da cessação ...” *cit.*, p. 413). Por sua vez, PALMA RAMALHO exclui do âmbito do art. 53.º da CRP as hipóteses de cessação do contrato por razões objectivas, quer ligadas à gestão (tal qual no despedimento colectivo ou por extinção do posto de trabalho), quer respeitantes ao trabalhador (como previsto no despedimento por inadaptação). Nesta medida, a tutela conferida pelo art. 53.º da CRP limitar-se-ia à justa causa subjectiva, sempre pressupondo uma infracção disciplinar e excluindo do seu âmbito outras hipóteses de cessação, diversamente motivadas (*Tratado cit.*, II, pp. 899-902).

¹²⁹² Seguiram-se o DL n.º 841-C/76, de 7.12, e a Lei n.º 48/77, de 10.7. Em síntese, dir-se-á que, neste âmbito, “o sentido geral da evolução verificada traduziu-se no estabelecimento de consideráveis restrições às faculdades de desvinculação unilateral que há muito a lei reconhecia aos empregadores” (MONTEIRO FERNANDES, *Direito cit.*, p. 482).

¹²⁹³ MONTEIRO FERNANDES, *Direito cit.*, p. 483. Sem prejuízo de outros diplomas que introduziram alterações pontuais ao regime então vigente. A este propósito, LOBO XAVIER conclui que “não houve, depois do esforço esporádico e timidamente liberalizador de 1976,

À luz deste enquadramento, o sentido reservado à aposição de termo ao contrato regista alterações: o DL n.º 781/76, de 28.10, embora consagrando um regime mais exigente¹²⁹⁴, afigurava-se ainda, no confronto com o rigoroso regime extintivo dos vínculos por tempo indeterminado, bastante flexível, apresentando, como saldo final, “o recurso indiscriminado” à contratação a prazo e “a proliferação de situações de incumprimento da lei, se não na celebração destes contratos pelo menos na sua perpetuação”¹²⁹⁵. O diploma viria, de resto, a admitir, quanto à contratação a termo, denúncia imotivada do trabalhador e do empregador. Na verdade, conforme o art. 4.º, n.º 1, daquele diploma, “para além das situações de justa causa e de despedimento colectivo, às quais se aplica o regime geral da cessação do contrato de trabalho, a extinção do contrato, antes de decorrido o prazo, por denúncia de qualquer das partes, ainda que com aviso prévio, confere à outra o direito a uma indemnização equivalente ao total das retribuições vincendas”¹²⁹⁶. Dir-se-á que a cessação antecipada era, nestes casos, ainda assim, válida e eficaz¹²⁹⁷.

c) Seguiu-se a LCCT, que veio regular não só cessação do contrato de trabalho, mas também o regime da contratação a termo, assumindo a estreita funcionalidade dos temas. A par do despedimento por justa causa¹²⁹⁸, havia que contar com o novo regime da extinção de posto de trabalho, nos casos não abrangidos por despedimento colectivo¹²⁹⁹, havendo que considerar, a par de outras alterações¹³⁰⁰, também a previsão do despedimento por inadaptação do trabalhador (DL n.º 400/91, de 16.10¹³⁰¹). Atento o enquadramento assim estabelecido, salvo denúncia com aviso prévio pelo empregador, no âmbito limitado da comissão de serviço, não restava margem para a extinção *ad nutum* do empregador¹³⁰². Já ao trabalhador era reconhecida livre cessação, com ou sem justa causa – bastando, neste último caso, a observância do aviso prévio indicado¹³⁰³. Em caso de cessação ilícita, o art. 13.º da LCCT dispunha que a ilicitude do

qualquer possibilidade de flexibilizar a legislação sobre o despedimento, que era sem dúvida extremamente rígida” (*O despedimento cit.*, p. 96).

¹²⁹⁴ V. PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, II, p. 263.

¹²⁹⁵ PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, II, p. 265.

¹²⁹⁶ V. ainda o n.º 3 do art. 4.º.

¹²⁹⁷ V. FURTADO MARTINS, “Despedimento ...” *cit.*, p. 33.

¹²⁹⁸ Cf. art. 9.º da LCCT.

¹²⁹⁹ Cf. arts. 26.º a 33.º da LCCT.

¹³⁰⁰ Indicando outras modificações, *maxime*, em matéria de processo disciplinar, despedimento colectivo, período experimental e abandono do trabalho, v. PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, II, p. 893.

¹³⁰¹ Alterado pela Lei n.º 118/99, de 11.8. Em breve balanço, MONTEIRO FERNANDES nota que, “de modo global e muito esquemático, poderá reconhecer-se, no complexo normativo que a este respeito se estratificou em 1975/1976, uma combinação de bloqueio dos despedimentos e certa facilitação do recrutamento precário; no regime de 1989, podia descortinar-se uma maior amplitude da possibilidade de despedir e um estreitamento do espaço da contratação precária” (*Direito cit.*, p. 483).

¹³⁰² MÁRIO PINTO, FURTADO MARTINS e NUNES DE CARVALHO, *Comentário cit.*, p. 283. Claro está, para lá da autonomia admitida no período experimental.

¹³⁰³ Cf. arts. 38.º e 39.º da LCCT. Na contratação a termo, v. o previsto nos arts. 52.º, n.ºs 5 a 7, da LCCT.

despedimento “acarreta[va] a invalidade da extinção, a qual, uma vez declarada pelo tribunal, implica[va] a manutenção do vínculo contratual, pelo menos até à data da sentença”¹³⁰⁴: ao trabalhador era, então, reconhecido o direito de opção, até à sentença, pela reintegração¹³⁰⁵. Nesta medida, apenas se decorrente da iniciativa do trabalhador, a cessação ilícita – por inexistência de justa causa ou inobservância do aviso prévio indicado – seria apta a produzir o efeito extintivo, obrigando o trabalhador ao pagamento de indemnização¹³⁰⁶. Por sua vez, quanto aos vínculos a termo, em reacção ao recurso abusivo que marcara o regime anterior, a LCCT promoveu um novo enquadramento, particularmente restritivo, em que o contrato a termo surge como modelo excepcional de contratação¹³⁰⁷. Embora o art. 52.º, n.os 5 a 7, da LCCT autorizasse o trabalhador a cessar antecipadamente o contrato, sem justa causa, apenas se exigindo a observância de aviso prévio¹³⁰⁸, o art. 52.º, n.º 2, da LCCT viria a enquadrar a cessação antecipada pelo empregador, adaptando as regras gerais de cessação e as limitações impostas, nesta matéria, ao empregador às especificidades da contratação a termo¹³⁰⁹: tal extinção, quando infundada, para além de ilícita, seria inválida – havendo tão-só que considerar as especificidades decorrentes da contratação a termo. Em balanço, PALMA RAMALHO refere que “a grande rigidez do sistema de cessação do contrato de trabalho, aliada à rigidificação do regime do contrato de trabalho a termo, teve como resultado o afastamento de um número cada vez maior de trabalhadores do âmbito da tutela laboral e a proliferação de situações de ilicitude, às quais o sistema acabou por reagir repressivamente [...]”¹³¹⁰.

d) Esta foi a evolução que, em traços gerais, conduziu, ao enquadramento extintivo restritivo acolhido no CT 2003¹³¹¹ e que, em

¹³⁰⁴ MÁRIO PINTO, FURTADO MARTINS e NUNES DE CARVALHO, *Comentário cit.*, p. 285.

¹³⁰⁵ Cf. art. 13.º, n.º 1, b), e n.º 3 da LCCT. Sendo prevista a dedução dos valores indicados no n.º 2.

¹³⁰⁶ Cf. arts. 37.º e 39.º da LCCT.

¹³⁰⁷ A partir de então, “o contrato a termo passou a exigir uma motivação objectiva em todos os casos, sendo tais motivos objectivos enunciados na lei em moldes taxativos (arts. 41.º e 48.º da LCCT, respectivamente para os contratos a termo certo e a termo incerto)” (PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, II, p. 266).

¹³⁰⁸ Cf. o art. 52.º, n.º 6, da LCCT, “se o trabalhador não cumprir, total ou parcialmente, o prazo de aviso prévio decorrente do estabelecido no número anterior, pagará à entidade empregadora, a título de indemnização, o valor da remuneração de base correspondente ao período de aviso prévio em falta”.

¹³⁰⁹ V. FURTADO MARTINS, “Despedimento ...” *cit.*, pp. 32-33.

¹³¹⁰ PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, II, p. 899.

¹³¹¹ O art. 21.º, n.º 1, m), do diploma preambular do CT 2003 revogou a LCCT. Em súmula, FURTADO MARTINS dá conta que, no que respeita ao despedimento disciplinar, “consagrou-se a possibilidade de repetir ou reabrir o procedimento no caso de a impugnação do despedimento ter por base a invalidade do mesmo”. E, no que respeita aos efeitos do despedimento ilícito, “agravou-se substancialmente a posição do empregador, ao estabelecer-se a obrigação de, no período que antecede a decisão judicial, indemnizar todos os danos patrimoniais e não patrimoniais sofridos pelo trabalhador, passando os chamados «salários intercalares» a constituir o valor mínimo dessa indemnização”. É, todavia, realçado que “as novidades mais salientes incidiram sobre o período subsequente à declaração judicial da invalidade do despedimento ilícito, admitindo-se, embora em termos muito limitados, que o tribunal pudesse

substância, transitou para o CT 2009¹³¹². Por sua vez, não obstante indícios flexibilizadores pontuais ¹³¹³, é, ainda hoje, mantido um regime exigente quanto à contratação a termo¹³¹⁴. Nesse plano, se, relativamente à cessação promovida pelo trabalhador, prevalece a liberdade de desvinculação – a extinção, ainda que imotivada, é eficaz –, quanto ao empregador, na ausência de fundamento legítimo, a cessação prévia à verificação do termo é inválida e desprovida de efeitos¹³¹⁵. A evolução assim registada é, pois, reveladora de um sistema de estabilidade unilateral real¹³¹⁶: se o empregador não observar os limites substanciais e formais legalmente previstos, o despedimento é ilícito e, após crivo judicial, o despedimento é inválido¹³¹⁷ – quer estejamos perante vínculo de duração indefinida ou contratação a termo ou temporária.

substituir, a pedido do empregador, a reintegração por uma compensação em dinheiro”. Por fim, “relevante foi também a consagração de um regime mais flexível para o cálculo da compensação substitutiva da reintegração, que passou a variar em função da gravidade da ilicitude do despedimento e da retribuição do trabalhador” (*Cessação cit.*, p. 160).

¹³¹² Quanto ao CT 2009, v. o *Livro Verde sobre as Relações Laborais*, IEFP, 2006, disponível em <<http://www.gep.msess.gov.pt/edicoes/outras/livroverde.pdf>>, e o *Livro Branco das Relações Laborais*, Ministério do Trabalho e da Solidariedade Social, IEFP, 2007, disponível em <http://www.gep.msess.gov.pt/edicoes/outras/livro_branco_digital.pdf>. O CT 2009 previu uma distinta organização da cessação, com tratamento agregado das regras substantivas e procedimentais referentes a cada forma de despedimento. Assinalando as principais alterações introduzidas em 2009, no que respeita ao procedimento e à impugnação judicial do despedimento por facto imputável ao trabalhador, v. FURTADO MARTINS, *Cessação cit.*, pp. 160 e 179 e ss. Distanciando-se da orientação acolhida em 2003, “o actual Código do Trabalho deixou de contemplar a admissibilidade da reabertura do processo disciplinar (art. 436.º, n.º 2, do CT de 2003), tendo antes optado por uma significativa redução das formalidades do processo para despedimento com justa causa, através da instrução facultativa (art. 356.º), que constituiu, aliás, a mais relevante modificação introduzida nesta matéria, mas foi, entretanto, considerada inconstitucional” (PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, II, p. 904). V. ainda as modificações introduzidas, no que respeita aos despedimentos por extinção de posto de trabalho e por inadaptação, pela Lei n.º 23/2012, de 25.6 – e, a tal respeito, acórdão do TC n.º 602/2013, de 20.9, Proc. n.º 531/12, rectificado pelo acórdão do TC n.º 635/13, de 1.10, que declarou a inconstitucionalidade da eliminação da obrigação de realocação do trabalhador a posto de trabalho alternativo e dos critérios de selecção do trabalhador, estabelecidos para a extinção de posto de trabalho. No seguimento desta decisão, v. as alterações introduzidas pela Lei n.º 27/2014, de 8.5. Por fim, importa não desconsiderar a progressiva redução dos valores devidos ao trabalhador, a título de compensação, em caso de cessação do contrato de trabalho, pelas Leis n.º 53/2011, de 14.10, n.º 23/2012, de 25.6, e n.º 69/2013, de 30.8.

¹³¹³ V. o regime transitório de renovação extraordinária de contratos a termo certo, acolhido nas Leis n.º 3/2012, de 10.1, e n.º 76/2013, de 7.11.

¹³¹⁴ Em apreciação crítica, PALMA RAMALHO nota que “esta perspectiva restritiva e persecutória em relação ao contrato de trabalho a termo, que transparece do actual Código do Trabalho, não é nem adequada nem realista” (*Tratado cit.*, II, p. 275).

¹³¹⁵ Especificamente quanto à cessação ilícita de contrato a termo, pelo empregador, v. o disposto no art. 393.º.

¹³¹⁶ FURTADO MARTINS, *Cessação cit.*, p. 432.

¹³¹⁷ É certo que “a lei há muito que evita qualificar o despedimento ilícito como inválido”. Não obstante, “as consequências associadas à declaração da ilicitude pressupõem que o ato extintivo declarado pelo empregador seja inválido, tudo se passando como se jamais tivesse existido” (FURTADO MARTINS, *Cessação cit.*, p. 433).

III. Enquanto referência lateral ilustrativa, admitimos que é esta lógica (própria) extintiva laboral que motiva a convocação, no Direito inglês, da “*appellate suspension*” como modalidade adicional de suspensão laboral¹³¹⁸ – período em que o trabalhador aguarda o desfecho judicial relativo ao despedimento e que lhe poderá possibilitar retomar o trabalho: “*that situation seems to lack a name, but we suggest that it should be regarded as a form of suspension, though not necessarily of contractual suspension. We have accordingly styled it as appellate suspension*”¹³¹⁹. A determinação da situação jurídica do trabalhador reveste, em tais casos, alguma complexidade¹³²⁰ e, apesar de abundante jurisprudência, a questão parece não ter sido, até hoje, satisfatoriamente resolvida¹³²¹. Para lá de tais dificuldades, FREEDLAND admite, porém, reconduzir esta hipótese ao complexo suspensivo, concluindo pela subsistência do contrato em condição de “*sub-employment*”¹³²². Ainda que este enquadramento não seja transponível para o ordenamento jurídico interno – atento o regime entre nós afecto aos efeitos de despedimento ilícito e à respectiva impugnação judicial, *maxime*, (retroactividade d) a invalidade do despedimento¹³²³ –, é, não obstante, demonstrativo da proximidade dos temas e de novas manifestações de “quiescência” em contexto laboral.

Aqui chegados, admitimos que estas referências contribuem para clarificar por que consideramos que a função dita marginal da suspensão, em Direito Civil – no confronto com a dimensão que reveste no Direito do trabalho –, desconsidera outras diferenças que em muito extravasam a natureza e a função do instituto: assim, as restrições à liberdade de cessação e o sentido que a aposição de um termo ao contrato assume para o empregador e, no essencial, o facto de o pleno restabelecimento do vínculo poder resultar imposto, no Direito do Trabalho, por via judicial. Não obstante estas notas, que demarcam a importância do fenómeno suspensivo no plano laboral, importa não descurar

¹³¹⁸ No Direito italiano, v. SANTORO-PASSARELLI, *Diritto cit.*, pp. 197-198.

¹³¹⁹ FREEDLAND, *The personal cit.*, p. 467.

¹³²⁰ Quanto à “*order for reinstatement*” e à “*order for re-engagement*”, v. as Secções 113 e ss. do ERA e o referido *supra* Capítulo I, Secção V, Subsecção III, § 1.

¹³²¹ FREEDLAND, *The personal cit.*, p. 472. Em *Savage v. J. Sainsbury Ltd*, a *Court of Appeal* entendeu que a decisão de despedimento ditava a cessação do contrato ([1981] ICR 1). Todavia, mais tarde, em *Drage v. Governors of Greenford High School*, sugere que o contrato pode subsistir até à data em que é proferida decisão judicial final ([2000] ICR 899). Sucede que, no plano teórico, nenhuma das alternativas é satisfatoriamente fundamentada (*The personal cit.*, pp. 473-474).

¹³²² FREEDLAND, *The personal cit.*, p. 474.

¹³²³ Com efeito, nestas hipóteses, “quando posteriormente a um despedimento ilícito se verifica a reintegração, o contrato juridicamente nunca se suspendeu” (ANDRADE MESQUITA, “O direito ...” *cit.*, p. 95, *itálico nosso*). De todo o modo, a equacionar-se, nestes casos, modalidade suspensiva, a mesma seria imputável ao empregador: “se o trabalhador [...] durante o período compreendido entre o despedimento e a reintegração não prestar trabalho *por causa imputável à entidade patronal* (tendo o despedimento sido declarado ilícito), esta não fica desobrigada da contraprestação, ou seja, do pagamento de todas as prestações que aquele auferir se não tivesse sido (...) despedido” (acórdão da RL de 25.10.2000, Proc. n.º 0075504, PEREIRA RODRIGUES, Sumário V, *itálico nosso*). V. ainda FURTADO MARTINS, “Despedimento ...” *cit.*, p. 103.

que a suspensão integra conjunto maior: há, pois, que sublinhar o sentido transversal do instituto – as referências subsequentes assumem tal propósito.

CAPÍTULO V

NOTAS GERAIS REFERENTES AO FENÓMENO SUSPENSIVO – NÃO CIRCUNSCRITAS À ESFERA LABORAL

Não identificamos no CC conjunto de disposições que refiram a suspensão como vicissitude comum à generalidade dos contratos em termos idênticos ao reservado no CT à suspensão laboral¹³²⁴. Retomamos, todavia, o paradoxo assinalado, que contrapõe a relevância prática das obrigações duradouras – no confronto com as de execução instantânea – à falta de um enquadramento adequado à sua regulação¹³²⁵. O percurso até aqui expendido permite concluir que a maioria das regras aplicáveis às obrigações duradouras não resulta de normativo expreso, mas de processo de abstracção e de adaptação de regras gerais, tendencialmente concebidas segundo o modelo das obrigações instantâneas – e assim sucedendo também com a suspensão, enquanto técnica que promove a continuidade de vínculo duradouro¹³²⁶.

Importa, porém, reconhecer a particular complexidade aqui pressuposta: (i) se admitimos que a suspensão constitui, em parte, derivação do regime da impossibilidade temporária, contanto que adaptado às especificidades das obrigações duradouras, é também certo que os textos que se ocupam de tais obrigações (duradouras) e suas particularidades regimentais dedicam parca atenção à matéria dos impedimentos supervenientes e omitem, quase sempre, referência à suspensão; (ii) por sua vez, os estudos que tratam da impossibilidade temporária não reservam grande enfoque às concretizações e adaptações da temática no âmbito de obrigação duradoura¹³²⁷; (iii) por fim, também as obras relativas à suspensão – em contexto que extrava o laboral – omitem, quase sempre, como ali se chegou. Embora reconheçam à suspensão especial importância no âmbito de obrigações duradouras, raramente alertam para a desadequação resultante de aplicação, a tais casos, das disposições concebidas segundo o modelo das obrigações instantâneas^{1328/1329}. O instituto

¹³²⁴ Acresce que, se admitirmos estar perante um facto modificativo, haveria que atender à ausência de sistematização de tais hipóteses no CC (CUNHA DE SÁ, “Modos de ...” *cit.*, p. 248).

¹³²⁵ V. *supra* Capítulo I, Seção IV.

¹³²⁶ V. *supra* Capítulo I, Seção V, Subseção III, § 1. A este propósito, v. TREILLARD, “De la suspension ...” *cit.*, ISELE, “Das suspendierte ...” *cit.*, p. 107, ARTZ, “La suspension ...” *cit.*, pp. 95-102, e JÚLIO GOMES, *Direito cit.*, p. 856. Também JOÃO REIS nota, no que respeita aos demais contratos – para além do de trabalho –, que a problemática da suspensão coloca-se “fundamentalmente ao nível dos contratos duradouros”. Na verdade, “o facto de estes contratos, de forma ininterrupta ou sucessiva, se protelarem no tempo, torna-os mais frágeis ou vulneráveis a obstáculos ao seu cumprimento” (*A suspensão cit.*, p. 5).

¹³²⁷ V. Francesco DELFINI, que, ao tratar da impossibilidade temporária, não faz menção às obrigações duradouras (“Dell’Impossibilità Sopravenuta (Artt. 1463-1466)”, *Il Codice Civile. Commentario* (dir. Piero Schlesinger), Giuffrè Editore, 2003, pp. 34 e ss.).

¹³²⁸ Mesmo o estudo de ARTZ, que promove o enquadramento da suspensão no âmbito específico das obrigações duradouras, não enuncia as razões que motivam a previsão de um regime reservado, neste contexto, àqueles vínculos (“La suspension ...” *cit.*, pp. 95 e ss.). Assim se desconsidera, todavia, aspecto essencial à compreensão e justificação do instituto.

não surge, assim, adequadamente delimitado, não lhe sendo assinalado enquadramento específico no confronto com obrigações instantâneas¹³³⁰. Admitimos, aliás, que o tratamento fragmentado do tema motive as respostas alternativas, adiantadas a este respeito. Referimo-nos, nomeadamente, à proposta de DEVOTO, que prefere assimilar estas hipóteses a “condições suspensivas atípicas” a conceber adaptação do regime da impossibilidade temporária ou sequer a delimitar os contornos precisos de instituto suspensivo, em sentido próprio: deparando com o difícil enquadramento destes casos no âmbito de obrigação duradoura, promove a sua recondução a derivação de condição suspensiva¹³³¹.

Tudo isto gera uma dispersão que em nada contribui para a clara compreensão do fenómeno: só perscrutando as vertentes assinaladas – configuração própria das obrigações duradouras; tratamento da superveniência e, em particular, da impossibilidade temporária; estudos referentes à suspensão (em geral) e à suspensão laboral (em particular) – seria possível concluir por enquadramento completo. Em reverso, análise exaustiva de tais matérias afigura-se incomportável, estendendo desmedidamente o objecto de investigação. Na procura de um equilíbrio satisfatório, admitimos menção breve à suspensão enquanto fenómeno transversal – nesta medida, comum a diversos contratos, não circunscrito à suspensão laboral –, com apelo a referências particularmente ilustrativas. Tal prossegue, no entanto, fito preciso: convocação de aspectos essenciais da suspensão (em sentido amplo) que nos possibilitem melhor compreender a suspensão laboral.

¹³²⁹ Fenómeno distinto, embora igualmente impreciso, é o da assimilação, frequente na literatura jurídica italiana, entre a impossibilidade temporária e a suspensão: a suspensão surgiria, assim, como fenómeno comum a obrigações duradouras ou instantâneas, operando indistintamente, em face de obstáculo temporário. Por conseguinte, o art. 1256, 2, do CCit., ao prever o regime geral da impossibilidade temporária, ditaria, em qualquer circunstância, a suspensão da obrigação (BALLETTI, “La risoluzione ...” cit., p. 489). Também na jurisprudência são usuais referências indiferenciadas à suspensão, sem autonomização dos casos em que está em causa obrigação duradoura ou instantânea. Assim, a título de exemplo, v. a decisão da *Cassazione* de 22.10.1982, n.º 5496, onde é indicado que a impossibilidade superveniente, absoluta e definitiva dita a resolução do contrato, nos termos do art. 1463 CCit. Mas, revestindo natureza temporária, determina apenas a *suspensão* da obrigação em falta. Confirmando a prevalência desta leitura na doutrina e jurisprudência italianas, v. LOMBARDI, *La risoluzione* cit., p. 131, que renova, neste âmbito, o apelo à “quiescência”: “non potendo logicamente il debitore impedito pretendere l'altrui adempimento, si realizza una situazione di quiescenza del vincolo sinallagmatico che, in assenza di espressa definizione legislativa, viene comunemente qualificata sospensione del contratto, mutuando una terminologia propria di diversi istituti privatistici (es. contratto soggetto a condizione sospensiva)” (p. 139). Reiteramos, porém, que prescindindo diferenciar obrigações duradouras e instantâneas e ao associar indiscriminadamente a suspensão a qualquer uma de tais hipóteses, é acolhida metodologia imprecisa, que desconsidera as especificidades dos institutos.

¹³³⁰ É, na verdade, nos contratos duradouros que a manutenção do vínculo assume maior importância, já que, perante pedido infundado de resolução de contrato de execução instantânea, “o direito ao cumprimento consome o próprio contrato” – nele se esgota, sem necessidade de ulteriores (contínuos ou periódicos) actos de cumprimento (ASSUNÇÃO CRISTAS, “É possível ...” cit., p. 76).

¹³³¹ *L'obbligazione* cit., p. 16. Retomamos o referido *supra* Capítulo III, § 1.

1. As primeiras análises relativas à suspensão. Em particular, a guerra franco-prussiana (1870) e a Primeira Guerra Mundial (1914). A suspensão na jurisprudência francesa

I. É frequente afirmar-se que o nível de eficácia da suspensão se afere quando confirmado o destino do contrato: retomado o ritmo normal, a suspensão terá cumprido o seu propósito; não mais produzindo efeitos, gorou o seu intento e mais não terá sido que um prelúdio da extinção. Por isso se diz que a suspensão “relaxa” e “restaura”¹³³²: primeiro, contraria o desaparecimento do vínculo; tem, no entanto, em vista, por princípio, o seu pleno restabelecimento, não obstante a paralisação temporária^{1333/1334}.

Anunciámos já a particular atenção dedicada, pela doutrina francesa, ao estudo da suspensão – em universo não restringido ao laboral^{1335/1336}: conforme decidido pela *Cassation*, em 15.2.1888, se a força maior não pode exercer sobre o contrato mais que uma influência temporária, deveria respeitar a existência do vínculo jurídico, por via suspensiva¹³³⁷. A assinalada ligação entre suspensão e vínculo duradouro é, ainda hoje, acolhida na doutrina, onde se afirma que, sobretudo nos contratos de execução continuada, a impossibilidade de execução pode ser transitória – aqui se contando, entre outros exemplos, a doença do trabalhador, que o impede de comparecer ao trabalho ou reparações no imóvel que impedem o locatário de o ocupar¹³³⁸ –, sendo ainda comum o apelo

¹³³² ARTZ, “La suspension ...” *cit.*, pp. 99-100.

¹³³³ TREILLARD, “De la suspension ...” *cit.*, p. 60.

¹³³⁴ Importa, todavia, lembrar os desvios introduzidos, no domínio laboral, em que a suspensão opera ainda que se saiba de antemão que o contrato terá fim, num tal período, assim sendo porque a suspensão salvaguarda também interesses actuais (e não apenas futuros) do trabalhador (JOÃO REIS, *A suspensão cit.*, p. 88). V. *infra* Parte II, Capítulo III.

¹³³⁵ Conforme JOÃO REIS, “é em França que a noção de suspensão do contrato surge mais teorizada, surgindo nas obras dos civilistas com um maior destaque e como uma categoria conceitual mais autónoma” (*A suspensão cit.*, p. 11). Também YAMAGUCHI reconduz delimitação da suspensão, em meados do séc. XIX, ao labor da jurisprudência francesa (*La théorie cit.*, p. 465). Referindo o surgimento histórico da suspensão no Direito italiano, v. LAVAGNINI, *La sospensione cit.*, pp. 15 e ss.

¹³³⁶ Convocando leitura ajustada do art. 1184 e dos arts. 1147 e 1148 do CCfr. Cf. a última disposição, “il n'y a lieu à aucuns dommages et intérêts lorsque, par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé, ou a fait ce qui lui était interdit”. JOÃO REIS nota que terá sido “em consequência da grande desorganização provocada pela Primeira Grande Guerra, que as teorias da força maior e do caso fortuito saltaram para a ribalta jurídica. Especialmente vocacionadas para entrarem em jogo nos períodos de grande crise, perante condições anormais e excepcionais, estas teorias haveriam naturalmente de ganhar um novo impulso” (*A suspensão cit.*, p. 81).

¹³³⁷ RADOUANT, *Du cas fortuit cit.*, p. 276. Por sua vez, HORION refere a suspensão como fenómeno comum aos contratos de execução sucessiva: opera se os efeitos da força maior são limitados no tempo, sendo previsível o retomar de plena execução, em tempo útil (*Suspensions cit.*, pp. 1-2).

¹³³⁸ BENABENT, *Droit civil cit.*, p. 264.

cumulativo à força maior e à impossibilidade temporária, enquanto condições óptimas para o operar da suspensão¹³³⁹.

Para a especial dinâmica da suspensão no ordenamento francês concorre o facto de o instituto ser fruto de criação jurisprudencial – atento o referido exercício, por regra, judicial da resolução (cf. art. 1184 do CCfr.)¹³⁴⁰. Mas não só: no Direito francês, o recurso a tribunal tende a privilegiar – tal qual atestado pela jurisprudência – não só a força obrigatória do contrato e o respeito pelo acordado¹³⁴¹, como a subsistência dos efeitos do vínculo, em detrimento da extinção¹³⁴², assim se abrindo espaço a exigente avaliação da pretensão extintiva e à denotada preferência, perante obstáculo temporário à execução, por solução suspensiva¹³⁴³.

II. Em França, a suspensão surge associada à guerra franco-prussiana (1870) e à Primeira Guerra Mundial (1914)¹³⁴⁴. Foi então questionado se, em caso de litígio, o juiz poderia, na hipótese de (mera) impossibilidade temporária, recusar a extinção, preferindo a suspensão. A doutrina francesa colige um conjunto de decisões do final do século XIX e do início do século XX das quais decorre, no essencial, resposta afirmativa¹³⁴⁵: a jurisprudência terá então admitido, repetidamente, a suspensão da plena execução de diversos contratos, obviando à extinção¹³⁴⁶. Conforme TREILLARD, à margem de qualquer texto, os tribunais reiteram a suspensão das obrigações contratuais logo que a execução é impedida por um obstáculo transitório, sobretudo caso se antecipasse a possibilidade de execução futura; o Autor enfatiza, aliás, o sucesso desta

¹³³⁹ “De la teoría del riesgo nace, a partir de la observación de los efectos que sobre las partes y las prestaciones por éstas debidas produce la actualización del riesgo, las doctrinas de la fuerza mayor y de la imposibilidad sobrevenida” (RIVAS VALLEJO, *La suspensión cit.*, p. 41).

¹³⁴⁰ V. *supra* Capítulo IV, § 2.

¹³⁴¹ Cf. art. 1134, 1, do CCfr.

¹³⁴² Quanto à possível influência, entre nós prevaemente, da autonomia privada e da liberdade de desvinculação, v. ASSUNÇÃO CRISTAS, “É possível ...” *cit.*, p. 78.

¹³⁴³ V. RADOUANT, *Du cas fortuit cit.*, p. 274.

¹³⁴⁴ A guerra de 1870, a invasão do território, o bloqueio das zonas cercadas e os contratos que, por tal facto, resultaram transitoriamente não executados criaram as condições ideais para a construção judicial da suspensão (SARRAUTE, *De la suspension cit.*, p. 1, *itálico nosso*; e, desenvolvidamente, pp. 16 e ss.).

¹³⁴⁵ “C’est, en effet, en France qu’on rencontre des éléments de droit positif, législatif et jurisprudentiel, présentant des fondements sérieux. Malgré l’absence dans le Code civil de tout texte concernant la notion de suspension du contrat, la jurisprudence française a, depuis près de cent ans, utilisé fréquemment cette notion pour divers contrats civils” (YAMAGUCHI, *La théorie cit.*, p. 11).

¹³⁴⁶ PANCRAZI-TIAN, *La protection cit.*, pp. 279-280. V., em particular, as referências à jurisprudência, na n. 322. O Autor nota que esta orientação jurisprudencial dominante não seria, todavia, unânime, dando conta de decisão de 14.5.1872, em que a *Cassation* se opôs firmemente à suspensão, afirmando que a força maior não teria um efeito meramente dilatatório, mas um efeito resolutivo absoluto (*ob. cit.*, p. 280, n. 322). Sobre o tema, v. ainda LEPARGNEUR, *La prorogation cit.*, p. 15.

fórmula, dando conta que o labor da jurisprudência francesa ditaria célere exportação do fenómeno suspensivo para outros ordenamentos¹³⁴⁷.

A delimitação jurisprudencial impulsionou também os primeiros estudos dedicados ao tema. Em 1929, SARRAUTE nota que, após sessenta anos, uma jurisprudência, hesitante de início, reconheceu progressivamente a possibilidade jurídica de uma suspensão operante no plano contratual¹³⁴⁸. A “teoria da suspensão” terá sido explicitamente convocada, entre outras, em decisão do *Tribunal de Commerce de la Seine* de 15.6.1915: a *Société de St.-Gobain* havia assumido o compromisso de entrega mensal de ácido sulfúrico. Requer, todavia, a suspensão da obrigação, após Fevereiro de 1915 – data em que as suas instalações haviam sido requisitadas para produção exclusiva ao Estado: o tribunal declarou a suspensão por força maior, concluindo pela dispensa de cumprimento nos meses em que o impedimento subsistisse¹³⁴⁹. Também a esfera laboral constituiu, desde cedo, campo fértil para o fenómeno suspensivo¹³⁵⁰. Havendo que determinar a sorte dos contratos dos trabalhadores mobilizados para a guerra, a jurisprudência dedicou especial atenção a estes casos, antes mesmo da sua consagração legal, enquanto hipótese suspensiva: a tendência geral dos tribunais, conforme à equidade e necessidades sociais do momento, recusa a extinção dos contratos, ditando a sua subsistência até retorno à plena execução¹³⁵¹. Na verdade, todas estas decisões admitem que a mobilização, facto exterior e independente da vontade das partes, torna impossível ao trabalhador cumprir o seu compromisso, reflectindo um caso de força maior; revestindo natureza temporária e não tendo por efeito a ruptura definitiva do vínculo, conduziria apenas à suspensão^{1352/1353}.

A suspensão encontra, porém, concretizações noutros domínios. Por decisão de 23.12.1925, o *Tribunal de Commerce de la Seine* concluiu pela suspensão de obrigação assumida por senhorio em contrato de arrendamento: estava em

¹³⁴⁷ “De la suspension ...” *cit.*, p. 60. TREILLARD propõe reconduzir a operacionalidade da suspensão à parte final do art. 1184 do CCfr. – disposição reservada à resolução: ali se dispondo que “la résolution doit être demandée en justice”, sendo, todavia, admitido que “il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances” (art. 1184, 3, *in fine*). Diversamente, distinguindo o reconhecimento ao devedor de um prazo para cumprimento e a suspensão, *v.* SARRAUTE, *De la suspension cit.*, pp. 73-76.

¹³⁴⁸ *De la suspension cit.*, p. 1. São, neste âmbito, indicadas duas decisões da *Cour de Cassation*, de 1897 e de 1905, que terão reconhecido a operacionalidade da suspensão em contrato de trabalho de duração indeterminada, pelo período de doença do trabalhador (SARRAUTE, *De la suspension cit.*, p. 25).

¹³⁴⁹ SARRAUTE, *De la suspension cit.*, p. 26.

¹³⁵⁰ Importa não esquecer a relativa modernidade do Direito do Trabalho, que remonta, na maioria dos sistemas europeus, com o sentido axiológico que lhe reconhecemos, ao final do século XIX e ao início do século XX.

¹³⁵¹ SARRAUTE, *De la suspension cit.*, p. 26.

¹³⁵² SARRAUTE, *De la suspension cit.*, p. 29.

¹³⁵³ No que respeita ao contrato de trabalho, LEPARGNEUR assinala que os efeitos da guerra podem condicionar o trabalhador e o empregador – podendo ambos ser mobilizados para a guerra – e a empresa, tal como se ocorre requisição das instalações (*La prorogation cit.*, p. 23).

causa arrendamento acordado, por três, seis ou nove anos, conforme opção das partes, com início em 1.10.1920. Sucede que, em 1923, o locatário não havia ainda ocupado o locado, por o anterior locatário ali permanecer, conforme autorizado por lei de 31.3.1922. O senhorio requer a resolução do contrato de arrendamento, mas o Tribunal considera que não concorria, no caso, um impedimento absoluto e que, sendo o atraso temporário, antes deveria operar a suspensão¹³⁵⁴. Esta hipótese constitui, no entanto, um desvio às hipóteses suspensivas mais usuais: é, agora, o devedor impedido de cumprir a obrigação a que se vinculara (o senhorio, quanto à disponibilização do gozo do locado) que pretende a dispensa definitiva do cumprimento da obrigação e que requer a resolução do contrato. Frustrada a extinção, a suspensão opera em seu desfavor, em face daquela que era a sua pretensão, atenta a subsistência imposta da obrigação que lhe compete realizar logo que possível^{1355/1356}.

III. SARRAUTE nota a divergência das soluções acolhidas, à data e neste contexto, nos ordenamentos francês e alemão, sobretudo no plano jurisprudencial. Concede que, em termos práticos, o disposto no § 275 do BGB (*"Ausschluss der Leistungspflicht"*) e a dispensa de cumprimento ali estatuída¹³⁵⁷ não se distanciavam do entendimento sustentado, em França, a propósito dos arts. 1148 e 1184 do CCfr.¹³⁵⁸, cabendo à jurisprudência delimitar o âmbito operativo da suspensão¹³⁵⁹. Constata, todavia, que os tribunais alemães não terão acolhido a mesma orientação, não se identificando o mesmo intento de preservação do contrato¹³⁶⁰. Ao invés, ter-se-ia firmado o princípio de que, na ausência de vontade expressa e inequívoca inversa, um atraso, ainda que breve, ditaria, em regra, a ruptura do vínculo – assim se decidindo mesmo que a plena execução pudesse ser retomada antes de expirado o prazo contratualmente fixado¹³⁶¹. Por conseguinte, situações idênticas às analisadas na jurisprudência francesa¹³⁶² terão motivado, à data, nos tribunais alemães, a insubsistência do vínculo¹³⁶³. Em decisão de 20.2.1917 do *Zivilsenat*¹³⁶⁴, havia que enquadrar o

¹³⁵⁴ SARRAUTE, *De la suspension cit.*, pp. 34-35.

¹³⁵⁵ Esta hipótese parece extravasar o âmbito da suspensão, tal qual delimitado por alguns autores.

¹³⁵⁶ Procurando transpor esta hipótese para o âmbito laboral, dir-se-ia que, em situação potencialmente extintiva, o trabalhador pode contrariar a cessação pretendida pelo empregador – v.g., despedimento colectivo –, propugnando pela subsistência do vínculo, por recurso alternativo à suspensão. Todavia, o alcance de uma tal pretensão é limitado ao previsto no art. 361.º, n.º 1, a), do CT, concretizando mera opção não vinculativa para o empregador.

¹³⁵⁷ Sobre o alcance do previsto no § 275 do BGB e indicando as alterações introduzidas na reforma de 2001-2002, v. *infra* Parte II, Capítulo I, Secção III, § 1.2..

¹³⁵⁸ Admitindo que a força maior temporária dispensava, nos dois ordenamentos, o devedor do cumprimento da obrigação (*De la suspension cit.*, pp. 106 e ss.).

¹³⁵⁹ *De la suspension cit.*, pp. 106 e ss.

¹³⁶⁰ SARRAUTE, *De la suspension cit.*, pp. 107-108.

¹³⁶¹ SARRAUTE, *De la suspension cit.*, p. 108.

¹³⁶² Que se pronuncia preferencialmente em termos favoráveis à suspensão.

¹³⁶³ *Apud* SARRAUTE, *De la suspension cit.*, pp. 108-112.

¹³⁶⁴ *Apud* SARRAUTE, *De la suspension cit.*, pp. 108-109.

destino de arrendamento de sala de dança, por cinco anos, a partir de 1914: com o início da guerra, o espaço foi interditado e o locatário não pretendia manter o contrato. Embora pressupondo que o obstáculo à execução era temporário – sendo admitido que a ordem de interdição viesse a ser levantada antes do termo previsto para o contrato –, inexistindo certeza de que assim sucederia, o *Zivilsenat* considerou fundadas as razões invocadas para o fim do compromisso. Embora admitamos – atendendo aos diversos elementos em apreço – que idêntica solução poderia ter sido acolhida na jurisprudência francesa, o tribunal alemão terá, ao fundamentar a decisão, convocado outra razão, que SARRAUTE considera em flagrante oposição com a orientação francesa: foi então referido, a título ilustrativo, que, em caso de incêndio, a destruição do imóvel constituiria obstáculo definitivo à execução do contrato de arrendamento, ainda que o mesmo fosse reconstruído antes de terminado o prazo fixado para o arrendamento¹³⁶⁵.

Também no domínio laboral a jurisprudência germânica regista resistências à operacionalidade da suspensão. Em hipótese subjacente a decisão de 24.11.1922 do *Zivilsenat*¹³⁶⁶, o empregador recusara o regresso de trabalhador, após período de mobilização. Em tal cenário, o tribunal alemão nota que a incerteza quanto à data de retorno do trabalhador comprometia gravemente o convencionado, concluindo, por isso, que, embora o impedimento fosse temporário, deveria ser assimilado a entrave definitivo¹³⁶⁷.

¹³⁶⁵ Apud SARRAUTE, *De la suspension cit.*, pp. 108-109. A respeito de tal decisão, o Autor entende que a solução acolhida era oposta à sustentada na doutrina francesa. Estar-se-ia afinal perante obstáculo de força maior temporária, a superar em data anterior ao termo estabelecido pelas partes (p. 109). Entre nós, v. o acórdão do STJ de 4.3.2008, onde foi decidido que “a perda da coisa locada difere assim da *simples privação temporária do locado* que *determina a simples suspensão da vida do contrato* e difere precisamente porque no segundo caso, o *espaço físico do arrendado continua a existir, mas por alguma ponderosa razão não é possível temporariamente exercer nesse mesmo espaço a finalidade contratada*, enquanto na primeira situação (a perda da coisa) é o próprio espaço físico do arrendamento que desaparece, não podendo [...] ficcionar-se que continua a existir e que depois irá surgir em concreto no espaço de uma nova construção” (Proc. n.º 07A4347, CARDOSO DE ALBUQUERQUE, com ênfase nossa).

¹³⁶⁶ Apud SARRAUTE, *De la suspension cit.*, pp. 109-110.

¹³⁶⁷ Apud SARRAUTE, *De la suspension cit.*, pp. 109-110. O Autor dispensa assinalar até que ponto esta decisão se distanciava da jurisprudência francesa que, durante a Primeira Grande Guerra, impôs a sobrevivência dos contratos dos trabalhadores mobilizados (*ob. cit.*, p. 110). Cumpre, porém, dar nota que, décadas mais tarde, a solução alemã seria diversa quanto ao cumprimento do serviço militar, atendendo ao exposto enquadramento legal que viria a ser reservado a tais casos e reconduzidos pela doutrina à suspensão: “*das rechtstechnische Mittel, dessen sich der Gesetzgeber bedient, ist die Suspension des Arbeitsverhältnisses*”; sendo, na verdade, frequentes as referências expressas a “*Ruhens des Arbeitsverhältnisses*” (ISELE, “*Das suspendierte ...*” *cit.*, pp. 108-109). De resto, na sua maioria, os diversos ordenamentos acolheram formalmente esta hipótese suspensiva: “*dans tous les droits nationaux de la Communauté, le législateur est intervenu pour protéger les relations de travail des salariés soumis à l’exécution d’obligations militaires. A part de petites différences de détail, les solutions juridiques adoptées dans les divers pays sont très remarquablement semblables dans leurs grandes lignes: elles consistent dans la suspension légale du contrat de travail en raison de l’exécution par les travailleurs de leurs obligations militaires*” (YAMAGUCHI, *La théorie cit.*, p. 230).

Em reforço desta orientação, o *Zivilsenat* decidiu ainda, em 12.11.1923, que, em hipóteses idênticas, o contrato apenas não deveria cessar se as partes manifestassem claramente uma intenção contrária, atento o convencionado¹³⁶⁸. À época, esta orientação e a opção, nas hipóteses descritas, pelo fim do contrato distanciavam-se do entendimento difundido em França, que acolhe e promove a suspensão, enquanto mecanismo que privilegia a subsistência contratual, em detrimento da extinção¹³⁶⁹.

2. A transposição da lógica suspensiva para tempos de paz

Surgindo a maioria das decisões enunciadas em tempo de guerra, a doutrina francesa mostrava-se hesitante quanto à transposição de idêntica argumentação para tempos de paz¹³⁷⁰. Esta incerteza haveria, todavia, de ser ultrapassada por decisão de 24.2.1981 da *Cour de Cassation, Chambre civile 1*¹³⁷¹, que, dissociando os conceitos de força maior¹³⁷² e de impossibilidade – e assumindo este último como termo operativo fundamental¹³⁷³ –, admitiu a suspensão. Estava em causa a execução de acordo pelo qual os pais haviam doado uma casa à sua filha, mantendo, porém, o direito de a habitar por toda a vida. Mais tarde, viriam a divorciar-se, tendo então a mãe abandonado a casa. Após o falecimento do pai, a mãe requer o realojamento, invocando a filha que o divórcio dos pais teria posto fim ao dever de alojamento; a mãe pretere, todavia, um tal entendimento, atento o efeito que considerava meramente

¹³⁶⁸ Apud SARRAUTE, *De la suspension cit.*, pp. 110-112.

¹³⁶⁹ SARRAUTE, *De la suspension cit.*, p. 112. Comparando os resultados obtidos pelas jurisprudências francesa e alemã, SARRAUTE conclui que a francesa prosseguira uma via mais ousada e fecunda: sem preconceitos e sem para tanto exigir uma manifestação formal das partes, construiu a teoria da suspensão, obviando aos inconvenientes da resolução em todos os casos de inexecução temporária (*De la suspension cit.*, p. 112). Dando, porém, nota das iniciativas promovidas na Alemanha, por associações de empregadores, ainda em 1923, para garantir aos trabalhadores a manutenção do emprego, com especial referência ao designado "*Dürener Abkommen*", de 12.2.1923, v. HAGER, *Das ruhende cit.*, pp. 14 e ss.; já quanto à previsão legal da reserva do posto de trabalho dos trabalhadores em combate, v. o descrito na p. 15.

¹³⁷⁰ PANCRAZI-TIAN, *La protection cit.*, p. 280.

¹³⁷¹ N.º 79-12710, disponível em <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEX T000007007126&fastReqId=654353364&fastPos=1>>. Sobre esta decisão, v. Didier MARTIN, "Note" (À Décisão da *Cour de Cassation, Chambre civile 1*, de 24.2.1981), *Recueil Dalloz-Sirey*, 1982, pp. 479-481, LABORDERIE, *La pérennité cit.*, p. 78, e BENABENT, *Droit civil cit.*, p. 264. MESTRE nota que, nesta decisão, a "*Chambre civile de la Cour de cassation a précisé que le contrat était simplement suspendu en cas d'impossibilité momentanée d'exécution par l'une des parties*" ("*Observations ... cit.*").

¹³⁷² A força maior manteve-se por muito tempo como condição operativa da suspensão, no Direito francês. É assim que, no quadro suspensivo, a par da *exceptio*, YAMAGUCHI enunciava a suspensão como "*empêchement provisoire à l'exécution d'un contrat, résultant d'un événement échappant au contrôle des parties*" (*La théorie cit.*, p. 13).

¹³⁷³ Com esta decisão, passou a entender-se que a suspensão opera, ainda que o impedimento não resulte de caso fortuito ou força maior; v., todavia, ANTONMATTEI, *Contribution cit.*, p. 212. Dando também conta de que, numa fase inicial, a suspensão tendia a operar apenas em perante impedimento fortuito, v. RIVAS VALLEJO, *La suspensión cit.*, p. 192.

suspensivo do divórcio. Naquele que MARTIN qualificou como um “caso de escola”¹³⁷⁴, a *Cour de Cassation* decidiu que o divórcio suspendera a obrigação de alojamento que impendia sobre a filha em relação à mãe, retomando, porém, o acordo plena eficácia com o falecimento do pai e devendo a execução ser, então, plenamente retomada – assim se afastando dúvidas quanto à operacionalidade de suspensão de obrigação de execução continuada, ainda que o impedimento decorresse de falta de colaboração do credor de origem voluntária: para PANCRAZI-TIAN, embora a concorrência de uma verdadeira impossibilidade de execução surja como condição fundamental do jogo da suspensão, por esta forma, a força maior deixa de ser explicitamente invocada¹³⁷⁵. Este caso aproximaria, aliás, a jurisprudência referente à suspensão em geral do previsto na legislação laboral – que, já então, incluía, entre os eventos suspensivos, hipóteses não subsumíveis à força maior¹³⁷⁶.

3. A suspensão laboral enquanto modelo suspensivo paradigmático

I. A par da linha jurisprudencial descrita, variantes suspensivas viriam a acolher, progressivamente, concretização legal. A tal propósito, importa ter, contudo, presente o alerta de RIVAS VALLEJO, que adverte que reflexão dedicada ao instituto suspensivo e às razões que justificaram a sua delimitação não deve ser restringida ao estudo das opções suspensivas legalmente acolhidas¹³⁷⁷. Não faria, na verdade, sentido subordinar a compreensão do fenómeno a soluções legais datadas que lhe conferem, conforme cada momento, distinta abrangência: assim resulta, aliás, evidente no que respeita à greve – nem sempre lhe tendo sido reconhecido recorte suspensivo¹³⁷⁸; ao que acresce o progressivo alargamento do catálogo suspensivo¹³⁷⁹ e a flexibilização dos seus pressupostos¹³⁸⁰. Admitida esta premissa, constatamos que, em França, o impulso legal surge na sequência da descrita orientação jurisprudencial, com particular incidência na esfera laboral¹³⁸¹, assistindo-se, a partir do início do século XX – em rigor, em 1901 –, a evolução comum a distintos ordenamentos,

¹³⁷⁴ “Note ...” *cit.*, p. 480.

¹³⁷⁵ *La protection cit.*, p. 281. Quanto às dificuldades operativas da força maior, v. Paul-Henri ANTONMATTEI, “Ouragan sur la Force Majeure”, *La Semaine Juridique, Juris-Classeur Périodique*, 1996, n.º 7, pp. 83-84, e BENABENT, *Droit civil cit.*, pp. 259-263. Sobre a transposição da força maior para contexto laboral, v., nomeadamente, Marielle PICQ, “L’Impossibilité de Maintenir le Contrat de Travail (Article L. 122-32-2 du Code du Travail)”, *Recueil Dalloz Sirey*, 1996, n.º 16, pp. 136-140, em especial, p. 140.

¹³⁷⁶ PANCRAZI-TIAN, *La protection cit.*, p. 281.

¹³⁷⁷ *La suspensión cit.*, pp. 29-30.

¹³⁷⁸ Ainda hoje, v. o enquadramento reservado à greve no Direito inglês (*infra*, Parte II, Capítulo I, Secção III, § 2.5.).

¹³⁷⁹ V., nomeadamente, a extensão da suspensão em tutela de trabalhador vítima de violência doméstica (cf. art. 296.º, n.º 2). Sobre tal hipótese, v. *infra* Parte II, Capítulo I, Secção III, § 2.3.

¹³⁸⁰ *Maxime*, quanto ao rigor da “impossibilidade” e da “(não) imputação” (v. *infra* Parte II, Capítulos I e II).

¹³⁸¹ TREILLARD, “De la suspension ...” *cit.*, p. 74.

de difusão de factos legais suspensivos vários, acompanhada do interesse crescente da doutrina por tais matérias¹³⁸². Desde então e não obstante as particularidades inerentes a cada caso, a suspensão laboral é promovida a modelo suspensivo paradigmático¹³⁸³. E também nesse âmbito preciso, as variantes legais assumem o intento comum de obviar ao desaparecimento do contrato, intervindo em situações em que, atenta a longa inexecução (a extensão do período militar, de uma guerra ou requisição), os tribunais não teriam dúvidas em considerar que o vínculo havia cessado. A intervenção legal surge, assim, à luz de objectivo claro: a manutenção dos efeitos do contrato¹³⁸⁴.

4. Fenómeno suspensivo paralelo: a suspensão da prescrição

I. A reflexão reservada à suspensão laboral é antecédida de referência a fenómeno legal suspensivo paralelo expresso: a suspensão da prescrição¹³⁸⁵. cremos, na verdade, que os contornos deste instituto, os fundamentos e fins que lhe são assinalados se aproximam, em aspectos vários, dos reconhecidos à suspensão laboral. Assim, não só em caso de suspensão da prescrição “*por motivo de força maior*”¹³⁸⁶, mas também no que respeita às causas suspensivas subjectivas, que legitimam, em certas hipóteses e por prevalência de determinados valores, o não exercício atempado do direito. Também então, a suspensão opera em situações em que, embora o titular do direito não se encontre impossibilitado de o exercer, o ordenamento considera esse exercício

¹³⁸² SARRAUTE, *De la suspension cit.*, p. 2, e pp. 37 e ss. TREILLARD considera que a primeira referência legal à suspensão em França data de 19.7.1901, relativamente ao serviço militar, seguindo-se, em 27.11.1909, em razão de maternidade (“*De la suspension ...*” *cit.*, p. 64; identicamente *v.* ainda RADOUANT, *Du cas fortuit cit.*, p. 290, ARTZ, “*La suspension ...*” *cit.*, p. 96, e LABORDERIE, *La pérennité cit.*, pp. 72 e ss. e 78). No Direito espanhol, a primeira menção expressa surgiria no *Código del Trabajo*, aprovado pelo *Real Decreto* de 26.11.1926: “*es el primer texto positivo que contiene una primera aproximación legal a la suspensión del contrato de trabajo como figura autónoma. El Libro I del referido Código dispone que tendrá lugar la suspensión del contrato de trabajo en un solo supuesto: el cumplimiento del servicio militar*”. Progressivamente, a suspensão adquire maior alcance (logo em 1931, com a *Ley del Contrato de Trabajo*), passando a incluir hipóteses como a “*incapacidade temporal, servicio militar o ejercicio de cargos públicos y alumbramiento*” – a tais variáveis suspensivas não sendo, todavia, reservado tratamento sistematizado (RIVAS VALLEJO, *La suspensión cit.*, p. 103; descrevendo a evolução subsequente, no ordenamento espanhol, até ao *Estatuto de los Trabajadores*, em 1980, *v.* pp. 103-106). Também CARRO IGELMO dá nota de que “*la guerra, típico supuesto de fuerza mayor, puede ser motivo de suspensión contractual y no de extinción, si superados sus efectos se reanuda la actividad como empresa, interrumpida por dicha causa de fuerza mayor*”. E ilustra tal hipótese referindo uma situação de paralisação que afectara a actividade da empresa e que foi objecto de decisão judicial de 21.12.1939 (*La suspensión cit.*, p. 222). Sobre tal evolução, no âmbito da suspensão por factos respeitantes ao empregador, *v.* SOLÀ MONELLS, *La suspensión cit.*, pp. 25 e ss.

¹³⁸³ *V.*, no entanto, Philippe LANGLOIS, “*Contre la Suspension du Contrat de Travail*”, *Recueil Dalloz Sirey*, 1992, n.º 17, pp. 141-148.

¹³⁸⁴ TREILLARD, “*De la suspension ...*” *cit.*, pp. 76-77, *itálico* nosso.

¹³⁸⁵ *V. supra*, n. 52, as referências introdutórias, feitas a tal propósito.

¹³⁸⁶ *Cf.* art. 321.º, n.º 1, do CC.

inexigível¹³⁸⁷. Esta similitude antecipa o cruzamento de referências, justificando breve reflexão quanto a tal fenómeno (suspensivo) autónomo.

A suspensão em geral (e, em particular, a suspensão laboral) constitui manifestação da influência do tempo no Direito: por isso se admite que acontecimentos associados ao inevitável devir secundarizem a normal execução de vínculo duradouro. O tempo encontra, todavia, concretização noutros planos, condicionando igualmente o exercício de direitos. Dir-se-á, em termos gerais, que, salvo casos pontuais, os direitos devem ser exercitados atempadamente, sob pena de extinção ou perda de força/eficácia. Tal esvaziamento, enfraquecimento ou modificação resulta, sobretudo, por efeito de três institutos: prescrição, caducidade e não uso^{1388/1389}.

II. O decurso da prescrição confere ao beneficiário *“a faculdade de recusar o cumprimento da prestação ou de se opor, por qualquer modo, ao exercício do direito prescrito”*¹³⁹⁰. Travando o exercício do direito, a prescrição é seguramente meio de defesa, conferido a quem o possa invocar. Entre os diversos fundamentos convocados¹³⁹¹, cremos que, no essencial, a prescrição censura a inércia ou negligência injustificada¹³⁹²: a passividade duradoura é assumida como desinteresse pela invocação do direito, desmerecedora de tutela jurídica. Por conseguinte, o prazo de prescrição só deve ter início quando o direito *pode* ser exercido: deve, a partir de então, ser computado continuamente, salvo hipóteses interruptivas ou suspensivas¹³⁹³. No entanto, se a interrupção constitui (ainda) manifestação da vitalidade do direito, a suspensão surge como situação accidental, vicissitude que interfere com o efeito associado ao decurso do prazo¹³⁹⁴.

¹³⁸⁷ Cf., em especial, art. 318.º do CC.

¹³⁸⁸ Cf. art. 298.º do CC.

¹³⁸⁹ Centrar-nos-emos na prescrição, por ser o instituto que acolhe expressamente a suspensão. Apenas excepcionalmente são admitidos factos suspensivos dos prazos de caducidade (cf. arts. 328.º e 330.º, n.º 2, do CC).

¹³⁹⁰ Art. 304.º, n.º 1, do CC.

¹³⁹¹ Como a probabilidade de o cumprimento já ter sido efectuado, presunção de renúncia do titular do direito, consolidação de situações de facto, protecção do devedor contra dificuldade de prova e promoção do exercício oportuno dos direitos. A respeito dos diversos fundamentos que confluem na prescrição, Adriano Paes da Silva Vaz SERRA constata a dificuldade em eleger um que se demarque e autonomize dos demais (*“Prescrição e Caducidade”*, *BMJ*, 1961, n.º 105, pp. 5-248, n.º 106, pp. 45-278, e n.º 107, pp. 159-302, em especial p. 32).

¹³⁹² Justificação indicada há muito: *“nada tem de iníquo o impor a um crédor, ou proprietário negligente, esta pena da sua inacção”* (Manuel António Coelho da ROCHA, *Direito Civil Portuguez*, t. 2, 3.ª ed., Imprensa da Universidade, 1852, p. 358).

¹³⁹³ Cf. art. 306.º, n.º 1, do CC. Também CUNHA DE SÁ considera que a suspensão corresponde a casos em que a *inércia do credor* *“não significa objectivamente desinteresse pela realização da prestação, antes se explica pelas especiais condições em que o credor se encontra e que o impedem, material ou juridicamente, de exercer o crédito ou lhe dificultam extraordinariamente que o faça”* (*“Modos de ...” cit.*, p. 253, itálico nosso).

¹³⁹⁴ Ao invés, não qualificamos a interrupção (cf. arts. 323.º a 327.º do CC) como vicissitude do prazo de prescrição, por constituir ainda manifestação activa – *i.e.*, exteriorização qualificada,

Tratamos, todavia, de instituto que o CC não define, incluindo apenas um elenco de factos suspensivos¹³⁹⁵. Coube, por isso, à doutrina enunciar os fundamentos e as finalidades da suspensão, delimitando-a de fenómeno próximo (a interrupção)¹³⁹⁶. Em síntese, dir-se-á que, em certas situações, determinadas contingências podem dificultar o exercício ou justificar a inércia no que respeita a direito abstractamente exercitável: por isso se admite, em tais casos, que o prazo de prescrição não tenha início (suspensão inicial) ou deixe de correr (suspensão superveniente), ainda que a obrigação seja ou se mantenha exigível. O fundamento ou justificação da suspensão é, por conseguinte, amenizar os efeitos da prescrição: o ordenamento prefere (em prejuízo da prescrição) a tutela de outros institutos ou valores, preservando certo tipo de relações; ou atende a situações específicas do titular, que impossibilitam ou dificultam o exercício do direito – resultando, neste contexto, evidente a proximidade deste enquadramento perante a suspensão laboral, onde tal prevalência assume importância incontornável.

III. Na ausência de regra que enuncie expressamente os efeitos do instituto, dir-se-á que o que é típico na suspensão – e que, por conseguinte, a define – é a não contagem do período suspensivo: opera uma espécie de hibernação ou latência da prescrição. Ressalta, pois, para a definição do instituto, a importância do efeito suspensivo – elemento communemente utilizado na autonomização da suspensão perante a interrupção: aquela tem “o efeito de sustar a contagem do tempo da prescrição, não se incluindo no prazo desta o espaço de tempo durante o qual ocorreu a suspensão. O vencimento do prazo é assim, prorrogado pelo tempo em que a prescrição esteve suspensa”¹³⁹⁷. Ao invés, a interrupção “inutiliza para a prescrição todo o tempo decorrido anteriormente, começando a correr novo prazo a partir do acto interruptivo”¹³⁹⁸. Também a suspensão laboral resulta, na ausência de noção legal, frequentemente delimitada em função do elenco de factos suspensivos e efeitos

pelo titular, de intenção de exercício do direito (arts. 323.º e 324.º do CC) – ou passiva (por reconhecimento do devedor, cf. art. 325.º do CC) da subsistência do direito.

¹³⁹⁵ Cf. arts. 318.º a 322.º do CC.

¹³⁹⁶ Tal como na suspensão, a interrupção da prescrição e o efeito associado – agora, o *recomeço* do prazo de prescrição – resultam de, em certos casos, não haver razão para a prescrição operar: porque a inércia do titular do direito foi quebrada (cf. arts. 323.º e 324.º do CC) ou porque o beneficiário da prescrição tem um comportamento que, de alguma forma, se revela conforme à existência do direito (art. 325.º do CC). José Dias MARQUES identifica a interrupção com o reverso da prescrição: “onde surge um acto interruptivo a prescrição não se realiza” (*Prescrição Extintiva*, Coimbra Editora, 1953, p. 73).

¹³⁹⁷ MOTA PINTO, *Teoria cit.*, p. 375, n. 452. Para DIAS MARQUES, a suspensão da prescrição resulta do “[...] aparecimento dum facto ou duma qualidade que retira ao prazo a sua relevância prescricional durante todo o tempo da sua duração. Uma vez desaparecida esta qualidade impeditiva o prazo volta a correr e na sua contagem conta-se aquele que decorreu antes do aparecimento da causa suspensiva com o que vai decorrer após a sua cessação. A estas qualidades impeditivas do curso da prescrição dá-se o nome de causas de suspensão ou causas suspensivas da prescrição” (*Prescrição cit.*, p. 95).

¹³⁹⁸ Cf. art. 326.º, n.º 1, do CC.

associados, constituindo a “quiescência” ou o “adormecimento” referências ilustrativas comuns às hipóteses (suspensivas) em análise¹³⁹⁹; diz-se que, durante a suspensão, a prescrição se encontra “quiescente” ou adormecida (*praescriptio dormiens*): “chama-se *suspensão* um período de tempo durante o qual a prescrição, ou não começa a correr, ou, tendo começado, não prossegue até se completar, por ter surgido uma causa a que a lei atribui a força de a fazer *paralizar* ou *adormecer*”¹⁴⁰⁰.

IV. Perante a sistematização legal, os factos suspensivos da prescrição são qualificados, em função da sua natureza, como (i) subjectivos ou pessoais *bilaterais* (atenta a especial ligação entre titular do direito e beneficiário da prescrição¹⁴⁰¹) ou *unilaterais* (em que se considera circunstância referente ao titular e que impede ou dificulta o exercício do direito¹⁴⁰²) e (ii) objectivos, reais ou materiais (assim designados por abstrair de qualquer situação pessoal dos sujeitos)¹⁴⁰³. Os primeiros (factos subjectivos *bilaterais*) resultam de relações interpessoais típicas, decorrentes de qualidade recíproca das partes ou de ligações especiais entre credor e devedor que impedem ou tornam muito difícil o exercício do direito¹⁴⁰⁴. Dizem-se *bilaterais* porque a prescrição não corre entre os sujeitos identificados, atenta a relação estabelecida, e, na maioria dos casos, independentemente de quem ocupe posição activa ou passiva¹⁴⁰⁵. Têm por objecto relações de especial proximidade: em rigor, o direito *pode* ser exercido; a inércia prolongada é, todavia, admitida, garantindo um interesse superior conflituante. São situações em que se considera *inexigível* o exercício do direito. Já os segundos (factos suspensivos subjectivos *unilaterais*) resultam de situações que respeitam (apenas) ao titular do direito sujeito a prescrição: (i) o art. 319.º do CC prevê a suspensão a favor de militares e pessoas adstritas às forças

¹³⁹⁹ No que respeita à suspensão laboral, v. *supra* Introdução, § 3.2. e Capítulo III, § 4.

¹⁴⁰⁰ Luiz da Cunha GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil – Em Comentário ao Código Civil Português*, vol. 3, Coimbra Editora, 1930, p. 757, itálico nosso.

¹⁴⁰¹ Art. 318.º do CC (“Causas bilaterais da suspensão”).

¹⁴⁰² Arts. 319.º (“Suspensão a favor de militares e pessoas adstritas às forças militares”) e 320.º (“Suspensão a favor de menores, interditos ou inabilitados”) do CC.

¹⁴⁰³ Arts. 321.º do CC (“Suspensão por motivo de força maior ou dolo do obrigado”) e 322.º (“Prescrição dos direitos da herança ou contra ela”).

¹⁴⁰⁴ O art. 318.º do CC enuncia os factos suspensivos bilaterais admitidos, dispondo que “a prescrição não começa nem corre entre os cônjuges, ainda que separados judicialmente de pessoas e bens” e “entre quem exerça o poder paternal e as pessoas a ele sujeitas, entre o tutor e o tutelado ou entre o curador e o curatelado” (cf. alíneas a) e b)). Numa lógica próxima, a alínea c) refere que a prescrição também se suspende “entre as pessoas cujos bens estejam sujeitos, por lei ou por determinação judicial ou de terceiro, à administração de outrem e aquelas que exercem a administração, até serem aprovadas as contas finais”. A alínea d) prevê a suspensão “entre as pessoas colectivas e os respectivos administradores, relativamente à responsabilidade destes pelo exercício dos seus cargos, enquanto neles se mantiverem”. É ainda indicada, na alínea e), a suspensão da prescrição “entre quem presta o trabalho doméstico e o respectivo patrão, enquanto o contrato durar”. Por último, conforme alínea f), a prescrição é suspensa “enquanto o devedor for usufrutuário do crédito ou tiver direito de penhor sobre ele”.

¹⁴⁰⁵ Excepto nas hipóteses previstas nas alíneas d) e f) do art. 318.º do CC.

militares, atendendo à impossibilidade ou dificuldade de o titular exercer oportunamente o direito¹⁴⁰⁶; (ii) o art. 320.º do CC enuncia a suspensão nos casos em que o credor seja menor, interdito ou inabilitado¹⁴⁰⁷. São, por fim, admitidos ainda factos suspensivos objectivos: o art. 321.º, n.º 1, do CC dispõe que *“a prescrição suspende-se durante o tempo em que o titular estiver impedido de fazer valer o seu direito, por motivo de força maior, no decurso dos últimos três meses do prazo”*. Esta disposição acolhe, ainda que em termos atenuados, a máxima *contra non valentem agere non currit prescriptio*, garantindo a posição dos que reservaram o fim do prazo para agir e se viram impossibilitados de o fazer. ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA dão o exemplo de credor que adoece, não podendo agir por si nem por intermédio de procurador. Nesse caso, “o titular do direito terá de fazer prova dessa impossibilidade durante os dias necessários para que não se tenha consumado a prescrição”¹⁴⁰⁸. Pelo art. 321.º, n.º 2, do CC, o mesmo regime tem aplicação caso o titular não tenha *“exercido o seu direito em consequência de dolo do obrigado”*. A razão da suspensão reside, nestas duas situações, na *impossibilidade de o titular exercer o direito*: no primeiro caso, o exercício é travado por força maior, não se verificando qualquer inércia imputável ao titular do direito¹⁴⁰⁹; no segundo, é o obrigado que induz o titular em erro, provocando, com tal interferência, o não exercício atempado¹⁴¹⁰.

V. Aqui chegados, dir-se-á que a suspensão procura, afinal, adequar o decurso do prazo (elemento essencial da prescrição) a um dos fundamentos da prescrição (sanção da inércia injustificada), atendendo a situações de impossibilidade ou de inexigibilidade de exercício oportuno, com consequente afastamento do efeito associado à prescrição. O fundamento ou justificação da suspensão é, assim, a atenuação das consequências da prescrição, por prevalência de outros institutos ou valores ou por consideração da situação

¹⁴⁰⁶ “A prescrição não começa nem corre contra militares em serviço, durante o tempo de guerra ou mobilização, dentro ou fora do País, ou contra as pessoas que estejam, por motivo de serviço, adstritas às forças militares”.

¹⁴⁰⁷ Conforme a regra geral prevista no n.º 1 – adaptada, no n.º 3, aos interditos e inabilitados –, *“a prescrição não começa nem corre contra menores enquanto não tiverem quem os represente ou administre seus bens, salvo se respeitar a actos para os quais o menor tenha capacidade; e, ainda que o menor tenha representante legal ou quem administre os seus bens, a prescrição contra ele não se completa sem ter decorrido um ano a partir do termo da incapacidade”*.

¹⁴⁰⁸ Código Civil cit., vol. 1, p. 289.

¹⁴⁰⁹ CUNHA DE SÁ dá como exemplos de suspensão por força maior as situações de guerra, de greve de transportes, de inundações, etc. (*“Modos de ...” cit.*, p. 254, n. 36).

¹⁴¹⁰ Por último, o art. 322.º do CC respeita à prescrição dos direitos da herança ou contra ela, referindo que *“a prescrição de direitos da herança ou contra ela não se completa antes de decorridos seis meses depois de haver pessoa por quem ou contra quem os direitos possam ser invocados”*. A morte do credor ou do devedor pode dificultar a interrupção da prescrição nos casos em que não se saiba quem é o cabeça-de-casal ou os herdeiros, justificando-se, neste caso, a suspensão da prescrição já que a solução do art. 2048.º do CC pode ser tardia ou insuficiente – v. ainda os arts. 2089.º e 2091.º do CC.

particular em que se encontra o titular do direito, que impossibilita ou dificulta o exercício atempado¹⁴¹¹.

Não se pretende, por esta via, contrariar as notas distintivas que claramente demarcam a suspensão da prescrição e a suspensão que atinge a plena execução contratual (aqui se incluindo a suspensão laboral) – fenómenos muito distintos, com objectos e fins não confundíveis: se a suspensão laboral incide sobre determinados direitos e deveres das partes, tutelando, por regra, a inexecução do devedor¹⁴¹², a suspensão da prescrição influi sobre o prazo fixado para o exercício de um direito, salvaguardando a inércia do credor¹⁴¹³.

A proximidade não é, todavia, apenas terminológica, sendo notória em diversos planos: na ausência de definição legal, a delimitação dos institutos é feita pela doutrina, a partir de elenco legal de factos suspensivos, respectivos efeitos e contraposição com factos interruptivos¹⁴¹⁴. Concorre ainda motivação comum: nos dois casos, a suspensão resulta da consideração de contingências específicas dos sujeitos, de situações de *impossibilidade* ou de *inexigibilidade*, indiciadoras da preferência, assumida pelo ordenamento, de tutela de determinados valores ou interesses, em detrimento ora do curso normal da prescrição, ora da programada execução do vínculo.

O cruzamento de referências resulta aliás evidente em acórdão do STJ, de 22.6.1984, relativo à suspensão laboral por cumprimento de serviço militar obrigatório, que inclui apelo expresso a outras disposições e lugares paralelos: “que a prestação do serviço militar obrigatório não pode prejudicar o cidadão a ele sujeito, dão-nos exemplos os artigos 319.º e 1093.º, n.º 2, alínea b) do Código Civil, ao determinar, o primeiro, que «a prescrição não começa nem corre contra militar em serviço, durante o tempo de guerra ou mobilização», e ao comandar, o segundo, que se o arrendatário se ausentar do prédio por tempo não superior a dois anos, em cumprimento de deveres militares, nem por isso o senhorio pode resolver o contrato por falta de residência permanente”¹⁴¹⁵.

¹⁴¹¹ DIAS MARQUES considera que, em certas situações, “a certeza dos direitos, que constitui a grande razão determinante da prescrição, cede o passo à realização dos fins específicos de certos institutos (matrimónio, tutela, etc.) com os quais ela vai interferir [...]. Na base do instituto da suspensão está a ideia de que, não obstante as necessidades da certeza e da segurança, a atitude passiva do credor se justifica em virtude das especiais circunstâncias em que este se encontra” (*Prescrição cit.*, pp. 94-95, itálico nosso).

¹⁴¹² Em âmbito que extravasa o laboral, *v.*, todavia, o exemplo indicado *supra*, § 1., retirado da jurisprudência francesa e que não obedece a um tal propósito – cf. decisão de 23.12.1925 do *Tribunal de la Seine*. Por sua vez, no âmbito da suspensão laboral, admitimos que a correspondência é apenas tendencial – assim, *v.g.*, a integração da *exceptio non adimpleti contractus* ou da suspensão disciplinar no âmbito da suspensão (*supra*, Capítulo II, § 2.).

¹⁴¹³ Assim, MARTIN, “Note ...” *cit.*, p. 481.

¹⁴¹⁴ No contexto da suspensão laboral, *v.* a destrição entre factos suspensivos e interruptivos – *supra*, Capítulo III, § 5.

¹⁴¹⁵ Proc. n.º 652 (LEITE DE CAMPOS), *BMJ*, 1984, n.º 338, pp. 298-302, p. 301. O art. 1093.º, referido no acórdão, corresponde ao hoje disposto no art. 1072.º, n.º 2, b), do CC, que indica as circunstâncias que justificam o não uso efectivo do locado pelo arrendatário: “o não uso pelo arrendatário é lícito”, a par de outras justificações, “se a ausência, não perdurando há mais de dois anos, for devida ao cumprimento de deveres militares ou profissionais do próprio, do cônjuge ou de quem

Há, na verdade, uma lógica transversal às hipóteses referidas, que justifica intervenção harmonizada do ordenamento: em determinadas circunstâncias, a acção imediata é dispensada, o que explica que MARTIN, em estudo dedicado à suspensão que atinge (em geral) a normal execução contratual, aproxime a suspensão da prescrição e a suspensão em domínio contratual¹⁴¹⁶ – a suspensão desempenharia, nos dois casos, função única, constituindo *intermédio conservatório* perante impedimento não definitivo ao prosseguimento de situação pendente. Em ambos as hipóteses, a suspensão assumiria perfeita neutralidade quanto à substância do que preserva. E assim seria porque não pretende influenciar o resultado nem modificar os termos, mas apenas favorecer o desfecho natural, após turbulência passageira¹⁴¹⁷.

Estas referências acentuam, mais uma vez, o impacto de elemento comum aos referidos fenómenos – o *tempo*: o seu decurso e interferência no acomodar de factos supervenientes que contrariam o desfecho esperado. A marca do *tempo* – suas manifestações e consequências – reveste, nesta como em tantas outras temáticas, relevância incontornável.

viva com o arrendatário em união de facto"; v. ainda o disposto na alínea a), que considera o não uso lícito em "caso de força maior ou de doença".

¹⁴¹⁶ "Note ..." *cit.*, p. 481.

¹⁴¹⁷ MARTIN, "Note ..." *cit.*, p. 481, *itálico* nosso. Todavia, no Direito do Trabalho, rejeitando a neutralidade da suspensão laboral, atenta a tutela tendencialmente prevalecente dos interesses do trabalhador, v. JOÃO REIS, *A suspensão cit.*, p. 4. Admitindo que o operar da suspensão e o (subsequente) restabelecimento da plena operacionalidade do contrato modificam o vínculo, v. *infra* Parte II, Capítulo III, § 5.

CAPÍTULO VI

SUSPENSÃO LABORAL E CONTRATO DE TRABALHO

Anunciadas as particularidades inerentes a obrigações duradouras no confronto com as instantâneas, foi possível concluir pela necessidade de um regime ajustado, admitindo que a suspensão - enquanto mecanismo de resposta à superveniência, enquadrador de perturbações temporárias - integre tal núcleo adaptado. Atento o objecto da dissertação, importa, porém, delimitar a suspensão no âmbito de obrigação duradoura específica: a laboral. Não obstante as referências já assinaladas, haverá, em diante, que melhor identificar as especificidades impostas pelo carácter duradouro do vínculo de trabalho e aferir a essencialidade de determinados traços típicos da situação jurídica das partes (trabalhador e empregador), para compreender a complexidade que a suspensão aqui reveste¹⁴¹⁸. Serão ainda enunciados elementos que se intui assumirem interferência relevante na percepção do instituto: especial tutela da personalidade do trabalhador, necessidades organizacionais da empresa e objecto complexo. Tal análise, que não se pretende extensamente desenvolvida, prossegue fim preciso: verificar em que medida estas circunstâncias explicam que a suspensão tenha encontrado, desde cedo e neste contexto, especial campo de ensaio e de reflexão¹⁴¹⁹.

1. O contrato de trabalho enquanto vínculo duradouro: especificidades regimentais

I. No contrato de trabalho, o tempo assume uma importância particular, não identificável na disciplina legal de outros contratos duradouros, constituindo o denominador comum a diversos preceitos gerais e especiais, que atendem ao desenvolvimento do vínculo de trabalho¹⁴²⁰. De facto, neste âmbito, a natureza duradoura impõe não só a necessária adequação de regras gerais preferencialmente ajustadas a uma execução instantânea, mas também a convocação de normas próprias que, nesta esfera, reflectem tal durabilidade,

¹⁴¹⁸ O que acresce aos elementos identificados *supra*, Capítulo IV, e que considerámos contribuir significativamente para a importância que a suspensão reveste em contexto laboral, no confronto com outros vínculos duradouros.

¹⁴¹⁹ É frequente o reconhecimento da inigualável expansão do fenómeno suspensivo na esfera laboral: “*la suspensión adquiere especial peculiaridad y considerable trascendencia dentro de los límites acotados para el Derecho del trabajo en su regulación relativamente moderna*” (José Vida SORIA, “La Configuración Jurídica General de la Suspensión del Contrato de Trabajo”, *Revista de Política Social*, 1966, n.º 70, pp. 251-266, p. 256). Neste sentido, v. ainda RIVAS VALLEJO, *La suspensión cit.*, p. 34. Também JOÃO REIS assinala que, “não sendo a suspensão do contrato uma criação exclusiva do e para o Direito do trabalho, há-de reconhecer-se encontrar ela neste ramo jurídico um terreno de eleição” (*A suspensão cit.*, p. 12).

¹⁴²⁰ LAVAGNINI, *La suspensión cit.*, p. 36. Também LEAL AMADO nota que “esta vocação de perdurabilidade e a circunstância deste contrato ser de *execução sucessiva* não deixam de se repercutir em diversos aspectos do respectivo regime jurídico” (*Contrato cit.*, p. 75).

tais como o período inicial de aferição mútua e de livre desvinculação¹⁴²¹, a ordenação da duração do trabalho - o enquadramento temporal e a dimensão quantitativa da prestação de trabalho -, o regime reservado à categoria, à antiguidade e à carreira do trabalhador¹⁴²², a eventual contratualização de um pacto de permanência¹⁴²³ ou de trabalho intermitente¹⁴²⁴; *v.* ainda a caducidade, ao fim de dois anos, de cláusulas de mobilidade funcional e geográfica¹⁴²⁵, o regime de invalidez negocial¹⁴²⁶, a suspensão do prazo de prescrição de créditos laborais até ao final do contrato¹⁴²⁷ e ainda o regime legal expresso reservado à suspensão¹⁴²⁸.

II. Certo é, porém, que, embora estes elementos assinalem as particularidades do contrato enquanto vínculo duradouro, o mesmo demarca-se dos demais (duradouros) em função de aspecto que importa retomar: aqui, a duração reveste, por regra, carácter tendencialmente indefinido¹⁴²⁹, especialmente tutelado. Tal protecção extravasa a (mera) estabilidade jurídica: o contrato de trabalho promove um círculo de vivência económica, familiar e social, contribuindo não só para a subsistência do trabalhador, mas também para a sua realização ou participação útil em sociedade¹⁴³⁰. Admitindo que a cessação súbita do vínculo possa constituir uma *crise de segurança*¹⁴³¹, vigora, entre nós, tutela reforçada da duração do contrato¹⁴³², que acautela interesse perene de

¹⁴²¹ V. arts. 111.º a 114.º.

¹⁴²² Quanto à categoria, *v.* o art. 129.º, n.º 1, e). Quanto à antiguidade, *v. supra* Capítulo I, Secção V, Subsecção III, § 1.

¹⁴²³ Art. 137.º.

¹⁴²⁴ Arts. 157.º a 160.º

¹⁴²⁵ Respectivamente, arts. 120.º, n.º 2, e 194.º, n.º 2.

¹⁴²⁶ O art. 122.º, n.º 1, dispõe que “o contrato de trabalho declarado nulo ou anulado produz efeitos como válido em relação ao tempo em que seja executado”. Conforme LEAL AMADO “a lei laboral acolhe um princípio de irretroactividade da invalidez contratual, esta funciona somente para o futuro, *ex nunc*, deixando incólumes os efeitos que o contrato executado tenha entretanto produzido” (*Contrato cit.*, p. 196).

¹⁴²⁷ Art. 337.º, n.º 1.

¹⁴²⁸ Arts. 294.º e ss.

¹⁴²⁹ Assinalando até o carácter tendencialmente vitalício do contrato de trabalho no Direito português, *v.* José Andrade MESQUITA, *Direito do Trabalho*, AAFDL, 2003, p. 228. Também MENEZES LEITÃO nota que “o período de tempo durante o qual o trabalhador vai exercer a sua actividade pode inclusivamente *estender-se por toda a sua vida activa*, atenta a consagração constitucional do princípio da segurança no emprego (art. 53.º Const.), que leva a que contratação a termo só seja admitida em casos excepcionais [...]” (*Direito do trabalho cit.*, p. 113, *itálico nosso*).

¹⁴³⁰ MENEZES CORDEIRO reconhece que, “por estritamente patrimonial que se apresente, o trabalho condiciona toda a vida pessoal e familiar das pessoas” (“Da cessação ...” *cit.*, p. 384, *ênfase nossa*).

¹⁴³¹ A expressão é de MONTEIRO FERNANDES, *Direito cit.*, p. 163.

¹⁴³² Em certos contratos, pela complexidade que encerram e fins que prosseguem, a durabilidade é especialmente acautelada: a natureza duradoura é, então, enfatizada porque o contínuo cumprimento da obrigação possibilita a contínua satisfação de necessidades que importa acautelar. No plano laboral, LOBO XAVIER indica que “a perspetivação diferenciada (*i.e.*, não recíproca) do despedimento patronal relativamente à demissão do empregado supõe

uma das partes (o trabalhador): não só porque as causas objectivas e subjectivas de cessação promovida pelo empregador são legalmente tipificadas – Portugal acolhe uma legislação restritiva, em função da garantia constitucional da segurança no emprego¹⁴³³ –, mas tendo também em conta a natureza excepcional da contratação que não corresponda ao paradigma do contrato de trabalho por tempo indeterminado¹⁴³⁴. A dupla limitação do tempo máximo de vinculação – restrição, não só *ab initio*, em face da admissibilidade (apenas) excepcional de vínculos temporários, mas também *a posteriori*, atendendo aos limites impostos à livre desvinculação do empregador – constitui o traço mais evidente da prioridade reconhecida à continuidade e perenidade no Direito do Trabalho português.

Do exposto não resulta, porém, que a duração contratual indefinida considere apenas interesses do trabalhador, traduzindo também necessidade básica e estável do empregador: exigência de mão-de-obra essencial ao funcionamento da organização¹⁴³⁵. Tanto assim é que, se por razões objectivas

não apenas uma diversa consideração dos interesses em jogo e uma valorização das conveniências dos trabalhadores na manutenção do contrato, mas uma *distanciação estrutural*” (*O despedimento cit.*, p. 722).

¹⁴³³ Cf. art. 53.º da CRP.

¹⁴³⁴ Maria do Rosário Palma RAMALHO refere que “o nosso sistema jurídico continua ainda a considerar formalmente a relação de trabalho típica (que, no caso português, é a relação de trabalho por tempo indeterminado) como a relação laboral paradigmática e continua a apostar na vocação aglutinante deste modelo de vínculo laboral [...]” (“Ainda a Crise do Direito Laboral: A Erosão da Relação de Trabalho Típica e o Futuro do Direito do Trabalho”, *Estudos de Direito do Trabalho*, vol. 1, Almedina, 2003, pp. 107-121, p. 117). A eleição de um tal modelo não desconsidera, porém, a corrente distorção dos modelos jurídicos preferenciais: “a realidade tem-se distanciado desse paradigma legal. Longe de constituir um «acidente» que recai sobre certos contratos de trabalho, o termo resolutivo passou, nas últimas décadas, à normalidade estatística” (MONTEIRO FERNANDES, *Direito cit.*, p. 163). Retratando o modelo clássico laboral e a estabilidade pressuposta, Luís Manuel Telles de Menezes LEITÃO constata, em face da evolução recente, que “todas as transformações na esfera laboral convergem num único sentido: uma precarização cada vez maior da situação do trabalhador, onde a segurança no emprego desapareceu”, concluindo que “neste «novo mundo do Direito do Trabalho» normas como o art. 53.º da Constituição a garantir a segurança no emprego correm o risco de se transformarem apenas numa memória de um tempo que passou” (“A Precariedade: Um Novo Paradigma Laboral?”, *Congresso Europeu de Direito do Trabalho* (coord. José João Abrantes), Almedina, 2014, pp. 37-55, p. 55 [= *Para Jorge Leite. Escritos Jurídico-Laborais* (coord. João Reis, Leal Amado, Liberal Fernandes e Regina Redinha), vol. 1, Coimbra Editora, 2014, pp. 455-467, p. 467]). Retratando a emergência de novas formas de emprego, v. Maria da Glória LEITÃO “O Novo Paradigma do Direito do Trabalho – Que Futuro para o Direito do Trabalho? Há Direito do Trabalho no Futuro? Os Desafios que Enfrenta o Direito do Trabalho no Séc. XXI, num Mundo em Mudança Acelerada”, *Congresso Europeu de Direito do Trabalho* (coord. José João Abrantes), Almedina, 2014, pp. 223-236. Trata-se, na verdade, de fenómeno que tem merecido atenção crescente: o Seminário organizado pela *European Labour Law Network*, em Haia, em 2014, teve por temática “New Forms of Employment and EU Law”, abordando formas contratuais muito diversificadas (Relatório, 2014, disponível em http://www.labourlawnetwork.eu/events/annual_legal_seminar/prm/205/0/index.htm).

¹⁴³⁵ Estamos, afnal, perante execução duradoura, destinada “a satisfazer necessidades também duradouras dos contraentes”, o que se aplica quer ao trabalhador ao qual “interessa assegurar

deixar de se justificar determinado posto de trabalho, o empregador dispõe de mecanismos legais que, se verificados os necessários pressupostos, autorizam a cessação¹⁴³⁶. De outra forma, não se justificaria sequer a celebração de contrato de trabalho: um contrato duradouro pressupõe motivações duradouras. Idênticas considerações e similar simetria não têm, todavia, lugar quanto ao conjunto de regras concebidas e orientadas para a tutela prevalecente do emprego, que atende, quase em exclusivo¹⁴³⁷, a interesses do trabalhador¹⁴³⁸. Concorre, então, imposição unilateral da (tendencial) perenidade: o trabalhador pode denunciar livremente o contrato¹⁴³⁹; ao invés, ao empregador não é

estavelmente um posto de trabalho e a sua retribuição numa empresa em que «investiu», quer ao empregador, já que lhe “convém dispor permanentemente da mão-de-obra habilitada e enquadrada ao serviço da empresa” (LOBO XAVIER, *O despedimento cit.*, p. 11). Já em data anterior, *v.*, Bernardo da Gama Lobo XAVIER, “A Extinção do Contrato de Trabalho”, *RDES*, ano 31, 1989, n.ºs 3-4, pp. 399-482, p. 400.

¹⁴³⁶ Daí o enquadramento reservado ao despedimento colectivo e ao despedimento por extinção de posto de trabalho (cf. arts. 359.º e ss.)

¹⁴³⁷ Na verdade, a ruptura contratual assume, tendencialmente – salvo, porventura, em certas hipóteses pontuais, como no caso de trabalhadores que ocupam funções directivas ou de especial qualificação –, impacto muito distinto na esfera do empregador. Nesta medida, LOBO XAVIER nota que “no Direito português a estabilidade ganha o essencial do seu sentido quando referida aos prestadores de trabalho, pois são os interesses destes que assumem particular relevância (e nem é preciso chamar a debate as situações de crise social determinadas pelo desemprego generalizado)” (*Manual cit.*, p. 719). Importa, todavia, não descurar a relevância que pode revestir, na dinâmica da organização, “uma psicologia de confiança e segurança na estabilidade dos postos de trabalho”, não havendo que desconsiderar “a deseconomia provocada pela instabilização de pessoal quando foi moda o *downsizing*” (LOBO XAVIER, *O despedimento cit.*, pp. 11-12, n. 29). Também MONTEIRO FERNANDES refere que, “[...] se o empregador tem vantagem em ajustar a duração do contrato à necessidade efectiva de trabalho, é verdade também que a participação contínua do trabalhador no processo de realização de escopos alheios gera a sua progressiva identificação com esses escopos e desenvolve assim as suas aptidões específicas [...]”, admitindo-se que estes factores promovam o apego do trabalhador à organização, de tal modo que “a continuidade pode ser um factor favorável à adaptabilidade” (*Direito cit.*, p. 163, *italico* nosso). O argumento é válido e, desejavelmente, o modelo promove a integração e o empenho dos trabalhadores; de todo o modo, ainda que a natureza indeterminada possa ser também favorável ao empregador, não são tais vantagens que justificam a tutela acentuada que é reservada à estabilidade instituída.

¹⁴³⁸ Assim, enquanto “no *direito comum*, o princípio da continuidade dos contratos tem, em regra, um carácter bilateral: assenta na pressuposição de que a vontade e os interesses das partes apontam para a manutenção do contrato”, no contrato de trabalho assume “carácter eminentemente unilateral”, visando “proteger o trabalhador contra despedimentos arbitrários” (JOÃO REIS, *A suspensão cit.*, p. 44, *italico* nosso). *V.* também, neste âmbito, MONTEIRO FERNANDES, “O despedimento ...” *cit.*, pp. 16-17, e LOBO XAVIER, “Da estabilidade ...” *cit.*, p. 37.

¹⁴³⁹ Cf. arts. 400.º e 401.º. No contrato de trabalho, a denúncia representa o “reconhecimento da liberdade pessoal do trabalhador, possibilitando-lhe exonerar-se do vínculo a todo o tempo e sem necessidade de invocação de motivo” (FURTADO MARTINS, *Cessação cit.*, p. 521). É, a este propósito, indicado que, na “cessação do contrato de trabalho por iniciativa e vontade unilateral do trabalhador, prevalece o princípio da denúncia livre ou da liberdade de desvinculação: o trabalhador não pode ser forçado a continuar a prestar trabalho contra a sua vontade, independentemente do modo como tal vontade se tenha manifestado” (acórdão do STJ, de 15.9.2010, Proc. n.º 293/07.2TTSNT.L1.S1, VASQUES DINIS, Sumário, VI). Quando à estipulação de pacto de permanência, *v.* o art. 137.º e o acórdão do STJ, de 30.6.2011, Proc. n.º 2779/07.0TTLSB.L1.S1 (GONÇALVES ROCHA).

reconhecida livre desvinculação nem o recurso, conforme o seu intento, à contratação temporária – o que espelha as especificidades dos interesses em confronto no contrato de trabalho, particularmente agudizados no momento da cessação. Afinal, conforme interrogação sugestiva, “não estamos em face da *vida de quem trabalha*, por um lado, e da *eficiência da organização* e gestão da empresa, por outro?”¹⁴⁴⁰. Não fora a prevalência de outras preocupações e a necessidade de permanente afectação de mão-de-obra poderia resultar igualmente satisfeita por outras formas – de resto, as limitações impostas não impedem a opção frequente por práticas alternativas (ilícitas) de contratação, em detrimento dos modelos jurídicos existentes¹⁴⁴¹. Sempre que, com tal intuito, o empregador falseia a realidade material e jurídica, defrauda a continuidade desejada. Não basta, pois, enunciar a estabilidade prevista e estatuída; há que tomar em conta as falhas do sistema e os fenómenos frequentes de fuga ao Direito do Trabalho, tais como a distorção dos critérios de excepcionalidade do modelo-regra de contratação e dos indícios de subordinação¹⁴⁴². Estas referências não descuram o acolhimento crescente de institutos promotores de intentos de flexibilidade e não já (ou não tanto) de estabilidade – que reflectem, contudo, ainda assim, modificações pontuais, integradas no modelo em vigor¹⁴⁴³.

A continuidade contratual resulta, por conseguinte, imposta ao empregador¹⁴⁴⁴, em salvaguarda dos interesses prevalecentes do trabalhador. Encontramos, é certo, restrições semelhantes noutros contratos duradouros, em prol do especial interesse de uma das partes na perenidade do vínculo. Sucede que a estabilidade assume, no contrato de trabalho, pelos valores que encerra e fins que prossegue, relevância dificilmente comparável. Esta reflexão defronta-

¹⁴⁴⁰ LOBO XAVIER, *O despedimento cit.*, p. 15, itálico nosso.

¹⁴⁴¹ Acresce que o trabalho subordinado retrata apenas uma modalidade contratual, entre outras que cumprem propósitos similares, e a sua delimitação constitui, não raras vezes, tarefa difícil: “a mesma actividade material po[de] ser desenvolvida num enquadramento laboral ou num enquadramento doutro tipo e justifica as zonas de convergência entre o regime laboral e as normas disciplinadoras de outros vínculos «de trabalho»” (PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, I, p. 23).

¹⁴⁴² No Direito espanhol, diferenciando o “trabalho autónomo” e o “trabalho subordinado”, v. MARTÍN VALVERDE, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ e GARCÍA MURCIA, *Derecho cit.*, pp. 40 e ss. e 500 e ss. Entre nós, denunciando a diluição das fronteiras entre o trabalho subordinado e realidades contíguas, v. FERREIRA PINTO, *Contratos cit.*, pp. 146 e ss.

¹⁴⁴³ Neste contexto, v. António Nunes de CARVALHO, “A Flexibilização do Direito do Trabalho Português”, *Seminário “Flexibilidade e Relações de Trabalho”* (org. Conselho Económico e Social e Associação Portuguesa para o Estudo das Relações de Trabalho), 1998, pp. 43-58, disponível em <<http://www.ces.pt/download/576>>. V. ainda a parte final do manual de DEL PUNTA, dedicada aos “*Contratti di lavoro «flessibili» e le esternalizzazioni*” (*Diritto cit.*, pp. 571 e ss.). Reflectindo criticamente sobre o agudizar das tendências de flexibilização laboral, v. JOSÉ JOÃO ABRANTES, “A Constituição ...” *cit.*, pp. 16 e ss.

¹⁴⁴⁴ Em sobreposição aos princípios consagrados nos arts. 61.º, n.º 2, e 62.º da CRP: ainda que “estes blocos de interesses opostos sejam comparticipados pelos dois contraentes (quer os de liberdade de desvinculação, quer os de estabilidade), o Ordenamento veio afinal dirigir-se num particular *sentido*, para ser protegida a posição do trabalhador” (LOBO XAVIER, *O despedimento cit.*, pp. 11-12).

se, pois, com a difícil conciliação entre a liberdade de desvinculação (coarctada ao empregador) e a garantia da estabilidade (necessária ao trabalhador) – e cujo desequilíbrio pode resultar em distorção indesejada. Sabemos, na verdade, como “a *protecção excessiva* [pode] acaba[r] por se voltar contra os próprios trabalhadores, porque leva à contracção das admissões nas empresas, promovendo o recurso a formas alternativas de emprego não submetidas à legislação laboral e introduzindo injustas disparidades no mercado de trabalho”. Mas não só. Também “*restrições exageradas* à liberdade de desvinculação impedem as empresas de se adaptarem às modificações económicas e tecnológicas, diminuindo a sua capacidade concorrencial e, no limite, podem mesmo pôr em perigo a sua subsistência”¹⁴⁴⁵. A tutela assim reconhecida “ao *princípio sacrossanto da estabilidade*”¹⁴⁴⁶ redundante, por isso, não raras vezes, em críticas aos regimes que reflectem, de forma mais evidente, a sua essência (*maxime*, regras de desvinculação), com referências aos custos daqui resultantes e a propostas de (maior) flexibilização das normas laborais¹⁴⁴⁷. O difícil equilíbrio procurado resulta inevitavelmente abalado, sobretudo em períodos de crise económica e de níveis elevados de desemprego – reiterando-se, então, a preferência por fórmulas de flexibilização, em detrimento da estabilidade. Este enquadramento assinala, porém, mais uma vez, a particular importância da suspensão no Direito do Trabalho: técnica de neutralização de eventos supervenientes que ameaçam a sobrevivência do contrato¹⁴⁴⁸; instituto que promove, em simultâneo e sem contradição, estabilidade e flexibilidade¹⁴⁴⁹.

¹⁴⁴⁵ FURTADO MARTINS, *Cessação cit.*, p. 16, ênfase nossa. Mas não só. Também “numa óptica de política de emprego, são conhecidos os efeitos perversos de um bloqueamento estrutural dos meios desvinculativos” (LOBO XAVIER, *O despedimento cit.*, p. 13), o que se articula ainda com a forma como se concretiza o conceito de justa causa de despedimento: haverá, afinal, que evitar que, “por uma deformada ideia de estabilidade, o trabalhador se torne improdutivo, cumpra mal os seus deveres, assumindo uma conduta inadequada, mas não tão imprudente que atinja a orla da justa causa para imediata rescisão do contrato, sem indemnizações” (*idem*). Pondo em evidência as debilidades inerentes a um sistema de perfil garantístico, v. também PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, II, pp. 897-898.

¹⁴⁴⁶ Na expressão de LOBO XAVIER, *O despedimento cit.*, p. 39, itálico nosso.

¹⁴⁴⁷ V., numa perspectiva mais abrangente, Sonja BEKKER, *Flexicurity: The Emergence of a European Concept*, *Social Europe Series*, vol. 30, Intersentia, 2012. Referindo o movimento de flexibilização do Direito do Trabalho e as manifestações mais recentes da “flexisegurança”, v. PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, I, p. 71. Em nota às alterações introduzidas em decorrência dos compromissos assumidos por Portugal no âmbito do Programa de Ajuda Financeira a Portugal (Maio de 2011), v. pp. 115-120.

¹⁴⁴⁸ Tal qual indicado *supra*, Capítulo I, Secção V, Subsecção III, § 1, a suspensão laboral surge como uma manifestação da tutela da continuidade contratual, em geral, e da estabilidade do emprego, em particular. Assinalando a importância do princípio da segurança no emprego na compreensão da suspensão laboral, v. LOBO XAVIER, *O despedimento cit.*, p. 272, n. 43.

¹⁴⁴⁹ Sintomática de tal função é ainda a atenção que foi reservada, no contexto da crise económica e financeira e em cumprimento dos compromissos internacionais assumidos pelo Estado português, ao regime da redução ou suspensão em situação de crise empresarial e as alterações legais então introduzidas, neste âmbito, pela Lei n.º 23/2012, de 25.6 – a este propósito, v. também *infra* Parte II, Capítulo I, Secção II, § 2.1.7. Analisando a relevância do “*Kurzarbeit*” para a força resistente do mercado laboral alemão à crise, v., numa comparação com o mercado americano, Shigeru FUJITA e Hermann GARTNER, “A Closer Look at the German

2. A actividade do trabalhador: prestação continuada de facto positivo. Obrigação de meios

I. A obrigação principal do trabalhador corresponde a uma prestação continuada de facto positivo¹⁴⁵⁰. É tendencialmente uma obrigação de meios ou de pura diligência, independente do resultado, e cujo cumprimento se efectiva com o investimento, pelo trabalhador, da diligência devida^{1451/1452}. Por conseguinte, a actividade deve ser executada, pelo trabalhador, conforme tal padrão de diligência, e o não atingir do fim visado “é, em princípio, irrelevante, pois não afecta, nem a validade, nem a perfeita execução do contrato de trabalho”¹⁴⁵³.

Labor Market «Miracle», *Business Review*, 2014, Q4, pp. 16-25. Também em Espanha, a suspensão por razões referentes ao empregador foi objecto de alterações em 2012, sobretudo por via da *Ley 3/2012*, de 6.7, que teve por objecto “medidas urgentes para la reforma del mercado laboral”. Revestindo ainda relevância o previsto no *Real Decreto 1483/2012*, de 29.10, “por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada” (versões consolidadas dos diplomas disponíveis em <www.boe.es>) – retomamos estas referências *infra*, Parte II, Capítulo I, Secção I, § 1.

¹⁴⁵⁰ Esta qualificação é, não obstante, compatível com “actividades materiais de natureza predominantemente passiva, como a do modelo que se deixa pintar, e com actividades de mera presença ou de vigilância, com a do guarda ou da sentinela” (PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, I, p. 21; v. ainda ANDRADE MESQUITA, *Direito cit.*, p. 211).

¹⁴⁵¹ Distinguindo obrigação de meios e obrigação de resultado, v. MANUEL DE ANDRADE, *Teoria cit.*, pp. 411-415. V. ainda, sobre o tema, Ricardo Lucas RIBEIRO, *Obrigações de Meios e Obrigações de Resultado*, Coimbra Editora, 2010, e Pedro MÚRIAS e Maria de Lurdes PEREIRA, “Obrigações de Meios, Obrigações de Resultado e Custos da Prestação”, *Centenário do Nascimento do Professor Doutor Paulo Cunha – Estudos em Homenagem*, Almedina, 2012, pp. 999-1018. Assume-se, porém, a fragilidade de uma tal nota diferenciadora – obrigação de meios *vs.* obrigação de resultado –, enquanto indício distintivo de um contrato de trabalho e de uma prestação de serviços: mesmo neste último caso, a obrigação do prestador consubstancia, com frequência, uma obrigação de meios; afinal, “no cumprimento do mandato forense, o advogado não se obriga a conseguir um determinado resultado, mas tão só a utilizar diligentemente os seus conhecimentos e experiência, segundo as regras de arte, para que tal resultado se obtenha; a obrigação que assume é de meios, não de resultado” (acórdão do STJ, de 6.3.2014, Proc. n.º 23/05.3TBGRD.C1.S1, PINTO DE ALMEIDA, Sumário, I, itálico nosso). V. ainda acórdão do STJ de 15.9.2010, Proc. n.º 4119/04.0TTLSB.S1, e de 8.10.2014, Proc. n.º 168/10.8TTVNG.P3.S1 (PINTO HESPANHOL). Em referência a este elemento distintivo na qualificação do negócio, v. PALMA RAMALHO, “Delimitação ...” *cit.*, pp. 564-565.

¹⁴⁵² Pedro Romano MARTINEZ dá conta que a diligência é aferida em função do disposto no art. 487.º do CC e do art. 20.º, n.º 1, b), da LCT – actual art. 128.º, n.º 1, c), do CT 2009 (“Tutela da Actividade Criativa do Trabalhador”, *RDES*, ano 41, 2000, n.ºs 3 e 4, pp. 225-243, p. 226). E a este propósito, PALMA RAMALHO nota que “a medida do zelo ou da diligência do trabalhador no desenvolvimento da actividade laboral deve ser aferida segundo o critério geral do bom pai de família, tendo em conta o contexto laboral em concreto” (*Tratado cit.*, II, p. 440).

¹⁴⁵³ ROMANO MARTINEZ, “Tutela ...” *cit.*, p. 231, itálico nosso. Casos pontuais distanciam-se desta lógica – tal qual o disposto no art. 374.º, n.º 2, que considera verificada “a inadaptação de trabalhador afecto a cargo de complexidade técnica ou de direcção quando não se cumpram os objectivos previamente acordados, por escrito, em consequência do seu modo de exercício de funções e seja praticamente impossível a subsistência da relação de trabalho”. JÚLIO GOMES reconhece, aliás, a previsão de “situação muito próxima de uma obrigação de resultado posta a cargo de um trabalhador subordinado” (*Direito cit.*, p. 998). Acrescem outros elementos que ocasionalmente

Decorrem, dos contornos assim assinalados, consequências várias: o resultado da alienação da força de trabalho representa um benefício do empregador, que suporta o risco da sua frustração, competindo-lhe a realização da contraprestação, ainda que o fim prosseguido não seja alcançado¹⁴⁵⁴. Nesta medida, “o trabalhador cumpre a sua obrigação de realizar, com diligência e boa fé, a actividade prometida, mesmo que, por qualquer circunstância, se não atinja o resultado esperado (a peça em fase de fabrico perdeu-se) ou o empregador não alcance o fim por si visado (não vende a peça produzida)”¹⁴⁵⁵. Em reverso, os proveitos inerentes à obtenção do resultado cabem, em primeira linha – sem prejuízo de regimes remuneratórios que atendam aos objectivos –, ao empregador e a segurança (o menor risco) afecto ao trabalhador é, não raras vezes, convocado como justificativo para menores vantagens¹⁴⁵⁶. A este respeito, MONTEIRO FERNANDES nota que, “se um vendedor de uma firma que se dedica ao comércio de electrodomésticos vê diminuir o número ou o volume de transacções por si realizadas, num período de crise generalizada de consumos, não pode concluir-se que exista deficiência no cumprimento das suas obrigações contratuais: à entidade empregadora cabe suportar o risco correspondente”¹⁴⁵⁷. Discordamos, porém, que do exposto – não afectação ao trabalhador de prejuízo por frustração do resultado almejado pelo empregador – resulte forma particular de repartição do risco, em derrogação do regime geral acolhido no art. 795.º do CC¹⁴⁵⁸. É, por vezes, sugerido que, sendo ali disposto

contrariam a irrelevância dos resultados da actividade laboral, como a possibilidade de parte da retribuição ser calculada em função dos resultados (cf. art. 261.º, n.ºs 1 e 3).

¹⁴⁵⁴ ROMANO MARTINEZ, “Tutela ...” cit., p. 226, e *Direito do trabalho cit.*, pp. 293-294. No contrato de trabalho, os resultados definidos pelo empregador afiguram-se muito distintos: mais específicos ou alargados (dirigidos apenas àquele trabalhador ou a conjunto mais amplo), programados (a curto, médio ou longo prazo), fixados sob reserva ou difundidos na organização. No que respeita à conformação da actividade a executar com o escopo empresarial conhecido ou cognoscível pelo trabalhador, v. MONTEIRO FERNANDES, *Direito cit.*, pp. 117-118.

¹⁴⁵⁵ JORGE LEITE, *Direito cit.*, p. 31, itálico nosso. Também PALMA RAMALHO nota que, neste âmbito, “a regra é que o risco da não obtenção dos resultados previstos corre por conta do empregador e a justificação para tal regra encontra-se, justamente, no facto de o objecto do contrato de trabalho se centrar na actividade *in se* e no facto de esta actividade ser desenvolvida de modo heterodeterminado, ou seja, de acordo com as orientações do empregador-credor” (*Tratado cit.*, I, p. 428).

¹⁴⁵⁶ V., a este propósito, *supra* Capítulo I, Secção V, Subsecção III, § 2.

¹⁴⁵⁷ *Direito cit.*, p. 116. Há, todavia, a possibilidade de a retribuição variar em função dos resultados, tal qual se for previsto o pagamento de comissões.

¹⁴⁵⁸ Aí se dispondo, sob a epígrafe “Contratos bilaterais”, que, “quando, no contrato bilateral uma das prestações se torne impossível, fica o credor desobrigado da contraprestação e tem o direito, se já a tiver realizado, de exigir a sua restituição nos termos prescritos para o enriquecimento sem causa”. MARIA DE LURDES PEREIRA refere, a propósito do disposto no art. 795.º, n.º 1, do CC, haver quem sustente que “a decisão fundamental presente na regra de perda do direito à contraprestação em caso de impossibilidade representaria, num certo sentido, uma concretização do *casum sentit dominus*”. Conforme tal lógica, “o devedor suportaria em princípio o risco de a sua prestação se manter realizável”, sendo tal oneração justificada “por se tratar da «sua» prestação, por a respectiva impossibilidade implicar a perda da «sua» oportunidade de ganho, por, nesse caso, ser o «seu» investimento que se frustrou” (*Conceito cit.*, p. 128). No entanto, rejeitando

que “cada contraente suporta o risco da impossibilidade de efectuar a sua prestação”, a sua transposição para o domínio laboral operaria em moldes próprios, já que, de outro modo, “o trabalhador suportaria o risco da impossibilidade de efectuar a prestação de trabalho”¹⁴⁵⁹. A distribuição do risco obedeceria, por conseguinte, em contexto laboral, a lógica distinta: “o empregador terá de diligenciar no sentido de a actividade desenvolvida *atingir o fim* pretendido; se este não for obtido é um *risco da entidade patronal*, na medida em que tem de pagar a retribuição devida pela actividade do trabalhador e demais contrapartidas de que este é credor”¹⁴⁶⁰. Divergimos, todavia, da convocação, a este propósito, de qualquer especial afectação do risco: nas hipóteses descritas, o trabalhador realiza a prestação – que, nesta medida, não se impossibilitou, como pressuporia o apelo ao art. 795.º do CC; o trabalhador executa o acordado e cumpre, assim, o devido; simplesmente, o resultado pretendido pelo empregador (não incluído no débito) não é alcançado. A subsistência da obrigação retributiva não traduz, porém, qualquer desvio às regras de repartição do risco, mas tão-só derivação da qualificação da actividade do trabalhador como obrigação de meios.

Distintamente – situando-se noutra patamar de valoração –, a impossibilidade ocorre se ao trabalhador não é (sequer) viável cumprir o acordado, tal como quando se encontra impedido em razão de doença ou se a actividade é inutilizada por falta de colaboração do credor: estas hipóteses – a convocar inevitavelmente no âmbito da suspensão laboral – não são, contudo, confundíveis com a primeiramente referida, em que o trabalhador presta o acordado (cumpre o devido), ainda que sem alcançar o fim ou o resultado visado pelo empregador.

II. Há, a este propósito, que considerar uma outra questão. O art. 197.º, n.º 1, considera “*tempo de trabalho qualquer período durante o qual o trabalhador exerce a actividade ou permanece adstrito à realização da prestação [...]*”. Para lá das dificuldades inerentes à recondução de certas formas específicas de trabalho ao conceito de “*tempo de trabalho*”¹⁴⁶¹, importa ter presente que, para alguma

identificar a disposição com uma tal explicação e preferindo o apelo à lógica própria do sinalagma, v. pp. 129 e ss.

¹⁴⁵⁹ ROMANO MARTINEZ, “Tutela ...” *cit.*, pp. 230-231. O Autor admite, porém, que o trabalhador pode assumir, em certos casos, o risco da prestação, indicando como exemplos as situações de falência do empregador, de despedimento colectivo, de extinção do posto de trabalho (p. 231, n. 13).

¹⁴⁶⁰ ROMANO MARTINEZ, “Tutela ...” *cit.*, p. 231, ênfase nossa.

¹⁴⁶¹ Matéria de que aqui não trataremos. É de assinalar, não obstante, que, por referência a uma tal disposição, LUÍS MIGUEL MONTEIRO nota que, “embora parte da doutrina entenda que a letra da norma do n.º 1 permite incluir na noção de tempo de trabalho os períodos em que a atividade é prestada de modo intermitente ou em que o trabalhador permanece à disposição do empregador ou «à chamada», ainda que sem presença física no local de trabalho [...], a jurisprudência nacional tem decidido que apenas a disponibilidade do trabalhador com presença física nas instalações da empresa releva para a qualificação como tempo de trabalho, pelo menos para efeitos retributivos” (AA.VV., *Código cit.*, p. 477). Sintetizando tal leitura, refere

doutrina, daqui resultaria ainda que a obrigação do trabalhador não se materializaria tanto na execução de actividade laboral, como na disponibilidade do trabalhador¹⁴⁶² – e assim se justificando a subsistência da obrigação retributiva em hipóteses suspensivas várias, *maxime* perante impedimento decorrente da esfera do empregador. Conforme tal perspectiva, a situação jurídica do trabalhador traduziria uma “uma posição de disponibilidade: o trabalhador encontra-se disponível para desenvolver a actividade, nos moldes que lhe sejam transmitidos”¹⁴⁶³. Antes preferimos, contudo, acentuar a especial relevância que aqui reveste o dever de colaboração do credor (o empregador)¹⁴⁶⁴: não prestando a cooperação necessária e não tirando proveito da disponibilidade manifestada, o empregador permanece obrigado ao pagamento da retribuição¹⁴⁶⁵. O cumprimento em função da mera disponibilidade não reflecte, no entanto, qualquer especificidade do contrato de trabalho, no confronto com outros vínculos: “o trabalhador promete (como qualquer sujeito que contratualmente assuma uma obrigação) uma certa actividade, a desenvolver em certos termos e dentro de certos parâmetros

a RL, em acórdão de 17.12.2014, que “como se vem entendendo na nossa jurisprudência, sem vozes discordantes conhecidas, se o trabalhador permanece no local de trabalho e está disponível para trabalhar, esse período de tempo deve considerar-se como tempo de trabalho; se o trabalhador permanece disponível ou acessível para trabalhar mas fora do seu local de trabalho ou do local controlado pelo empregador (por exemplo, no seu domicílio), podendo ainda que de forma limitada, gerir os seus interesses e desenvolver actividades à margem da relação laboral, apesar de se encontrar disponível para trabalhar, esse período de tempo não pode em regra considerar-se tempo de trabalho não podendo, por conseguinte, entender-se como tempo de trabalho o chamado «tempo de localização», ou seja, aquele em que o trabalhador não tinha que estar presente fisicamente na empresa, mas apenas contactável e disponível, podendo encontrar-se na sua residência ou em qualquer outro local da sua escolha e interesse, desde que lhe permitisse o referido contacto” (Proc. n.º 715/13.3TTVFX.L1-4, ISABEL TAPADINHAS). No caso específico da actividade de transporte rodoviário, *v.* o disposto nos arts. 2.º, c), e 5.º do DL n.º 237/2007, de 19.6 – que transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 2002/15/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11.3, relativa à organização do tempo de trabalho das pessoas que exercem actividades móveis de transporte rodoviário.

¹⁴⁶² Assim, MONTEIRO FERNANDES, *Direito cit.*, pp. 114-115. Em sentido diverso, *v.*, todavia, JÚLIO GOMES, *Direito cit.*, p. 99. PALMA RAMALHO adianta outro argumento que deporia igualmente contra a recondução da obrigação do trabalhador a uma ideia de disponibilidade: “com a consagração do dever de ocupação efectiva em moldes expressos, o CT 2003 e o actual Código de Trabalho vieram, pois, reforçar a ideia de que a prestação principal do trabalhador é, efectivamente, a actividade que ele desempenha, e não a *simples atitude de disponibilidade* para o trabalho” (*Tratado cit.*, I, p. 431, ênfase nossa).

¹⁴⁶³ MENEZES CORDEIRO, *Manual cit.*, p. 127.

¹⁴⁶⁴ Para JORGE LEITE, “o motorista não deixa de cumprir o contrato se o empregador o não quiser ocupar, ou o não puder ocupar ou o quiser ocupar mas em condições que não respeitem as regras mínimas de segurança, caso em que a prestação não é exigível, ou seja, caso em que a recusa do trabalhador é lícita” (*Direito cit.*, p. 32). Cremos, todavia, que, ao invés do sugerido, não se verifica, neste caso, cumprimento, mas mora do credor, que inviabiliza o cumprimento: o trabalhador está, nesta hipótese, “impossibilitado de cumprir” – para maiores desenvolvimentos, *v. infra* Parte II, Capítulo I, Secção IV.

¹⁴⁶⁵ Sem esquecer que a recusa de colaboração, quando injustificada, constitui violação de garantia do trabalhador. Cf. o art. 129.º, n.º 1, b), “é proibido ao empregador obstar injustificadamente à prestação efectiva de trabalho”. A este propósito, *v. infra* Parte II, Capítulo I, Secção IV, § 1.

espaciais e temporais”. Sendo assim, “se o credor *não utiliza a prestação* no espaço determinado por essas coordenadas, esta pode vir a frustrar-se, *tornando-se impossível o seu cumprimento*”, havendo que concluir que, “na medida em que o *risco da utilização* impende sobre o credor, este não fica desobrigado da contraprestação. Simplesmente, a contrapartida desse dever do credor *não será, naturalmente, o cumprimento da prestação do devedor*”¹⁴⁶⁶. A estes parâmetros lógicos obedece o enquadramento dos casos em que, na pendência do contrato de trabalho, surgem entraves ao normal desenvolvimento da actividade laboral por factos respeitantes ao empregador: em que, não obstante a capacidade e disponibilidade do trabalhador, o empregador não presta colaboração essencial ao cumprimento, assim frustrando a (normal) execução do trabalho. E não havendo, neste âmbito, que ficcionar o cumprimento, por apelo à disponibilidade do trabalhador: o trabalhador é, então, impedido de cumprir. Enunciamos, na verdade, aspectos inerentes à dinâmica suspensiva no domínio laboral – por esta via se antecipando elementos cuja análise se impõe retomar¹⁴⁶⁷.

3. Infungibilidade, *intuitus personae* e fidúcia

É frequentemente afirmado que a obrigação do trabalhador é infungível, que o contrato de trabalho é celebrado *intuitus personae* e que institui um vínculo fiduciário. Importa verificar a adequação destas pressuposições¹⁴⁶⁸.

3.1. Infungibilidade

I. A prestação diz-se fungível quando pode ser realizada pelo devedor ou por terceiro, contanto que a substituição não prejudique o credor¹⁴⁶⁹. Será infungível quando deva ser cumprida exclusivamente pelo devedor¹⁴⁷⁰. Em tais casos, relevante para o credor não é apenas o cumprimento da obrigação, mas o cumprimento pelo devedor. Reconhecemos natureza infungível à obrigação do trabalhador, enquanto característica inerente à execução do vínculo de trabalho: no cumprimento do acordado – actividade a desenvolver de forma subordinada, no âmbito da organização do empregador –, o trabalhador não pode decidir a sua substituição por terceiro^{1471/1472}. Admitimos, porém, que a

¹⁴⁶⁶ MÁRIO PINTO, FURTADO MARTINS e NUNES DE CARVALHO, *Comentário cit.*, pp. 31-32, itálico nosso. Assim se renovando, na esfera laboral, a destriça entre “impossibilidade de prestar” e “impossibilidade de cumprir” – tema a desenvolver adiante (*v. infra* Parte II, Capítulo I, Secção IV).

¹⁴⁶⁷ Parte II, Capítulo I, Secção IV.

¹⁴⁶⁸ A respeito destes elementos, LEAL AMADO adverte existir grande flutuação doutrinária, “quicá mesmo imprecisão, terminológica e conceptual” (*Contrato cit.*, p. 75).

¹⁴⁶⁹ Com correspondência no art. 767.º do CC.

¹⁴⁷⁰ ALMEIDA COSTA, *Direito cit.*, p. 697.

¹⁴⁷¹ PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, II, pp. 97-98.

¹⁴⁷² Cf. art. 767.º, n.º 2, do CC. A qualificação tem efeitos relevantes, sobretudo em matéria de incumprimento (cf. arts. 828.º, *a contrario*, e 829.º-A, n.º 1, do CC) e de impossibilidade subjectiva

infungibilidade signifique tão-só que ao trabalhador não seja admissível impor ao credor a sua substituição¹⁴⁷³; não implicando, todavia, que, em certas situações e com o acordo do empregador, não se possa fazer substituir por terceiro. Haverá, pois, que avaliar a extensão e o sentido da autorização: se isolada ou esporádica, não legitimará concluir, sem mais, pela natureza fungível da obrigação ou por descaracterização do contrato. Assim se justifica retomar as notas dedicadas às obrigações duradouras, apelando, uma vez mais, à estrutura complexa da obrigação do trabalhador e à pluralidade de prestações singulares pressupostas¹⁴⁷⁴. Aceite a natureza infungível desta obrigação como característica típica do contrato de trabalho, concebemos que a natureza fungível de determinada(s) prestação(ões) singular(es) poderá não resultar comunicada à totalidade: tal como concebemos que o incumprimento de prestação singular não perturbe o cumprimento das demais, rejeitamos, agora, a extensão automática da qualificação reservada a uma prestação ou conjunto limitado de prestações¹⁴⁷⁵. Atendendo à dinâmica própria das obrigações duradouras, haverá, em cada caso, que avaliar os efeitos da caracterização de determinada(s) prestação(ões) como fungível(is): apenas se o conjunto resulta afectado e a natureza da obrigação desvirtuada, deve ser excluída a natureza laboral. Por conseguinte, em determinadas situações, o empregador pode, para suprir a ausência do trabalhador, admitir a sua substituição por terceiro indicado pelo próprio trabalhador¹⁴⁷⁶, sem que tal transmute a essência do contrato¹⁴⁷⁷. É certo que, ultrapassados determinados limites – assim, se o

de cumprimento (art. 791.º do CC): “se a prestação é fungível, a impossibilidade respeitante à pessoa do devedor não o exonera, visto que pode fazer-se substituir por terceiro. Ao invés, a impossibilidade subjectiva, na hipótese de prestação infungível, tem como consequência extinguir-se a obrigação [...]” (ALMEIDA COSTA, *Direito cit.*, p. 698). Transposta esta lógica para o Direito do Trabalho, dir-se-á que “a impossibilidade subjectiva de prestar por parte do trabalhador gera a extinção da sua obrigação (art. 791.º CC), perdendo ele, no entanto, igualmente o direito à contraprestação (art. 795.º, n.º 1, CC), salvo nalguns casos, como na hipótese de algumas faltas justificadas (art. 255.º). Sendo a impossibilidade absoluta e definitiva, verifica-se mesmo a caducidade do contrato de trabalho (art. 343.º, b))” (MENEZES LEITÃO, *Direito do trabalho cit.*, p. 114).

¹⁴⁷³ Em sentido idêntico, LEAL AMADO assinala que, “sem o consentimento do empregador, o trabalhador não se pode fazer substituir por outrem na execução do contrato, pelo que a *infungibilidade* da prestação laboral me parece inegável” (*Contrato cit.*, p. 76). Considerando a impossibilidade de o trabalhador se poder fazer substituir na execução do vínculo como elemento inerente à caracterização do contrato – *maxime*, quanto à verificação da “*mutuality of obligations*”, *v.*, no Direito inglês, *Ready Mixed Concrete (South East) Ltd v Ministry of Pensions and National Insurance* ([1958], 1 All ER 433, e [1968] 2 QB 497) e, a este propósito, SELWYN, *Selwyn’s Law cit.*, pp. 49-50. No Direito italiano, GIUDICE, MARIANI e IZZO indicam, como consequência da natureza infungível da obrigação do trabalhador, não ser possível o *cumprimento*, por outros, da obrigação de trabalho (*Diritto cit.*, p. 414).

¹⁴⁷⁴ V. *supra* Capítulo I, Secção V, Subsecção III, § 3. e Capítulo II, §§ 1.3. e 1.4.

¹⁴⁷⁵ Cf. *supra*, Capítulo II, §§ 1.3. e 1.4.

¹⁴⁷⁶ Ao invés de o empregador assumir essa escolha – por afectação de outros trabalhadores ao serviço ou por contratação de novos trabalhadores, com fundamento em substituição de trabalhador ausente (cf. art. 140.º, n.ºs 1, 2, a) e 3).

¹⁴⁷⁷ JÚLIO GOMES entende que o vínculo não seria descaracterizado se a possibilidade de substituição fosse condicionada a hipóteses pontuais: “pense-se na trabalhadora doméstica, ou

empregador autorizar genericamente o trabalhador a executar a prestação por si ou por outrem à sua escolha –, não se poderá considerar mais a obrigação infungível, nem o contrato como de trabalho. Haverá que avaliar as circunstâncias de cada caso, sem, contudo, que o *modus operandi* de uma prestação (des)caracterize infalivelmente a obrigação¹⁴⁷⁸.

empregada de limpeza, cujo contrato prev[eja] a possibilidade de, no caso de doença, se fazer substituir por uma filha ou por uma irmã”. No entanto, “já seriam sinal de trabalho autónomo cláusulas que permitissem ao trabalhador, de maneira genérica e incondicionada, fazer-se substituir por outrem na execução da sua prestação, ou em que os motivos a apresentar pudessem estar relacionados com outra actividade profissional do trabalhador, ou até com o seu próprio estabelecimento” (*Direito cit.*, p. 90, n. 220). Por conseguinte, “se existir um contrato de trabalho, por exemplo de um professor, contrato cuja qualificação jurídica pode nem sequer ser controvertida, e se o referido professor solicitar e obtiver a autorização do empregador para ser substituído por um colega seu, com idênticas qualificações – colega que não mantém qualquer relação contratual com aquele empregador – em certas datas que terá de faltar, a ninguém ocorrerá a ideia de que, só por isso, o contrato de trabalho deixará de o ser” (p. 91). Em sentido distinto, ROMANO MARTINEZ considera, porém, que “a infungibilidade da prestação não permite a substituição, ainda que temporária, do trabalhador” (*Direito do trabalho cit.*, p. 302). Invocando, neste sentido (p. 302, n. 597), acórdão da RL, de 8.11.1998 (inédito), onde terá sido decidido que, “tendo sido acordado que a prestadora da actividade (bailarina), em caso de impossibilidade, se poderia fazer substituir por outrem, há um *indício* da relação estabelecida não ser laboral” (ênfase nossa). Divergimos, todavia, da convocação de uma valoração indiciária neste contexto: sendo a infungibilidade um traço essencial do contrato, ou concorre (e poderemos estar perante um contrato de trabalho) ou não tem lugar, e, faltando elemento essencial, não se estará já perante um vínculo laboral. O mesmo sucede se, por hipótese, não se verifica o carácter oneroso – não se estará perante mero indício de inexistência de um contrato de trabalho; falha característica fundamental, que inviabilizaria uma tal caracterização. Melhor explicitando: mero contra-indício de laboralidade é o recurso, pelo trabalhador, a auxiliares ou colaboradores, não vinculados ao empregador; já a contratação, pelo trabalhador, de terceiros (mediante contrato de trabalho ou de serviço) para sua substituição na realização do trabalho não é conciliável com o carácter infungível da obrigação laboral (*v.*, no entanto, JÚLIO GOMES, *Direito cit.*, pp. 135-136). Reconhecemos, ainda assim, que “a fixação rigorosa dos limites entre o mero auxílio ou colaboração prestada ao devedor e a substituição deste, em termos que lesem o interesse do credor ou se afastem do acordo expresso dos contraentes, é questão cuja resolução depende, em larga medida, da criteriosa ponderação das circunstâncias específicas de cada caso concreto” (ANTUNES VARELA, *Das obrigações cit.*, vol. 1, p. 99).

¹⁴⁷⁸ Importa não confundir as situações descritas com o designado “trabalho repartido” ou “*job sharing*”. Em tal caso, os trabalhadores partilham, de início e em pluralidade, o mesmo posto de trabalho: “o mesmo posto de trabalho é dividido por vários trabalhadores, sendo a forma dessa repartição decidida pelos próprios trabalhadores” (PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, II, p. 247). Ainda assim, PALMA RAMALHO nota que estas hipóteses não colocam em crise “a construção dogmática unitária do contrato de trabalho, já que nestas situações haverá tantos contratos de trabalho quantos os trabalhadores que ocupam o posto de trabalho repartido” (*Tratado cit.*, II, pp. 247-248; *v.* ainda *Da autonomia dogmática*, pp. 591 e 595 e ss.). Enquanto MENEZES CORDEIRO admite, entre nós, o “*job sharing*” (*Manual cit.*, pp. 610 e ss.), FERREIRA DE ALMEIDA rejeita tal possibilidade, recorrendo, para tanto, a argumentos literais, históricos e teleológicos. O aspecto mais gravoso deste modelo de contratação resultaria do esvaziamento de normas essenciais de protecção, sendo, por isso, necessária a aprovação de legislação que obviasse a tais riscos (*Contratos II cit.*, p. 161). Já o “trabalho em grupo” resulta expressamente admitido na modalidade de grupo externo, no art. 9.º do RCTPE, que, enquadrando o contrato de trabalho dos profissionais de espectáculo, dispõe, sob a epígrafe “Pluralidade de trabalhadores”, que “o

II. Atentos o objecto em estudo e o propósito preciso destas referências, há que verificar em que medida a natureza infungível da obrigação do trabalhador contribui para a relevância da suspensão no Direito do Trabalho. Ainda que a natureza infungível da obrigação resulte inevitável sempre que o contrato seja celebrado *intuitus personae* – já que, então, qualidades específicas do trabalhador terão sido determinantes para o empregador¹⁴⁷⁹ –, cremos que é no agregado de normas imperativas de tutela do trabalhador que a natureza infungível da obrigação encontra justificação adequada¹⁴⁸⁰: tendo o contrato de trabalho sido celebrado com A, este é o destinatário do conjunto de disposições cujo sentido se perderia se o contrato fosse, afinal, executado, repartida e indistintamente, por A, B ou C. Referimo-nos, entre outras, ao propósito específico das normas que regulam tempos máximos de trabalho e intervalos de descanso, férias, segurança, higiene e saúde no trabalho, formação profissional ou categoria: o vínculo jurídico é um só, assumido com um único trabalhador, que exerce a actividade prometida pessoalmente, de modo subordinado e com forte envolvimento da sua personalidade¹⁴⁸¹. E nesta medida se concebe que a natureza infungível da obrigação explique ainda o regime legal da suspensão, sobretudo por motivos respeitantes ao trabalhador: a necessidade de tutela (específica) da sorte do contrato em tais circunstâncias resulta também da impossibilidade (jurídica) de o trabalhador indicar terceiro para, em seu lugar, executar o

empregador pode celebrar um contrato de trabalho com pluralidade de trabalhadores para a prestação de uma actividade artística em grupo” (n.º 1). Note-se, todavia, que “*da celebração do contrato de trabalho em grupo decorrem tantos vínculos laborais quantos os trabalhadores que integram o grupo*” (n.º 5). A propósito do regime assim estabelecido, dir-se-á que “as artes constituem um universo especialmente vocacionado para o trabalhador em grupo porque muitas actividades artísticas desenvolvidas em regime de subordinação envolvem um conjunto de trabalhadores actuando em articulação – é o caso da orquestra ou dos coros, da companhia de bailado ou de teatro, ou dos actores de uma peça de teatro, de um filme ou de um espectáculo televisivo” (PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, II, p. 383; v. ainda Margarida PORTO, “Regime Jurídico do Contrato de Trabalho dos Profissionais de Espectáculos – Algumas Reflexões”, para Jorge Leite. *Escritos Jurídico-Laborais* (coord. João Reis, Leal Amado, Liberal Fernandes e Regina Redinha), vol. 1, Coimbra Editora, 2014, pp. 733-755, pp. 748 e ss.). Sobre a contratação laboral em grupo interno ou externo, v. PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, II, pp. 248-249. Ao invés, na situação analisada no texto, apenas um trabalhador é contratado para a ocupação de determinado posto de trabalho e para o exercício da actividade correspondente. A contratação é, de início, singular e assim se mantém: a interferência ocasional de terceiro, quando excepcionalmente admitida, não desvirtua nem altera a composição subjectiva do contrato.

¹⁴⁷⁹ Por conseguinte, a realização da prestação por terceiro defraudaria, nestas hipóteses, o interesse do credor na celebração do contrato. Veremos, todavia, adiante, por que não consideramos o *intuitus personae* característica essencial do vínculo de trabalho (v. *infra* § 3.2.).

¹⁴⁸⁰ E, nesta medida, autónoma do *intuitus personae* afecto ao contrato.

¹⁴⁸¹ Lógica próxima justifica a exigência que o trabalhador seja uma pessoa singular: “a natureza singular do trabalhador é também o pressuposto de grande parte dos regimes laborais, que procuram conciliar os interesses pessoais do trabalhador com as exigências de gestão (por exemplo, os regimes relativos ao local de trabalho, às férias e às faltas, aos direitos de personalidade, ou mesmo ao poder disciplinar, entre muitos outros) e que não fazem sentido para pessoas colectivas” (PALMA RAMALHO, “Delimitação ...” *cit.*, p. 574). No entanto, v. MENEZES CORDEIRO, *Manual cit.*, p. 108.

acordado. Se, ao invés, tal fosse admissível, haveria que concluir que a actividade prestada por terceiro satisfazia, de igual modo, o interesse do credor e que o contrato havia, por esta forma, sido perfeitamente cumprido.

Por conseguinte, se a impossibilidade de o empregador fazer cessar o contrato deriva de estabilidade contratual imposta¹⁴⁸², a impossibilidade de o trabalhador se fazer representar na execução de vínculo duradouro¹⁴⁸³ decorre (também) do carácter infungível da prestação de trabalho – possibilitando não apenas qualificar a impossibilidade de realização da prestação como subjectiva¹⁴⁸⁴, como melhor compreender a exigência de previsão da suspensão, sempre que associada a motivos que afectam o trabalhador¹⁴⁸⁵.

3.2. *Intuitus personae*

I. Mais questionável é, no entanto, a afirmação do *intuitus personae* como traço essencial do contrato de trabalho: carece, na verdade, de demonstração o postulado de que as qualidades pessoais do trabalhador condicionam irremediavelmente a decisão de contratação¹⁴⁸⁶. Divergindo do entendimento mais usual, não temos por certo que se deva assumir o *intuitus personae* como nota típica do contrato de trabalho^{1487/1488}: o contrato revela tal elemento

¹⁴⁸² V. *supra* § 1.

¹⁴⁸³ Ainda que, no período de ausência, o empregador possa evidentemente encarregar outro trabalhador das funções antes desempenhadas pelo trabalhador ausente, por regra, este não pode indicar, conforme o seu intento, terceiro para, no período de ausência e em seu lugar, executar o contrato.

¹⁴⁸⁴ “A impossibilidade relativa à pessoa do devedor importa igualmente a extinção da obrigação, se o devedor, no cumprimento desta, não puder fazer-se substituir por terceiro” (art. 791.º do CC).

¹⁴⁸⁵ Assim, MONTEIRO FERNANDES indica que “a impossibilidade pode ser meramente *subjectiva*, isto é, relativa à pessoa concreta do trabalhador – não se exigindo que seja *objectiva*, quer dizer, existente para a generalidade das pessoas. É o que decorre da natureza pessoalmente *infungível* da prestação de trabalho (o trabalhador não pode dar outrem por si para executar o seu serviço) [...]” (*Direito cit.*, p. 458). Mario GRANDI aproxima os temas: “*la essenziale implicazione della persona del lavoratore subordinato nella prestazione delle operae locatae rende assai complesso il problema atinente alle vicende modificative soggettive del rapporto di lavoro. Le modificazioni dell’elemento soggettivo di tale rapporto, riguardate dal lato del prestatore di lavoro, risultano condizionate, in modo particolare, della imanenza típica della persona del debitore nella prestazione, poichè è dedotto in obbligazione un comportamento, la cui attuazione richiede normalmente l’impegno personale e infungibile dl debitore medesimo*” (*Le Modificazioni del Rapporto di Lavoro, I, Modificazioni Soggettive*, Giuffrè Editore, 1972, pp. 1-2). Correlacionando ainda o carácter infungível da obrigação do trabalhador e a suspensão, v. LAVAGNINI, *La sospensione cit.*, p. 35, e RIVAS VALLEJO, *La suspensión cit.*, p. 23.

¹⁴⁸⁶ FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos II cit.*, pp. 31-32.

¹⁴⁸⁷ Referem o *intuitus personae* como elemento caracterizador do contrato de trabalho, entre outros, os acórdãos do STJ de 3.5.2006, Proc. n.º 06S141 (SOUSA PEIXOTO), de 13.9.2006, Proc. n.º 06S1667 (SOUSA PEIXOTO), de 7.2.2007, Proc. n.º 06S2839 (SOUSA PEIXOTO), de 22.3.2007, Proc. n.º 06S4609 (SOUSA PEIXOTO), de 2.5.2007, Proc. n.º 06S4368 (PINTO HESPANHOL), de 13.12.2007, Proc. n.º 07S3526 (SOUSA PEIXOTO), de 6.2.2008, Proc. n.º 07S741 (SOUSA PEIXOTO), de 7.10.2009, Proc. n.º 1172/06.6TTCBR.C1.S1 (SOUSA PEIXOTO), e de 21.4.2010, Proc. n.º 207/07.0TTGRD.C1.S1 (SOUSA PEIXOTO). Em acórdão de 25.6.2009, o STJ indica que, “como a jurisprudência e a doutrina têm salientado, a impossibilidade da subsistência do vínculo laboral ocorrerá sempre

(apenas) nos casos em que específicas qualidades do trabalhador tenham sido determinantes para o empregador decidir contratar com aquele (e não outro) candidato a emprego¹⁴⁸⁹. Sempre que assim seja, o vínculo de trabalho integra, de resto, o conjunto de contratos em que esta característica revela traços *mais fortes*, conformando aspectos normativos diversos, entre os quais, os termos do “cumprimento e das vicissitudes do contrato”¹⁴⁹⁰, com consequências

que a conduta do trabalhador tiver quebrado, de forma irremediável, a relação de confiança que é inerente ao contrato de trabalho, *por se tratar de um contrato intuitu personae*” (Proc. n.º 08S3369, SOUSA PEIXOTO, *itálico nosso*).

¹⁴⁸⁸ JORGE LEITE considera o contrato de trabalho um negócio *intuitu personae*, “na medida em que as qualidades profissionais do trabalhador são, ou podem ser, tidas em consideração” (*Direito cit.*, p. 66). PALMA RAMALHO considera que “as qualidades pessoais do trabalhador são sempre essenciais para o empregador, o que faz do contrato de trabalho um contrato *intuitu personae*” (*Tratado cit.*, I, p. 331 e *Da autonomia cit.*, pp. 752-753). ROMANO MARTINEZ identifica, no contrato de trabalho, três elementos característicos: *intuitus personae*, infungibilidade (quanto à actividade a desenvolver, pelo trabalhador) e carácter fiduciário (*Direito do trabalho cit.*, pp. 302-303). Também MENEZES LEITÃO considera a obrigação do trabalhador infungível e o contrato de trabalho *intuitu personae* e fiduciário (*Direito do trabalho cit.*, pp. 113-115). Reconhece, no entanto, a existência de situações que contrariam o *intuitus personae*, em conformidade com o elenco de ANDRADE MESQUITA (*Direito cit.*, pp. 225 e ss.) – MENEZES LEITÃO, *Direito do trabalho cit.*, p. 115, n. 147. Quanto à fidúcia, *v.*, todavia, o referido *infra* § 3.3.

¹⁴⁸⁹ LEAL AMADO e JÚLIO GOMES rejeitam o *intuitus personae*, considerando que nem sempre o contrato de trabalho é celebrado atendendo a particulares qualidades do trabalhador. LEAL AMADO afirma que, “em regra, o contrato de trabalho é um contrato *intuitu personae*”, admitindo, todavia, que, “em alguns casos (contados), essa característica possa *não se verificar*, por as particulares qualidades do trabalhador não constituírem motivo determinante da contratação” (*Contrato cit.*, p. 76, *itálico nosso*). No mesmo sentido, JÚLIO GOMES – embora o Autor discorde, porventura, do qualificativo “raros”, já que em certas actividades pouco qualificadas hesita concluir pela concorrência de um tal elemento (*Direito cit.*, p. 87). Já MENEZES CORDEIRO considera que, “por vezes, o contrato de trabalho é celebrado tendo em conta as particulares qualidades de uma pessoa (*intuitu personae*); mas em regra tal não sucede: o moderno Direito do trabalho está massificado, havendo uma total substituíbilidade entre os trabalhadores de iguais qualificações” (*Manual cit.*, p. 520). ANDRADE MESQUITA sustenta também que, embora tendencialmente o contrato seja celebrado *intuitus persone*, há muitos casos em que assim não sucede (*Direito cit.*, pp. 225-228). Quanto ao trabalhador, o Autor refere a possibilidade de a empresa utilizadora solicitar a substituição do trabalhador cedido, considerando verificar-se, então, uma espécie de “coisificação” ou “reificação” do trabalhador e concluindo pela prevalência de um “princípio da fungibilidade ou da impessoalidade” (p. 227). Todavia, nestas hipóteses e na ausência de elemento perturbador, o vínculo laboral subsiste entre a empresa de trabalho temporário e o trabalhador: os desvios apontados resultam (apenas) da intersecção do contrato de prestação de serviços celebrado entre aquela e a empresa utilizadora. É atendendo à lógica do contrato de utilização – e não já do contrato de trabalho – que, para a empresa utilizadora, a escolha dos trabalhadores não reveste, por regra, relevância, salvo efectiva inadequação para a execução das funções: o seu co-contratante é a empresa de trabalho temporário e não os trabalhadores cedidos. Julgamos, por isso, melhores exemplos de não verificação de *intuitus personae* os contratos de trabalho que resultam instituídos entre o trabalhador cedido e a empresa utilizadora, por cominação legal, perante a inobservância de requisito legal específico (cf. art. 176.º, n.º 3). Para maiores desenvolvimentos da tendencial caracterização do contrato de trabalho como negócio jurídico *intuitu personae*, *v.* NUNES VICENTE, *A fuga cit.*, pp. 96-99, n. 191.

¹⁴⁹⁰ FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos II cit.*, pp. 31-32. O Autor distingue os “contratos em que o *intuitus personae* é mais fraco” (p. 31) daqueles em que “o *intuitus personae* é mais forte” (p. 32):

regimentais próprias^{1491/1492}. No entanto, embora reconhecendo que assim ocorre com frequência, admitimos que nem sempre tal suceda, não impedindo esta circunstância a qualificação do contrato como de trabalho. Antes consideramos o *intuitus personae* elemento tendencial do vínculo – não havendo que aqui associar qualquer desvalorização da componente pessoal do contrato ou sequer descortinar concretização de crescente “anonimato das relações de trabalho”¹⁴⁹³. Impõe-se, porém, conformar esta perspectiva com a afirmada natureza infungível da obrigação do trabalhador: na contratação do trabalhador A para distribuição de panfletos, podem não ter relevado características específicas daquele trabalhador; A pode, por hipótese, ter sido candidato único no processo de recrutamento, havendo urgência na execução das funções. Ora, apesar de o contrato não ter sido celebrado *intuitu personae*, não deixa, só por tanto, de ser qualificado como de trabalho. Esta circunstância não legitima, porém, que, uma vez contratado, A possa delegar a distribuição de panfletos em B, C e D, em períodos sucessivos. Se o fizer e se o empregador assim consentir, não se estará já perante vínculo de trabalho: ainda que não tenha sido celebrado *intuitus personae*, a obrigação do trabalhador terá de se manter infungível. Assim, admitindo que, para o empregador, tenha sido indiferente a contratação de A ou B para determinado trabalho, não só o trabalhador contratado não pode impor o cumprimento por terceiro, como apenas excepcionalmente e nos parâmetros referidos¹⁴⁹⁴ – v.g., execução ocasional e

“os tipos contratuais em que este pressuposto ocorre com mais frequência são o mandato, o trabalho (em especial, o trabalho em cargos de direcção ou de confiança), a empreitada e outros contratos de prestação de serviço, a licença de direitos de personalidade, a agência, a concessão comercial, a franquia e o consórcio” (p. 32).

¹⁴⁹¹ No Direito Civil, v. FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos II cit.*, p. 32. No Direito do Trabalho, v. JORGE LEITE, *Direito cit.*, pp. 44-46, e MENEZES LEITÃO, *Direito do trabalho cit.*, pp. 113-115.

¹⁴⁹² Referimos, até aqui, o carácter *intuitus personae* relativamente à escolha do trabalhador. Já quanto ao empregador, um tal elemento é mitigado “porque a identidade deste (normalmente uma sociedade anónima) assume menos relevo, importando principalmente a sua situação económica” (ANDRADE MESQUITA, *Direito cit.*, p. 225). Admitimos, ainda assim, que, em certos casos, o trabalhador apenas celebre dado contrato de trabalho porque contrata com aquele empregador, perdendo o interesse no vínculo, caso a posição de empregador sofra alteração: se um pintor celebra um contrato de trabalho, comprometendo-se a prestar a sua actividade sob orientação directa de dado artista de grande prestígio e experiência, se este vier a falecer, é possível concluir que o contrato cessa por o trabalhador não ter interesse em prestar aquela actividade sob orientação de terceiro (assim, GIUDICE, MARIANI e IZZO, *Diritto cit.*, p. 415). Neste contexto, Sílvia Galvão TELES constata que, embora ao trabalhador possa ser indiferente “quem paga”, o mesmo não se dirá quanto a “quem manda” (“Impossibilidade Superveniente, Absoluta e Definitiva de a Entidade Patronal Receber a Prestação de Trabalho”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Teles* (org. António Menezes Cordeiro, Luís Menezes Leitão e Januário da Costa Gomes), vol. 4, Almedina, 2003, pp. 1079-1115, p. 1086).

¹⁴⁹³ Divergindo das construções que desvalorizam a componente “pessoalidade” no contrato de trabalho, v. PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, I, p. 462. Por sua vez, JOÃO REIS nota que o “consabido carácter não fungível da prestação de trabalho [...] não deve ser confundido com a posição de franca fungibilidade do trabalhador no processo de produção capitalista” (*A suspensão cit.*, p. 80).

¹⁴⁹⁴ *Supra*, § 3.1.

autorizada pelo empregador – se admite, sob pena de descaracterização do contrato, que certa(s) prestação(ões) do complexo duradouro seja(m) executada(s) por terceiro¹⁴⁹⁵. Dir-se-á, em conclusão, que a avaliação do *intuitus personae* respeita ao momento da contratação, *maxime* à valoração subjectiva que pode ser feita, em tal ocasião, pelo empregador, das qualidades do trabalhador para o desempenho das funções. Já a natureza infungível da obrigação decorre, no essencial, da convocação de conjunto normativo específico.

3.3. Fidúcia

Uma vez superadas as construções comunitário-pessoais e assumida a leitura da lealdade enquanto decorrência da boa fé, não perspectivamos o contrato de trabalho como fiduciário¹⁴⁹⁶. Ainda que determinados vínculos laborais possam revestir tal natureza¹⁴⁹⁷, por norma, a lealdade do trabalhador constitui dever geral de conduta, explicado numa perspectiva de adequação funcional da prestação ao interesse do credor: atende ao intento legítimo do empregador de obtenção de prestação útil, vedando comportamento que neutralize ou defraude o seu interesse (conteúdo negativo) ou impondo conduta adequada à sua não frustração (conteúdo positivo)¹⁴⁹⁸.

¹⁴⁹⁵ *Idem*.

¹⁴⁹⁶ MENEZES LEITÃO admite que “o contrato de trabalho institui uma especial relação fiduciária entre as partes, baseada na confiança e colaboração mútuas” (*Direito do trabalho cit.*, p. 115). Também LOBO XAVIER considera o carácter fiduciário inerente a qualquer contrato de trabalho, ainda que conforme intensidade variável: “[d]e qualquer modo, deve existir sempre, até pelos grandes riscos que supõe um contrato que postula relações pessoais, extremamente vulneráveis” (*Manual cit.*, p. 328); no mesmo sentido, *O despedimento cit.*, p. 15). Para ROMANO MARTINEZ, “o contrato de trabalho assenta numa relação fiduciária, em que a confiança recíproca tem um papel de relevo” (*Direito do trabalho cit.*, p. 302). Também a jurisprudência reconhece, com frequência, a fidúcia como traço caracterizador do contrato de trabalho: assim, entre outros, *v. acórdão do STJ*, de 5.2.2014, onde se indica o elemento fiduciário como “sempre pressuposto na relação juslaboral” (Proc. n.º 3197/11.0TTLSB.L2.S1, FERNANDES DA SILVA, Sumário, III); reiterando o apelo à confiança, enquanto traço inerente ao contrato de trabalho, refere o STJ, em acórdão de 12.3.2014, que “a conduta do trabalhador [...] quebra de forma irreparável a relação de confiança entre as partes que é essencial à relação de trabalho, tornando inexigível a sua manutenção e integra, por tal motivo, justa causa de despedimento” (Proc. n.º 47/08.9TTLSB.L1.S1, ANTÓNIO LEONES DANTAS, itálico nosso). Já JÚLIO GOMES não só distingue claramente negócio *intuitu personae* e fiduciário como exclui a fidúcia das características fundamentais do contrato de trabalho (*Direito cit.*, pp. 87-89); no mesmo sentido, LEAL AMADO, *Contrato cit.*, p. 76. Enunciando o campo limitado da actual concepção fiduciária do contrato de trabalho, *v. MONTEIRO FERNANDES, Direito cit.*, p. 214, n. 3. Também PALMA RAMALHO afasta a caracterização do contrato de trabalho como vínculo fiduciário, reconhecendo que assim apenas sucede em casos pontuais (*Tratado cit.*, II, p. 101).

¹⁴⁹⁷ Integram este conjunto os trabalhadores que exercem funções em regime de comissão de serviço (cf. arts. 161.º a 164.º). Dir-se-á que, “nas funções de chefia ou de direcção, bem como noutros cargos de confiança pessoal, o peso do elemento fidúcia no vínculo de trabalho é superior, o que aumenta a intensidade do dever de lealdade do trabalhador, com as inerentes consequências em matéria disciplinar (art. 128.º, n.º 1, f))” (PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, I, pp. 335-336; *v. ainda Tratado cit.*, II, pp. 346-347).

¹⁴⁹⁸ Neste sentido, *v. MONTEIRO FERNANDES, Direito cit.*, pp. 215, e ss. *V. ainda CANAS DA SILVA, “Dever ...” cit.*, pp. 590 e ss.

Não deixamos, no entanto, de reconhecer que, revestindo os deveres acessórios em geral (e a lealdade em especial) relevância acrescida nas obrigações duradouras¹⁴⁹⁹, a lealdade assume particular acentuação no contrato de trabalho. Da natural inclusão do trabalhador no complexo de meios pré-ordenados pelo empregador resultam especial perigosidade e maior exposição da organização, assim se justificando maiores cautelas¹⁵⁰⁰, o que motiva a expressa referência ao dever genérico de o trabalhador “guardar lealdade ao empregador”¹⁵⁰¹, concretizado em dois comandos precisos: “não negociando por conta própria ou alheia em concorrência com ele, nem divulgando informações referentes à sua organização, métodos de produção ou negócios”¹⁵⁰² – daqui resultando que, embora excluída a qualificação do contrato de trabalho como vínculo fiduciário, da intensidade da lealdade derive, neste contexto, não só a sua pós-eficácia como a respectiva vigência em período suspensivo¹⁵⁰³

4. Acentuação dos traços de personalidade e necessidades organizacionais. A natureza compromissória do Direito do Trabalho

4.1. Contrato eminentemente pessoal e suspensão laboral

I. A relevância acentuada das componentes pessoal e organizacional, ainda que não exclusiva do vínculo laboral – *maxime*, no quadro geral do contratos duradouros¹⁵⁰⁴ –, justifica a singularidade do contrato de trabalho e o enquadramento reservado, neste contexto, a determinadas matérias e institutos¹⁵⁰⁵, aqui se contando também o fenómeno suspensivo. Para além da natureza infungível da obrigação do trabalhador e do tendencial *intuitus personae* forte, há que considerar a natureza eminentemente pessoal do contrato de trabalho. Idênticos traços poderiam, certamente, ser identificados noutros contratos que pressuponham similar alocação de força de trabalho (*i.e.*, outras

¹⁴⁹⁹ Cf. *supra* Capítulo I, Secção V, Subsecção III, § 5.

¹⁵⁰⁰ Esta especial perigosidade explica, aliás, a possibilidade de celebração de pacto de não concorrência pós-contratual (cf. art. 136.º). A este propósito, v. Rita Canas da SILVA, “O Pacto de Não Concorrência”, *RDES*, ano 45, 2004, n.º 4, pp. 283-305, pp. 283-284.

¹⁵⁰¹ À perspectiva ampla do dever de lealdade do trabalhador, PALMA RAMALHO aponta uma dupla dimensão: obrigacional e laboral. A primeira seria reconduzível ao princípio geral de cumprimento pontual dos contratos, em conformidade com a boa fé. A dimensão laboral do dever decorreria, por sua vez, da importância que aqui revestem os traços de personalidade – que acentuariam a relevância disciplinar de determinadas condutas extra-laborais – e da componente organizacional do contrato de trabalho (*Tratado cit.*, II, pp. 444-446).

¹⁵⁰² Art. 128.º, n.º 1, f).

¹⁵⁰³ PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, II, p. 442.

¹⁵⁰⁴ Quanto à acentuação destes elementos nos vínculos duradouros, v. *supra* Capítulo I, Secção V, Subsecção III, § 5.

¹⁵⁰⁵ PALMA RAMALHO assinala que, “ao mesmo tempo que permitem explicar alguns dos traços regimentais mais específicos do contrato de trabalho, a componente de personalidade e a componente organizacional alicerçam a singularidade deste contrato no panorama dos negócios jurídicos privados” (*Tratado cit.*, I, p. 455). Para maiores desenvolvimentos, v. *Da Autonomia dogmática*, pp. 711 e ss., e “Relação de trabalho ...” *cit.*, pp. 125 e ss.

“actividades laborativas”¹⁵⁰⁶): uma prestação de serviços duradoura dir-se-ia revestir carácter igualmente “pessoal”¹⁵⁰⁷. A natureza original do contrato de trabalho resulta, todavia, entre outros elementos, de a actividade ser desenvolvida com envolvimento profundo da personalidade do trabalhador, dispêndio de parte substancial do seu tempo, disposição física e anímica¹⁵⁰⁸: por regra, salvo interrupções, períodos de repouso e de recuperação estatuidos, a actividade é continuamente executada¹⁵⁰⁹. Não só a repartição dos tempos de trabalho e de não trabalho¹⁵¹⁰ resulta, por princípio, imposta, como o vínculo laboral traduz, com frequência, garante de subsistência ou de realização útil¹⁵¹¹. Acresce a natureza dominial do contrato de trabalho, atenta a sujeição do trabalhador aos amplos poderes afectos ao empregador, em especial, ao poder disciplinar – quer no que respeita à dimensão sancionatória, de escopo punitivo, quer à vertente prescritiva, concretizada em comandos de natureza comportamental¹⁵¹². Tudo isto confluindo para que o regime jurídico do contrato de trabalho assuma uma “«filosofia específica» relativamente à *da generalidade dos contratos sucessivos*, a menos que a lei abstraísse – o que, no mínimo, não deixaria de ser surpreendente – da importância da sua conservação e do *grau de empenho pessoal* que a sua execução implica”¹⁵¹³.

II. Se, em regra, em termos quantitativos, a execução do contrato representa tempo significativo da vida activa dos trabalhadores, importa salvaguardar, em termos qualitativos e sem prejuízo da subordinação jurídica, que a sua dignidade e cidadania são adequadamente respeitadas: “a singularidade da actividade laboral, enquanto objecto de um negócio jurídico (no caso, o contrato de trabalho) decorre do facto de esta actividade *ser inseparável da pessoa do*

¹⁵⁰⁶ Enquanto conceito abrangente, agregador de outras realidades, para além da actividade laboral *stricto sensu* (PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, II, pp. 27-28).

¹⁵⁰⁷ Quanto às múltiplas valências do trabalho e seu sentido jurídico, v. PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, I, pp. 17 e ss.

¹⁵⁰⁸ No Direito italiano, o carácter pessoal da prestação de trabalho resultaria, com particular evidência, do art. 2094 do CCit., aí se referindo que o trabalhador presta “*il proprio lavoro intellettuale o manuale*”. Acentuando um tal elemento literal, v. DEL PUNTA, *Diritto cit.*, pp. 375-376.

¹⁵⁰⁹ Ressalvadas hipóteses especiais, tal qual no trabalho intermitente (cf. arts. 157.º a 160.º).

¹⁵¹⁰ A respeito do possível alargamento dos limites máximos do período normal de trabalho, em relação “*a trabalhador cujo trabalho seja acentuadamente intermitente ou de simples presença*” (cf. art. 210.º, n.º 1, b)), v. o sustentado quanto à conformidade constitucional de convenções colectivas de trabalho que admitiam a sujeição dos guardas de passagens de nível a um período normal de trabalho contínuo – cf. acórdão do TC n.º 368/97, de 14.5, Proc. n.º 21/95 (FERNANDA PALMA), onde é indicado que “uma permanente disponibilidade do trabalhador para acorrer a uma qualquer solicitação decorrente da sua actividade profissional consubstanciaria uma privação do período de autodeterminação e descanso, constitucionalmente inadmissível” (§ 17).

¹⁵¹¹ JORGE LEITE, “O desempenho ...” *cit.*, p. 514.

¹⁵¹² V., quanto a estes elementos, PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, I, p. 461. No que respeita ao especial vigor do poder disciplinar em período suspensivo, v. o referido *supra* Capítulo I, Secção V, Subsecção III, § 1.

¹⁵¹³ JORGE LEITE, “O desempenho ...” *cit.*, p. 514, com ênfase nossa.

próprio trabalhador”¹⁵¹⁴. É este profundo envolvimento que justifica, a par de outras concretizações¹⁵¹⁵, o expreso enquadramento dos direitos de personalidade das partes¹⁵¹⁶ e de direitos fundamentais do trabalhador¹⁵¹⁷, aqui se contando a tutela reservada à inviolabilidade da vida privada do trabalhador, por forma a minimizar interferências indevidas¹⁵¹⁸. Participam

¹⁵¹⁴ PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, I, p. 460, itálico nosso.

¹⁵¹⁵ Para uma análise sistematizada dos elementos inerentes à pessoalidade no contrato de trabalho, v. PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, I, pp. 459 e ss.

¹⁵¹⁶ A par do disposto na CRP e no CC, os arts. 14.º a 22.º do CT enquadram os direitos de personalidade no contrato de trabalho. Não obstante a perspectiva igualitária das disposições, que atendem aos direitos de personalidade do trabalhador e do empregador, são os direitos daquele que, no quadro da execução do contrato de trabalho, surgem especialmente fragilizados. V., a este propósito, PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, II, pp. 450 e ss.

¹⁵¹⁷ Quanto a estas matérias, v., entre nós, José João Nunes ABRANTES, “Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais”, *Memórias do II Congresso Nacional de Direito do Trabalho* (coord. António Moreira), Almedina, 1998, pp. 16-37, *Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, 2005 [= *Contrat de Travail et Droits Fondamentaux*, Peter Lang, 2000 e *Arbeitsvertrag und Grundrechte (Eine auslandsrechtliche Darstellung mit Bezug zum deutschen Recht)*, Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Bremen, 1999], “Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais”, *Themis*, ano 2, 2001, n.º 4, pp. 23-39, “Direito do Trabalho e Cidadania. Contributo para uma Análise das suas Relações”, *Cadernos Sociedade e Trabalho*, 2001, n.º 1, pp. 97-107, “Labour Contract and Fundamental Rights”, *BFDUC*, 2004, vol. 80, pp. 613-630, “O Novo Código do Trabalho e os Direitos de Personalidade do Trabalhador”, *A Reforma do Código do Trabalho*, Coimbra Editora, 2004, pp. 139-160, e “Algumas Notas sobre o Direito do Trabalhador à Reserva da Vida Privada”, *Estudos Comemorativos dos 10 Anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa* (coord. Diogo Freitas do Amaral, Carlos Ferreira de Almeida e Marta Tavares de Almeida), vol. 2, Almedina, 2008, pp. 241-248. V. também António Menezes CORDEIRO “O Respeito pela Esfera Privada”, *Memórias do I Congresso Nacional de Direito do Trabalho* (coord. António Moreira), Almedina, 1998, pp. 16-37, “A Liberdade de Expressão do Trabalhador”, *Memórias do II Congresso Nacional de Direito do Trabalho* (coord. António Moreira), Almedina, 1999, pp. 24-43, e “Contrato de Trabalho e Objecção de Consciência”, *Memórias do V Congresso Nacional de Direito do Trabalho* (coord. António Moreira), Almedina, 2003, pp. 23-46, Guilherme Machado DRAY, *Direitos de Personalidade. Anotações ao Código Civil e ao Código do Trabalho*, Almedina, 2006, pp. 61 e ss., Amadeu GUERRA, *A Privacidade no Local de Trabalho. As Novas Tecnologias e o Controlo dos Trabalhadores Através de Sistemas Automatizados. Uma Abordagem ao Código do Trabalho*, Almedina, 2004, David de Oliveira FESTAS, “O Direito à Reserva da Intimidade da Vida Privada do Trabalhador no Código do Trabalho”, *ROA*, ano 64, 2004, vols. 1 e 2, pp. 369-458, Teresa Alexandra Coelho MOREIRA, *Da Esfera Privada do Trabalhador e do Controlo do Empregador*, Coimbra Editora, 2004, “O respeito ...” *cit.*, pp. 155-189, e *A Privacidade dos Trabalhadores e as Novas Tecnologias de Informação e Comunicação. Contributo para um Estudo dos Limites do Poder de Controlo Electrónico do Empregador*, Almedina, 2010, Maria Regina REDINHA, “Os Direitos de Personalidade no Código do Trabalho: Actualidade e Oportunidade da sua Inclusão”, *A Reforma do Código do Trabalho*, Coimbra Editora, 2004, pp. 161-172, e Maria do Rosário Palma RAMALHO, “O Direito da Igualdade no Código do Trabalho”, *A Reforma do Código do Trabalho*, Coimbra Editora, 2004, pp. 173-190, “Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais da Pessoa”, *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, vol. 2, Almedina, 2002, pp. 393-415, republicado em *Estudos de Direito do Trabalho*, vol. 1, Almedina, 2003, pp. 157-178.

¹⁵¹⁸ Em acórdão de 17.12.2014, o STJ reconhece que, embora “a intromissão do empregador na esfera da vida privada do trabalhador [lhe esteja], por regra, vedada, situações existem que – observados os princípios da proporcionalidade e adequação – consentem essa intromissão,

ainda desta filosofia a importância afecta a motivações pessoais diversas, que justificam a ausência ao trabalho, atenta a desejada compatibilização da actividade profissional com exigências extra-laborais¹⁵¹⁹: “[...] esta lógica de *sacrifício do contrato a interesses extra-contratuais de uma das partes*, sem necessidade do acordo da outra e onerando a posição contratual desta, só pode ser explicada pelo relevo de elementos de pessoalidade no contrato”¹⁵²⁰. Neste contexto tão diversificado, surge ainda a suspensão¹⁵²¹: assim se atende a condicionalismos vários que, por inerentes à condição humana, conformam a vida do contrato e a possibilidade de o trabalhador desenvolver, sem constrangimentos, a sua actividade profissional. Se, tal qual exposto, o contrato de trabalho tem especial vocação para perdurar, há que enquadrar eventos transitórios, impeditivos da execução, já que inevitáveis à vivência da maioria

mormente aquelas que, pela repercussão grave na execução do vínculo laboral e/ou por minarem a confiança do empregador na continuação deste, podem justificar àquele a reacção disciplinar” (Proc. n.º 1552/07.0TTLSB.L1.S1, MELO LIMA, Sumário, V).

¹⁵¹⁹ Entre outros reflexos, tal é o caso da necessária conciliação entre o trabalho e a vida pessoal e familiar do trabalhador (cf. arts. 59.º, n.º 1, b) e d), e 67.º, n.º 2, h), da CRP), objecto de especial atenção do Direito europeu – para cotejo dos principais instrumentos, neste âmbito, v. PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, II, pp. 527-529 – e com repercussões várias na esfera laboral. Assume, neste âmbito, especial importância a tutela da parentalidade, atento o reconhecimento constitucional da maternidade e da paternidade enquanto “*valores sociais eminentes*” (cf. art. 68.º, n.º 2, da CRP). Não obstante, PALMA RAMALHO assinala, com particular pertinência, o menor enfoque reservado, no CT, à assistência aos familiares mais idosos, concluindo que, “se o privilegiar da tutela da maternidade e da paternidade se justifica, entre outras coisas, pelos níveis preocupantes da taxa de natalidade do nosso país, o correspondente envelhecimento da população teria também justificado uma preocupação maior com a assistência aos idosos” (*Tratado cit.*, II, p. 647). O envelhecimento da população (activa e inactiva) antecipa importantes desafios, que também ao Direito do Trabalho caberá acomodar: 2012 foi o “Ano Europeu do Envelhecimento Ativo e da Solidariedade entre Gerações”, tendo sido publicado, neste âmbito, o Relatório *Active Ageing and Solidarity between Generations – A Statistical Portrait of the European Union 2012* (Comissão Europeia, Eurostat, Publications Office of the European Union, 2011, disponível em <<http://ec.europa.eu/eurostat/en/web/products-statistical-books/-/KS-EP-11-001>>). V. ainda o Relatório “Age and Employment” (Comissão Europeia, Direcção-Geral da Justiça e dos Consumidores (superv. Mark Freedland), Publications Office of the European Union, 2011, disponível em <http://ec.europa.eu/justice/discrimination/files/age_and_employment_en.pdf>).

¹⁵²⁰ PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, I, pp. 464-465, ênfase nossa. A este propósito, FERREIRA DE ALMEIDA conclui mesmo que, “embora seja actualmente resultado de um acordo juridicamente livre, o contrato de trabalho coloca o trabalhador em situação de dependência económica, pessoal e familiar tão forte que, no âmbito contratual, só tem paralelo com a situação conjugal”, o que justificaria “a necessidade de compensação, através de múltiplas medidas de protecção, incluindo algumas de índole pessoal e assistencial, de especiais cuidados com os direitos de personalidade e outros direitos fundamentais ameaçados [...] e de restrições à cessação unilateral do contrato pela entidade patronal” (*Contratos II cit.*, p. 158). Também LEAL AMADO refere, que para muitos trabalhadores, “o contrato de trabalho é, quiçá, o mais estruturante negócio jurídico que alguma vez celebram (apenas ultrapassado, porventura, pelo matrimónio ...), surgindo o trabalho como aspecto central (por vezes obsessivamente central) das suas vidas” (*Contrato cit.*, p. 27).

¹⁵²¹ “*Il n’est pas nécessaire de multiplier les exemples pour voir que la suspension du contrat de travail est, pour le salarié, intimement liée à des questions touchant à sa personnalité*” (BERAUD, *La suspension cit.*, p. 114).

dos trabalhadores: tais como a doença transitoriamente incapacitante¹⁵²², o pleno exercício da parentalidade, a observância de deveres cívicos, o cumprimento de obrigações legais ou o desempenho de cargos públicos ou de reconhecida relevância social. Por isso se afirma, repetidas vezes, que, “*dans la suspension, l’essentiel n’est pas tant ce que le salarié ne fait pas, mais ce qu’il fait d’autre que de travailler*”¹⁵²³. O Direito do Trabalho salvaguarda, pois, por meio da suspensão, aspectos essenciais das esferas pessoal, familiar e social dos trabalhadores, às quais é afectada especial tutela do ordenamento, obviando a uma situação de incumprimento^{1524/1525}. Assim se reflectindo um jogo de preferências e cedências – interesses pessoais dos trabalhadores *vs.* exigências gestionárias do empregador –, que espelha uma dinâmica própria (laboral), desviante do princípio geral do art. 406.º, n.º 1, do CC¹⁵²⁶.

III. A tutela assim conferida não é, contudo, ilimitada¹⁵²⁷, havendo que considerar os designados “limites extrínsecos”, atenta a possível colisão com direitos ou interesses do empregador que importa acomodar¹⁵²⁸. Da parte do empregador, tendo em vista uma tal harmonização, há que convocar o direito à iniciativa privada, a liberdade de gestão das empresas privadas¹⁵²⁹ e o direito à propriedade privada¹⁵³⁰ – que, na medida do adequado, podem comprimir as pretensões da contraparte¹⁵³¹. cremos oportuna uma menção às duas vertentes em que PALMA RAMALHO desdobra o designado “princípio da compensação da posição debitória complexa das partes”, enquanto valoração axiológica que

¹⁵²² Assinalando a ligação entre a natureza duradoura do vínculo e o frequente surgir de obstáculos transitórios à execução, como a falta de capacidade física ou psíquica do trabalhador, LOMBARDI nota que “*il contratto di lavoro subordinato è, oltre che un contratto a prestazioni corrispettive, un tipico contratto di durata. Può, dunque, accadere che, nel corso di svolgimento del rapporto sopraggiungano eventi che determinano l’idoneità fisica o psichica del lavoratore allo svolgimento delle mansioni al medesimo assegnate*” (La risoluzione cit., p. 393).

¹⁵²³ BÉRAUD, *La suspension cit.*, p. 112.

¹⁵²⁴ V., neste contexto, a modalidade de transferência individual a pedido do trabalhador vítima de violência doméstica (art. 195.º) ou, no que respeita ao teletrabalho, o art. 166.º, n.º 2; acresce, por fim, a suspensão, a accionar então pelo trabalhador e sobreponível à normal execução do acordado (cf. art. 296.º, n.º 2).

¹⁵²⁵ V. ainda PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, II, p. 621.

¹⁵²⁶ Acentuando a singularidade do contrato de trabalho, v. PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, I, p. 497.

¹⁵²⁷ No limite, dispõe o art. 334.º do CC que “*é ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito*”.

¹⁵²⁸ Cf. o art. 335.º, n.º 1, do CC, “*havendo colisão de direitos iguais ou da mesma espécie, devem os titulares ceder na medida do necessário para que todos produzam igualmente o seu efeito, sem maior detrimento para qualquer das partes*”. Por sua vez, o n.º 2 indica que, “*se os direitos forem desiguais ou de espécie diferente, prevalece o que deva considerar-se superior*”. Aos limites imanentes e extrínsecos, PALMA RAMALHO soma os limites voluntários (*Tratado cit.*, II, pp. 457-458).

¹⁵²⁹ Arts. 61.º, n.º 1, 80.º, c), e 86.º, n.º 2, da CRP.

¹⁵³⁰ Art. 62.º da CRP. V., a este respeito, PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, I, pp. 528 e ss.

¹⁵³¹ V. PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, I, p. 183, e *Tratado cit.*, II, pp. 454-455.

fundamenta a autonomia dogmática do Direito do Trabalho¹⁵³². Este princípio acolhe, em simultâneo, um desígnio de protecção do trabalhador¹⁵³³ – atenta a ampla sujeição aos poderes laborais do empregador, o profundo envolvimento pessoal e a frequente dependência económica¹⁵³⁴ –, mas também de garantia dos interesses de gestão do empregador, acomodando a execução contratual e, no limite, assegurando a viabilidade do próprio contrato¹⁵³⁵. A tensão frequente entre estas duas dimensões reclama constante conformação dos interesses em conflito, conferindo dinâmica própria à execução do vínculo laboral, com reflexos evidentes igualmente em contexto suspensivo¹⁵³⁶ – aqui se reconhecendo também, nuns casos, a prevalência dos interesses pessoais do trabalhador e, noutros, dos interesses gestionários do empregador.

4.2. Componente organizacional e suspensão laboral

I. Se a dimensão pessoal contribui significativamente para a relevância afecta à suspensão por factos respeitantes ao trabalhador, a vertente organizacional motiva, a par de outras especificidades regimentais, também a suspensão por motivos relativos ao empregador, considerada a *“influência quotidiana que a organização predisposta pelo empregador tem neste vínculo”*¹⁵³⁷. É, afinal, identificável escopo comum a múltiplos institutos que acomodam circunstâncias várias que condicionam a normal execução do contrato, por razões referentes ao empregador¹⁵³⁸. Enquanto instrumento promotor da estabilidade contratual¹⁵³⁹, a suspensão decorre ainda de interesses gestionários

¹⁵³² Sobre este princípio, v. PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, I, pp. 520 e ss.

¹⁵³³ No que respeita às variantes actuais da tutela reservada ao trabalhador, v. Guilherme Machado DRAY, *O Princípio da Protecção do Trabalhador*, Almedina, 2015. Em data anterior, v. ainda o referido por Rui Manuel Moura RAMOS, *Da Lei Aplicável ao Contrato de Trabalho Internacional*, Almedina, 1991, pp. 721 e ss.

¹⁵³⁴ “O objectivo do princípio da protecção do trabalhador é, assim, acudir às necessidades particulares de tutela do trabalhador subordinado, na sua pessoa e no seu património – numa palavra, este princípio acautela os interesses do trabalhador, enquanto pessoa, perante o vínculo de trabalho” (PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, I, p. 521). Quanto às suas múltiplas concretizações, v. pp. 522-528.

¹⁵³⁵ O que tem, afinal, em conta a complexidade da posição devedora do empregador, que “não se obriga apenas a pagar o trabalho, mas assume outras responsabilidades patrimoniais e pessoais para com o trabalhador, remunera diversas situações de inactividade do trabalhador, contribui para o financiamento do sistema de segurança social e suporta os riscos ligados à segurança e saúde do trabalhador, sacrifica o acordo negocial às necessidades privadas e familiar deste, dentro de certos limites, e, por fim, sujeita-se às restrições no regime de cessação do contrato de trabalho que decorrem do princípio da estabilidade do emprego” (PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, I, p. 521).

¹⁵³⁶ Refere BERAUD que *“toute suspension du contrat de travail engendre toujours, à des degrés divers, un conflit entre le droit des biens et celui des personnes”* (*La suspension cit.*, p. 118).

¹⁵³⁷ PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, I, p. 455.

¹⁵³⁸ Assim se reconhecendo que “diversos institutos laborais têm uma motivação directa na organização do empregador e nos seus interesses de gestão, que não se fundam no contrato, mas no direito de livre iniciativa económica do empregador” (PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, I, p. 457).

¹⁵³⁹ V. *supra* Capítulo I, Secção V, Subsecção III, § 1.

que legitimam que, em dadas circunstâncias, a suspensão resulte imposta ao trabalhador. O vínculo laboral exige, pois, conformação também à dinâmica evolutiva da organização¹⁵⁴⁰ e a factores (internos ou externos) que influenciam a capacidade de ocupação e de empregabilidade¹⁵⁴¹: períodos limitados da vida da empresa desencadeiam episódios suspensivos, que, uma vez superados, autorizam a retoma plena do trabalho¹⁵⁴². A necessidade de atender a tais variações constitui, assim, decorrência da indefinição inerente à obrigação de trabalho, que reclama pontualmente – conquanto salvaguardadas as garantias dos trabalhadores – acomodação às vicissitudes que afectam o substrato organizativo: o contrato de trabalho encontra-se, afinal, reconhecidamente, sujeito a “uma maior evolução do interesse contratual do credor”¹⁵⁴³. O poder directivo reflecte, aliás, esta lógica: o compromisso não resulta imutável após a formalização, antes se ajustando à vida do contrato, e assim se renovando o apelo à dinâmica relacional¹⁵⁴⁴. Instrumentos vários, afectos ao empregador, espelham a natureza duradoura do vínculo e a importância de técnicas de acomodação contratual, legitimando a prevalência pontual de interesses de gestores. A título ilustrativo, aqui se enquadram os desvios à inamovibilidade (art. 129.º, n.º 1, f))¹⁵⁴⁵: a transferência individual (transitória ou definitiva) deve resultar de “*interesse da empresa*” que tanto imponha¹⁵⁴⁶; verificado tal interesse – a par das demais exigências que condicionam a ordem de transferência –, “a decisão de mudança do local de trabalho configura um *direito do empregador, que se sobrepõe ao acordo das partes*, pelo que o trabalhador deve obediência à ordem de transferência, nos termos gerais”¹⁵⁴⁷. Lógica idêntica, de prevalência gestonária, tem acolhimento em instrumentos de

¹⁵⁴⁰ V., nomeadamente, a suspensão em caso de remodelação das instalações (cf. art. 309.º, n.º 1, b)).

¹⁵⁴¹ Tal qual na suspensão em situação de crise empresarial ou por força maior (cf. arts. 298.º e ss. e 309.º, n.º 1, a)).

¹⁵⁴² Por conseguinte, os interesses gestores interferem em duas frentes, no plano suspensivo: (i) de um lado, condicionando o exercício da suspensão, por factos respeitantes ao trabalhador – *maxime*, no que respeita à extensão admissível do impedimento e possível transmutação da respectiva natureza, de transitória em definitiva (v. *infra* Parte II, Capítulo III); (ii) de um outro lado, legitimando o recurso à suspensão, pelo empregador, obstando, nesta medida, à ocupação (v. *infra* Parte II, Capítulo I, Secção IV).

¹⁵⁴³ PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, I, p. 460.

¹⁵⁴⁴ A este propósito, v. *supra* Capítulo I, Secção V, Subsecção I.

¹⁵⁴⁵ Estar-se-á, então, perante “clara projecção do princípio laboral geral da compensação, na vertente da prevalência dos interesses de gestão” (PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, II, p. 503).

¹⁵⁴⁶ Cf. art. 194.º, n.º 1, b). Já a valoração subjacente à ordem de transferência colectiva reveste traços distintos (cf. art. 194.º, n.º 1, a)). A este propósito, PALMA RAMALHO assinala que, por razões de ordem prática, a ordem de transferência pressupõe interesse empresarial relevante *não questionável*, em contexto laboral: assim é porque tal ordem decorre não já do poder directivo do empregador, antes constituindo manifestação do direito de iniciativa económica e de livre gestão. Por outras palavras, “a mudança colectiva do local de trabalho é *incondicionada*, porque se reconduz a uma projecção de uma decisão de gestão que ultrapassa a dimensão do próprio contrato de trabalho, mas que se impõe ao acordo contratual, em nome do princípio da prevalência dos interesses de gestão” (*Tratado cit.*, II, p. 514, *itálico nosso*).

¹⁵⁴⁷ PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, II, p. 509, ênfase nossa.

flexibilização do tempo de trabalho, tal como, expressivamente, na adaptabilidade e no banco de horas, sobretudo atenta a abrangência afecta à respectiva implementação (cf. arts. 206.º e 208.º-B)¹⁵⁴⁸. Noutro exemplo, revestindo o trabalho suplementar carácter excepcional, apenas pode ser solicitado “quando a empresa tenha de fazer face a acréscimo eventual e transitório de trabalho e não se justifique para tal a admissão de trabalhador” ou em situações “de força maior ou quando seja indispensável para prevenir ou reparar prejuízo grave para a empresa ou para a sua viabilidade”¹⁵⁴⁹. Em tais casos, o trabalhador fica, por regra, adstrito à realização do trabalho suplementar, salvo dispensa, justificada por “motivos atendíveis”¹⁵⁵⁰. Também aqui, a exigibilidade do trabalho suplementar prepondera “sobre o acordo das partes em matéria de tempo de trabalho e sobre o direito do trabalhador ao descanso diário, em clara manifestação do princípio laboral geral da prevalência dos interesses de gestão”¹⁵⁵¹. Convocando uma última referência, dir-se-á que, não obstante o princípio da irreversibilidade¹⁵⁵², o art. 119.º autoriza a descida de categoria sempre que esteja em causa um “interesse premente da empresa”¹⁵⁵³ – que deve espelhar “um fundamento de gestão anormal” e não já “conveniência de gestão corrente”^{1554/1555}.

Importa, em suma, concluir que, enquanto instrumento promotor da estabilidade do vínculo, a suspensão enquadra factos que, condicionando, nuns casos, a possibilidade de o trabalhador prestar a actividade acordada e, noutros, de o empregador garantir ocupação, afectam a normal execução do contrato¹⁵⁵⁶. A suspensão laboral espelha, pois, a harmonização possível dos valores em conflito em situações de superveniência, acentuando a natureza compromissória do Direito do Trabalho e a cedência alternada dos interesses das partes¹⁵⁵⁷.

¹⁵⁴⁸ PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, II, pp. 550-551.

¹⁵⁴⁹ Art. 227.º, n.ºs 1 e 2.

¹⁵⁵⁰ Art. 227.º, n.º 3.

¹⁵⁵¹ PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, II, p. 580, itálico nosso.

¹⁵⁵² Cf. art. 129.º, n.º 1, e).

¹⁵⁵³ Esta alteração depende, todavia, do acordo das partes. Ali se dispõe que “a mudança do trabalhador para categoria inferior àquela para que se encontra contratado pode ter lugar mediante acordo, com fundamento em necessidade premente da empresa ou do trabalhador, devendo ser autorizada pelo serviço com competência inspectiva do ministério responsável pela área laboral no caso de determinar diminuição da retribuição”.

¹⁵⁵⁴ PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, II, p. 486.

¹⁵⁵⁵ O exercício legítimo dos poderes laborais reconhecidos ao empregador que concretizem uma “alteração substancial e duradoura das condições de trabalho” constitui, porém, motivo objectivo de resolução do contrato, pelo trabalhador (cf. art. 394.º, n.º 3, b)).

¹⁵⁵⁶ Admitindo que a particular fragilidade do contrato de trabalho surge associada ao risco infortunistico, que incide sobre o trabalhador, e ao risco económico, que atinge o empregador, v. MONTEIRO FERNANDES, “A suspensão do ...” *cit.*, pp. 14-15.

¹⁵⁵⁷ Neste sentido, PALMA RAMALHO conclui que “o Direito do Trabalho é um direito compromissório, no seio do qual, a cada passo, e segundo uma lógica específica [...] prevalecem ora os interesses colectivos ou individuais dos trabalhadores, ora os interesses de gestão dos empregadores” (*Tratado cit.*, I, p. 127).

4.3. Complexidade própria do contrato de trabalho

I. Resta referir um último elemento que, em articulação com os demais, confere, neste domínio, traços próprios à suspensão: a reconhecida complexidade do vínculo laboral. Há evidentemente que contar, num primeiro plano, com a complexidade estrutural, inerente à natureza duradoura do contrato: assim se justificando o apelo frequente, ao longo do texto, a “complexo duradouro”, atento o desdobramento pressuposto – *i.e.*, dimensão interna (plural) e dimensão externa (una)¹⁵⁵⁸.

A par de tal complexidade imanente, há, porém, que convocar uma outra dimensão do fenómeno, também já assinalada: a tendencial acentuação, em vínculo duradouro, dos deveres acessórios de conduta¹⁵⁵⁹. Para lá da multiplicidade de direitos e deveres que concorrem na conformação dos contratos – sejam estes de execução instantânea ou duradoura¹⁵⁶⁰ –, constatámos que os deveres acessórios de conduta são reconhecidamente “mais frequentes no caso de relações obrigacionais *duradouras* [...] do que nas obrigações de prestação *instantânea*”¹⁵⁶¹. Não obstante, estes deveres surgem reforçados no contrato de trabalho, atento o especial comprometimento das partes (trabalhador e empregador): o vínculo laboral é, assim, composto por uma teia densa e complexa de direitos e deveres, que em muito extravasa a troca essencial pressuposta (trabalho-retribuição)¹⁵⁶². Tal assumiria, de resto,

¹⁵⁵⁸ A este propósito, *v. supra* Capítulo I, Secção V, Subsecção III, § 4 e Capítulo II, §§ 1.3. e 1.4.

¹⁵⁵⁹ *V. supra* Capítulo I, Secção V, Subsecção III, § 5.

¹⁵⁶⁰ “A relação jurídica em geral diz-se *una* ou *simples*, quando compreende o direito subjectivo atribuído a uma pessoa e o dever jurídico ou estado de sujeição correspondente, que recai sobre a outra; e *complexa* ou *múltipla*, quando abrange o conjunto de direitos e deveres ou estados de sujeição nascidos do mesmo facto jurídico” (ANTUNES VARELA, *Das obrigações cit.*, vol. 1, pp. 64-65; *v. ainda*, pp. 64-68). Transposta esta perspectiva para o contrato de trabalho, MONTEIRO FERNANDES nota que, “pelo facto de se investir na qualidade de trabalhador (ou de entidade patronal), certo indivíduo coloca-se numa *posição jurídica complexa* – isto é, integrada por outras situações além das que principalmente têm por objecto a prestação e a contraprestação típicas – a qual por outro lado se mantém, em princípio, enquanto dure o contrato e portanto se verifique no mesmo indivíduo aquela qualificação” (“A suspensão do ...” *cit.*, p. 79). Também LEAL AMADO refere “que a relação laboral não pode nem deve ser apreendida como uma relação jurídica simples ou singular, mas antes, bem ao invés, como uma autêntica «relação obrigacional complexa», isto é, como uma relação constituída por toda uma série de direitos e deveres conexionsados pela circunstância de promanarem do mesmo facto jurídico – no caso, o contrato de trabalho celebrado entre as partes” (“A protecção ...” *cit.*, p. 5).

¹⁵⁶¹ ANTUNES VARELA, *Das obrigações cit.*, vol. 1, p. 126. Aspecto já tratado *supra*, Capítulo I, Secção V, Subsecção III, § 5.

¹⁵⁶² Quanto ao trabalhador, “haverá que distinguir o dever principal – dever de prestar trabalho – de outros deveres secundários meramente acessórios – assiduidade, obediência, diligência – e de deveres laterais – lealdade, custódia”; por sua vez, haverá que diferenciar, quanto ao empregador, “entre o dever primário de prestação consistente na obrigação retributiva e deveres laterais como os de cooperação creditória, de ocupação efectiva, de protecção ou assistência” (LEAL AMADO, “A protecção ...” *cit.*, pp. 5-6, n. 6). *V. ainda* ROMANO MARTINEZ, “Tutela ...” *cit.*, p. 226, e PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, I, pp. 434-437, e *Tratado cit.*, II, pp. 433 e ss. A par das diversas classificações de tais deveres, cremos especialmente ilustrativa a

particular expressão, por via das construções comunitário-pessoais – que, em período de especial acentuação da pessoalidade do vínculo laboral, proporia a substituição do binómio patrimonial (trabalho/salário) por uma troca pessoal (lealdade do trabalhador/assistência do empregador), enquanto fórmula explicativa do contrato de trabalho¹⁵⁶³. E, embora uma tal concepção se encontre ultrapassada, não deixa de espelhar a importância e a abrangência dos deveres que, no contrato de trabalho, ladeiam as obrigações principais das partes.

Não obstante, a complexidade estrutural do vínculo laboral não se esgota também nestes traços¹⁵⁶⁴: resulta ainda de aspectos tão diversos como a multiplicidade de normas, de distinta origem e natureza, que enquadram a obrigação laboral (*maxime*, por via da contratação colectiva), das múltiplas interacções pressupostas – que em muito ultrapassam a bilateralidade trabalhador/empregador, atenta a interferência recíproca dos vínculos coexistentes na organização^{1565/1566} –, ou do esbater da tendencial unicidade do estatuto laboral, assente no modelo do trabalhador subordinado típico¹⁵⁶⁷. A

autonomização, quanto ao trabalhador, dos deveres acessórios ou secundários, consoante integrantes ou autónomos da prestação principal (tal qual *supra*, Capítulo I, Secção V, Subsecção III, § 5.): uma tal arrumação coloca, na verdade, em evidência quais os deveres inactivos em período suspensivo.

¹⁵⁶³ PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, I, pp. 401 e ss. Sintetizando as críticas à hipervalorização dos traços de *pessoalidade*, no âmbito das concepções comunitário-pessoais, *v.* pp. 417-418.

¹⁵⁶⁴ Quanto à complexidade do conteúdo do contrato de trabalho, *v.* ainda LOBO XAVIER, *Manual cit.*, pp. 323-324.

¹⁵⁶⁵ Com manifestações em planos muito diversos: proibição de discriminação, paridade retributiva, coerência disciplinar (acórdão da RP de 24.2.2014, Proc. n.º 108/11.7TTVFR.P2, MARIA JOSÉ COSTA PINTO) ou critérios de selecção de trabalhadores.

¹⁵⁶⁶ Questão distinta, à qual não nos referimos nesta sede, é a do objecto (complexo) do Direito do Trabalho – e não já, apenas, do contrato de trabalho. A este propósito, PALMA RAMALHO nota que “a identificação da actividade laboral como objecto nuclear do Direito Laboral não significa, todavia, a redução da área jurídica ao complexo normativo que regula o contrato de trabalho, porque, na verdade, a actividade laboral constitui o motor de difusão de múltiplos e diversos fenómenos, distintos do contrato de trabalho, que podem ou não estar com ele relacionados, e dos quais o Direito Laboral também se ocupa” (*Tratado cit.*, I, pp. 30-31). No plano da análise económica do Direito do Trabalho, Richard POSNER coloca em evidência a complexidade aqui pressuposta – e que desmotivaria, não raras vezes, reflexões mais desenvolvidas (*Some Economics of Labor Law*, University of Chicago Law Review, 1984, pp. 988-1011, pp. 989-991).

¹⁵⁶⁷ Na verdade, assistimos à proliferação de categorias ditas “atípicas” de trabalhadores (PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, I, pp. 62 e ss.). O modelo “tradicional” laboral atravessa uma fase conturbada: sinal disso mesmo são as muitas interrogações à inclusão de novas formas de contratação e quanto à adequação dos modelos actuais de enquadramento. Trata-se de um fenómeno que tem suscitado especial atenção além-fronteiras: referimos já que o Seminário da *European Labour Law Network* de 2014 teve por temática “New forms of employment”, abordando formas contratuais de emprego tão variadas como o designado “*crowd employment*” ou os “*zero hours contracts*” (Relatório *cit.*). No ano seguinte, Irene MANDL, Maurizio CURTARELLI, Sara RISO, Oscar VARGAS e Elias GEROGIANNIS apresentaram o relatório Eurofound, “New forms of employment”, Publications Office of the European Union, 2015, disponível em <http://eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_publication/field_ef_document/ef1461en_3.pdf>. No que respeita à disseminação do fenómeno dos “*zero hours contracts*” no Reino Unido, *v.* análise crítica de Abi ADAMS, Mark FREEDLAND e Jeremias PRASSL, “The «Zero-Hours Contract»: Regulating Casual Work, or Legitimizing Precarity?”, University of Oxford, ELLN

complexidade e a riqueza daqui resultantes não só conferem originalidade ao contrato de trabalho como conformam os traços que a suspensão aqui reveste – afectando-lhe uma dinâmica própria, não sobreponível a outros vínculos duradouros.

4.4. Ponto de ordem

Aqui chegados, importa, pois, concluir que a duração (por regra, indefinida), a acentuada tutela da estabilidade contratual, a natureza infungível da obrigação do trabalhador, a identificação tendencial de um *intuitus personae* forte, a importância das dimensões pessoal (no que ao trabalhador respeita) e organizacional (no referente ao empregador) – e, neste âmbito, a reconhecida natureza compromissória do contrato de trabalho –, ao que acresce, por fim, a assumida complexidade do vínculo, constituem elementos que contribuem para as especificidades que a suspensão acolhe na esfera laboral e para a particular atenção que lhe é, neste contexto, reservada.

Segue a Parte II da dissertação, em que são objecto de reflexão traços estruturais que demarcam o fenómeno suspensivo em contexto laboral. Para tanto, seleccionámos três elementos – *impossibilidade*, *imputação* e *natureza temporária* – conformadores de aspectos relevantes do fenómeno suspensivo neste domínio.

Working Paper 5/2015, 2015, disponível em http://www.labourlawnetwork.eu/working_paper/working_papers/prm/201/0/index.html. Entre nós, v. ainda Maria Regina REDINHA, *Relações Atípicas de Emprego (A Cautionary Tale)?*, dissert., policop., inédito, FDUP, 2015.

PARTE II

IMPEDIMENTO TEMPORÁRIO DA PRESTAÇÃO DE TRABALHO

CAPÍTULO I

A IMPOSSIBILIDADE ENQUANTO CONCEITO OPERATIVO FUNDAMENTAL

SECÇÃO I

A IMPOSSIBILIDADE E A SUSPENSÃO: RELEVÂNCIA E LIMITAÇÕES

1. A impossibilidade e a suspensão: relevância

I. Registada indissociável relação entre fenómeno suspensivo e vínculo duradouro e assente a sua especial relevância neste contexto¹⁵⁶⁸, avançamos na delimitação do instituto. O art. 294.º dá início a Secção reservada à suspensão laboral, enunciando, no n.º 1, entre os factos determinantes da suspensão, a “impossibilidade temporária [...] de prestação de trabalho”, como hipótese suspensiva comum a trabalhador e empregador¹⁵⁶⁹. Ao que acresce o apelo subordinado aos demais factos suspensivos: conforme o n.º 2, “*permitem também*” o recurso à suspensão laboral o “*lay-off*” e hipóteses de suspensão convencional¹⁵⁷⁰. Por fim, a suspensão “*pode ainda ocorrer*”, nos termos do n.º 3, por meio da *exceptio*, invocada pelo trabalhador¹⁵⁷¹. No domínio da suspensão por factos respeitantes ao trabalhador, a menção à impossibilidade surge, aliás, reforçada, atenta a referência, no art. 296.º, n.º 1, a “*impedimento temporário*”, que haja afectado o trabalhador¹⁵⁷².

Para além do protagonismo assim reservado, no CT, à impossibilidade, também os estudos dedicados à suspensão laboral elegeram, desde cedo, aquele

¹⁵⁶⁸ *Supra*, Parte I.

¹⁵⁶⁹ “A suspensão de contrato de trabalho pode fundamentar-se na impossibilidade temporária [...] total, de prestação de trabalho por facto relativo ao trabalhador ou ao empregador”.

¹⁵⁷⁰ “Permitem também a redução do período normal de trabalho ou a suspensão do contrato de trabalho, designadamente: a) a necessidade de assegurar a viabilidade da empresa e a manutenção de postos de trabalho, em situação de crise empresarial; b) o acordo entre trabalhador e empregador, nomeadamente acordo de pré-reforma”. Relativamente à suspensão convencional, *v. supra* Parte I, Capítulo I, Secção V, Subsecção III, § 2.

¹⁵⁷¹ “Pode ainda ocorrer a suspensão de contrato de trabalho por iniciativa de trabalhador, fundada em falta de pagamento pontual da retribuição”. Quanto à *exceptio*, *v. o referido supra* Capítulo II, § 2.

¹⁵⁷² A respeito de disposição equivalente, no domínio da LCT (o art. 73.º, n.º 1), Bernardo da Gama Lobo XAVIER indicava que “o preceito assenta[va] na relevância específica no contrato de trabalho da impossibilidade temporária e não-imputável ao trabalhador” (*Regime Jurídico do Contrato de Trabalho Anotado* (colab. António Lobo Xavier), 2.ª ed. (act. e ampl.), Atlântida Editora, 1972, p. 154, ênfase nossa). A mesma leitura havia já sido acolhida pelo Autor em estudo anterior: “a razão dos qualificativos está à vista. A impossibilidade deve ser temporária (e não definitiva) porque é em homenagem à eventualidade da continuação das relações de trabalho que o contrato se suspende e não caduca. Deve igualmente a impossibilidade ser não imputável, pois em caso contrário tratar-se-ia do não cumprimento culposo do contrato por parte do trabalhador, com evidentes repercussões disciplinares” (“A estabilidade ...” *cit.*, p. 45).

conceito como noção operativa fundamental¹⁵⁷³. É assim que para MONTEIRO FERNANDES, “em tese geral, a suspensão do contrato de trabalho consiste basicamente na manutenção do vínculo *apesar* de se verificar a *impossibilidade temporária da prestação do trabalho*”¹⁵⁷⁴. A impossibilidade temporária seria, por conseguinte, o conceito-chave a convocar, conforme delimitação operada no Direito comum dos contratos¹⁵⁷⁵: não revestindo natureza definitiva, o contrato subsiste e tal continuidade seria, afinal, reveladora do fenómeno suspensivo¹⁵⁷⁶. Neste contexto, notamos, todavia – tal qual decorre da Parte I da dissertação –, aspecto desconsiderado, quase sem excepção, nos textos que tratam da suspensão laboral: a manter-se o apelo à impossibilidade temporária, haveria que atender às especificidades que a sua operacionalidade reclama em vínculo duradouro. Um tal ajuste é, porém, usualmente descurado: a doutrina delimita a suspensão laboral por transposição da impossibilidade civilística, ainda que acomodando o conceito às especificidades laborais. Nesta leitura, “o regime da suspensão no contrato de trabalho é apenas especial [...] perante a disciplina comum do instituto”¹⁵⁷⁷. Não obstante tais reservas, é ponto assente que a impossibilidade temporária superveniente da prestação (de trabalho) constitui elemento essencial ao exercício da suspensão¹⁵⁷⁸, quer decorrente de facto respeitante ao trabalhador, quer de factos que afectam o empregador¹⁵⁷⁹. Cumpre, pois, delimitá-la adequadamente.

¹⁵⁷³ Assim, “a suspensão do contrato de trabalho visa, precisamente, impedir que a inexecução contratual *resultante de uma impossibilidade temporária* – do trabalhador ou da empresa – conduza à extinção do contrato de trabalho” (José Maria Rodrigues da SILVA, “Modificação, Suspensão e Extinção do Contrato de Trabalho”, *Direito do Trabalho. Curso Promovido pela Procuradoria-Geral da República e Integrado nas Actividades de Formação Permanente dos Magistrados*, Suplemento ao BMJ, 1979, pp. 179-214, p. 198, ênfase nossa).

¹⁵⁷⁴ Acrescentando tratar-se “no fundo de reduzir as sequelas jurídicas da *impossibilidade* aos meros efeitos naturalísticos que ela envolve. A prestação do trabalho *não pode* ser efectuada (sem que tal circunstância possa ser imputada ao trabalhador, bem entendido)? Pois *mantenha-se o contrato*, com todos os seus efeitos – apenas não sendo efectivada a prestação *impossível*” (“Suspensão da ...” *cit.*, p. 134, itálico nosso). Também LOBO XAVIER refere que “o problema da suspensão põe-se a propósito do facto de a prestação do trabalho estar sujeita a eventualidades que *impedem temporariamente a sua realização*, eventualidades que podem ser provenientes de *impedimento* do trabalhador (v. g., doença ou acidente) ou de *impedimento* patronal (v. g., paralisação da empresa por falta de energia ou de matérias-primas)” (“Suspensão ...” *cit.*, p. 910, itálico nosso). Quanto à origem do facto suspensivo, PALMA RAMALHO considera que, para além do acordo das partes, a suspensão pode resultar de uma “*impossibilidade temporária de prestação do trabalho pelo trabalhador*” e “de uma “*impossibilidade temporária de receber o trabalho por parte do empregador*” (*Tratado cit.*, II, pp. 829-830).

¹⁵⁷⁵ “A suspensão do ...” *cit.*, pp. 34 e ss. Nota, a este propósito, MONTEIRO FERNANDES que, “por ser esta noção que verdadeiramente impele o instituto da suspensão contratual, é útil precisá-la com rigor” (p. 36, ênfase nossa).

¹⁵⁷⁶ MONTEIRO FERNANDES, “A suspensão do ...” *cit.*, pp. 26-27.

¹⁵⁷⁷ MONTEIRO FERNANDES, “A suspensão do ...” *cit.*, p. 32.

¹⁵⁷⁸ MONTEIRO FERNANDES, “A suspensão do ...” *cit.*, pp. 56 e 67.

¹⁵⁷⁹ Embora MONTEIRO FERNANDES explicita que “só a inexecução temporária da actividade laboral é verdadeiramente típica na suspensão do contrato de trabalho” (“A suspensão do ...” *cit.*, p. 50, n. 2).

II. Se, atenta a formulação legal, a impossibilidade ocupa, no Direito português, função central à compreensão da suspensão laboral, também noutros ordenamentos, pese embora a falta de apelo expresso, são frequentes as referências à impossibilidade¹⁵⁸⁰. Assim, no Direito espanhol, ainda que o ET não refira a impossibilidade nos mesmos termos, o art. 45 do ET e o elenco dos factos suspensivos ali previstos, inclui, na alínea c), a “*incapacidad temporal de los trabajadores*”¹⁵⁸¹ e, na alínea i), a “*fuerza mayor temporal*”¹⁵⁸². Ora, ainda que à “incapacidade” corresponda âmbito mais restrito que o reservado à “impossibilidade”¹⁵⁸³, não sendo também sobreponíveis os conceitos de “força maior” e de “impossibilidade”¹⁵⁸⁴, a doutrina promove, com frequência, leitura articulada entre “suspensão” e “impossibilidade”¹⁵⁸⁵. Também o TS nota, a este

¹⁵⁸⁰ Importa aqui renovar advertência da maior importância: o apelo a outras experiências jurídicas e, nesse contexto, a busca de institutos equivalentes deve ser cuidadosamente considerada, de forma a não descuidar as idiossincrasias do Direito do Trabalho de cada ordenamento: neste âmbito, as comparações ditam, não raras vezes, equívocos e imprecisões, por se forçar confrontar o que não é comparável ou por se atender apenas a um instituto, sem considerar a malha normativa que o envolve e condiciona. Nesta medida, as notas seguintes pretendem tão-só alertar para os contornos gerais do regime suspensivo ou de institutos aproximados nos ordenamentos espanhol, francês, italiano, inglês e alemão, sem pretensão de exaustividade: assim se munindo o leitor com as ferramentas essenciais à compreensão de apelos pontuais a determinadas regras, decisões jurisprudenciais ou interpretações doutrinárias estrangeiras que considerámos ilustrativo convocar. Impõe-se, por fim, lembrar que as referências aos diversos ordenamentos não assumem por fito análise comparada: se certas matérias nos suscitam maior interesse em dado ordenamento, outras podem surgir referenciadas a propósito de ordenamento distinto, onde tal questão se nos afigure especialmente ilustrativa. Não se inclui, por isso lógica ou grelha comparativa de análise, apenas se assinalando, quando oportuno, traços regimentais expressivos.

¹⁵⁸¹ V., a este propósito, Santiago Romero de BUSTILLO, “Los Apartados c) y d) del Numero 1 del Art. 45 del Estatuto”, *La Suspensión del Contrato de Trabajo* (dir. José María Marín Correa), Consejo General del Poder Judicial, 1994, pp. 107-140, em especial, pp. 113 e ss.

¹⁵⁸² No que respeita à suspensão nestes casos, em moldes que conservam actualidade, v. FERNANDEZ DOMINGUEZ, *La fuerza cit.*, em especial, pp. 214 e ss.

¹⁵⁸³ Embora à luz de enquadramento legal anterior, VIDA SORIA assinalava que a doença “*puede aparecer sin provocar una incapacidad física para la normal realización de las actividades del sujeto. En principio, pues, serán relevantes a los efectos que nos interesan los supuestos extremos de la dolencia, es decir, los que produzcan una imposibilidad para el trabajo*” (*La suspensión cit.*, p. 115).

¹⁵⁸⁴ A impossibilidade pode (ou não) resultar de força maior e a força maior pode (ou não) ditar impossibilidade. Ainda assim, RIVAS VALLEJO refere que, no âmbito da suspensão laboral, “*las teorías de la fuerza mayor y de la imposibilidad sobrevenida constituyen dos estadios en la evolución de un mismo análisis, ocupando un lugar muy destacado entre la doctrina científica (puede decirse que constituyen doctrina mayoritaria)*” (*La suspensión cit.*, p. 41).

¹⁵⁸⁵ Acresce o apelo usual, neste âmbito, ao disposto no art. 30 do ET, em que, sob a epígrafe “*Imposibilidad de la prestación*”, se dispõe: “*si el trabajador no pudiera prestar sus servicios una vez vigente el contrato porque el empresario se retrasare en darle trabajo por impedimentos imputables al mismo y no al trabajador, éste conservará el derecho a su salario, sin que pueda hacersele compensar el que perdió con otro trabajo realizado en otro tiempo*”. Para MARTÍN VALVERDE, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ e GARCÍA MURCIA, há que entender tal imputação no sentido de a origem da inactividade se situar na organização empresarial. Na verdade, “*por aplicación de la doctrina del riesgo de empresa, se evita que la carga de la interrupción recaiga sobre el trabajador, al corresponder propiamente al círculo de riesgo del empresario: éste no recibe el servicio contratado pero está obligado a*

propósito, que “*el denominador común de las causas de suspensión es, con excepción de la enunciada en el primer renglón de la lista («a) Mutuo acuerdo de las partes»), el acaecimiento sobrevenido de una incompatibilidad, incapacidad, imposibilidad o impedimento para la ejecución del trabajo*”¹⁵⁸⁶. De assinalar que sem prejuízo de diferenças incontornáveis, o Direito espanhol constitui, entre os ordenamentos referenciados, o que mais se aproxima da sistemática acolhida entre nós¹⁵⁸⁷: desde o ET (em versão aprovada pela Lei n. 8/1980, de 10.3) que a suspensão é regulada, de forma expressa, sendo-lhe reservada Secção própria¹⁵⁸⁸: a Secção III¹⁵⁸⁹ (“*Suspensión del contrato*” – arts. 45 a 48 bis¹⁵⁹⁰) enquadra expressamente a

remunerarlo” (*Derecho cit.*, p. 619). Já nos casos de suspensão, o empregador encontra-se, por regra, dispensado de qualquer pagamento ao trabalhador (*v. supra* Parte I, Capítulo I, Secção V, Subsecção III, § 2.). Quanto ao art. 30 do ET, *v. FERNANDEZ DOMINGUEZ, La fuerza cit.*, pp. 242 e ss., e SOMOZA ALBARDONEDO e SOMOZA RAMIS, *Suspensiones cit.*, pp. 187 e ss.

¹⁵⁸⁶ Decisão de 25.10.2000, STS 7701/2000, acessível em <<http://www.poderjudicial.es>>.

¹⁵⁸⁷ O tratamento desenvolvido do tema no plano legal é resultado do labor da doutrina e da jurisprudência. O enquadramento positivo promove, por sua vez, em fenómeno circular, reflexão rica da adequação e suficiência dos preceitos legais: assim se explicando a abundante literatura continuamente dedicada ao tema, no Direito espanhol. RIVAS VALLEJO adverte sugestivamente: “*lo que se conoce científicamente como suspensión del contrato de trabajo nos es una figura unitaria regulada como tal por los ordenamientos jurídicos, salvo en el Derecho español, en el que resulta atribuible a un esfuerzo científico del legislador del Estatuto de los Trabajadores de 1980, inspirado por la doctrina iuslaboralista de España*” (*La suspensión cit.*, p. 16).

¹⁵⁸⁸ V. versão consolidada do Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24.3, disponível em <www.boe.es>. Até ao ET a previsão de factos suspensivos na legislação laboral surgia apenas fragmentariamente (RAMÍREZ MARTÍNEZ, “*Naturaleza ...*” *cit.*, p. 13). Também RIVAS VALLEJO reconhece que “*en cuanto a su positivación, el término «suspensión del contrato» o la expresión suspensión de los efectos del contrato no hace su aparición hasta la promulgación de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, de 8 de marzo de 1980, puesto que los textos anteriores, si bien recogían tácitamente la figura, no contenían alusión expresa a ella*” (*La suspensión cit.*, p. 102). Em data anterior ao ET, *v.*, todavia, CARRO IGELMO, que definia a suspensão laboral como “*el cese temporal de la obligación del trabajador de ejecutar una obra o prestar un servicio, así como de otros derechos y deberes propios de la relación laboral, ante la presencia de ciertas causas fijadas por la Ley o estipuladas por contrato*” (*La suspensión cit.*, p. 17).

¹⁵⁸⁹ Que integra o Capítulo III (“*Modificación, suspensión y extinción del contrato de trabajo*”) do Título I (“*De la relación individual de trabajo*”). Esta Secção sucede o regime da “*Movilidad funcional y geográfica*” (Secção I – arts. 39 a 41 do ET) e as “*Garantías por cambio de empresario*” (Secção II – arts. 42 a 44 do ET), antecedendo as disposições relativas à “*Extinción del contrato*” (Secção IV – arts. 49 a 57 do ET).

¹⁵⁹⁰ O art. 45 trata das “*Causas y efectos de la suspensión*” e o art. 46 das “*Excedencias*”. Estas podem assumir duas modalidades: a “*forçosa*” – incluída, expressamente, entre as hipóteses suspensivas (art. 45, n.º 1, k)) – e a “*voluntária*” que, apesar de regulada na mesma disposição, é, para alguns autores, considerada figura distinta da suspensão (quanto aos traços específicos da “*excedencia voluntaria*”, *v. o referido supra* Parte I, Capítulo I, Secção V, Subsecção III, § 1.). O art. 47 refere-se à “*Suspensión del contrato o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor*”, o art. 48 à “*Suspensión con reserva de puesto de trabajo*” (*v.*, a tal propósito, *supra* Parte I, Capítulo I, Secção V, Subsecção III, § 1.), e o art. 48 bis da “*Suspensión del contrato de trabajo por paternidad*”. O art. 45 do ET é a primeira disposição da Secção dedicada à suspensão e os factos suspensivos ali previstos incluem, quer o “*mutuo acuerdo de las partes*”, quer as hipóteses “*consignadas válidamente en el contrato*” (art. 45, n.º 1, a) e b)). É, em seguida, referida a “*incapacidad temporal de los trabajadores*” (art. 45, n.º 1, c)) e circunstâncias diversas, relativas à parentalidade (art. 45, n.º 1, d)). Acresce o “*cumplimiento del*

ocorrência, no decurso do contrato de trabalho, de eventos que, atingindo directamente o trabalhador ou o empregador entravam, temporariamente, a normal execução¹⁵⁹¹. Tal qual no Direito português, atenta a ausência de um conceito legal, não só é frequente reconduzir a suspensão laboral a vicissitude contratual, traduzida na paralisação temporária dos efeitos principais do contrato^{1592/1593}, como os contornos do instituto resultam de elaboração doutrinária e jurisprudencial, tecida em função dos factos suspensivos elencados, efeitos estatuídos e contraposição perante institutos afins.

O enquadramento expresso da suspensão no ET e a sistemática acolhida promovem, porém, reflexão crítica na doutrina¹⁵⁹⁴. Desde logo, a Secção III, supostamente dedicada apenas à suspensão, trata, na verdade, de situações

servicio militar o de la prestación social sustitutoria" (art. 45, n.º 1, e)), o *"ejercicio de cargo público representativo"* (art. 45, n.º 1, f)), a *"privación de libertad del trabajador, mientras no exista sentencia condenatoria"* (art. 45, n.º 1, g)), a *"suspensión de sueldo y empleo, por razones disciplinarias"* (art. 45, n.º 1, h)), a *"fuerza mayor temporal"* e as *"causas económicas, técnicas, organizativas o de producción"* (art. 45, n.º 1, i) e j)), a *"excedencia forzosa"* (art. 45, n.º 1, k)), o *"ejercicio del derecho de huelga"* e de *"cierre legal de la empresa"* (art. 45, n.º 1, l) e m)) e a suspensão *"por decisión de la trabajadora que se vea obligada a abandonar su puesto de trabajo como consecuencia de ser víctima de violencia de género"* (art. 45, n.º 1, n)). V. ainda o previsto no art. 9 (*"Promoción interna"*) do Real Decreto 1382/1985, de 1.8, *"por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección"*. Ali se dispondo que *"un trabajador vinculado a una empresa por una relación laboral común"* pode passar a exercer *"actividades de alta dirección en esa misma empresa o en otra que mantuviese con ella relaciones de grupo u otra forma asociativa similar"* (n.º 1). Nessas circunstâncias, *"en el contrato se especificará si la nueva relación especial sustituye a la común anterior, o si esta última se suspende"* (n.º 2). Sendo certo que em *"caso de no existir en el contrato especificación expresa al respecto se entenderá que la relación laboral común queda suspendida"* (*idem*). Mais se referindo que *"si se optase por la sustitución de la relación laboral común por la especial, tal novación sólo producirá efectos una vez transcurridos dos años desde el correspondiente acuerdo novatorio"*. Por fim se indicando que *"en caso de simple suspensión de la relación laboral común anterior, al extinguirse la relación laboral especial, el trabajador tendrá la opción de reanudar la relación laboral de origen, sin perjuicio de las indemnizaciones a que pueda tener derecho a resultas de dicha extinción. Se exceptúa de esta regla el supuesto de la extinción del contrato especial de alta dirección por despido disciplinario declarado procedente"* (n.º 3).

¹⁵⁹¹ MARTÍN VALVERDE, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ e GARCÍA MURCIA, *Derecho cit.*, pp. 755 e ss. A este propósito, v. ainda o Guia laboral do Ministerio del Empleo y Seguridad Social, acessível em <<http://www.empleo.gob.es/es/Guia/texto/index.htm>>.

¹⁵⁹² MARTÍN VALVERDE, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ e GARCÍA MURCIA, *Derecho cit.*, pp. 755 e ss., que reconduzem a *"Suspensión de la relación de trabajo"* – enquanto paralisação temporária ou transitória dos seus efeitos principais (p. 756) – ao tema das *"Vicisitudes de la relación de trabajo"* (pp. 719-772), a par do *"El cambio de los sujetos de la relación de trabajo"* (pp. 719-733), *"Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo"* (pp. 733-741), *"Movilidad geográfica"* (p. 741-750), *"Ascensos"* (pp. 750-755), e *"Excedencias"* (pp. 767-773).

¹⁵⁹³ Afinal, de acordo com o art. 45, n.º 2, do ET, *"la suspensión exonera de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo"*. O que não impede, todavia, o direito a prestações da segurança social, conforme informação acessível em <http://www.seg-social.es/Internet_1/Trabajadores/PrestacionesPension10935/Accionprotectorapre12778/index.htm>. Quanto à essencialidade que reveste, neste ordenamento, a suspensão da retribuição, v. ainda *supra* Parte I, Capítulo I, Secção V, Subsecção III, § 2.

¹⁵⁹⁴ Assim, Ramírez Martínez, que assinala que o conjunto normativo é confuso e pouco preciso tecnicamente, promovendo dúvidas interpretativas que condicionam a delimitação da própria suspensão (*"Naturaleza ..."* *cit.*, p. 12).

diversas, atenta a natureza dúbia da “*excedencia voluntaria*”¹⁵⁹⁵. Acrescem referências pouco coerentes e ordenadas: a “*excedencia forzosa*” é incluída no elenco de factos suspensivos – cf. art. 45, n.º 1, k) –, mas, depois, regulada, especificamente, no art. 46 (“*Excedencias*”); com a agravante de se entender que a “*excedencia forzosa*”, enquanto facto suspensivo (art. 45, n.º 1, k)), não é mais, em substância, do que o “*ejercicio de cargo público representativo*”, hipótese já elencada no art. 45, n.º 1, f): as hipóteses suspensivas previstas no n.º 1, f) e k) duplicariam, pois, referência à mesma realidade. Por fim, a suposta agregação seria, em certa medida, ilusória, sendo possível encontrar, fora do conjunto reservado à suspensão, regras dispersas que complementaríamos aquele elenco¹⁵⁹⁶.

Importa, todavia, ter presente que embora a impossibilidade revista relevância incontestada no tratamento doutrinário da matéria¹⁵⁹⁷ – RAMÍREZ MARTÍNEZ assinala, aliás, que a compreensão tradicional da suspensão repousa em “*circunstancias que suponen, en sentido amplio, una imposibilidad de prestar el trabajo, en que la falta de ejecución de la prestación es involuntaria*”, admitindo-se, ainda assim, progressiva ampliação de uma tal concepção (estrita) “*a situaciones en que el trabajador, aunque no imposibilitado para prestar su trabajo, no lo presta porque ejerce un derecho*”¹⁵⁹⁸ –, o ET não acolhe referência (expressa) aglutinadora à impossibilidade¹⁵⁹⁹: trata autonomamente hipóteses suspensivas várias (v.g., incapacidade do trabalhador, prisão ou cumprimento de obrigações militares), a par de factos referentes ao empregador, que justificam a desocupação transitória. Já no Direito português a fórmula da impossibilidade agrega factos suspensivos muito diferenciados, do que resultam, porém, entraves funcionais incontornáveis.

III. Assinalámos oportunamente que a relevância da suspensão em contexto laboral resulta, a par de outros factores, das restrições à livre cessação, pelo empregador, atenta a tutela afecta à posição do trabalhador, quanto à

¹⁵⁹⁵ V., a este propósito, *supra* Parte I, Capítulo I, Secção V, Subsecção III, § 1.

¹⁵⁹⁶ O art. 37, n.º 3, d) do ET – ainda incluído na Secção V (“*Tiempo de trabajo*”) do Capítulo II (“*Contenido del contrato de trabajo*”) – prevê “interrupções não periódicas”, que poderão gerar uma situação de “*excedencia forzosa*”. Assim, RAMÍREZ MARTÍNEZ, “*Naturaleza ...*” cit., p. 12, e RIVAS VALLEJO, *La suspensión cit.*, p. 156.

¹⁵⁹⁷ “*Así se establece como principio que imposibilidades sobrevenidas no imputables y de carácter temporal producen suspensión, antes de llegar a ser causas aptas para justificar la extinción del vínculo*” (VIDA SORIA, *La suspensión cit.*, p. 19).

¹⁵⁹⁸ “*Naturaleza ...*” cit., p. 18.

¹⁵⁹⁹ Não obstante, RIVAS VALLEJO confirma: “*la tesis de la imposibilidad sobrevenida, que en el Derecho español queda positivada en los arts. 1105 y 1184 del Código civil, puede sintetizarse como sigue. La suspensión de la relación laboral es provocada por la imposibilidad temporal y sobrevenida de cumplimiento de una de las prestaciones básicas del contrato, bien sea cumplir el deber de ofrecer trabajo y remunerarlo – obligación empresarial –, ya sea realizar el trabajo – obligación de carácter infungible, del trabajador, que compromete su propia persona en la relación contractual*” (*La suspensión cit.*, p. 44). Veremos, adiante, as imprecisões que apontamos a semelhantes referências (*infra*, Secção IV).

estabilidade do emprego¹⁶⁰⁰: a suspensão pode, afinal, terminar por uma de duas vias – retoma à plena execução ou cessação contratual. Perante a possibilidade de a suspensão redundar em desfecho extintivo, importa considerar, ainda que brevemente, o enquadramento geral da cessação, no ordenamento espanhol^{1601/1602}: se, neste âmbito, o trabalhador dispõe, por regra, de ampla autonomia¹⁶⁰³, ao empregador não é reservada margem idêntica¹⁶⁰⁴:

¹⁶⁰⁰ Cf. *supra*, Parte I, Capítulo I, Secção V, Subsecção III, § 1. e Capítulo VI, § 1.

¹⁶⁰¹ Exercício reiterado seguidamente, a respeito dos ordenamentos francês, italiano, inglês e alemão. Revestindo particular importância no contexto da dissertação, sobretudo o enquadramento geral de cessação por iniciativa do empregador, em vínculo de duração indefinida, apenas acessoriamente serão enunciadas hipóteses de cessação por iniciativa do trabalhador, não sendo referida a cessação por acordo, nem no período experimental; também a extinção em razão de reforma do trabalhador não será tratada. Por fim, atento o fito preciso destas indicações, não será feita menção aos montantes porventura devidos ao trabalhador, em caso de cessação.

¹⁶⁰² Retomamos a advertência *supra*, n. 1580. No plano extintivo, o apelo a outros ordenamentos peca por frequente imprecisão. As regras de cessação e, em particular, a maior ou menor autonomia conferida, neste âmbito, ao empregador, condicionam naturalmente a tutela conferida ao tempo de execução contratual: um regime especialmente flexível em matéria extintiva defrauda o rigor aparente das normas que disciplinam a execução do contrato. Por sua vez, assume elevada complexidade o confronto de níveis de rigidez laboral, ainda que correspondendo a exercício frequente no plano internacional (tal qual promovido pela OCDE, conforme métrica comparativa e indicadores inevitavelmente insuficientes – cf. <<http://www.oecd.org/employment/emp/oecdindicatorsofemploymentprotection.htm>>). A tutela reservada à cessação varia em função de inúmeros factores, que não acolhem tratamento simétrico, nos diversos ordenamentos: assim, desde logo, se o regime que enquadra a extinção tem aplicação condicionada, conforme a dimensão da empresa – o que, por sua vez, regista variação, consoante o tecido empresarial predominante, em cada ordenamento – ou se tais preceitos têm aplicação apenas após o decurso de dado período mínimo de execução contratual. A percepção do regime extintivo resulta ainda desvirtuada caso se desconsiderem as normas que enquadram a formação do contrato – não só a delimitação (mais ou menos abrangente) do vínculo laboral, mas também a maior ou menor flexibilidade no que respeita à contratação a termo e temporária –, a hierarquização das fontes e a modificação do contrato. Concorrem ainda outros elementos, tal qual se a tutela reservada ao trabalhador assume natureza tendencialmente uniforme ou se são previstos níveis diferenciados de flexibilidade; importa considerar também o custo económico da cessação (*i.e.*, em que medida o despedimento se afigura mais ou menos dispendioso) e o nível de salvaguarda da estabilidade (*v.g.*, os efeitos de cessação ilegal – *maxime*, se é prevista obrigação de reintegração ou de pagamento de indemnização). Nesta medida, as observações subsequentes, quanto às regras que, em cada ordenamento, enquadram a cessação do contrato de trabalho, não só não têm pretensão comparativa – já que tal pressuporia outro rigor de análise –, como não reflectem uma análise exaustiva do regime vigente, em cada hipótese. Tem-se, pois, em vista apenas uma aproximação ao regime geral extintivo, assim melhor se enquadrando o fenómeno suspensivo laboral, em cada ordenamento. Neste âmbito, revestindo particular interesse o Relatório da *European Labour Law Network, Protection against dismissal in Europe – Basic features and current trends*, 2011, acessível em <http://www.labourlawnetwork.eu/publications/prm/73/size__1/index.html>.

¹⁶⁰³ Ainda em decorrência do direito de livre escolha de profissão (cf. art. 35, n.º 1, da CEsp.). Assim, em geral, o trabalhador pode pôr fim ao contrato por “*dimisión*”, que não exige motivação específica (art. 49, n.º 1, d) do ET) e por “*resolución causal*”, por incumprimento contratual (art. 49, n.º 1, j) do ET). Acresce o “*desistimiento*”, no “*período de prueba*” (art. 14, n.º 2, do ET). Referindo a evolução do Direito do Trabalho em Espanha, *v.* MARTÍN VALVERDE, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ e GARCÍA MURCIA, *Derecho cit.*, pp. 70 e ss.

a) O enquadramento legal da cessação do contrato de trabalho resulta, no essencial, do previsto no art. 49 do ET¹⁶⁰⁵, com concretização subsequente nos arts. 50 a 57 do ET¹⁶⁰⁶. Assim, quanto à extinção unilateral promovida pelo empregador, o art. 49 do ET faz menção ao “*despido del trabajador*” (n.º 1, k)¹⁶⁰⁷, a “*causas objetivas*” (n.º 1, l)¹⁶⁰⁸, ao

¹⁶⁰⁴ Não obstante o acolhimento constitucional da liberdade de empresa (cf. art. 38 da CEsp.).

¹⁶⁰⁵ A norma não é, todavia, exaustiva, havendo que considerar outras formas extintivas previstas noutros diplomas.

¹⁶⁰⁶ A doutrina espanhola agrega frequentemente as hipóteses extintivas em três conjuntos: (i) por acto unilateral de uma das partes (trabalhador ou empregador); (ii) por acordo das partes e, por fim, (iii) por circunstâncias que afectam o trabalhador ou o empregador e que inviabilizam física ou legalmente a continuação do vínculo (MARTÍN VALVERDE, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ e GARCÍA MURCIA, *Derecho cit.*, p. 775).

¹⁶⁰⁷ O “*despido*” carece sempre de motivação específica. Em particular, quanto ao “*despido disciplinario*”, tem aplicação o previsto no art. 54, n.ºs 1 e 2, do ET. No Direito espanhol, o “*despido disciplinario*”, não sendo “*procedente*” (art. 55, n.º 7), pode ser qualificado de “*improcedente*” ou “*nulo*” (cf. arts. 56 e 55, n.º 5, do ET, respectivamente). No despedimento “*nulo*”, o empregador está obrigado à readmissão do trabalhador (cf. art. 55, n.º 6, do ET); já o despedimento “*improcedente*” confere, regra geral, ampla margem ao empregador, atenta a opção por readmissão do trabalhador ou por pagamento de indemnização (cf. art. 56, n.º 1, do ET). Sobre o tema, v. MARTÍN VALVERDE, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ e GARCÍA MURCIA, *Derecho cit.*, pp. 777 e ss.

¹⁶⁰⁸ Hipóteses concretizadas no art. 52 do ET, justificando-se especial menção à cessação “*por ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa*” (art. 52, a) do ET). A inaptidão pode derivar de factores diversos, *formais* – tal qual a ausência de habilitação legal – ou *materiais* – como a falta de capacidade para o exercício profissional. Procurando distinguir o “*despido*” por inaptidão de outras hipóteses, como a “*incapacidade temporária*”, a “*incapacidade permanente*” ou a “*diminuição voluntária de rendimento*”, é assinalado que a incapacidade temporária, pressupondo incapacitação passageira, não é causa de “*despido*”, mas de suspensão laboral (cf. art. 45, n.º 1, c) do ET; a tal propósito e em especial quanto às prestações devidas ao trabalhador, v. os dados disponibilizados pela segurança social em

<http://www.seg-social.es/Internet_1/Trabajadores/PrestacionesPension10935/Incapacidadtemporal/RegimenGeneral/index.htm>. Por sua vez, a incapacidade permanente deriva de “*una reducción anatómica o funcional grave y es causa autónoma de extinción del contrato de trabajo según el artículo 49, n.º 1, e) ET*” (MARTÍN VALVERDE, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ e GARCÍA MURCIA, *Derecho cit.*, p. 799; v. ainda no plano da segurança social, <http://www.seg-social.es/Internet_1/Trabajadores/PrestacionesPension10935/Incapacidadpermanen10960/index.htm>). Por fim, a diminuição voluntária de rendimento é considerada imputável ao trabalhador, traduzindo incumprimento contratual, podendo justificar “*despido disciplinario*” (cf. art. 54, n.º 2, e) do ET). O art. 52 prevê ainda, na alínea b), a cessação por “*por falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo, cuando dichos cambios sean razonables*” e, na alínea c), a extinção “*cuando concorra alguna de las causas previstas en el artículo 51.1 de esta Ley*” – norma que enquadra o despedimento colectivo – “*y la extinción afecte a un número inferior al establecido en el mismo*”, o que justifica, aliás, que, por vezes, este despedimento seja sugestivamente qualificado de “*despido colectivo menor*”. Assume também importância, no que respeita ao combate ao absentismo, a causa extintiva prevista no art. 52, d) do ET: faltas de comparência ao trabalho, ainda que justificadas, contanto que intermitentes, que atinjam determinados níveis: 20% dos dias úteis em dois meses consecutivos, sempre que o total de faltas nos doze meses anteriores atinja 5% dos dias úteis; alternativamente, 25% em quatro meses descontínuos, num período de doze meses. Para um tal efeito, não são computadas como

“despido colectivo fundado en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción” (n.º 1, i)¹⁶⁰⁹ e à “fuerza mayor que imposibilite definitivamente la prestación de trabajo” (n.º 1, h)¹⁶¹⁰¹⁶¹¹.

b) Havendo que considerar ainda outras hipóteses que não expressam *“una voluntad encaminada directa y exclusivamente a la extinción del contrato, sino que derivan de una decisión o acontecimiento que provoca, exige ou justifica su finalización”*¹⁶¹², aqui se enquadrando situações várias, tal qual a morte ou a incapacidade permanente do trabalhador (art. 49, n.º 1, e)¹⁶¹³, a *“jubilación del trabajador”* (art. 49, n.º 1, f)¹⁶¹⁴ e ainda a morte, *“jubilación”* ou a incapacidade do empregador (art. 49, n.º 1, g)^{1615/1616}. É, por fim, feita

faltas as ausências devidas a greve lícita, por exercício de actividades de representação dos trabalhadores, acidente de trabalho, maternidade, risco durante a gravidez e aleitação, doenças por gravidez, parto ou aleitação, paternidade, licenças e férias, doença ou acidente não profissional quando a baixa tenha sido fixada pelos serviços de saúde oficiais e tenha uma duração superior a vinte dias consecutivos, nem as motivadas por situação física ou psicológica derivada de violência de género. Também não relevam para este cômputo as ausências por tratamento médico de doença oncológica. Quanto à referência, assim feita, à doença ou acidente não profissional, dir-se-á que esta solução procura combater, sobretudo, ausências por doença de curta duração, por corresponderem às hipóteses mais frequentes (MARTÍN VALVERDE, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ e GARCÍA MURCIA, *Derecho cit.*, p. 801; v. ainda Iciar Alzaga RUIZ, “Extinción del Contrato de Trabajo por Faltas Justificadas de Asistencia: Cálculo de los Índices de Absentismo tras la Aprobación del Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de Febrero: Comentario a la STS de 13 de Octubre de 2014”, *Revista de Información Laboral*, 2015, n.º 3, pp. 125-133). É, a este propósito, indicado que embora a lei refira a extinção do contrato *“por causas objetivas”* (cf. art. 49, n.º 1, l) do ET), materialmente, estar-se-á perante um *“despido”*, já que a cessação decorre de uma decisão do empregador, havendo que dar observância, neste âmbito, ao previsto no art. 53 do ET (MARTÍN VALVERDE, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ e GARCÍA MURCIA, *Derecho cit.*, p. 798). Quanto aos efeitos do *“despido”* (*“procedente”*, *“improcedente”* ou *“nulo”*), ainda que com as necessárias adaptações, têm aplicação as regras previstas para o *“despido disciplinario”*.

¹⁶⁰⁹ Previsto mais desenvolvidamente no art. 51 do ET. A respeito das hipóteses ali reconduzíveis, dir-se-á que estamos perante causas diversas: umas vezes endógenas e outras exógenas, enquanto decorrência de factores externos (MARTÍN VALVERDE, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ e GARCÍA MURCIA, *Derecho cit.*, p. 806; v. ainda pp. 805-815).

¹⁶¹⁰ Conforme o art. 51, n.º 7, § 1, *“la existencia de fuerza mayor, como causa motivadora de la extinción de los contratos de trabajo, deberá ser constatada por la autoridad laboral”*, com observância do procedimento indicado naquela disposição. A força maior surge como acontecimento de origem externa à organização, de natureza imprevisível ou, em todo o caso, inevitável, que *“imposibilite definitivamente”* o trabalho (MARTÍN VALVERDE, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ e GARCÍA MURCIA, *Derecho cit.*, p. 815). Na ausência de definição legal na legislação laboral actual, mantém-se usual o recurso ao art. 1105 do CCesp, que ali enquadra os *“sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables”* (p. 806; v. ainda pp. 815-816). São inúmeras as referências bibliográficas a este propósito – reservamos, no entanto, destaque a FERNANDEZ DOMINGUEZ, *La fuerza cit.*, em especial, pp. 187 e ss.

¹⁶¹¹ Ao que acresce o *“desistimiento”* durante no *“período de prueba”* (cf. art. 14, n.º 2, do ET).

¹⁶¹² MARTÍN VALVERDE, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ e GARCÍA MURCIA, *Derecho cit.*, p. 776.

¹⁶¹³ MARTÍN VALVERDE, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ e GARCÍA MURCIA, *Derecho cit.*, p. 830.

¹⁶¹⁴ Sobre esta hipótese, v. MARTÍN VALVERDE, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ e GARCÍA MURCIA, *Derecho cit.*, pp. 831-832.

¹⁶¹⁵ Aqui não se incluindo situações de incapacidade técnica ou de falta de habilidade do empregador para a gestão da empresa – hipóteses que antes se reconduzem às razões que

referência à extinção do contrato por "*extinción de la personalidad jurídica del contratante*"^{1617/1618}.

IV. A solução é distinta no Direito francês, já que o *Code du Travail* não acolhe perfeita sistematização da matéria, atenta a dispersão de variantes suspensivas. Não obstante, os contributos da doutrina¹⁶¹⁹ e da jurisprudência afiguram-se suficientemente estruturados para a ordenação de tais disposições, referindo hipóteses suspensivas várias, por motivos relativos ao trabalhador e ao

motivam o despedimento colectivo (cf. art. 51 do ET). Dando conta que a questão é, não obstante, controversa, v. MARTÍN VALVERDE, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ e GARCÍA MURCIA, *Derecho cit.*, p. 833.

¹⁶¹⁶ Nestas situações, a extinção apenas tem lugar se não houver sucessão na empresa ou no negócio (MARTÍN VALVERDE, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ e GARCÍA MURCIA, *Derecho cit.*, p. 834).

¹⁶¹⁷ Esta última hipótese segue, todavia, o regime do despedimento colectivo (cf. art. 49, n.º 1, g), § 3).

¹⁶¹⁸ A par de outras alterações, merece especial referência a reforma laboral de 2012, com destaque para as modificações introduzidas no ET em matéria suspensiva e extintiva, pela *Ley 3/2012*, de 6.7, aqui se incluindo "*medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*". Reveste também relevância o previsto no *Real Decreto 1483/2012*, de 29.10, "*por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada*" - versões consolidadas disponíveis em <www.boe.es>. Após a publicação destes diplomas, foi produzida abundante reflexão doutrinária, com destaque para o texto de Joaquín García MURCIA, "El Derecho del Trabajo en España a la Altura de 2012: Líneas de Evolución y Transformaciones Recientes", *Congreso Europeo de Derecho do Trabalho* (coord. José João Abrantes), Almedina, 2014, pp. 483-508, pp. 498 e ss. Indica o Autor que "*en el plano de las ideas inspiradoras o de las fuentes de influencia, la reforma laboral de 2012 vuelve a inscribir-se en la conocida senda de la «flexiseguridad», entendida como una técnica de regulación que aspira a combinar un adecuado grado de «flexibilidad» a favor de las empresas, con vistas a una mejor gestión de sus recursos humanos con suficientes dosis de «seguridad» para los trabajadores, entendida cuando sea posible como estabilidad en el empleo pero también entendida como atención y cuidado constante de la trayectoria profesional y vital de quienes necesitan trabajar para vivir, ya sea mediante programas y medidas de formación continua, ya sea mediante la cobertura económica de las situaciones de desempleo*" (pp. 499-500) V. ainda, Miguel Angel Purcalla BONILLA e Carlos Hugo Preciado DOMÈNECH, "Extinción del Contrato de Trabajo versus Suspensión y Reducción de Jornada en el Real Decreto-Ley 3/2012", *Aranzadi Social*, 2012, vol. 5, n.º 2, pp. 307-334, Sofía Olarte ENCABO, "«Liberalización» y «Subvención» de la Suspensión del Contrato de Trabajo y de la Reducción Temporal de la Jornada de Trabajo por Causas Económicas, Técnicas, Organizativas o de Producción (Art. 47 ET) tras la Reforma de 2012", *Documentación Laboral*, 2012, n.ºs 95-96, pp. 77-88, e Cristina Esteban LUQUE, Carlos Gil IGLESIAS e Ana Higuera GARRIDO, "Suspensión del Contrato o Reducción de Jornada de Trabajo por Causas Económicas, Técnicas, Organizativas o de Producción en Virtud del Artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores", *ICADE - Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, 2013, n.º 88, pp. 129-168. Por fim, com interesse, v. o Guia Laboral del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2014, acessível em <<http://www.empleo.gob.es/es/Guia/>>, assumindo especial utilidade o disposto no Título VII - "*Modificación, suspensión y extinción del contrato de trabajo*", (<http://www.empleo.gob.es/es/Guia/texto/guia_7/index.htm>).

¹⁶¹⁹ "*Pendant longtemps l'originalité et l'unité des problèmes aujourd'hui étudiés sous la dénomination générique de suspension du contrat de travail, ont échappé à la doctrine*" (CAMERLYNCK, *Droit cit.*, p. 273). Assumindo, neste âmbito, especial destaque a obra de BÉRAUD, *La suspension cit.*

empregador¹⁶²⁰. E também neste âmbito o apelo à impossibilidade é usual, como ponto de partida para reflexões mais aprofundadas. É assim que

¹⁶²⁰ Em suma, se o CT português e o ET espanhol procuram, não obstante a rebeldia do fenómeno, agregar hipóteses suspensivas várias, reservando-lhes tratamento sistemático próprio, no Direito francês, as referências à suspensão decorrem, sobretudo, da alocação de uma tal qualificação a circunstâncias distintas, autonomamente tratadas – v.g., doença ou acidente profissional (cf. arts. L 1226-7 a 9 do *Code du travail* – versão consolidada em <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006072050>>) e não profissional (cf. art. L 1226-1-1 do *Code du travail*), bem como licenças várias: assim, nomeadamente, e com menção expressa à “suspension”, v. o enquadramento reservado à “*congé de maternité*” (cf. arts. L 1225-8, L 1225-16 a 29 e D 1225-4 do *Code du travail* – v. ainda informação acessível em <<http://vosdroits.service-public.fr/particuliers/F2265.xhtml>>; por sua vez, no que respeita à tutela reforçada da estabilidade do vínculo, em função das limitações que condicionam, em tais casos, o despedimento, v. arts. L 1225-4 a 6 e os dados disponíveis em <<http://vosdroits.service-public.fr/particuliers/F2873.xhtml>>), à “*congé de paternité*” (cf. arts. L 1225-35 e 36 e D 1225-8 e informação a consultar em <<http://vosdroits.service-public.fr/particuliers/F3156.xhtml>>), à “*congé d'adoption*” (cf. arts. L 1225-37 a 46-1; v. ainda <<http://vosdroits.service-public.fr/particuliers/F2268.xhtml>>) ou à “*congé parental d'éducation*” (cf. arts. L 1225-47 a 60 e dados disponíveis em <<http://vosdroits.service-public.fr/particuliers/F2280.xhtml>>). Reveste também interesse a “*congé pour la création ou la reprise d'entreprise*”, indicada nos arts. L 3142-78 a 90 e D 3142-41 a 46 (v. informação adicional em <<http://vosdroits.service-public.fr/particuliers/F2382.xhtml>>) e a “*congé d'un élu local pour exercer son mandat*”, de acordo com o enquadramento previsto nos arts. L 2123-1 a 10, L 3123-1 a 8 e L 4135-1 a 8 do *Code général des collectivités territoriales*, acessível em <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?idSectionTA=LEGISCTA000006192385&cidTexte=LEGITEXT000006070633>>; v. ainda informação coligida em <<http://vosdroits.service-public.fr/particuliers/F2310.xhtml#N102AA>>.

Acrescem outras situações, tal qual a suspensão disciplinar e a suspensão preventiva. A “*mise à pied disciplinaire*” traduz, enquanto sanção disciplinar, hipótese suspensiva (cf. arts. L 1331-1 e ss. e R 1332-1 e ss. do *Code du travail*); já quanto à “*mise à pied conservatoire*”, de aplicação eventual no decurso de processo disciplinar, em momento anterior à aplicação de sanção, v. o art. L 1332-3 do *Code du travail*. A “*mise à pied conservatoire*” pode determinar perda de retribuição, identificando-se abundante jurisprudência, a tal respeito – assim, nomeadamente, decisão da *Cassation, Chambre sociale*, de 17.1.2001, Recurso n.º 97-40.288, acessível em <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007422209&fastReqId=1753993511&fastPos=1>>. Por sua vez, no que respeita à imputação do tempo de “*mise à pied conservatoire*” na “*mise à pied disciplinaire*”, v. decisão da *Cassation, Chambre sociale*, de 5.7.2006, Recurso n.º 03-46361, a consultar em <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007053131&fastReqId=60738919&fastPos=1>>.

Também ao exercício do direito à greve corresponde circunstância suspensiva. A par de outras disposições, o art. L 2511-1 do *Code du travail* dispõe que “*l'exercice du droit de grève ne peut justifier la rupture du contrat de travail, sauf faute lourde imputable au salarié*”, mais se referindo que “*tout licenciement prononcé en absence de faute lourde est nul de plein droit*” – v. ainda, em matéria de não discriminação, o disposto no art. L 1132-2 do *Code*, tendo também aplicação o art. R 3243-4.

A par de efeitos transversais às diversas hipóteses suspensivas são, não raras vezes, associados efeitos distintos. Se a suspensão dita, por regra, não só a inactividade do trabalhador, mas a dispensa do pagamento da retribuição, certas circunstâncias, tal qual a doença do trabalhador, impõem ao empregador o pagamento de “*indemnités complémentaires*” – que acrescem, então, às “*indemnités journalières*” devidas pela Segurança Social (v. *infra* n. 4026). Vimos também que o nível de tutela da estabilidade do vínculo regista variações significativas: se os arts. L 1225-66 a 69 (“*Démision pour élever un enfant*”) enquadram hipótese extintiva à qual é acoplada preferência no reingresso, o art. L 1225-24 (“*congé de maternité*”) dispõe expressamente que “*le*

CAMERLYNCK condiciona a operacionalidade da suspensão laboral, primeiro, a uma impossibilidade de execução, com apelo à noção civilista da força maior, ainda que temperada¹⁶²¹; havendo, em seguida, que contar que a

congé de maternité entraîne la suspension du contrat de travail. La salariée avertit l'employeur du motif de son absence et de la date à laquelle elle entend y mettre fin". Mais se referindo que "*la durée de ce congé est assimilée à une période de travail effectif pour la détermination des droits que la salariée tient de son ancienneté*" (v., a tal propósito, *supra* n. 256). Certo também que quanto ao cômputo da antiguidade as regras nem sempre são idênticas – v. o disposto no art. L 1234-11 do *Code du travail* (cf. *supra*, n. 279).

Por sua vez, no que respeita ao "*chômage partiel*", importa considerar, no essencial, o disposto nos arts. L 5122-1 a 4 do *Code du travail*. Conforme o art. L 5122-1, II, "*le contrat de travail des salariés placés en activité partielle est suspendu pendant les périodes où ils ne sont pas en activité*". O art. L 5122-1 indica as situações que legitimam o recurso a uma tal medida, prevendo não só o dever de o empregador proceder ao pagamento de indemnização, mas também a comparticipação financeira que poderá ser assumida pelo Estado. Por sua vez, o art. L 5122-2 prevê o direito dos trabalhadores a formação e o art. L 5122-4 o regime fiscal reservado à indemnização devida. Estas normas sofreram alterações significativas em 2013/2014, tendo ainda desenvolvimento na parte regulamentar do *Code du travail*, sobretudo nos arts. R 5122-1 e ss.: em especial, quanto aos valores devidos ao trabalhador, v. art. R 5122-18 e, quanto à autorização necessária e duração máxima, o art. R 5122-9. Com interesse esquemático, v. a informação disponibilizada em <<http://vosdroits.service-public.fr/professionnels-entreprises/F592.xhtml>>. Com relevância, explicitando as principais alterações introduzidas nesta matéria pela Lei n.º 2013-504, de 14.6.2013, "*relative à la sécurisation de l'emploi*" – a consultar em <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexteArticle.do;jsessionid=F4DDBD26DD9CBC9A5C780C1162C9B0A0.tpdila10v_3?cidTexte=JORFTEXT000027546648&idArticle=LEGIARTI000027548721&dateTexte=20130617> –, v. a Circular n.º 2013-12, de 12.7.2013, da *Délégation Générale à l'Emploi et à la Formation Professionnelle* "*relative à la mise en œuvre de l'activité partielle*", acessível em <http://circulaires.legifrance.gouv.fr/pdf/2013/07/cir_37288.pdf>.

Também a celebração do designado "*contrat d'engagement*", que assume a qualificação do trabalhador como "*réserviste militaire*", pode promover a suspensão laboral (v., a tal propósito, os arts. L 4211-1 a 10 do *Code de la défense* – versão consolidada disponível em <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=5477C672978C162F9823D2C8D2B51176.tpdila10v_3?cidTexte=LEGITEXT000006071307&dateTexte=20150317>). Têm ainda aplicação os arts. L 2171-1 a 7 deste Código ("*Dispositif de réserve de sécurité nationale*"), assumindo especial interesse o disposto no art. L 2171-5, onde é indicado que "*aucun licenciement ou déclassement professionnel, aucune sanction disciplinaire ne peut être prononcé à l'encontre d'un réserviste en raison des absences résultant de l'application du présent chapitre*". Sobre tal hipótese, v. informação esquemática disponível em <<http://vosdroits.service-public.fr/particuliers/F1188.xhtml>>.

A estes casos acrescem outros tantos, em que a a suspensão resulta do labor da jurisprudência e da doutrina, tal qual na hipótese de exercício, pelo trabalhador, de mandato social – cf. decisão da *Cour de Cassation, Chambre sociale*, de 8.10.2003, n.º 01-43556, "*en l'absence de convention contraire, le contrat de travail d'un salarié devenu mandataire social et qui a cessé d'être lié à la société par un lien de subordination, est suspendu pendant le temps où il exerce ce mandat*", acessível em <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007048764&fastReqId=1952316293&fastPos=1>> – ou em caso de prisão preventiva ou efectiva do trabalhador, enquanto se considerar que não tem lugar a extinção do vínculo (v. *infra* Capítulo II, Secção III, § 2. e Capítulo III).

¹⁶²¹ Excluindo expressamente a *exceptio* entre os factos suspensivos v. CAMERLYNCK, *Droit cit.*, p. 275, n. 5. Sobre o tema, v. *supra* Parte I, Capítulo II, § 2.

impossibilidade assuma carácter temporário¹⁶²². Também BÉRAUD reconhece a importância da construção que concebe a suspensão à luz da impossibilidade por força maior: *“l'impossibilité d'exécution, première condition fondamentale de la suspension, doit en principe obéir aux règles de la force majeure. Il ne suffit donc pas que le contrat ne soit pas exécuté pour qu'il soit suspendu, mais il est nécessaire que l'inexécution soit due à une impossibilité déterminée par un cas de force majeure”*¹⁶²³. A esfera laboral imporia, porém, ajustes vários à transposição da “impossibilidade”. Assim, Paul DURAND constata que as regras de Direito comum conduziriam à suspensão ou à cessação do contrato, conforme a natureza da impossibilidade superveniente: a esfera laboral alargaria, porém, a suspensão em detrimento da cessação, tendo em vista a estabilidade do emprego¹⁶²⁴. E também YAMAGUCHI acentua a interdependência entre suspensão e impossibilidade: os traços próprios da suspensão laboral teriam, afinal, sido reclamados para evitar o rigor de uma aplicação demasiado formalista das regras de Direito comum¹⁶²⁵, respeitantes à dissolução do vínculo, sempre que a execução de um contrato é temporariamente entravada. Entre os mecanismos de flexibilização, contar-se-ia, de um lado, o apelo a uma impossibilidade temperada por força da boa fé (e, por conseguinte, não absoluta) e, de um outro, uma ideia própria de imputação¹⁶²⁶.

V. À semelhança do exercício feito a respeito do ordenamento espanhol, importa considerar, ainda que sucintamente, o enquadramento extintivo no Direito francês:

- a) O ordenamento francês acolhe também nota evolutiva de tutela da posição do trabalhador, quanto à cessação do contrato¹⁶²⁷. Sobretudo no

¹⁶²² CAMERLYNCK, *Droit cit.*, p. 275. Em termos aproximados, Jean Maurice VERDIER, Alain COEURET e Marie-Armelle SOURIAU indicam que *“la force majeure n'entraîne pas la cessation définitive mais la simple suspension du rapport de travail quand on peut prévoir que le travail pourra être repris (contrat à exécution successive)”* (*Droit du Travail*, vol. 2, *Rapports Individuels*, 16.^a ed., Dalloz, 2011, p. 149).

¹⁶²³ *La suspension cit.*, p. 45. O Autor regista, todavia, a paulatina flexibilização, neste domínio, do apelo à impossibilidade (absoluta) e a inclusão de hipóteses suspensivas imputáveis às partes – e, por conseguinte, não reconduzíveis à força maior (pp. 53 e ss.).

¹⁶²⁴ *Traité de Droit du Travail*, t. 2, Dalloz, 1950, pp. 792-793. Conforme referido *supra*, n. 93, também ROGER nota que *“la suspension du contrat de travail apparaît comme un moyen exceptionnel d'empêcher ou seulement de retarder la rupture du contrat lorsque l'exécution de celui-ci est temporairement impossible”* (*“Les effets ...” cit.*, p. 181).

¹⁶²⁵ *“Le bref aperçu général sur les modalités d'application des règles de droit commun concernant les conditions requises pour la suspension du contrat nous révèle leurs inconvénients et leurs insuffisances pour satisfaire les besoins pratiques des parties au contrat de travail”* (YAMAGUCHI, *La théorie cit.*, p. 75).

¹⁶²⁶ YAMAGUCHI, *La théorie cit.*, pp. 72 e ss.

¹⁶²⁷ Entre os modos de ruptura de contrato de trabalho por tempo indefinido por iniciativa do trabalhador, assume particular importância a *“démission”*, enquanto cessação livre, que prescinde de motivação, sendo apenas exigível a observância de aviso prévio (cf. arts. L 1231, L 1237-1 a L 1237-3 do *Code du Travail*; a este propósito, v. PÉLISSIER, AUZERO e DOCKÈS, *Droit cit.*, p. 484). A *“démission”* não esgota, evidentemente, as modalidades de cessação do contrato por iniciativa do trabalhador: doutrina e jurisprudência indicam ainda a designada *“prise d'acte de*

que respeita a extinção por iniciativa do empregador, há que considerar assinaláveis desvios aos princípios da autonomia e da reciprocidade¹⁶²⁸. A “*résiliation*” unilateral, antes tida por inerente à indeterminação do contrato, e, por conseguinte, reconhecida, em moldes equivalentes, ao trabalhador e ao empregador, regista, a partir de 1973, restrições significativas quanto à liberdade conferida ao empregador¹⁶²⁹. Em diante, para além de importantes exigências formais, quanto ao procedimento a observar em cada caso, o despedimento passa a impor motivação concreta (“*cause réelle et sérieuse*”¹⁶³⁰), controlável judicialmente¹⁶³¹.

Após alterações várias, o *Code du Travail* prevê o enquadramento geral do despedimento nos arts. L 1231-1 e ss., aqui incluindo o “*licenciement pour motif personnel*” (cf. arts. L 1232-1 e ss.) e o “*licenciement pour motif économique*” (cf. arts L 1233-1 e ss.)¹⁶³². Quanto ao despedimento (individual ou colectivo) “*pour cause économique*” – tal qual definida no art. L 1233-3 do *Code du Travail*¹⁶³³ –, é sensível a margem reservada ao controlo judicial¹⁶³⁴: tal escrutínio, travando decisões arbitrárias, não deve perigar a liberdade reconhecida, neste âmbito, ao empregador^{1635/1636}. No que respeita, especificamente, ao “*licenciement pour motif personnel*”, a doutrina procura concretizar a justificação exigida: à “*cause réelle et*

rupture” (v. art. L 1451-1 do *Code du travail*), pelo trabalhador, em resposta a grave incumprimento do empregador (*Droit cit.*, pp. 487 e ss.; sobre esta hipótese, v. informação esquemática acessível em <<http://vosdroits.service-public.fr/particuliers/F24409.xhtml>>).

¹⁶²⁸ Assim, PÉLISSIER, AUZERO e DOCKÈS, *Droit cit.*, pp. 473-475.

¹⁶²⁹ Por via de Lei n.º 73680, de 13.7.1973. Assinala, a este propósito, ROGER que, “*devant ce conflit d'intérêts, le droit du travail est intervenu pour progressivement multiplier les obstacles devant la décision unilatérale de l'employeur. Il en va ainsi surtout pour les contrats à durée indéterminée dont la rupture exige, depuis la loi du 13 juillet 1973, le respect d'une procédure et l'indication de causes réelles et sérieuses*” (“*Les effets ...*” *cit.*, p. 176).

¹⁶³⁰ Sem prejuízo da abrangência inerente a tais referências (PÉLISSIER, AUZERO e DOCKÈS, *Droit cit.*, p. 520).

¹⁶³¹ Competindo ao juiz aferir da ocorrência de “*cause réelle et sérieuse*”, em face dos elementos invocados pelas partes (cf. art. L 1232-1 do *Code du travail*).

¹⁶³² Sendo ainda possível autonomizar o despedimento colectivo (por razões económicas) e o despedimento individual (por motivos pessoais ou por razões económicas) (PÉLISSIER, AUZERO e DOCKÈS, *Droit cit.*, pp. 520-521). Quanto ao despedimento económico colectivo, v. LOBO XAVIER, *O despedimento cit.*, pp. 216 e ss.

¹⁶³³ Quanto ao surgimento e evolução, em França, do “*licenciement pour cause économique*”, v. PÉLISSIER, AUZERO e DOCKÈS, *Droit cit.*, pp. 555-558. No que respeita ao procedimento a observar nestes casos, v. *ob. cit.*, pp. 567 e ss., e Jean-Emmanuel RAY, *Droit du Travail. Droit Vivant*, 19.^a ed. (rev. e ampl.), Liaisons, 2010, §§ 492 e ss.

¹⁶³⁴ No referente à inobservância dos pressupostos exigidos, v. arts. L 1235-10 e ss. do *Code du Travail*.

¹⁶³⁵ Relativamente às exigências inerentes a tal controlo, v. PÉLISSIER, AUZERO e DOCKÈS, *Droit cit.*, pp. 603-610, e RAY, *Droit cit.*, §§ 567 e ss.

¹⁶³⁶ Quanto à “*obligation de reclassement*” em posto de trabalho equivalente ou inferior – condicionada, neste caso, ao acordo do trabalhador –, v. art. L 1233-4 (tema retomado *infra*, Secção III, § 3.). Com referência à doutrina francesa e analisando a extensão do dever de ocupação alternativa no contexto dos grupos, v. PALMA RAMALHO, *Grupos cit.*, pp. 602-603, n. 1051.

sérieuse” deve corresponder motivo objectivo, real e efectivo¹⁶³⁷, não confundível com motivações pessoais ou juízos de conveniência do empregador¹⁶³⁸. Aqui se incluindo não apenas hipóteses de incumprimento contratual (*“faute du salarié”*)¹⁶³⁹, como casos em que a situação concreta do trabalhador (v.g., incapacidade ou ausências prolongadas ou repetidas em razão de doença ou acidente não profissional¹⁶⁴⁰, prisão ou perda de documento que autoriza o exercício profissional) traduz efectivo obstáculo ao regular funcionamento da empresa, justificando, por esta via, o despedimento¹⁶⁴¹. À jurisprudência

¹⁶³⁷ Para RAY, desdobrável na trilogia “existente”, “exacto” e “não contraditório” (*Droit cit.*, § 438).

¹⁶³⁸ É, a este propósito, assinalada inversão na jurisprudência da *Cour de Cassation*: numa primeira fase, a *Cassation* terá admitido, enquanto causa *“réelle et sérieuse”*, a perda de confiança, ainda que não decorrente de qualquer infracção contratual do trabalhador. Como exemplo paradigmático, é indicada a hipótese em que o empregador despedira uma trabalhadora porque tendo primeiramente despedido o marido, assumira – conforme valoração inteiramente subjectiva – desconforto inevitável na relação com a trabalhadora (v. decisão da *Cassation, Chambre sociale*, de 26.6.1980, n.º 79-40859). Em 1990 (v. decisão da *Cassation, Chambre sociale*, de 29.11.1990, n.º 87-40184), esta jurisprudência viria, porém, a ser invertida, sendo então afirmado que a perda de confiança, invocada pelo empregador, não constitui, só por si, motivo de despedimento (PÉLISSIER, AUZERO e DOCKÈS, *Droit cit.*, pp. 536-539).

¹⁶³⁹ Sobre tais casos, v. PÉLISSIER, AUZERO e DOCKÈS, *Droit cit.*, pp. 539 e ss. No que respeita à difícil delimitação dos factos da vida privada que assumem relevância laboral, v. RAY, *Droit cit.*, §§ 455 a 462.

¹⁶⁴⁰ V., a este propósito, esquematicamente, <<http://vosdroits.service-public.fr/particuliers/F133.xhtml>>.

¹⁶⁴¹ A extinção não opera, pois, por *“force majeure”* (v., no essencial, arts. L 1234-12 e 13, L-1243-1 a 4 e L-1251-26 a 28 do *Code du Travail*; v. ainda o art. 1148 do CCfr. e a informação esquematizada em <<http://vosdroits.service-public.fr/particuliers/F24412.xhtml>>). Assim, também no Direito francês – v. igualmente no Direito inglês as limitações crescentes à extinção do contrato por *“frustration”* (*infra*, n. 1767) –, constatamos tendência restritiva quanto à cessação por *“force majeure”* na esfera laboral (BOUSIGES, *“L’évolution ...” cit.*, pp. 85-109, e PÉLISSIER, AUZERO e DOCKÈS, *Droit cit.*, p. 514). O que resulta da evidência de que a sua invocação, pelo empregador, corresponde, com frequência, a tentativa de fuga às regras formais e substantivas que condicionam a extinção por despedimento (RAY, *Droit cit.*, §§ 635 e ss.). A cessação por *“force majeure”* opera, pois, apenas em casos excepcionais – no exemplo de RAY, nem sequer a condenação do trabalhador a uma pena de prisão de vinte anos ditaria o fim do vínculo, por esta forma (*Droit cit.*, § 637; quanto à prisão, o tema é retomado *infra*, Capítulo II, Secção III, § 2.). A este propósito, JÚLIO GOMES dá conta que “em França a própria doença não pode, em si mesma, constituir um motivo para o despedimento”. Certo, porém, que “o despedimento pode ser justificado pelas consequências da doença sobre o funcionamento do serviço ou sobre a organização da empresa. Entende-se que o prolongamento de doença pode tornar necessária a substituição do trabalhador, quando fórmulas de substituição temporárias não são suficientes”. Em suma, “a invalidez e a inaptidão física permanentes constituem hoje justas causas de despedimento, tendo praticamente desaparecido neste contexto a possibilidade de considerar o contrato automaticamente terminado por «force majeure» (o equivalente funcional da nossa caducidade)” (*“Algumas reflexões ...” cit.*, pp. 735-736, ênfase nossa). Por sua vez, quanto à cessação do contrato de trabalho por *“force majeure”*, quando estejam em causa circunstâncias que afectam a operacionalidade da empresa, a jurisprudência laboral francesa tende a exigir a verificação de uma impossibilidade absoluta de execução do contrato (*“obstacle insurmontable”*). O que resulta ilustrado na doutrina: a impossibilidade será absoluta, perante a destruição da totalidade das instalações, por incêndio. Assim não sucedendo, por hipótese, em caso de

cabe, todavia, valorar, em cada hipótese, se a situação inviabiliza ou não a continuidade do contrato^{1642/1643}.

VI. Em termos aproximados, em Itália, na falta de conjunto agregado de normas dedicado à usualmente designada “*sospensione del rapporto di lavoro*”, tal sistematização coube à doutrina, que procura identificar lógica operativa comum às referências legais previstas na Constituição italiana¹⁶⁴⁴, no CCit. – em especial, nos arts. 2110 e 2111¹⁶⁴⁵ –, no *Statuto dei Lavoratori*¹⁶⁴⁶ e noutros

cessação da actividade empresarial por inundação, temporária e parcial. Neste caso, a execução do contrato diz-se tão-só dificultada, mais onerosa, não constituindo, todavia, força maior. Por conseguinte, os contratos que, nestas circunstâncias, terminassem, deveriam observar as regras do despedimento (BOUSIGES, “*L’évolution ...*” cit., pp. 87 e ss., e PÉLISSIER, AUZERO e DOCKÈS, *Droit cit.*, p. 512, n. 4). Desenvolvemos adiante (v. *infra* Secção IV, § 2.) o entendimento subscrito a propósito de hipóteses similares no Direito português, recusando apelo à impossibilidade absoluta ou relativa; por outro lado, não obstante a frequência de menção indistinta, há que diferenciar a “*force majeure*” – enquanto valoração referente, no essencial à imputação subjectiva – e a impossibilidade (absoluta ou relativa), que pode ou não, consoante os casos, constituir decorrência da “*force majeure*” – cf. *infra*, Capítulo II, Secção I. Aliás, BOUSIGES assinala a conveniência desta distinção, à luz do Direito francês: “*la force majeure a, aujourd’hui, trois fonctions. Elle apparaît tout d’abord comme un moyen d’échapper à une responsabilité dans le cadre d’un contrat maintenu. La force majeure joue, ici, son rôle traditionnel de cause de non-imputabilité. La force majeure, dans un rôle plus récent, permet aussi d’éviter la disparition du contrat et autorise la suspension en cas d’impossibilité momentanée d’exécution*” (“*L’évolution ...*” cit., p. 97).

¹⁶⁴² Assinalando, todavia, a desconsideração pontual, na jurisprudência, do carácter “*sérieuse*”, bastando-se com a constatação de causa “*réelle*”, v. PÉLISSIER, AUZERO e DOCKÈS, *Droit cit.*, p. 542.

¹⁶⁴³ Por fim, quanto à tutela conferida aos trabalhadores, perante a inobservância das regras que condicionam o despedimento – *maxime*, a ausência de “*cause réelle et sérieuse*” –, o *Code du Travail* limita a aplicação do disposto nos arts. L 1235-3 e, nomeadamente, a possível reintegração em caso de despedimento injustificado, a empresas de certa dimensão e a trabalhadores com determinada antiguidade (cf. art. L 1235-5 do *Code du Travail*). A reintegração pode ser proposta pelo tribunal; todavia, tanto o empregador, como o trabalhador podem excluir esta possibilidade (v. o disposto no art. L 1235-3 do *Code*). Por sua vez, o valor negativo do despedimento (v.g., nulo, injustificado ou irregular) é variável em função do desvalor subjacente, traduzindo níveis distintos de garantia: estando em causa um despedimento discriminatório ou se afectar um trabalhador de categoria especialmente protegida, a tutela resulta agravada – a este propósito, v. RAY, *Droit cit.*, §§ 483 a 490. Quanto ao desvalor inerente a um despedimento “*nul*” e em que difere do reservado a despedimento sem causa “*réelle et sérieuse*” (“*injustifié*”), v. PÉLISSIER, AUZERO e DOCKÈS, *Droit cit.*, pp. 550 e ss., e a informação acessível em <<http://vosdroits.service-public.fr/particuliers/F1848.xhtml>>. Especificamente em caso de “*licenciement pour motif économique*”, v. ainda os arts. 1235-10 a 17 do *Code du travail* e <<http://vosdroits.service-public.fr/particuliers/F31618.xhtml>>.

¹⁶⁴⁴ Quanto à greve, v. o art. 40. Refere, a tal propósito, LAVAGNINI que “*l’adesione allo sciopero del singolo lavoratore con la conseguente astensione dal lavoro, manifestazione di volontà concretantesi in un negozio unilaterale, produce la sospensione del rapporto*” (*La sospensione cit.*, p. 151).

¹⁶⁴⁵ Que têm por epígrafes, respectivamente, “*Infortunio, malattia, gravidanza, puerperio*” e “*Servizio militare*”.

¹⁶⁴⁶ Legge 20.5.1970 n.º 300, sucessivamente alterada – versão consolidada a consultar em <<http://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=1970-05-27&atto.codiceRedazionale=070U0300&currentPage=1>>.

diplomas¹⁶⁴⁷. A ausência de sistematização legal não impediu o aprofundar do estudo da suspensão¹⁶⁴⁸ e a análise parte frequentemente do conceito de impossibilidade, com delimitação progressiva dos seus contornos face ao domínio civilístico, sobretudo atento o previsto nos arts. 1256 e 1463 do CCit.¹⁶⁴⁹. De facto, embora o campo operativo da suspensão ultrapasse largamente o da impossibilidade, esta ocupa ainda lugar central no estudo da temática. Atento o indicado naquelas disposições, é referido que segundo os princípios gerais vigentes em matéria obrigacional, a impossibilidade superveniente da prestação determina a extinção do contrato¹⁶⁵⁰ caso a impossibilidade seja total e se prolongue no tempo, justificando o desaparecimento do interesse do credor no cumprimento – havendo ainda que contar com a perda do direito à contraprestação¹⁶⁵¹. No entanto, transposta esta lógica para o âmbito laboral, é apontado que, aqui, “*il regime dell’impossibilità sopravvenuta della prestazione subisce ampie deroghe rispetto al diritto comune da*

¹⁶⁴⁷ As hipóteses suspensivas há muito extravasam as clássicas *fattispecies* previstas nos arts. 2110 e 2111 do CCit. (DEL PUNTA, *Diritto cit.*, pp. 501-502). Assim, a greve ou os casos de prisão preventiva e de prisão subsequente a decisão condenatória por facto estranho às obrigações contratuais e outras hipóteses de impossibilidade temporária superveniente à execução da actividade laboral, tal qual a perda de autorização ou de título necessário à execução, enquanto não opera a extinção do contrato, v. *infra* Secção III, § 2.5. e Capítulo II, Secção III, §§ 2. e 3. e Capítulo III, § 4.3.2. Para uma análise mais desenvolvida dos diversos factos suspensivos admitidos, v. Michele SQUEGLIA, *Sospensione della Prestazione Lavorativa e Diritti del Lavoratore*, G. Giappichelli Editore, 2006, pp. 25 e ss.

¹⁶⁴⁸ Quanto à evolução do instituto no Direito do Trabalho italiano, v. LAVAGNINI, *La sospensione cit.*, pp. 15 e ss.

¹⁶⁴⁹ O art. 1256, 1 do CCit. dispõe que a obrigação extingue-se quando por uma causa não imputável ao devedor a prestação se torna impossível. Acrescenta, por sua vez, o 1256, 2 que se a impossibilidade é apenas temporária, o devedor não é responsável, enquanto esta perdura, pelo atraso no cumprimento. Todavia, a obrigação esgota-se se, perdurando a impossibilidade e atendendo à natureza da obrigação, o devedor não se puder considerar obrigado a executá-la ou o credor não tiver já interesse na sua realização. Por sua vez, o art. 1463 do CCit. prevê, sob a epígrafe “Impossibilidade total”, que nos contratos com prestações correspectivas, a parte liberada pela impossibilidade superveniente da prestação não pode exigir a contraprestação e deve restituir o que já houver recebido, conforme os preceitos relativos à repetição do indevido. Para maior detalhe, v. Luisa RIVA-SANSEVERINO, *Commentario del Codice Civile, Libro Quinto – Del Lavoro. Disciplina delle Attività Professionali. Impresa in Generale, Art. 2060-2134*, Nicola Zanichelli Editore, 1977, pp. 432 e ss., Giorgio GHEZZI e Umberto ROMAGNOLI, *Il Rapporto di Lavoro*, reimp. da 2.ª ed. (1987), Zanichelli, 1992, pp. 266 e ss., BALLETTI, “La risoluzione ...” *cit.*, p. 495, e Marco BIAGI, *Istituzioni di Diritto del Lavoro* (cont. Michelle Tiraboschi), 2.ª ed., Giuffrè Editore, 2003, pp. 475 e ss.

¹⁶⁵⁰ A este propósito, v. *supra* Parte I, Capítulo II.

¹⁶⁵¹ Quanto à vinculação do empregador ao pagamento de valores diversos na suspensão por factos referentes ao trabalhador e lógica explicativa subjacente, v. o referido *supra* Capítulo I, Secção V, Subsecção III, § 2. Em caso de doença, o complemento pago pelo empregador resulta, com frequência, previsto na contratação colectiva. Relativamente aos valores devidos pelo Istituto Nazionale Previdenza Sociale, v. dados disponíveis em <<http://www.inps.it/portale/default.aspx?iMenu=1&iNodo=5688>>.

parte della disciplina legale ou contrattuale con riferimento ad ipotesi di impossibilità attinenti sia alla persona del lavoratore, sia all'attività di impresa"¹⁶⁵².

Denotamos ainda atenção especial – quando comparada com a reservada noutros ordenamentos – à suspensão por razões que afectam o empregador, por condicionalismos que entravam a cooperação creditória¹⁶⁵³, sobretudo em hipóteses de crise empresarial: é, afinal, inevitável que, um pouco por toda a parte, se multipliquem mecanismos reactivos, que acomodam a dinâmica empresarial a períodos de crise e que, não raras vezes, incluem esquemas de redução e de suspensão laboral¹⁶⁵⁴. Assim se justificando que, no espectro dos temas reservados à suspensão, GIUDICE, MARIANI e IZZO concluem que o mais importante e significativo seja o correlacionado com *"situazioni di mercato, contingenti o occasionali, che determinano una contrazione dell'attività produttiva tale da richiedere una riduzione, totale o parziale, della attività prestata dai lavoratori e l'intervento dell'istituto della cassa integrazione guadagni ad integrazione della retribuzione persa dai lavoratori"*¹⁶⁵⁵. De assinalar, não obstante, o apelo indissociável à impossibilidade: excluída boa parte destas hipóteses de um tal enquadramento¹⁶⁵⁶, daqui resultaria, para a maioria da doutrina italiana, a subsistência da obrigação de pagamento da contraprestação, a cargo do empregador¹⁶⁵⁷. Tem, todavia, intervenção – condicionada à verificação dos necessários requisitos – da *"Cassa Integrazioni Guadagni Ordinaria"* ("CIGO"¹⁶⁵⁸) e

¹⁶⁵² GALANTINO, *Diritto cit.*, p. 333, com itálico nosso. Promovendo idêntico confronto, v. LAVAGNINI, *La sospensione cit.*, p. 9, MAZZONI, *Manuale cit.*, pp. 738 e ss., LOMBARDI, *La risoluzione cit.*, pp. 387 e ss., e Edoardo GHERA, *Diritto del Lavoro. Il Rapporto di Lavoro*, Cacucci Editore, 2010, pp. 148 e ss.

¹⁶⁵³ LAVAGNINI, *La sospensione cit.*, pp. 157 e ss.

¹⁶⁵⁴ Em tempos de crise, são frequentes as análises à capacidade evolutiva do Direito do Trabalho, nos diversos ordenamentos. Em referência ao Direito português, v. Maria do Rosário Palma RAMALHO, "Portuguese Labour Law and Industrial Relations During the Crisis", Relatório da OIT, 2013, disponível em <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---dialogue/documents/publication/wcms_232798.pdf>. V. ainda, numa perspectiva comparada, os Relatórios da *European Labour Law Network*: "Protection, Involvement and Adaptation: European Labour Law in Time of Crisis, Restructuring and Transition", 2010, "Dismissal – Particularly for Business Reasons – and Employment Protection", 2011, "Protection Against Dismissal in Europe. Basic Features and Current Trends", 2011, e "Undeclared Work", 2013, acessíveis em <<http://www.labourlawnetwork.eu/reports/publications/prm/73/0/index.html>>.

¹⁶⁵⁵ *Diritto cit.*, p. 401.

¹⁶⁵⁶ V., a tal propósito, LAVAGNINI, *La sospensione cit.*, p. 159. Retomamos o tema *infra*, Secção IV, § 2.

¹⁶⁵⁷ Quanto à destrinça, promovida no Direito italiano, entre hipóteses em que a colaboração do credor resulta impossibilitada (em termos absolutos) ou (tão-só) dificultada e efeitos associados, v. *infra* n. 2711.

¹⁶⁵⁸ Quanto ao acesso à CIGO, v. informação disponível em <<http://www.lavoro.gov.it/AreaLavoro/AmmortizzatoriSociali/CIG/Pages/default.aspx>> e detalhadamente em <[http://www.inps.it/portale/default.aspx?sID=%3b0%3b5673%3b5679%3b&lastMenu=5679&iMenu=1&iNodo=5679&p4=2&bi=22&link=Cassa integrazione guadagni ordinaria industria ed edilizia](http://www.inps.it/portale/default.aspx?sID=%3b0%3b5673%3b5679%3b&lastMenu=5679&iMenu=1&iNodo=5679&p4=2&bi=22&link=Cassa%20integrazione%20guadagni%20ordinaria%20industria%20edilizia)>.

da “*Cassa Integrazioni Guadiani Straordinaria*” (“CIGS”¹⁶⁵⁹), enquanto mecanismos parcialmente substitutivos do rendimento dos trabalhadores¹⁶⁶⁰, geridos pelo *Istituto Nazionale Previdenza Sociale*¹⁶⁶¹: deferido o requerimento, o empregador é dispensado do pagamento da retribuição, cujo valor é, em parte, suportado por estas entidades¹⁶⁶²; se indeferido, fica adstrito ao mesmo, salvo se a actividade resultar suspensa, em razão de impedimento de força maior¹⁶⁶³. Também nestas circunstâncias, o contrato de trabalho subsiste “quiescente”¹⁶⁶⁴ e, uma vez esgotadas as razões que motivaram a suspensão, o vínculo é plenamente retomado^{1665/1666}.

¹⁶⁵⁹ Dados adicionais sobre a CIGS em <<http://www.lavoro.gov.it/AreaLavoro/AmmortizzatoriSociali/CIGS/Pages/CassaIntegrazioneGuadagni.aspx>> e em <[http://www.inps.it/portale/default.aspx?sID=%3b0%3b5673%3b5681%3b&lastMenu=5681&iMenu=1&iNodo=5681&p4=2&bi=22&link=Cassa integrazione guadagni straordinaria](http://www.inps.it/portale/default.aspx?sID=%3b0%3b5673%3b5681%3b&lastMenu=5681&iMenu=1&iNodo=5681&p4=2&bi=22&link=Cassa%20integrazione%20guadagni%20straordinaria)>.

¹⁶⁶⁰ GALANTINO, *Diritto cit.*, ed. menor, pp. 250-251. Sobre a CIG e CIGS v. ainda LOBO XAVIER, *O despedimento cit.*, pp. 235 e ss. Nota este Autor que “qualquer solução a adoptar alicerçada no risco contratual quanto aos salários pelo período de suspensão teria efeitos destrutivos: era inaceitável que o risco corresse por conta do trabalhador; mas se o risco fosse suportado pelo empregador dele resultariam certamente despedimentos maciços. A CIG – e respectiva assunção publicística de compensações pelos salários perdidos – veio pois salvar os postos de trabalho e o património empresarial” (p. 236).

¹⁶⁶¹ Sítio oficial em <<http://www.inps.it/portale/default.aspx>>.

¹⁶⁶² A garantia de um rendimento continuado resulta da necessidade de tutela do trabalhador, perante mutações sofridas na empresa (GIUDICE, MARIANI e IZZO, *Diritto cit.*, p. 402).

¹⁶⁶³ DEL PUNTA, *Diritto cit.*, p. 552. A este propósito, v. ainda *infra* n. 2711.

¹⁶⁶⁴ V., a este propósito, *supra* Parte I, Capítulo III, § 4.

¹⁶⁶⁵ GIUDICE, MARIANI e IZZO, *Diritto cit.*, p. 402.

¹⁶⁶⁶ Enquanto modalidade suspensiva por motivos inerentes à empresa, prevista de início (1941) na contratação colectiva para obviar aos efeitos da guerra, acomodando exigências de reestruturação do tecido produtivo, a *Cassa Integrazioni Guadiani* surge disciplinada, no plano legislativo, no fim da Segunda Guerra Mundial (*Decreto Legislativo Luogotenenziale* de 9.11.1945, n.º 788 e *Decreto Legislativo Capo Provvisorio Stato* de 12.8.1947, n.º 869; sobre estes actos e subsequentes reformas legislativas, v. PERA, *Compendio cit.*, p. 249, ICHINO, *Il contratto cit.*, pp. 29 e ss., e DEL PUNTA, *Diritto cit.*, p. 548, e). A operacionalidade da suspensão pressupõe, neste contexto, que a empresa integre o âmbito de aplicação da *Cassa*, a verificação de causas objectivas justificativas da intervenção (“*cause integrabili*”) e que a empresa formalize um requerimento nesse sentido ao organismo público competente, observando o procedimento definido (DEL PUNTA, *Diritto cit.*, p. 548). SANTORO-PASSARELLI nota que a evolução legislativa colocou em evidência que este instituto, inicialmente criado em tutela dos trabalhadores e destinado a intervir perante situações de impossibilidade da prestação, se converteu num instrumento de apoio à empresa, a convocar em situações de mera dificuldade desta última (v.g., na suspensão por circunstâncias de mercado) ou de escolhas discricionárias do «*imprenditore*», tal qual na suspensão por reestruturação, reorganização e reconversão empresarial (*Diritto cit.*, p. 208). A disciplina da “*integrazioni salariali*” sofreu ao longo dos tempos alterações diversas, sobretudo quanto ao âmbito de aplicação e à duração dos apoios concedidos, sendo alvo de críticas frequentes (v.g., falta de vocação para a recolocação dos trabalhadores, identificação da CIGS com uma antecâmara do despedimento colectivo e aplicação da CIGS a um amplo espectro de hipóteses, ainda que as perspectivas de retoma se afigurassem improváveis – cf. GIUDICE, MARIANI e IZZO, *Diritto cit.*, p. 402, SANTORO-PASSARELLI, *Diritto cit.*, p. 214, e GALANTINO, *Diritto cit.*, p. 335). Neste âmbito, ICHINO constata o recurso abusivo à CIGS, cuja intervenção chegou a prolongar-se, por vezes, por períodos superiores a dez anos (*Il contratto cit.*, p. 34). Ora, não sendo a situação da empresa reversível, dever-se-ia

VII. Por fim, de assinalar que identicamente ao referido a respeito dos Direitos espanhol e francês, também no Direito italiano o afastamento das regras gerais do CCit. em matéria extintiva resulta ainda do distinto impacto afecto à extinção unilateral do vínculo, quando da iniciativa do empregador e do trabalhador¹⁶⁶⁷.

concluir, desde logo, pela extinção, ao invés de manter artificialmente em vida postos de trabalho privados de justificação económica (DEL PUNTA, *Diritto cit.*, p. 549). Procurando obviar às distorções identificadas, o modelo registou alterações; porém, para alguns autores, tal evolução revela um avanço “esquizofrénico” (GIUDICE, MARIANI e IZZO, *Diritto cit.*, p. 403). Numa perspectiva crítica e apontando insuficiências várias à CIG italiana no confronto com o “Kurzarbeit” alemão, v. Fabio ARICÒ e Ulrike STEIN, “Was Short-Time Work a Miracle Cure During the Great Recession? The Case of Germany and Italy”, *Comparative Economic Studies*, 2012, n.º 54, disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2065694>; em especial, quanto à *Integrazioni Guadiani*, é referido: “the legal apparatus regulating eligibility criteria, duration, and the specific features of each single shock-absorbing device is rather sophisticated. The system has never experienced a radical revision, but continuous amendments and exceptions have been brought to its regulations in a rather fragmented way. This process has progressively undermined the efficiency of the system and has generated inequality in the treatment of different categories of workers, which is at the centre of a heated political debate”. Procurando superar alguns destes entraves, foram introduzidas novas alterações em 2012, através da Legge n.º 92, de 28.6.2012 (“Disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita”, também designada “Riforma del lavoro Fornero/Monti” – versão consolidada da Legge n.º 92/2012 acessível em

<<http://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2012-07-03&atto.codiceRedazionale=012G0115&currentPage=1>>. Não se afigurando, contudo, tais mudanças suficientes à racionalização do sistema, a Legge delega n.º 183, de 10.12.2014, (o designado “Jobs Act”) antecipa novas mudanças. Em especial, dispõe o art. 1, n.º 2, a) que “con riferimento agli strumenti di tutela in costanza di rapporto di lavoro” [...] “il Governo si attiene, rispettivamente, ai seguenti principi e criteri direttivi: 1) impossibilita' di autorizzare le integrazioni salariali in caso di cessazione definitiva di attività' aziendale o di un ramo di essa; 2) semplificazione delle procedure burocratiche attraverso l'incentivazione di strumenti telematici e digitali [...]; 3) necessità di regolare l'accesso alla cassa integrazione guadagni solo a seguito di esaurimento delle possibilità contrattuali di riduzione dell'orario di lavoro, eventualmente destinando una parte delle risorse attribuite alla cassa integrazione a favore dei contratti di solidarietà; 4) revisione dei limiti di durata da rapportare al numero massimo di ore ordinarie lavorabili nel periodo di intervento della cassa integrazione guadagni ordinaria e della cassa integrazione guadagni straordinaria e individuazione dei meccanismi di incentivazione della rotazione; 5) previsione di una maggiore compartecipazione da parte delle imprese utilizzatrici; 6) riduzione degli oneri contributivi ordinari e rimodulazione degli stessi tra i settori in funzione dell'utilizzo effettivo; 7) revisione dell'ambito di applicazione della cassa integrazione guadagni ordinaria e straordinaria e dei fondi di solidarietà di cui all'articolo 3 della legge 28 giugno 2012, n. 92, fissando un termine certo per l'avvio dei fondi medesimi, anche attraverso l'introduzione di meccanismi standardizzati di concessione, e previsione della possibilità di destinare gli eventuali risparmi di spesa derivanti dall'attuazione delle disposizioni di cui alla presente lettera al finanziamento delle disposizioni di cui ai commi 1, 2, 3 e 4; 8) revisione dell'ambito di applicazione e delle regole di funzionamento dei contratti di solidarietà [...]”.

¹⁶⁶⁷ DEL PUNTA põe em evidência o impacto de um “licenziamento libero” na vida do contrato – assim se condicionando aspectos essenciais do mesmo –, atenta a reforçada fragilização do trabalhador, por tal via (*Diritto cit.*, p. 522). Desde os anos 60 do século passado que as regras relativas à cessação por iniciativa do empregador acolheram concretização à margem do CCit. O Codice mantém, todavia, aplicação geral à cessação promovida pelo trabalhador (i.e., disposições relativas à “dimissioni”) e em casos residuais de despedimento *ad nutum* (pp. 522 e ss.).

a) Quanto à cessação promovida pelo trabalhador, tem aplicação o disposto no art. 2118 do CCit. (*“Recesso dal contratto a tempo indeterminato”*). Nesta medida, ao trabalhador é, regra geral, reconhecida liberdade de cessação (*ad nutum*), havendo apenas que observar o aviso prévio estabelecido¹⁶⁶⁸. O art. 2119 do CCit. admite, todavia, a cessação imediata, por *“giusta causa”*, perante grave incumprimento contratual do empregador, *“che non consenta la prosecuzione anche provvisoria, del rapporto”*¹⁶⁶⁹. Já quanto à cessação por iniciativa do empregador, embora o art. 2118 do CCit. inclua, na sua formulação abrangente, também o *“licenziamento ad nutum”*, com aviso prévio, a extinção exige, por regra, desde a Legge 15.7.1966, n.º 604¹⁶⁷⁰, *“giustificato motivo”*¹⁶⁷¹, seja objectivo ou subjectivo, e a observância do procedimento inerente a cada hipótese¹⁶⁷²; a partir de então, passa ainda a ser admitido o controlo judicial das razões invocadas para a cessação¹⁶⁷³. No que respeita ao *“giustificato motivo soggettivo”*, importa distingui-lo da *“giusta causa”*, prevista no art. 2119 do CCit. Dir-se-á que o despedimento exige, no mínimo, *“giustificato motivo soggettivo”*, enquanto *“notevole inadempimento degli obblighi contrattuali”*, pelo trabalhador¹⁶⁷⁴ – aqui se contando, entre outras hipóteses, ausências injustificadas ao trabalho ou o desrespeito, pelo trabalhador, de regras de segurança¹⁶⁷⁵. À *“giusta causa”* correspondem, por sua vez, circunstâncias de especial gravidade, que prescindem da observância, pelo empregador, de pré-aviso de cessação¹⁶⁷⁶. É, a este propósito, reiterado o apelo, ora a uma violação

¹⁶⁶⁸ Cf. art. 2118, 1 do CCit. Por sua vez, quanto à admissibilidade das *“clausole di fidelizzazione”*, v. SANTORO-PASSARELLI, *Diritto cit.*, pp. 205-206.

¹⁶⁶⁹ E sem prejuízo da indemnização indicada no art. 2119 do CCit. Referindo exemplos diversos, aqui reconduzíveis, v. GALANTINO, *Diritto cit.*, p. 455.

¹⁶⁷⁰ *“Norme sui licenziamenti individuali”*, versão consolidada acessível em <<http://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=1966-08-06&atto.codiceRedazionale=066U0604&currentPage=1>>.

¹⁶⁷¹ O art. 2118 do CCit. mantém, contudo, operacionalidade, ainda que residual. DEL PUNTA ali reconduz, entre outros, o caso dos dirigentes e da cessação no período experimental – v. ainda o art. 10 da Legge n.º 604/1966, e o art. 2095 do CCit. (*Diritto cit.*, p. 543).

¹⁶⁷² Conforme o art. 1 da Legge 15.7.1966, n.º 604, *“nel rapporto di lavoro a tempo indeterminato, intercedente con datori di lavoro privati o con enti pubblici, ove la stabilita' non sia assicurata da norme di legge, di regolamento e di contratto collettivo o individuale, il licenziamento del prestatore di lavoro non puo' avvenire che per giusta causa ai sensi dell'articolo 2119 del Codice civile o per giustificato motivo”*. Embora mesmo em data anterior a este diploma diversos autores sustentassem já a necessária limitação da liberdade extintiva do empregador, conforme leitura que se considerava mais conforme aos princípios constitucionais – sobre tal evolução, v. DEL PUNTA, *Diritto cit.*, p. 525.

¹⁶⁷³ Assinalando a relevância de tal mutação, v. SANTORO-PASSARELLI, *Diritto cit.*, p. 195. O que não traduz, todavia, controlo do mérito do despedimento por causas objectivas.

¹⁶⁷⁴ Art. 3 da Legge 15.7.1966, n.º 604.

¹⁶⁷⁵ Não se dispensando atender à gravidade objectiva do facto e aos elementos subjectivos relevantes, consideradas as circunstâncias do caso (DEL PUNTA, *Diritto cit.*, pp. 529-530).

¹⁶⁷⁶ Assim, DEL PUNTA, *Diritto cit.*, pp. 525-526. Destacando o importante papel da jurisprudência, v., neste âmbito, p. 530.

superlativa da *lex contractus*, ora ao elemento fiduciário do contrato – nestes casos, irremediavelmente em crise¹⁶⁷⁷.

b) Acresce o “*giustificato motivo oggettivo*” ou económico. Conforme o art. 3 da *Legge* 15.7.1966, n.º 604, o despedimento por justificado motivo pode ser determinado por razões inerentes à actividade produtiva, à organização e ao regular funcionamento da empresa¹⁶⁷⁸. É, a este propósito, assinalado que ao juiz não cabe avaliar o mérito da decisão empresarial, nem a oportunidade económico-organizativa ou social do despedimento. DEL PUNTA dá conta que após vários avanços e recuos a jurisprudência consolidou o entendimento de que a liberdade de iniciativa económica privada (cf. art. 41, 1 da Constituição italiana) pressupõe a liberdade de o empregador decidir o “se”, o “quando” e o “como” no que respeita à actividade da empresa e, por conseguinte, optar também, conforme o caso, por reestruturá-la, reorganizá-la ou mesmo, extingui-la¹⁶⁷⁹. Sendo embora o mérito da opção do empregador insindicável¹⁶⁸⁰, tal não significa prescindir de controlo – que se mantém no que respeita, essencialmente, à veracidade da razão invocada, ao nexo de causalidade entre o justificativo e o fim do contrato e, por fim, à inexistência de posto de trabalho equivalente ao qual o trabalhador possa ser afecto – ou de posicionamento inferior, contanto que com o consentimento do trabalhador¹⁶⁸¹.

¹⁶⁷⁷ Do que dá conta DEL PUNTA, *Diritto cit.*, p. 531. Quanto à controversa base fiduciária do contrato – atento o risco de excessiva ampliação da esfera do que é, afinal, exigível ao trabalhador – e aos comportamentos susceptíveis de colocar em crise um tal elemento, *maxime*, factos da vida privada do trabalhador, v. pp. 531-532. Ilustrando estas hipóteses v. ainda SANTORO-PASSARELLI, *Diritto cit.*, p. 193. Embora correspondendo a ideia difundida na jurisprudência italiana, não concebemos o contrato de trabalho como vínculo fiduciário – a tal propósito, v. *supra* Parte I, Capítulo V, § 3.3.

¹⁶⁷⁸ Concretizando as situações aqui previstas, v. DEL PUNTA, *Diritto cit.*, pp. 532-533. Por sua vez, quanto ao “*licenziamento collettivo*”, v. o art. 11, 2 da *Legge* n.º 604/1966 e a *Legge* de 23.7.1991, n.º 223 (“*Norme in materia di cassa integrazione, mobilità, trattamenti di disoccupazione, attuazione di direttive della Comunità europea, avviamento al lavoro ed altre disposizioni in materia di mercato del lavoro*”), *maxime*, os arts. 4 e 24 – versão consolidada do diploma acessível em <<http://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=1991-07-27&atto.codiceRedazionale=091G0141&currentPage=1>>. Sobre a evolução registada a este propósito, v. SANTORO-PASSARELLI, *Diritto cit.*, pp. 214 e ss., e GALANTINO, *Diritto cit.*, pp. 514 e ss. Entre nós, v., em especial, LOBO XAVIER, *O despedimento cit.*, pp. 235 e ss.

¹⁶⁷⁹ *Diritto cit.*, p. 533.

¹⁶⁸⁰ Como sustentado pela maioria da doutrina e da jurisprudência (GALANTINO, *Diritto cit.*, p. 467). Não obstante, SANTORO-PASSARELLI assinala criticamente – por entender traduzir prática dissonante em face do disposto no art. 41 da Constituição italiana – que nem sempre a jurisprudência mantém este distanciamento valorativo (*Diritto cit.*, pp. 195-196). Quanto ao controlo do despedimento colectivo no Direito italiano, v. ainda LOBO XAVIER, *O despedimento cit.*, pp. 253-254.

¹⁶⁸¹ Esta última exigência é imposta pela jurisprudência, atenta a configuração do despedimento como *extrema ratio*, assim se conciliando a liberdade empresarial e o interesse do trabalhador na conservação do emprego. Não se exige, contudo, a criação de um novo posto de trabalho, mas tão-só a reafecção do trabalhador na organização existente (DEL PUNTA, *Diritto cit.*, p. 534). Com indicação de jurisprudência relevante, v. SANTORO-PASSARELLI, *Diritto cit.*, p. 196; quanto à

c) Importa, por fim, contar com a recondução, promovida pela jurisprudência, ao “*giustificato motivo oggettivo*”, de hipóteses em que resulta inviável ao trabalhador prestar a actividade acordada. Aqui se incluindo a ausência forçada do trabalhador, em decorrência de medida cautelar (v.g., prisão preventiva) ou do cumprimento de pena privativa da liberdade por facto estranho às obrigações contratuais – contanto que a ausência do trabalhador prejudique o normal desenvolvimento da actividade empresarial, tendo em conta o tempo de ausência, a dimensão da organização e a natureza das funções assumidas pelo trabalhador¹⁶⁸². Mas não só. Aqui se enquadram também os casos de incapacidade superveniente e definitiva do trabalhador para o exercício da actividade profissional, sempre que outras funções, ainda que com correspondência em categoria inferior, não lhe possam ser afectas¹⁶⁸³. O que significa reconduzir ao “*giustificato motivo oggettivo*”, não apenas hipóteses que afectam directamente a empresa, mas ainda situações que embora atingindo primeiramente a capacidade do trabalhador para o desempenho profissional, obstam ao regular funcionamento da organização^{1684/1685}.

extensão da “*repêchage*”, v. ainda GALANTINO, *Diritto cit.*, p. 467. Com menção à doutrina italiana no que respeita ao dever de ocupação alternativa no contexto dos grupos, v. PALMA RAMALHO, *Grupos cit.*, pp. 602-603, n. 1051. Retomamos o tema *infra*, Secção IV, § 2.2.

¹⁶⁸² DEL PUNTA, *Diritto cit.*, p. 534. GALANTINO confirma, pois, o afastamento, nestes casos, da extinção *ope legis* do contrato por impossibilidade superveniente da prestação (*Diritto cit.*, p. 454). Tem, assim, lugar a circunscrição do âmbito operativo da impossibilidade: “*in questo caso, soltanto in via residuale troverà applicazione la disciplina generale della risoluzione per impossibilità sopravvenuta* – em referência ao previsto nos arts. 1256, 1463 e 1464 do CCit. – “*facendosi, viceversa, largo alla disciplina protezionistica settoriale*” (LOMBARDI, *La risoluzione cit.*, p. 388).

¹⁶⁸³ Sobre esta hipótese, v. com maior desenvolvimento *infra* Secção III, § 3.

¹⁶⁸⁴ GALANTINO, *Diritto cit.*, pp. 466-467.

¹⁶⁸⁵ Salvo os casos em que tem ainda aplicação o disposto no art. 2118 do CCit., a inobservância das regras assim estabelecidas convoca, consoante o valor negativo do despedimento: (i) tutela “real” ou “forte”, impondo ao empregador a reintegração do trabalhador – o reconhecimento de uma tal tutela dependendo, porém, da verificação de determinados requisitos (*maxime*, número de trabalhadores ao serviço, salvo casos pontuais, tal qual no despedimento discriminatório); (ii) ou tutela “obrigacional”. Em traços gerais, ao invés da tutela obrigacional, a real assenta na invalidade do despedimento (SANTORO-PASSARELLI, *Diritto cit.*, p. 197), impondo ao empregador a reintegração no posto de trabalho, sem prejuízo de indemnização pelos danos sofridos (DEL PUNTA, *Diritto cit.*, p. 537). Cumpre, no entanto, assinalar que o ordenamento italiano tem vindo a registar alterações significativas, tendentes a limitar o âmbito operativo da reintegração: em 2012, o art. 1, n.º 42, a) a c) (“*Disposizioni generali, tipologie contrattuali e disciplina in tema di flessibilità in uscita e tutele del lavoratore*”) da Legge n.º 92, de 28.6.2012 (“*Disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita*”, indicada *supra*, n. 1666), alterou o art. 18 do *Statuto dei lavoratori*, cuja epígrafe foi, então, alterada de “*Reintegrazione nel posto di lavoro*” para “*Tutela del lavoratore in caso di licenziamento illegittimo*”. Dando nota das alterações introduzidas em 2012, v. Edoardo ALES, “The Italian Reform of the Labour Market”, *Congresso Europeu de Direito do Trabalho* (coord. José João Abrantes), Almedina, 2014, pp. 75-104, que assinala que as principais mudanças surgiram, precisamente, em matéria de despedimento, tendo em conta a nova redacção, reservada ao art. 18 do *Statuto dei lavoratori*: “*the most significant change refers to dismissals due to economic or other objective reasons: if the judge finds this type of dismissal to be unlawful, the sanction is no more reinstatement but only the payment of an indemnity. However the judge can still decide for reinstatement when the economic reasons were found*”.

«*patently non existent*» («*manifestamente insussistenti*»)" (p. 85). Seguir-se-ia, em 2014, a publicação da *Legge delega* n.º 183, de 10.12.2014 ("Jobs Act" – *v. supra* n. 1666), antecipando uma profunda alteração das regras laborais, reconhecendo ao Governo competência para a introdução de múltiplas modificações em matérias transversais do mercado de trabalho – *v.g.*, desemprego, racionalização do acesso à CIG/CIGS, medidas activas de emprego, desburocratização dos actos, conciliação da vida privada e da vida profissional, limitação do âmbito operativo da reintegração, etc. Entre as alterações já aprovadas pelo Governo Renzi, acolhem especial destaque as indicadas no *Decreto legislativo* de 4.3.2015, n.º 22 ("*Disposizioni per il riordino della normativa in materia di ammortizzatori sociali in caso di disoccupazione involontaria e di ricollocazione dei lavoratori disoccupati, in attuazione della legge 10 dicembre 2014, n.º 183*") e, sobretudo, no *Decreto legislativo* de 4.3.2015, n.º 23 ("*Disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti, in attuazione della legge 10 dicembre 2014, n.º 183*"), que veio acentuar a limitação do âmbito operativo da reintegração, prevendo novas disposições, quanto aos efeitos de despedimento individual e do despedimento colectivo – diplomas acessíveis em <http://www.gazzettaufficiale.it/gazzetta/serie_generale/caricaDettaglio/home.jsessionid=WMqgnWFyDPOL95Fdv6fqNA_.ntc-as2-guri2b?dataPubblicazioneGazzetta=2015-03-06&numeroGazzetta=54>. Reservando especial destaque a tais alterações, *v. ainda* a informação disponibilizada em <<http://www.lavoro.gov.it/Pages/default.aspx?Content=1>>. Por sua vez, o Relatório da OCDE, de 2015, inclui, quanto a Itália, as seguintes observações: "*current legislation provides very strong protection for employees in larger firms (over 15 employees) with indefinite employment contracts, accounting for about 50% of total employment, with less protection for those in small companies and very little security for the rest. Under the existing legislation, dismissed workers can file a case in court claiming that their dismissal was unfair and claim monetary compensation and/or reinstatement. A reform in 2012 restricted the possibility of reinstatement to cases in which the alleged justification was unfounded (...). This reform reduced somewhat the frequency of reinstatements (Bank of Italy research suggests by as much as one third), but gave rise to many interpretation problems which have slowed down the judicial process. With the «Jobs Act» adopted in December 2014, the government has a mandate to introduce measures to rationalise employment protection, expand active labour market policy and make social protection more effective. Such policies will improve skill matching and enhance productivity. To rebalance job protection, a standard contract with employment protection increasing with tenure was introduced in early 2015. This further limits the possibility of reinstatement of workers following unfair dismissal, excluding this possibility for dismissal for economic reasons («motivo oggettivo»). These new arrangements imply quite radical changes for Italy. To avoid unwarranted disruption, they are applied only to new employment contracts («grandfathering» existing rights). The new contract provides a basic level of protection for the first two years, after which the level of compensation for unfair dismissal increases up to a maximum of 24 month's wages. Such contractual arrangements will benefit both the employer and the employee, since they facilitate more job creation for those with little professional experience while paving the way to more stable professional careers. The reform ensures that workers judged to be unfairly dismissed for objective reasons (i.e. where the firm gives economic or technological changes as reasons for the redundancy) are not eligible for reinstatement, with firms providing monetary compensation instead. By increasing predictability this lowers the effective costs of dismissal, even if judged to be unfair by courts, helping firms create more jobs. The reform should substantially reduce the average amount of such compensation, which is currently very high, averaging about 21 months of salary against the OECD average of 14 months. It also envisages that courts can judge only a few well-defined issues: discriminatory dismissal; the proof of dismissal motivation; and wrong dismissal procedure*" (Relatório "OECD Economic Surveys: Italy", 2015, disponível em <http://www.oecd.org/eco/surveys/Overview_Italy_2015_ENG.pdf>). *V. ainda* Pietro ICHINO e Federico MARTELLONI, "Le «Jobs Act» Italien: Quelles Inspirations?", RDT, 2015, n.º 5, pp. 299-308, e Stefano BINI, "Les Licenciements Disciplinaires après le «Job's Act»: Le Droit du Travail Italien à l'Épreuve d'Une Nouvelle Modernisation", RDT, 2015, n.º 6, pp. 420-425.

VIII. Foram também adiantadas referências várias, que antecipam por que a proximidade terminológica entre a “*suspension*”, no Direito inglês, e a suspensão laboral, no Direito português, encobre diferenças relevantes entre institutos distintamente estruturados^{1686/1687}. Estas divergências tornam-se particularmente evidentes se atendermos à importância da suspensão laboral no Direito português, enquanto instrumento de tutela da estabilidade do vínculo¹⁶⁸⁸ – perante o regime, entre nós, particularmente exigente, em matéria de cessação¹⁶⁸⁹. As diferenças não se reduzem a elementos técnico-formais: os institutos parecem prosseguir propósitos distintos, nos dois ordenamentos – assim se justificando que KAHN-FREUND refira que, no Direito inglês, no confronto com a extinção, o exercício unilateral da suspensão, pelo empregador, não é um *minus*, mas um *aliud*¹⁶⁹⁰. É, na verdade, comum associar o instituto a um estado indesejável, limbo incerto – afirmando-se que deveria, simplesmente, haver emprego ou não haver emprego, sendo de rejeitar qualquer situação indefinida ou de meio-termo¹⁶⁹¹.

A complexidade do tema não é, porém, compensada por aprofundada análise doutrinária: no Direito inglês e à exceção de FREEDLAND¹⁶⁹², o instituto

¹⁶⁸⁶ V. *supra* Introdução, § 3.3. e Parte I, Capítulo I, Secção V, Subsecção III, § 1. Para uma visão histórica, evolutiva e crítica do Direito do Trabalho na Grã-Bretanha v. Simon DEAKIN e Frank WILKINSON, *The Law of the Labour Market. Industrialization, Employment and Legal Evolution*, Oxford University Press, 2005.

¹⁶⁸⁷ É sempre oportuno relembrar que “a «equivalência linguística», entendida como semelhança gráfica, fonética e eventualmente etimológica entre palavras em línguas naturais diferentes, não só não é necessária como pode ser fonte de equívocos. A homonímia (semelhança de significantes sem correspondente semelhança de significados) é um dos riscos de qualquer tradução (...)” (FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito cit.*, p. 132).

¹⁶⁸⁸ Cf. *supra*, Capítulo I, Secção V, Subsecção III, § 1.

¹⁶⁸⁹ Por sua vez, sobre a cessação do contrato de trabalho no Direito inglês, v. KAHN-FREUND, “Suspension ...” *cit.*, pp. 3-4, e SELWYN, *Selwyn’s Law cit.*, pp. 417 e ss.

¹⁶⁹⁰ “Suspension ...” *cit.*, p. 4.

¹⁶⁹¹ MCCALLUM, “Exploring ...” *cit.*, p. 233: “after all, the common law principles that there should either be employment or non-employment and that suspension is an uneasy and uncertain limbo have stood the test of time and should be adhered to in modern labour relations law”.

¹⁶⁹² *The contract cit.*, pp. 77-116, e *The personal cit.*, pp. 464-491. Este é o Autor que, no Direito inglês, maior atenção dedica ao tema da suspensão: “Freedland gives the most detailed account of lay-off and suspension at common law” (MCCALLUM, “Exploring ...” *cit.*, p. 211). Já em 1976, FREEDLAND dedicava à “*suspension*” o Capítulo terceiro da obra *The contract cit.* Esta monografia reservava especial atenção aos princípios que modelam acontecimentos supervenientes à formação do contrato, enquanto alternativas à cessação: “*breach*”, “*variation*” e “*suspension*” (p. 5). No entanto, quase trinta anos depois, FREEDLAND publica, em 2003, *The personal cit.*, enquadrando a suspensão em capítulo dedicado, genericamente, à “*transformation and transfer*” (pp. 459 e ss.). O Autor não se limita a propor uma nova sistematização do tema; actualiza e aprofunda as bases teóricas da suspensão, delimitando o instituto com maior rigor e identificando novas hipóteses suspensivas, tal qual a “*precautionary suspension*” (pp. 471-472 – v. *supra* Parte I, Capítulo II, § 2.2., II.), a “*apellate suspension*” (pp. 472-473; a este propósito, v. *supra* Parte I, Capítulo IV, § 2.), a “*managerial suspension with pay*” e ainda hipóteses de “*garden leave*” (pp. 484-491). Importa, porém, ter presente que, mais do que uma primeira versão, o texto de 1976 é, sobretudo – como o Autor faz questão de frisar – ponto de partida do segundo: em 2003, o Autor reconhece âmbito diverso ao Direito do Trabalho inglês, sugerindo nova abordagem sistemática e método distinto de análise (FREEDLAND, *The personal cit.*, prefácio). Afinal, entre

não é, na maioria dos casos, adequadamente enquadrado¹⁶⁹³. Certo, porém, que, a par de diversos caracteres distintivos, também o Direito inglês considera a suspensão essencial à percepção da elasticidade do contrato de trabalho e da sua capacidade evolutiva, da formação à cessação: quanto menos os obstáculos à admissibilidade do instituto, maior a maleabilidade do vínculo¹⁶⁹⁴. É assim que, incluindo a “*suspension of the employment contract*” entre os fenómenos modificativos (“*change of mode*”), FREEDLAND conclui – atendendo à transversalidade das interferências pressupostas – estar perante “*phenomenon of daunting complexity, but also of transcendent interest for the theory of the law of personal employment contracts more generally*”¹⁶⁹⁵. Por sua vez, em observação não limitada ao domínio laboral, TREITEL nota que a falta de clara percepção dos contornos da “*suspension*” justificaria a hostilidade dos tribunais ingleses, a este propósito: “*in English law, the notion of «suspension» is generally viewed with hostility by the courts. One reason for this hostility is that «suspension» is «a loose expression giving rise to confusion»*”¹⁶⁹⁶. A par de outros elementos que dificultam a perfeita apreensão do fenómeno, constatamos que também neste ordenamento é pouco nítida a distinção entre “*suspension*” e “*temporary impossibility*”. Tal qual exposto na Parte I da dissertação, reservamos o âmbito operativo da suspensão a obrigação duradoura (em que a inutilização definitiva das prestações singulares atingidas não prejudica a persistência do vínculo), associando, tendencialmente, o regime não adaptado da impossibilidade temporária a obrigação instantânea – em que se verifica tão-só o adiar do cumprimento daquela (mesma) obrigação, para data futura. No entanto – e atendendo, porventura, à reduzida atenção reservada ao estudo da “*suspension*” na doutrina inglesa – nem sempre esta designação reveste o mesmo sentido, entre autores. Enquanto FREEDLAND lhe associa significado coincidente ao que afectamos à suspensão – já que a sua análise é limitada à esfera laboral e, neste caso, atenta a natureza duradoura do contrato de trabalho, a suspensão reveste usualmente os contornos típicos que lhe apontámos –, TREITEL reserva à “*suspension*” lógica inversa: os casos que implicassem algo de semelhante a uma “*pro tanto extinction*” não seriam confundíveis com “*true suspension*”¹⁶⁹⁷. Importa, por outro lado, deixar claro que não obstante as ressalvas assinaladas e as

1976 e 2003 o Direito inglês sofreu significativas mutações, não só em função da jurisprudência e do acervo legislativo produzidos, como da influência determinante do Direito europeu.

¹⁶⁹³ As dificuldades resultariam ainda da complexidade e da falta de clareza das disposições legais e das decisões judiciais relacionadas: “*the phenomena or materials which form the subject of that analysis, that is to say the legal judgements and legal enactments which make up the law concerning contractual suspension, are too complex, too much extended over diverse historical, social, and economic contexts, and too internally inconsistent, to be fashioned into a fully logical system*” (FREEDLAND, *The personal cit.*, p. 465).

¹⁶⁹⁴ “*The more elastic it is, in other words, the more scope there is held to be for variation of content within the contract, the less it will be the case that the occurrence is seen as terminating the contract*” (FREEDLAND, *The personal cit.*, p. 462).

¹⁶⁹⁵ FREEDLAND, *The personal cit.*, p.464.

¹⁶⁹⁶ *Frustration cit.*, pp. 578-579.

¹⁶⁹⁷ TREITEL, *Frustration cit.*, p. 580.

diferenças que, com frequência, afastam os institutos nos dois ordenamentos, tomamos o apelo ao Direito inglês como especialmente frutuoso – atendendo, sobretudo, à função ilustrativa de certas hipóteses jurisprudenciais¹⁶⁹⁸. Nesta medida, tendo por base estas premissas, reservamos especial atenção à autonomização da “*suspension*” em função dos limites da “*frustration*”¹⁶⁹⁹: historicamente, a “*common law*” tardou em aceitar a “*doctrine of frustration*”¹⁷⁰⁰, já que o valor absoluto do contrato prevalecia sobre eventos supervenientes, que interferissem com a sua execução, tal qual sustentado, em 1647, no célebre caso *Paradine v. Jane*¹⁷⁰¹. Esta construção viria, todavia, a ser fortemente abalada, em 1863, em *Taylor v. Caldwell*¹⁷⁰², que sedimentaria a doutrina da “*frustration*”: com a ocorrência de evento superveniente, não imputável a qualquer das partes, que tornasse o cumprimento impossível ou ilegal ou que transmutasse o acordado em algo radicalmente diferente, as partes seriam dispensadas do cumprimento das suas obrigações^{1703/1704} – resultando, assim, evidente a abrangência do

¹⁶⁹⁸ Quanto à sistematização das variáveis suspensivas no Direito inglês, v. FREEDLAND, *The personal cit.*, p. 466.

¹⁶⁹⁹ A referência à “*frustration*” não turva, todavia, as diferenças que a demarcam perante a extinção por impossibilidade, e que importa não descurar. Dispensamos, neste contexto, promover contraposição precisa do âmbito operativo da “*frustration*” (mais abrangente) e da impossibilidade (mais restrito): não só porque tal extravasaria largamente o âmbito da investigação, mas, sobretudo, porque no domínio laboral a impossibilidade reveste contornos menos rígidos que os associados, por regra, à impossibilidade (absoluta), em contexto civil (cf. *infra*, Secções III e IV). Com especial interesse no enquadramento dos efeitos da superveniência contratual, v. TREITEL, *Frustration cit.*

¹⁷⁰⁰ BROWNSWORD, *Smith & Thomas: A casebook cit.*, p. 701.

¹⁷⁰¹ [1647] EWHC K.B. J5. Em síntese, *Paradine* pretendia obter de *Jane* o pagamento de rendas em falta. Porém, *Jane* invocou em sua defesa que as terras arrendadas haviam sido ocupadas durante a Guerra, tendo tal invasão imposto o seu afastamento, por quatro anos. O Tribunal decidiu, todavia, que *Jane* deveria ter previsto no contrato disposição expressa que a dispensasse do cumprimento, em tais circunstâncias: não o tendo feito, o pagamento era devido a *Paradine*, nos exactos termos contratualizados. Para maiores desenvolvimentos, v. UPEX e BENNETT, *Davies cit.*, p. 256, e BROWNSWORD, *Smith & Thomas: A casebook cit.*, pp. 701-702.

¹⁷⁰² [1863] EWHC QB J1, aqui se tratando de um caso de “*frustration*” por destruição do objecto. *Caldwell* disponibilizara a *Taylor* o uso dos “*The Surrey Gardens and Music Hall*” por quatro dias específicos, sendo o propósito do contrato a realização de diversos concertos naquele espaço. Na véspera das datas definidas, um incêndio destruiu o “*Music Hall*” e *Taylor* intentou uma acção contra *Caldwell*, requerendo o ressarcimento pelos danos decorrentes do incumprimento. O Tribunal decidiu, contudo, em seu desfavor: tendo o *Music Hall* deixado de existir sem culpa de qualquer das partes, ambas foram dispensadas das suas obrigações; *Taylor* desobrigado do pagamento e *Caldwell* de facultar o gozo do espaço (UPEX e BENNETT, *Davies cit.*, p. 256).

¹⁷⁰³ UPEX e BENNETT, *Davies cit.*, p. 256, com itálico nosso. V. ainda *Black’s Law Dictionary* (ed. Bryan Garner), 2.^a reimp. da 8.^a ed. (2004), Thomson West, 2007, p. 694. Múltiplas teorias são convocadas para a justificação da “*frustration*”. Conforme construção largamente difundida, haveria que reconduzir os efeitos da “*frustration*” à intenção presumida das partes, aquando da contratação: se as partes tivessem, nessa ocasião, previsto o sobrevir de tais ocorrências, ter-lhe-iam associado o fim do vínculo. No entanto, UPEX e BENNETT reconhecem dificuldade lógica em admitir que as partes tenham disposto em relação a algo que não só não esperavam, como não previram. Seria, pois, preferível concluir que a “*doctrine of frustration*” traduz uma forma de distribuição do risco (*Davies cit.*, p. 259).

¹⁷⁰⁴ Entre outras variantes, é indicado que um contrato é *frustrado* se uma coisa ou uma pessoa essencial ao cumprimento deixa, por causa externa, de estar disponível para um tal fim. Assim

conceito¹⁷⁰⁵. Transposta esta lógica para o domínio laboral, dir-se-á que também o contrato de trabalho pode cessar por “*frustration*”: “*if the performance of the employment contract is rendered impossible by some intervening event, then it will be terminated by frustration, not by dismissal*”¹⁷⁰⁶. Assim, em *Anyanwu v. South Bank Student Union* (2003), dois estudantes foram expulsos da Faculdade e proibidos de aceder às suas instalações. Eram também trabalhadores da Associação de Estudantes da Faculdade, que funcionava no seu interior. O empregador considerou que, face ao carácter definitivo da expulsão, os contratos de trabalho haviam cessado, atenta a impossibilidade superveniente de cumprimento¹⁷⁰⁷.

Admitida a cessação de contrato de trabalho por “*frustration*”, dir-se-á que também no ordenamento inglês, a suspensão opera na medida em que o impedimento não põe em crise a continuação do vínculo, até ao superar do evento obstativo. Neste âmbito, as referências surgem, por vezes, a propósito de impedimentos que não revestem gravidade ou extensão suficiente para frustrar contrato, dispensando, porém, o trabalhador do dever de prestar¹⁷⁰⁸: assim, para TREITEL, “*temporary impossibility arises where a thing or person essential for the performance of the contract becomes temporarily unavailable, or when a state of things essential for such performance ceases temporarily to exist*”. Sendo certo que “*such temporary impossibility does not of itself discharge the contract*”¹⁷⁰⁹. Na verdade, a extinção apenas opera perante a fixação de um termo essencial de cumprimento¹⁷¹⁰ ou se o atraso ou os seus efeitos constituem fundamento para a

sucedendo quando numa venda de mercadorias estas são objecto de uma requisição; ou numa prestação de serviços, se o prestador adoece ou é preso (UPEX e BENNETT, *Davies cit.*, p. 257). O mesmo podendo suceder quando o pintor contratado para a execução de dado retrato cega, impossibilitando a execução do acordado (BROWNSWORD, *Smith & Thomas: A casebook cit.*, p. 703).

¹⁷⁰⁵ No entanto, em *Davis Contractors Ltd v Fareham Urban District Council*, a House of Lords indica que a dificuldade ou inconveniência não são suficientes para determinar a “*frustration*” (*House of Lords*, [1956] AC 696, [1956] 3 WLR 37, [1956] 2 All ER 145, 54 LGR 289). Para tanto, teria de ocorrer modificação do sentido da obrigação, que a transmutasse em algo “radicalmente distinto”. Conforme passagem frequentemente citada, Lord Radcliffe assinala, então, que a “*frustration*” ocorreria sempre que a lei reconhecesse que, sem culpa de qualquer das partes, uma obrigação contratual se tornara inviável porque as circunstâncias em que o cumprimento teria lugar transformá-la-iam em algo radicalmente diferente do assumido no contrato. Sobre o caso, *v. UPEX e BENNETT, Davies cit.*, p. 259, e BROWNSWORD, *Smith & Thomas: A casebook cit.*, pp. 713-717.

¹⁷⁰⁶ SELWYN, *Selwyn's Law cit.*, p. 456.

¹⁷⁰⁷ (2003) *Times*, 5 December), disponível em <<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200001/ldjudgmt/jd010322/anyanw-1.htm>>. V., a este propósito, SELWYN, *Selwyn's Law cit.*, p. 456.

¹⁷⁰⁸ Nesta medida, TREITEL nota que nos casos em que a doença de um trabalhador não revista duração adequada para frustrar o seu contrato de trabalho, o trabalhador não se encontra em situação de incumprimento (*Frustration cit.*, p. 252).

¹⁷⁰⁹ TREITEL, *Frustration cit.*, p. 233.

¹⁷¹⁰ “*It seems that, for the purpose of the present rule, the date (or other time or period) fixed for performance must be specified in the contract; and it must be clear from the terms of the contract or from the surrounding circumstances, that performance at that time is regarded as vital. If these conditions are satisfied the unavailability at the specified time of a thing or person essential for performance will*

extinção¹⁷¹¹. A primeira hipótese é ilustrada em *Robinson v. Davidson*¹⁷¹²: um pianista contratado para um concerto num dia específico, adoece em tal ocasião; tendo em conta a essencialidade do tempo de execução, a impossibilidade foi considerada definitiva¹⁷¹³. Ao segundo conjunto, TREITEL reconduz situações que tornam a execução inútil para o credor¹⁷¹⁴ – sendo, neste âmbito, convocado exemplo tipicamente laboral: “*contracts were frustrated because the employee suffered from so serious an illness as to make it unlikely that he would ever be able to resume the work for which he was engaged*”¹⁷¹⁵. Neste âmbito, as hipóteses de doença ou de prisão do trabalhador surgem como particularmente ilustrativas, havendo que assinalar o esforço de identificação de critérios adequados à determinação, em cada caso, da natureza temporária ou definitiva da impossibilidade e que assim conduzem à subsistência ou cessação do contrato^{1716/1717}. Veremos existir ainda alguma nebulosidade em torno de tópico que reveste, neste âmbito, particular interesse: a ausência de culpa do trabalhador na produção do evento frustrante e/ou concretização da designada “*self-induced frustration*”¹⁷¹⁸. Havendo, por fim, que considerar as especiais

discharge the contract” (TREITEL, *Frustration cit.*, p. 234). Claro está que a essencialidade pode não respeitar a uma data precisa, mas a um evento específico (p. 235).

¹⁷¹¹ TREITEL, *Frustration cit.*, p. 234.

¹⁷¹² [1871] L.R. 6 Ex. 269.

¹⁷¹³ TREITEL, *Frustration cit.*, p. 234.

¹⁷¹⁴ TREITEL alerta para a distinção destas hipóteses de outras, antes reconduzíveis à “*frustration of purpose*” e nas quais “*the contract may be discharged in spite of the fact that there is no impossibility affecting the performance of either party*”. Diferentemente, nas hipóteses analisadas, “*one party’s performance does become temporarily impossible, and the question is whether the contract is discharged by that impossibility*” (*Frustration cit.*, p. 239).

¹⁷¹⁵ TREITEL, *Frustration cit.*, p. 245. No que respeita aos efeitos associados às ausências por doença do trabalhador, o Autor indica que “*frustration does not result merely from the fact that the employee suffers from an illness which prevents him from working only for a short time (relative to the length of the contract); but the contract will be discharged if the illness continues for so long as to put an end to the possibility of performance «in a business sense». This would be the position where the illness had made resumption of work within a reasonable time a practical impossibility*” (p. 251).

¹⁷¹⁶ Acrescendo, em caso de prisão, as variantes em torno da forma de cessação: “*repudiation*”, “*dismissal*” ou “*frustration*” (v. *infra* Capítulo II, Secção III, § 2.). Certo, porém, que também na doença a forma extintiva não se afigura evidente, atento o apelo ora a “*dismissal*”, ora a “*frustration*” (v. *infra* Capítulo III, § 4.3.1.).

¹⁷¹⁷ Com frequência, se o trabalhador se encontra impedido de comparecer ao trabalho, mais do que a valoração do motivo justificativo da ausência, assume particular importância o destino da contraprestação – *i.e.*, aferir se o trabalhador mantém, então, a retribuição. A indisponibilidade temporária do trabalhador pode resultar de circunstâncias várias, de origem natural (v.g., derrocadas, inundações – sendo, neste âmbito, frequentemente referido na literatura o impacto da nuvem de cinza do vulcão *Eyjafjallajokull*, na Islândia, que, em 2010, frustrou múltiplas deslocações aéreas) ou humana, como ataques terroristas, greves de transportes ou manifestações. Nestes casos, embora o trabalhador se encontre impedido de comparecer ao trabalho por circunstâncias que não lhe são imputáveis, na ausência de disposição legal ou contratual que disponha diversamente não mantém, por regra, direito à retribuição (SELWYN, *Selwyn’s Law cit.*, pp. 322-323). Em caso de ausências prolongadas em razão de doença, v., todavia, o indicado *infra* Capítulo III, § 4.3.1.

¹⁷¹⁸ Análise importante, atenta a relevância que assume, neste contexto, a delimitação da imputação do impedimento ao devedor (v. *infra* Capítulo II).

limitações que condicionam o exercício unilateral da suspensão, pelo empregador – por regra, inadmissível, atenta a dificuldade em legitimar um tal poder, enquanto decorrência implícita do contrato: o Direito inglês rejeita, por princípio, a operacionalidade da suspensão promovida unilateralmente pelo empregador, salvo se a falta de colaboração e a desocupação temporária do trabalhador resultar de factos não imputáveis ao empregador¹⁷¹⁹. Não se trata apenas de determinar se o empregador deve assumir o pagamento da retribuição¹⁷²⁰, no tempo de suspensão: é o próprio exercício da suspensão que resulta condicionado. Melhor explicando: algumas das hipóteses reconduzíveis, entre nós, à suspensão laboral, são, no Direito inglês, integradas por FREEDLAND na ampla categoria do “*managerial lay-off*”, sem pagamento de retribuição¹⁷²¹, aqui se enquadrando a inactividade transitória imposta pelo empregador por modificação de técnicas de produção ou de distribuição, alteração dos fins para os quais a actividade foi iniciada, bem como redução ou cessação transitória da actividade por razões comerciais ou de mercado^{1722/1723}. Certo, contudo, que o empregador apenas tem a possibilidade de impor o “*lay-off*” se tiver salvaguardado tal possibilidade, conforme termo contratual ou por costume praticado na indústria¹⁷²⁴. Fora esses casos, a suspensão unilateral, pelo empregador, tende a ser considerada “*repudiation of the contract*” e mesmo “*dismissal*”, que pode vir a ser qualificado de “*unfair*”¹⁷²⁵. Das hesitações e cautelas com que o Direito inglês perspectiva a suspensão¹⁷²⁶ resulta, assim, leitura restritiva quanto à sua aplicação: “*unlike many other legal systems, however, English law does not give either side, as a matter of law, a right or power unilaterally to suspend the contract*”¹⁷²⁷. Por conseguinte, na falta de termo contratual ou de costume da empresa ou indústria que confira tal possibilidade, se o empregador não pretender pôr fim ao contrato, mas apenas promover a suspensão, mantendo o nexo existente, este comportamento traduzirá um incumprimento

¹⁷¹⁹ V. ainda *infra* Secção IV, § 2.

¹⁷²⁰ Explicitando a lógica subjacente ao princípio “*no work, no pay*”, v. *infra* Secção IV, § 2.3.2.

¹⁷²¹ *The personal cit.*, p. 478.

¹⁷²² KAHN-FREUND, “*Suspension ...*” *cit.*, p. 6.

¹⁷²³ Importa, porém, advertir, a utilização, nesta matéria, de terminologia inconstante na doutrina, dificultando a apreensão de um tema já por si pouco tratado e sistematizado. FREEDLAND adopta um conceito amplo de “*lay-off*”, que identifica com a designada “suspensão não remunerada por razões empresariais” (“*unpaid suspension for managerial reasons*”) e que define nos termos seguintes: por razões empresariais (v.g., ausência de matéria-prima ou falta de encomendas), o empregador cessa, temporariamente, a normal troca de trabalho e remuneração (*The personal cit.*, p. 474).

¹⁷²⁴ A suspensão pode resultar de termo expresso ou implícito no contrato, de acordo, costume ou prática que confira um tal opção ao empregador (KAHN-FREUND, “*Suspension ...*” *cit.*, p. 7). No entanto, em linha com a leitura restritiva da “*suspension*” no Direito inglês, MCCALLUM assinala que mesmo a suspensão por acordo das partes é objecto de merecidas reservas (“*Exploring ...*” *cit.*, p. 231).

¹⁷²⁵ SELWYN, *Selwyn’s Law cit.*, pp. 302 e 516.

¹⁷²⁶ V. *infra* Secção IV, § 2.3.2.

¹⁷²⁷ KAHN-FREUND, “*Suspension ...*” *cit.*, p. 4. Aliás, quanto à greve, v. *infra* Secção III, § 2.5.

do contrato («*breach of contract*»)¹⁷²⁸. Por isso, DEAKIN e MORRIS indicam que se o empregador concebe, no futuro, o operar da suspensão (“*right to suspend work without pay*”), deve salvaguardar expressamente essa possibilidade; todavia, uma tal previsão, como qualquer outra imposta num contrato-tipo (“*standard form contract*”), seria interpretada *contra proferentem*¹⁷²⁹. Em sentido próximo, MCCALLUM refere que “*if asked whether employers have the right either to lay-off employees when work is unavailable, or to suspend employees on disciplinary grounds, labor lawyers would make the following response: unless the power is conferred by awards, or statutes, or the Crown is the employer, or there is entrenched custom or practice to the contrary, there is no power of lay-off or suspension in employment contracts*”¹⁷³⁰. Note-se, porém, que fora do âmbito de uma tal limitação ficam as hipóteses suspensivas decorrentes de factos não controláveis e insuperáveis pelo empregador, que afectem a capacidade de produção – e, consequentemente, a possibilidade de oferta de trabalho; simplesmente, estas situações não são encaradas como reflexo do exercício unilateral de “*suspension*”, mas enquanto hipóteses em que o instituto *se impõe* por factores externos¹⁷³¹. FREEDLAND considera, de resto, que a identificação dos casos em que a suspensão é admitida – por não se considerar unilateral, antes operando automaticamente, por condicionalismo externo ao empregador – é uma das mais difíceis e importantes questões colocadas ao Direito individual do Trabalho¹⁷³². As reservas à operacionalidade da suspensão resultam do receio em conferir ampla discricionariedade ao empregador, colocando em crise a essência contratual – que poderia redundar em grau de elasticidade incompatível com o contrato de trabalho¹⁷³³. Refere o Autor que “*those decisions therefore leave some doubt as to whether and when an express or clearly implied power of contractual suspension on managerial grounds will be rejected for incompatibility with*

¹⁷²⁸ KAHN-FREUND, “Suspension ...” *cit.*, pp. 4-6.

¹⁷²⁹ *Labour cit.*, p. 334.

¹⁷³⁰ “Exploring ...” *cit.*, p. 211. Acrescentando que embora seja possível que um contrato de trabalho contenha um termo expresse, possibilitando ao empregador suspender (“*to lay-off*”) o trabalhador, tais termos seriam raros e interpretados restritivamente pelos tribunais. Por conseguinte, salvo se houvesse um costume ou prática em contrário, seria muito difícil ao empregador sustentar que a possibilidade de “*lay-off*” resulta implícita no contrato de trabalho (p. 232). É, aliás, à luz deste enquadramento que devem ser consideradas as Secções 147 (“*Meaning of «lay-off»*”) e ss. do ERA, referindo, a tal propósito, SELWYN: “*a lay-off is where there is no work for the employees and no remuneration provided*”, tendo o trabalhador direito, em certas circunstâncias, a valores mínimos, a título de “*guarantee pay*” (cf. Secções 28 e ss. do ERA); em conformidade com o exposto, é todavia, assinalado que, embora se tratando de inactividade transitória, o empregador “*has no inherent right to lay-off workers as he chooses. In the absence of an express right to do so in the contract, such unilateral action can be regarded as a repudiation of the contract, and hence a dismissal*” (Selwyn’s Law *cit.*, p. 516). A este propósito, *v.* ainda a informação disponibilizada em <<https://www.gov.uk/lay-offs-short-timeworking/overview>>. Por fim, quanto à suspensão disciplinar, *v.* o já indicado *supra* Parte I, Capítulo II, § 2.2., II.

¹⁷³¹ Aliás, também assim, em caso de doença que atinge o trabalhador, condicionando transitoriamente a prestação do trabalho.

¹⁷³² *The personal cit.*, p. 474.

¹⁷³³ FREEDLAND, *The personal cit.*, pp. 474-475.

*the personal employment contract, on the ground that it is so open-ended as to undermine the basic mutuality of the contract*¹⁷³⁴.

Nesta matéria, importa ter presente que a evolução regista inversão significativa da jurisprudência, na transição do século XIX para o século XX. No século XIX, era reconhecida ao empregador ampla margem na aplicação da suspensão, sobretudo em razão de abrandamento do comércio¹⁷³⁵. Tal possibilidade resultaria, contudo, acentuadamente limitada em *Devonald v. Rosser & Sons Ltd.* (1906), que conformou, em diante, os contornos do instituto¹⁷³⁶: em Julho de 1903, período de marcada quebra do comércio, o proprietário de uma indústria em *South Wales* decidiu encerrar a produção, por falta de encomendas e após duas semanas de inactividade, fez cessar os respectivos contratos de trabalho¹⁷³⁷. Uma vez que à data e naquela indústria os trabalhadores eram retribuídos à peça/tarefa, nada tendo sido produzido, nada havia por liquidar – assim decorria da regra “*no work, no pay*”¹⁷³⁸. FREEDLAND sintetiza a questão essencial subjacente à decisão: “*the issue in the Devonald case was whether, when the employing tinplate manufacturer shut down its works [...] by reason of adverse conditions of trade, it was liable to continue to pay wages to piece-rate workers, employed upon twenty-eight days’ notice on both sides, for the duration of the period of notice*”¹⁷³⁹. *Devonald* tem subjacente a distinção, feita à época, entre trabalhadores pagos à peça (“*piece work employees*”) e trabalhadores assalariados (“*salaried employees*”), uma vez que no início do século XX e, sobretudo, por volta dos anos 30, vigoravam regras distintas de remuneração para “*salaried employees*” e “*piece work employees*”¹⁷⁴⁰: ao contrário daqueles, os “*piece work employees*” não teriam direito ao pagamento do salário se impossibilitados de trabalhar, ainda que por motivos para além do seu controlo, tal qual por falta de ocupação. No caso, o Tribunal considerou, todavia, que, mesmo em relação a “*piece work employees*”, recaía sobre o empregador um dever de ocupação, sendo negada a existência de um termo implícito no contrato que conferisse ao empregador o direito à suspensão, nas circunstâncias referidas¹⁷⁴¹. Concorria, pois, violação da obrigação de o empregador atribuir tarefas concretas aos

¹⁷³⁴ *The personal cit.*, p. 477. A “*mutuality of obligation*” (i.e., “*mutual obligations on the employer to provide work for the employee and on the employee to perform work for the employer*”) constitui, desde há muito (e tal qual reiterado na jurisprudência), traço essencial à delimitação de um contrato de trabalho. O rigor associado a tal exigência tem, todavia, vindo a ser flexibilizado (ADAMS, FREEDLAND e PRASSL, “*The «zero-hours ...» cit.*”, pp. 14 e ss.).

¹⁷³⁵ FREEDLAND, *The contract cit.*, p. 87.

¹⁷³⁶ [1906] 2KB 728, *apud* DEAKIN e MORRIS, *Labour cit.*, p. 333.

¹⁷³⁷ MCCALLUM, “*Exploring ...» cit.*”, p. 214, FREEDLAND, *The contract cit.*, pp. 88-89, e DEAKIN e MORRIS, *Labour cit.*, p. 333.

¹⁷³⁸ A este propósito, *v. ainda infra* Secção IV, § 2.3.2. Replicando o brocardo, no Direito alemão (“*ohne Arbeit, kein Lohn*”), *v. infra* Secção IV, § 2.3.

¹⁷³⁹ *The personal cit.*, p. 475.

¹⁷⁴⁰ Para reclamar o pagamento (“*to claim payment*”), os primeiros teriam apenas de demonstrar estar disponíveis para trabalhar, enquanto os segundos teriam de prestar efectivamente trabalho: o direito ao pagamento dependia da execução do trabalho (“*no work, no pay*”).

¹⁷⁴¹ FREEDLAND, *The personal cit.*, pp. 476-477, e SELWYN, *Selwyn’s Law cit.*, p. 301.

trabalhadores e de lhes assegurar, por essa forma, fonte de rendimento – dever que não deixaria de se impor ainda que o empregador não se encontrasse em condições de manter a produção¹⁷⁴²; procedeu, por isso, pedido de indemnização (“*claim in damages*”): o Tribunal considerou que aquela obrigação havia sido incumprida e os trabalhadores puderam reclamar uma indemnização de montante equivalente ao rendimento perdido. Desta decisão se transitando para sustentar que na falta de acordo, costume ou prática em contrário, o empregador não tem qualquer direito inerente ou automático à suspensão. Na linha desta jurisprudência, HARDY refere que o empregador “*cannot suspend an employee without pay, unless there is an express agreement to that effect*”¹⁷⁴³; ao empregador não é autorizado o recurso unilateral à suspensão, ainda que tal medida se imponha por razões objectivas empresariais¹⁷⁴⁴. A este propósito, MCCALLUM convoca *Sir Gorell Barnes P*, que, em *Devonald*, terá identificado os casos em que o risco de indisponibilidade de trabalho deveria ser suportado, em exclusivo, pelo empregador – não autorizando a suspensão, nem o não pagamento da retribuição. A destriça apela a uma ideia de distribuição do risco e à vontade hipotética das partes: “*it rests entirely with the employer, who can anticipate in respect of such matters, and who ought to know what is the probable future of the trade [...]*”¹⁷⁴⁵; se ignora este comando, não estipulando antecipadamente o recurso futuro à suspensão, incumpe o contrato.

IX. Por sua vez, retomando a ligação funcional das matérias suspensiva e extintiva¹⁷⁴⁶, importa assinalar que, no Direito inglês, à parte da cessação do contrato por acordo das partes ou “*frustration*”, se o trabalhador pode pôr fim ao contrato “*at will*”¹⁷⁴⁷ – contanto que observado o aviso prévio exigido¹⁷⁴⁸ –, a

¹⁷⁴² FREEDLAND, *The personal cit.*, p. 476.

¹⁷⁴³ “*Great Britain ...*” *cit.*, p. 141.

¹⁷⁴⁴ MCCALLUM, “*Exploring ...*” *cit.*, p. 215.

¹⁷⁴⁵ MCCALLUM, “*Exploring ...*” *cit.*, p. 214, com itálico nosso

¹⁷⁴⁶ Cf. *supra*, § III.

¹⁷⁴⁷ Ao que acresce, nomeadamente, a possibilidade de “*constructive dismissal*” (cf. Secção 95, c) do ERA), que corresponde, afinal, a “*resignation*” do trabalhador, por grave incumprimento do empregador. Conforme Lord Denning, em *Western Excavating (ECC) Ltd v. Sharp* (1978), “*if the employer is guilty of a conduct which is a significant breach going to the root of the contract of employment, or which shows that the employer no longer intends to be bound by one or more of the essential terms of the contract, then the employee is entitled to treat himself as discharged from any further performance. If he does so, then he terminates the contract by reason of the employer’s conduct. He is constructively dismissed*” (apud TAYLOR e EMIR, *Employment cit.*, p. 353). A tais casos são reservados os mesmos efeitos de “*unfair dismissal*” (p. 359). Quanto ao “*constructive dismissal*”, v. ainda SELWYN, *Selwyn’s Law cit.*, pp. 447-454.

¹⁷⁴⁸ Também a cessação promovida pelo empregador deve ter em conta os prazos mínimos indicados na Secção 86 do ERA (“*Rights of employer and employee to minimum notice*”). Estes prazos só não devem ser cumpridos perante “*summary dismissal*” se o trabalhador for responsável por “*gross misconduct*”. De outra forma, a inobservância destas disposições dita que a cessação constitua “*wrongful dismissal*” (cf. *infra*, n. 1751, 1763 e 1764).

“common law” tem vindo a sofrer mutações significativas, *maxime* desde 1971¹⁷⁴⁹, no que respeita à autonomia conferida ao empregador¹⁷⁵⁰:

a) Conforme Secção 94, 1 do ERA, “an employee has the right not to be unfairly dismissed by his employer”¹⁷⁵¹. É, por conseguinte, necessária a concorrência de motivo justificativo para o despedimento (cf. Secção 98, 1, b) do ERA), aqui se reconduzindo, entre outros, os listados na Secção 98, 2 do ERA¹⁷⁵². São, por conseguinte, “potencialmente *fair*”, entre outras¹⁷⁵³, hipóteses em que a cessação é promovida pelo empregador, em razão de incapacidade – aqui se incluindo falta de produtividade (“*poor performance*”)¹⁷⁵⁴ ou doença do trabalhador¹⁷⁵⁵ e falta de título essencial ao exercício da actividade¹⁷⁵⁶ ou de qualificações do trabalhador¹⁷⁵⁷. Há ainda que contar com situações de incumprimento contratual – aqui se reconduzindo o despedimento por “*gross misconduct*”, que dispensa a necessidade de aviso prévio (*i.e.*, “*summary dismissal*”)¹⁷⁵⁸, por “*serious*

¹⁷⁴⁹ Referimo-nos ao *Industrial Relations Act* de 1971, que previu em diversas situações o direito dos trabalhadores a não serem “*unfairly dismissed*”. Quanto à evolução registada, nesta matéria, desde então até ao ERA 1996, v. SELWYN, *Selwyn’s Law cit.*, p. 428. Até 1971, a cessação, pelo empregador, era, regra geral, livre (no sentido de imotivada), havendo apenas que determinar se o trabalhador tinha direito a aviso prévio ou se o comportamento em causa assumia gravidade bastante para “*summary dismissal*”.

¹⁷⁵⁰ Em balanço da evolução registada e considerando que o regime hoje vigente se encontra, porventura, a meio caminho, entre a doutrina norte-americana do “*employment at will*” e a lógica vigente em diversos países da UE – com expressa menção aos ordenamentos alemão e italiano – v. TAYLOR e EMIR, *Employment cit.*, pp. 286-287. É, neste âmbito, assinalada tendência limitadora, sobretudo na jurisprudência, quanto ao âmbito do “*fair dismissal*” (*ob. cit.*, p. 287). Já quanto ao Direito norte-americano, BIRD nota que “*employment at will has been the law of the land for over one hundred years. No rule could be simpler-either party may terminate the employment relationship for any reason*” (“*Employment ...*” *cit.*, p. 196).

¹⁷⁵¹ A Secções 94 a 107 do ERA são as mais relevantes em matéria de “*unfair dismissal*”. O Direito inglês distingue os casos de “*unfair dismissal*” (“*breach of statute*”), “*wrongful dismissal*” (“*breach of contract*”) e “*constructive dismissal*”. Diferenciando as três variantes, v. TAYLOR e EMIR, *Employment cit.*, pp. 251-252 e pp. 347-348. Para uma análise abrangente, v. Steven ANDERMAN, *The Law of Unfair Dismissal*, 3.^a ed., Butterworths, 2001, em especial, pp. 45 e ss., e Robert UPEX, *The Law of Termination of Employment*, 7.^a ed., Jordans, 2006, pp. 137 e ss.

¹⁷⁵² Em certas hipóteses, a lei considera a verificação automática de “*unfair dismissal*” – v., a título de exemplo, o disposto nas Secções 99 a 105 do ERA. Acrescem os (raros) casos de ocorrência automática de “*fair dismissal*”. À maioria das situações corresponde, porém, despedimento potencialmente “*fair*”. Sobre esta tripartição, v. TAYLOR e EMIR, *Employment cit.*, pp. 255-256.

¹⁷⁵³ A perda de confiança não é por si só bastante para justificar o despedimento. Em *Wadley v. Eager Electric Ltd* ([1986] IRLR 93, EAT), o trabalhador, ao serviço há 17 anos, fora despedido por quebra de confiança, uma vez que a sua mulher havia sido “*summarily dismissed*” por roubo, pelo mesmo empregador. O despedimento do trabalhador foi considerado “*unfair*” (SELWYN, *Selwyn’s Law cit.*, p. 485). Referindo hipótese idêntica, no Direito francês, v. *supra* n. 1638.

¹⁷⁵⁴ TAYLOR e EMIR, *Employment cit.*, pp. 278-281.

¹⁷⁵⁵ TAYLOR e EMIR, *Employment cit.*, pp. 281 e ss.

¹⁷⁵⁶ TAYLOR e EMIR, *Employment cit.*, p. 259. Assim, nomeadamente, em caso de perda de licença de condução (cf. SELWYN, *Selwyn’s Law cit.*, pp. 473 e 481, com indicação de jurisprudência diversa).

¹⁷⁵⁷ Cf. Secção 98, 2, a) e 3 do ERA.

¹⁷⁵⁸ Referindo diversos casos, v. SELWYN, *Selwyn’s Law cit.*, pp. 432-434.

breach of contractual terms" e por "*ordinary misconduct*"¹⁷⁵⁹. Acresce a cessação por "*redundancy*"¹⁷⁶⁰. Em qualquer destas situações, a qualificação do despedimento (enquanto "*fair*" ou "*unfair*") irá, no essencial, variar em função do conceito de "*reasonableness*" e do modo como o empregador conduz, em cada caso, o processo extintivo¹⁷⁶¹. Importa, no entanto, ter presente que, regra geral, a protecção contra "*unfair dismissal*" é reconhecida apenas a trabalhadores com mais de dois anos de "*continuity of employment*" (cf. Secção 108, 1 do ERA)¹⁷⁶², por esta forma se limitando acentuadamente a tutela afecta à estabilidade do emprego^{1763/1764}.

b) Há, por fim, que sublinhar dificuldade já assinalada¹⁷⁶⁵, referente a nem sempre evidente delimitação entre a cessação do contrato por "*frustration*" – aqui se enquadrando a designada "*supervening impossibility of performance*" – e por "*dismissal*", no Direito inglês. Tais hesitações resultam frequentes na extinção do contrato de trabalho em razão de ausências prolongadas do trabalhador, por doença ou prisão¹⁷⁶⁶. Ainda

¹⁷⁵⁹ Cf. Secção 98, 2, b) do ERA. Sobre estas hipóteses, v. TAYLOR e EMIR, *Employment cit.*, pp. 274, e ss. Quanto à repartição entre "*minor misconduct*", "*major misconduct*" e "*gross misconduct*" e ao procedimento a observar em cada caso, v. SELWYN, *Selwyn's Law cit.*, pp. 473 e ss.

¹⁷⁶⁰ Cf. Secção 98, 2, c) do ERA; v. ainda Secção 139, 1. Quanto à complexidade inerente ao conceito de "*redundancy*", v. TAYLOR e EMIR, *Employment cit.*, pp. 293 e ss., e SELWYN, *Selwyn's Law cit.*, pp. 507-533. A doutrina considera que à "*redundancy*" ("*individual*" ou "*collective redundancy*") corresponde, com frequência, um despedimento por razões empresariais – v.g., por razões tecnológicas ou económicas (TAYLOR e EMIR, *Employment cit.*, pp. 293 e 299 e ss.).

¹⁷⁶¹ TAYLOR e EMIR, *Employment cit.*, pp. 268 e ss.

¹⁷⁶² A este propósito, v. *supra* Parte I, Capítulo I, Secção V, Subsecção III, § 1.

¹⁷⁶³ Em 2012, este período foi alargado de um para dois anos, como previsto no "*Unfair Dismissal and Statement of Reasons for Dismissal (Variation of Qualifying Period) Order 2012*", acessível em <<http://www.legislation.gov.uk/ukxi/2012/989/article/3/made>> – quanto aos períodos mínimos que foram sendo exigidos, desde 1971 a 2012, v. Catherine BARNARD, "*UK Dismissal Law in the Time of the Crisis*", Congresso Europeu de Direito do Trabalho (coord. José João Abrantes), Almedina, 2014, pp. 57-73, pp. 62 e ss. Não se encontrando o trabalhador ao serviço por um tal período mínimo, apenas tem direito a intentar uma acção por "*wrongful dismissal*", caso o empregador não tenha observado o aviso prévio de cessação ou não tenha pago os valores devidos. Os dois anos não são, porém, por regra, exigidos perante "*automatically unfair dismissals*" (TAYLOR e EMIR, *Employment cit.*, pp. 252 e 257).

¹⁷⁶⁴ Quanto à efectiva aplicação, em caso de "*unfair dismissal*", ora de "*reinstatement*" ou "*re-engagement*", ora de "*compensation*" (cf. Secções 113 a 117 do ERA,) – aquelas, de aplicação pouco frequente – v. TAYLOR e EMIR, *Employment cit.*, pp. 259-265, e SELWYN, *Selwyn's Law cit.*, pp. 489-492. V. ainda informação respeitante ao Reino Unido, incluída no Quadro 6 "*Restoration of employment*" do Relatório da European Commission, Directorate General Employment, Social Affairs and Equal Opportunities, Unit D2, sobre *Termination of employment relationships. Legal situation in the Member States of the European Union*, 2006, disponível em <<http://ec.europa.eu/social/search.jsp?pager.offset=10&langId=en&searchType=null&mode=quick&order=null&quickSearchKey=termination>>. Por fim, quanto às consequências inerentes a "*wrongful dismissal*", v. TAYLOR e EMIR, *Employment cit.*, pp. 347-348.

¹⁷⁶⁵ V. *supra* n. 1641 e 1716.

¹⁷⁶⁶ A tais casos nos referiremos com maior detalhe, *infra*, Capítulo III, § 4.3.1. (quanto à doença) e Capítulo II, Secção III, § 2. (quanto à prisão). Admitindo a cessação do contrato de trabalho, por "*frustration*", em razão de doença – e não já por "*(fair) dismissal*" – v., em especial, Marshall v.

que sem particular rigor, é frequente adiantar-se que a “*frustration*” opera apenas em hipóteses de especial impacto, em que a ausência do trabalhador assume uma extensão ou consequências que dispensam a cessação por “*dismissal*”¹⁷⁶⁷: “*frustration automatically terminates a contract without the need for affirmation or acceptance by the innocent party. If frustration is established, there will be no dismissal and, therefore, no right to claim unfair dismissal or redundancy payments. For this reason, the courts have shown a degree of reluctance about applying the doctrine of frustration fully to contracts of employment*”¹⁷⁶⁸.

X. No Direito alemão, na falta de enquadramento legal próprio – e sem prejuízo do tratamento parcelar de temas vários, convocados a este respeito – a suspensão laboral não acolhe, no confronto como outras matérias, análise sistematizada¹⁷⁶⁹. Acresce que os estudos dedicados à “*Suspendierung*” são, não

Harland & Wolff Ltd [1972] IRLR 90, *Egg Stores (Stamford Hill) Ltd v. Leibovici* [1976] IRLR 376, *Hart v. AR Marshall & Sons (Bulwell) Ltd* [1977] ICR 539 e, em termos mais abrangentes, a decisão da *Court of Appeal*, em *FC Shepherd & Co. Ltd v. Jerrom* [1986] ICR 802 – decisões analisadas *infra*, Capítulo III, § 4.3.1. Reflectindo a possível recondução dos casos de doença, ora a “*frustration*”, ora a “(un/fair) dismissal”, v. SELWYN, *Selwyn's Law cit.*, pp. 456-459 e pp. 466 e ss. respectivamente.

¹⁷⁶⁷ Nesta medida, “*if the performance of the contract of employment is rendered impossible by some intervening event, then it will be terminated by frustration, not by dismissal*” (SELWYN, *Selwyn's Law cit.*, pp. 74-75 e p. 456). Assim, a respeito da doença, importa, afinal, verificar “*whether the changed circumstances, caused by a long sickness absence, were so fundamental as to strike at the root of the relationship*” – cf. decisão do EAT de 26.7.2001, Rec. n.º EAT/0382/99 <<http://www.employmentappeals.gov.uk/Public/Upload/EAT0382992572001.doc>>). Entre nós, também JÚLIO GOMES assinala, quanto ao Direito inglês, que “na hipótese de uma doença extremamente penosa e incapacitante, tem-se entendido que ela pode conduzir à morte do contrato de trabalho, pelo equivalente à nossa caducidade (*frustration*)”. Referindo, a tal propósito, que “nesse caso não é sequer necessário proceder a um despedimento, muito embora tal só ocorra em situações-limite” (“Algumas reflexões ...” *cit.*, p. 740, itálico nosso). Certo, porém, que a restrição do âmbito operativo da “*frustration*” constitui, também no Direito inglês, reflexo da maior tutela reservada ao trabalhador, em caso de cessação por “*dismissal*”.

¹⁷⁶⁸ Acrescentando-se, não obstante, que “*the usual frustrating events in this area are sickness and imprisonment*” (Richard PAINTER e Anne HOLMES, *Cases and Materials on Employment Law*, 9.ª ed., Oxford University Press, 2012, p. 337). Sobre tais hipóteses, v. *infra* Capítulo III, § 4.3.1. (quanto à doença) e Capítulo II, Secção III, § 2. (quanto à prisão).

¹⁷⁶⁹ Entre os autores que lhe dedicam maior atenção, v., nomeadamente, Erich MOLITOR, “*Ruhegehalt bei Suspendierung. Urteil des BAG vom 22.1.1959. Suspendierung des Arbeitnehmers*”, *AR-Blattei*, 1959, n.º 109, VII, (D) Arbeitsvertrag – Arbeitsverhältnis, s. p., e “*Wiedereinstellungspflicht bei Suspendierung. Urteil des BAG vom 26.1.1959. Suspendierung des Arbeitnehmers*”, *AR-Blattei*, 1959, n.º 114, VII, (D) Arbeitsvertrag – Arbeitsverhältnis, s. p., Dieter HAHLEWEG, *Die suspendierung des Arbeitnehmers*, dissert., policop., inédito, Uni-Druck, 1961, Gerd ALBRECHT, *Das ruhende Arbeitsverhältnis*, dissert., policop., inédito, Universität Heidelberg, 1965, Hans Carl NIPPERDEY e Franz-Jürgen SÄCKER, “*Suspendierende und lösende Arbeitskämpfungsmittel*”, *BB*, ano 24, 1969, n.º 8, pp. 321-326, Karsten NOTTHOFF, *Das ruhende Arbeitsverhältnis als Schutz des Arbeitsplatzes wehrpflichtiger Arbeitnehmer*, dissert., policop., inédito, Universität Münster, 1972, Aris KASAKOS, *Die Suspendierung von Hauptpflichten. Unter besonderer Berücksichtigung des Arbeitskämpfrechts. Eine strukturelle Analyse*, Peter Lang, 1980, BÜHN, *Die einseitig cit.*, WOLTERECK, “*Suspendierung ...*” *cit.*, Hildegard GAHLEN, *Die Suspendierung eines Arbeitnehmers*, dissert., policop., inédito, Universität Gießen, 1990, Christa

raras vezes, restringidos a hipóteses em que a não prestação de actividade se deve a razões atinentes ao trabalhador¹⁷⁷⁰. Já quanto à ausência por motivos respeitantes ao empregador, prepondera análise referente ao destino da contraprestação – i.e., o risco da contraprestação¹⁷⁷¹. No âmbito da reflexão a que nos propomos, assume, todavia, especial importância a menção, desde a reforma de 2001/2002¹⁷⁷², à “Unzumutbarkeit” (inexigibilidade), no § 275, 3 do “Bürgerliches Gesetzbuch” (“BGB”)¹⁷⁷³ – assim se atendendo a certas hipóteses tipicamente laborais, em que se considera inexigível ao devedor (o trabalhador) a execução do acordado¹⁷⁷⁴. É, na verdade, frequente a articulação entre a

DIKOMEY, *Das ruhende Arbeitsverhältnis*, Decker & Müller, 1991, Alfred SÖLLNER “Das Ruhen und die Unterbrechung von Arbeitsverhältnissen”, *Arbeitsrecht in der Verfassungsordnung des Grundgesetzes*, Keip Verlag Goldbach, 1994, pp. 59-71, e “Ohne Arbeit ...” cit., Ralf TROEGER, *Auswirkungen von ruhenden Arbeitsverhältnissen auf Jahressonderzahlungen am Beispiel des Erziehungsurlaubs sowie des Grundwehr- und Zivildienstes – ein Problem der Vertragsgestaltung*, dissert., policop., inédito, Universität Regensburg, 1998, Robert LEPSIEN, *Die Suspendierung eines Arbeitnehmers im unstreitigen Arbeitsverhältnis*, dissert., policop., inédito, Universität Bielefeld, 2001, Carsten GÖBEL, *Das Suspendierungsrecht zwischen Delikt und Vertrag. Zu den Grundlagen eines Arbeitskämpfrechts und zu einzelnen praktischen Anwendungsproblemen*, Peter Lang, 2002, e HAGER, *Das ruhende cit.*

¹⁷⁷⁰ Assim, nomeadamente HAGER, *Das ruhende cit.*

¹⁷⁷¹ Apontando manifestas insuficiências à valoração alemã, YAMAGUCHI nota: “lorsque les Allemands disent «Ruhe (repos)» du contrat, il s’agit tout simplement d’une constatation de fait sur un état de vie latent du contrat. Si les termes de «Arbeitsaussetzung (interruption du travail)» ou, récemment, de «Suspendierung» ou «Suspension» sont utilisés dans les ouvrages de doctrine en droit du travail, les auteurs n’entendent aucunement par là une notion juridique précise. En effet, la notion juridique de suspension du contrat n’existe pas dans le droit allemand” (La théorie cit., p. 10).

¹⁷⁷² A “Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts”, de 26.11.2001, entrou em vigor em 1.1.2002, estando acessível em “Bundesgesetzblatt online” (<<http://www.bgbl.de>>, com acesso directo ao diploma em

<http://www.bgbl.de/banzxaver/bgbl/text.xav?SID=&tf=xaver.component.Text_0&toctf=&qmf=&hlf=xaver.component.Hitlist_0&bk=bgbl&start=%2F%2F%5B%40node_id%3D%261161%5D&skin=pdf&tlevel=-2&nohist=1>). António Menezes CORDEIRO constata que, ultrapassadas as resistências iniciais, a reforma foi “saudada como a grande novidade jurídico-científica, legislativa e civilística dos últimos 100 anos” (*Da Modernização do Direito Civil. Aspectos Gerais*, vol. 1, Almedina, 2004, p. 76). Quanto ao impacto desta reforma no Direito português, v. p. 83.

¹⁷⁷³ Versão consolidada disponível em <<http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/index.html>>, em alemão e inglês. A par da referência, no § 275, 1, à “Unmöglichkeit” e, no § 275, 2, à “Unvermögen”.

¹⁷⁷⁴ Quanto às alterações introduzidas no contexto da “Schuldrechtsmodernisierung” 2002, foi, naturalmente, produzida ampla reflexão doutrinária. Assim, entre muitos outros textos de interesse, v. SCHLECHTRIEM, “The German ...” cit., Hans SCHULTE-NÖLKE, “The New German Law of Obligations: An Introduction”, 2002, disponível em <<http://www.iuscomp.org/gla/literature/schulte-noelke.htm>>, Reinhard ZIMMERMANN, “Breach of Contract and Remedies under the New German Law of Obligations”, 2002, disponível em <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/zimmerman.html>>, e Stefan GRUNDMANN, “Germany and the Schuldrechtsmodernisierung 2002”, *European Review of Contract Law*, 2005, vol. 1, pp. 129-148. V. ainda Nuno Manuel Pinto OLIVEIRA, “The German Act to Modernize the Law of Obligations as a Model for the Europeanization of Contract Law? The New Rules Regarding Impossibility of Performance from the Perspective of a Portuguese Lawyer”, *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 11.4, 2007, disponível em <<http://www.ejcl.org/114/art114-2.pdf>>. Tratando especificamente do impacto da reforma no

técnica suspensiva laboral¹⁷⁷⁵ e o regime de impossibilidade previsto nos §§ 275 e 326, 1 do BGB ¹⁷⁷⁶. Acrescem, no entanto, excepções à regra geral do § 326 – com reflexo laboral no brocardo “*ohne Arbeit kein Lohn*” – e de que são exemplos o disposto no § 615 (“*Vergütung bei Annahmeverzug und bei Betriebsrisiko*”), perante desocupação por razões referentes ao empregador¹⁷⁷⁷, e o § 616 (“*Vorübergehende Verhinderung*”) do BGB, que prevê a continuação do direito do trabalhador à retribuição, por impedimento de curta duração, por motivos que lhe respeitam, sem culpa que lhe seja atribuível^{1778/1779}. Cabendo, neste último caso, ao intérprete determinar quais as situações pessoais relevantes, período razoável de ausência e delimitação da imputação do impedimento¹⁷⁸⁰. Certo, porém, que tratando esta norma de ausências de curta duração, enquadramento autónomo é reservado a ausências prolongadas, tal qual em caso de prisão ou doença¹⁷⁸¹, havendo, então, que verificar se o empregador dispõe de razão válida para o despedimento por factos relativos ao trabalhador (“*personenbedingte Kündigungen*”), como previsto no § 1, 2 da KSchG¹⁷⁸² – e aferir da razoabilidade da subsistência do vínculo, conforme critérios diversos de valoração¹⁷⁸³. Já no que respeita à suspensão por factos respeitantes ao

Direito do Trabalho, v. WALLSTEIN, “Auswirkung ...” *cit.*, pp. 1490-1495 (em especial, sobre o § 275 do BGB, v. pp. 1493-1494).

¹⁷⁷⁵ Sobre tudo na suspensão por factos respeitantes ao trabalhador.

¹⁷⁷⁶ HAGER, *Das ruhende cit.*, pp. 35 e ss.

¹⁷⁷⁷ HAGER, *Das ruhende cit.*, pp. 7 e 46.

¹⁷⁷⁸ Excluindo a aplicação do § 616 BGB em caso de ausência por prisão do trabalhador – atenta a assumida imputação do impedimento ao trabalhador –, v. *infra* Capítulo II, Secção III, § 2. Já no que respeita aos valores devidos ao trabalhador, em situação de doença (cf. § 3 da EFGZ), v. *infra* n. 3273 e 3854. Sobre os §§ 615 e 616 do BGB, v. BÜHN, *Die einseitig cit.*, pp. 151 e ss., AA.VV., *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht* (org. Rudi Müller-Glöge, Ulrich Preis e Ingrid Schmidt), Band 51, 9.^a ed., C. H. Beck, 2009, Rn 1-138 (§ 615) e Rn 1-13 (§ 616), Abbo JUNKER, *Grundkurs Arbeitsrecht*, 8.^a ed. (act.), C. H. Beck, 2009, pp. 152 e ss., e *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 4. Schuldrecht, Besonderer Teil II* (ed. Jan Busche e Matthias Casper), 5.^a ed., C. H. Beck, 2009, Rn 1-127 (§ 615) e Rn 1-68 (§ 616).

¹⁷⁷⁹ Descartando os princípios de tutela subjacentes a tal solução, *maxime* “*sozialpolitischen Rücksichten und Gründen der Humanität*”, v. SÖLLNER, “*Ohne Arbeit ...*” *cit.*, p. 46, e ainda HAGER, *Das ruhende cit.*, pp. 46-47.

¹⁷⁸⁰ A contratação colectiva detalha usualmente as hipóteses aqui referidas e a duração estimada – no entanto, o enquadramento tendencial é que dependendo da gravidade da razão invocada, dois ou três dias são, por regra, o máximo admissível (Manfred WEISS e Marlene SCHMIDT, *Labour Law and Industrial Relations in Germany*, 4.^a ed. (rev.), Wolters Kluwer, 2008, p. 113).

¹⁷⁸¹ Aspectos desenvolvidos *infra*, Capítulos II e III. Na doença, v. a obrigação que impende sobre o empregador, nos termos do § 3 (“*Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall*”) da “*Entgeltfortzahlungsgesetz*” (disponível em <<http://www.gesetze-im-internet.de/entgfg/>> – tema retomado *infra*, n. 3273 e 3854).

¹⁷⁸² Disponível em <<http://www.gesetze-im-internet.de/kschg/index.html>>. Traduzida, por LOBO XAVIER, por “lei de protecção no despedimento”, conforme designação que acolhemos, tendo embora presente que “a tradução de *Kündigung* por «despedimento» é discutível, já que o termo designa, em geral, denúncia unilateral; contudo, na espécie, não parece incorrecto traduzir por «despedimento»” (*O despedimento cit.*, pp. 130-131, n. 14).

¹⁷⁸³ WEISS e SCHMIDT, *Labour Law cit.*, pp. 39-40. Estes temas surgem, por conseguinte, tratados na doutrina e na jurisprudência sobretudo em contexto extintivo.

empregador, é incontornável o apelo ao § 615 do BGB, havendo que considerar o acolhimento expresso, desde a “*Schuldrechtsmodernisierung*” – atenta a introdução do § 615, 3 –, da “*Betriebsrisikolehre*” e dos princípios de repartição do risco, em situações que se encontram, afinal, a meio caminho entre a impossibilidade da prestação e a mora do credor¹⁷⁸⁴.

XI. Há, também aqui, que convocar a articulação pressuposta entre os regimes suspensivo e extintivo:

¹⁷⁸⁴ Noutra dimensão, importa considerar o enquadramento reservado, no ordenamento alemão, ao “*Kurzarbeit*” – “trabalho reduzido” –, enquanto excepção ao princípio da responsabilização do empregador. O direito a “*Kurzarbeitergeld*” surge previsto, no essencial, nos §§ 95 e ss. da *Sozialgesetzbuch* (“SGB”) *Drittes Buch* (III) – *Arbeitsförderung* (disponível em <http://www.gesetze-im-internet.de/sgeb_3/index.html>), desdobrando-se em três modalidades – “*Transferkurzarbeit*” (“*Kurzarbeit*” em processo de reestruturação), “*Saisonkurzarbeit*” (“*Kurzarbeit*” sazonal) e “*Konjunkturelle Kurzarbeit*” (“*Kurzarbeit*” de motivação económica) – referindo as três modalidades, mas analisando, sobretudo, o “*Konjunkturelle Kurzarbeit*”, de utilização recorrente em 2008/2009, como importante fórmula de reacção à crise e de preservação do emprego, *v.*, com especial interesse, Thomas KRUPPE e Theresa SCHOLZ, “*Labour Hoarding in Germany. Employment Effects of Short-Time Work during the Crises*”, Institute for Employment Research, *IAB-Discussion Paper* 17/2014, 2014, disponível em <<http://doku.iab.de/discussionpapers/2014/dp1714.pdf>>, p. 4. A este propósito, Christian ROLF e Jochen RIECHWALD constataam: “*Kurzarbeit war ein Topkrisenbewältigungsmittel in 2009*”. Conforme as estatísticas oficiais, em Maio de 2009, 1.52 milhões de trabalhadores encontravam-se em “*Kurzarbeit*”, num universo de 60.000 estabelecimentos (“*Betrieben*”) (“*Personalabbau im kurzarbeitenden Betrieb*”, *BB*, 2010, n.º 26, pp. 1597-1599, p. 1597; *v.* ainda, Jobst-Hubertus BAUER, “*Ungelöste Probleme bei Einführung von Kurzarbeit*”, *BB*, 2009, n.º 13, pp. 662-667, e Karl-Dietmar COHNEN e Hendrik RÖGER, “*Kurzarbeit als Antwort auf kurzfristig auftretende Konjunkturschwächen. Arbeitsrechtliche und sozialversicherungsrechtliche Grundlagen*”, *BB*, 2009, n.º 46, pp. 46-52). Entre nós, LOBO XAVIER refere que no “*Kurzarbeit*” (mecanismo que remonta a 1927, mas sujeito a diversas reformulações – cf. KRUPPE e SCHOLZ, “*Labour hoarding ...*” *cit.*, p. 4), “a redução da retribuição inerente à suspensão ou redução do trabalho é compensada por uma prestação da Segurança Social substitutiva do salário (“*Kurzarbeitergeld*”), em termos de limitar as perdas dos trabalhadores. Introduzido o “*Kurzarbeit*”, a prestação substitutiva depende da inexigibilidade da continuação da ocupação plena, e traduz-se claramente numa alternativa ao despedimento, sendo autorizado para evitar a denúncia” (*O despedimento cit.*, pp. 176-177). Sendo, nestas situações assumida, conforme os casos, a transitória suspensão ou redução dos deveres laborais principais das partes (“*Hauptleistungspflichten*”) – obrigação de trabalho *vs.* obrigação de remuneração (“*Arbeitspflicht*” *vs.* “*Vergütungspflicht*”). Delimitando esquematicamente os direitos e deveres que caracterizam a situação jurídica das partes em “*Kurzarbeit*”, *v.* informação disponibilizada pela “*Bundesagentur für Arbeit*”, disponível em <<http://www.arbeitsagentur.de/web/wcm/idc/groups/public/documents/webdatei/mdaw/mdk1/~edisp/16019022dstbai378459.pdf>> (2013). No Direito alemão, o instituto equivalente à suspensão (e não já à redução – “*vorübergehende Verkürzung*”) é o designado “*Kurzarbeit null*” (*v.*, designadamente Karl-Jürgen BIEBACK, “*Kein Kurzarbeitergeld für «Kurzarbeit-Null»?*”, *NZS*, ano 20, 2011, p. 241-244), no qual a redução opera até “zero” de prestação”. A doutrina reflecte sobre os efeitos do “*Kurzarbeit null*”, reservando especial atenção às suas consequências nas regras das férias – *v.*, aliás, o acórdão do TJUE de 8.11.2012, *Alexander Heimann* (C-229/11) e *Konstantin Toltschin* (C-230/11) *contra Kaiser GmbH* (*v. supra* n. 711). Colocando em evidência as diferenças que assinalavam o sucesso do “*Kurzarbeit*” germânico e as insuficiências da CIG italiana durante a crise, *v.* ARICÒ e STEIN, “*Was short-time ...*” *cit.*, pp. 275-297.

a) No Direito alemão, as limitações à cessação unilateral do contrato de trabalho pelo empregador¹⁷⁸⁵ são aplicáveis, nos termos da KSchG¹⁷⁸⁶, nas suas linhas gerais e por princípio apenas a estabelecimentos com mais de dez trabalhadores^{1787/1788}. Acresce que as normas de protecção contra o despedimento pressupõem um período de seis meses de execução contratual (cf. § 1, 1 da KSchG)¹⁷⁸⁹: a partir de então, o despedimento ordinário, mediante aviso prévio (“*ordentliche Kündigung*”)¹⁷⁹⁰, é admissível contanto que não seja considerado “socialmente injustificado”¹⁷⁹¹ (“*sozial ungerechtfertigt*”), à luz dos três fundamentos extintivos previstos no § 1, 2 da KSchG¹⁷⁹². Integram tais razões, desde

¹⁷⁸⁵ Para uma nota evolutiva, v. Achim SEIFERT e Elke FUNKEN-HÖTZEL, “Wrongful Dismissals in the Federal Republic of Germany”, *Comparative Labor Law and Policy Journal*, 2005, vol. 25, n.º 4, pp. 487-518, também disponível em <http://www.upf.edu/iuslabor/_pdf/2005-4/AchimSeifertGermany.pdf>, também acessível em <http://www.upf.edu/iuslabor/_pdf/2005-4/AchimSeifertGermany.pdf>, e WEISS e SCHMIDT, *Labour Law cit.*, pp. 123 e ss. Entre nós, LOBO XAVIER nota que “o sistema alemão foi pioneiro no combate à arbitrariedade na cessação do contrato de trabalho, tendo como princípio básico a ideia de justificação ou adequação social dos despedimentos mesmo individuais, controlável jurisdicionalmente” (*O despedimento cit.*, p. 179; v. também FURTADO MARTINS, “Despedimento ...” *cit.*, p. 83).

¹⁷⁸⁶ Falhando o fundamento para a extinção, o Direito alemão admite a reintegração do trabalhador (WEISS e SCHMIDT, *Labour Law cit.*, pp. 131 e ss., e Michael MAGOTSCH e Pascal KREMP, “Termination of Employment”, *Key Aspects of German Employment and Labour Law* (ed. Jens Kirchner, Pascal Kremp e Michael Magotsch), Springer, 2010, pp. 135-155, p. 148). Todavia, quanto à possível exclusão da reintegração, v. o previsto no § 9 da KSchG. A este propósito, reveste ainda utilidade o quadro esquemático da OCDE, referente à Alemanha, 2013, disponível em <<http://www.oecd.org/els/emp/Germany.pdf>>.

¹⁷⁸⁷ Cf. § 23, 1 da KSchG. Até 1.1.2004, a KSchG era aplicável a estabelecimentos com mais de cinco trabalhadores. A alteração foi introduzida pela “*Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt*”, de 24.12.2003, tendo sido mantida a protecção conferida pela KSchG aos trabalhadores que, em 1.1.2004, integravam um estabelecimento com mais de cinco e até dez trabalhadores; já os trabalhadores contratados em tais estabelecimentos após 1.1.2004, não são abrangidos pela KSchG. Dando conta dos avanços e recuos verificados nesta matéria, v. WEISS e SCHMIDT, *Labour Law cit.*, pp. 125-126. SEIFERT e FUNKEN-HÖTZEL referem, a este propósito: “*since the 1980s, this threshold is probably one of the most discussed provisions in the German legal system of dismissal protection. The adherents of section 23, paragraph 1 hold that the threshold is necessary to protect small business establishments against high costs resulting from the protection against dismissal and that relief contributes to more job creation in small businesses. The opponents of the small business clause, on the other side, reject the threshold since it would lead to an unjustified discrimination of employees in small business*” (“Wrongful dismissals ...” *cit.*, p. 6).

¹⁷⁸⁸ Quanto às dificuldades inerentes à tradução, para português, dos conceitos de “*Betrieb*” e “*Unternehmen*”, v. LOBO XAVIER, *O despedimento cit.*, pp. 134-135, n. 36.

¹⁷⁸⁹ Nos casos em que a KSchG não é aplicável, o empregador pode pôr fim ao contrato, contanto que a cessação não seja arbitrária ou desconforme à boa fé.

¹⁷⁹⁰ V. os prazos previstos no § 622 do BGB (“*Kündigungsfristen bei Arbeitsverhältnissen*”) e ainda o § 623 do BGB (“*Schriftform der Kündigung*”), que exige que a cessação revista forma escrita.

¹⁷⁹¹ Assim traduzido, ainda que com reservas, por LOBO XAVIER, *O despedimento cit.*, p. 136, n. 39.

¹⁷⁹² Não são admitidos despedimentos imotivados ou “*at will*”. Sobre as formas de cessação do contrato de trabalho no Direito alemão, v., entre a vastíssima bibliografia disponível, Jens KIRCHNER e Sascha MORGENROTH, “Executive Summary: German Employment and Labour

logo, motivos relacionados com o trabalhador (*“personenbedingte Kündigungen”*), reveladoras de falta de capacidade para o exercício da actividade profissional¹⁷⁹³ – aqui se incluindo hipóteses de ausência (prolongada ou repetida) do trabalhador, em razão de doença¹⁷⁹⁴, mas também, por vezes, a perda de habilitação essencial ao exercício da profissão; acresce a necessária observância, pelo trabalhador, de medida privativa de liberdade (cautelar ou efectiva)¹⁷⁹⁵. A cessação depende, nestes casos, sobretudo, da concorrência de três elementos: (i) prognose negativa – sendo expectável que o trabalhador não recupere, no futuro próximo, a capacidade para o exercício da actividade; (ii) afectação negativa do interesse empresarial do empregador – *i.e.*, redução da produção, interrupções na laboração, perda de clientes, incapacidade de substituição, etc.; (iii) e, em conformidade com o juízo de proporcionalidade pressuposto, adequada valoração dos interesses das partes¹⁷⁹⁶.

b) O despedimento considerar-se-á ainda *“socialmente justificado”*, nos termos do § 1, 2 da KSchG, por razões relacionadas com a conduta do trabalhador – sendo aqui pressuposta uma violação contratual. A cessação do contrato assenta então, essencialmente, nos seguintes elementos¹⁷⁹⁷: (i) violação, pelo trabalhador, dos seus deveres contratuais; (ii) prognose negativa, indiciadora de provável ocorrência de nova infracção¹⁷⁹⁸; e, uma vez mais, (iii) ajustado balanço dos interesses das partes. Concorrem, neste caso, hipóteses tão diversas como faltas injustificadas, conduta indevida perante o empregador e demais trabalhadores, consumo de álcool ou drogas no local de trabalho ou comportamento extralaboral com reflexo negativo no plano contratual^{1799/1800}. Há, não obstante, que contar

Law”, *Key Aspects of German Employment and Labour Law* (ed. Jens Kirchner, Pascal Kremp e Michael Magotsch), Springer, 2010, pp. 1-13, pp. 4 e ss.

¹⁷⁹³ WEISS e SCHMIDT, *Labour Law cit.*, p. 127.

¹⁷⁹⁴ “By far the most important case in practice is probably long-term or repeated sicknesses of employees” (SEIFERT e FUNKEN-HÖTZEL, “Wrongful dismissals ...” *cit.*, p. 8).

¹⁷⁹⁵ Hipóteses retomadas *infra* Capítulos II e III.

¹⁷⁹⁶ MAGOTSCH e KREMP, “Termination ...” *cit.*, p. 139. V. ainda, o Relatório da OIT “Termination of Employment Legislation Digest – Country Profile: Germany”, 2006, disponível em <<http://www.ilo.org/dyn/eplcx/docs/23/Germany.pdf>>. Para referência à legislação aplicável,

<http://www.ilo.org/dyn/eplcx/termmain.showCountry?p_lang=en&p_country_id=DE> e <http://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex_browse.country?p_lang=en&p_country=DEU>.

¹⁷⁹⁷ MAGOTSCH e KREMP, “Termination ...” *cit.*, p. 141.

¹⁷⁹⁸ Não fazemos referência às formalidades exigidas neste contexto, mas tão-só à motivação relevante.

¹⁷⁹⁹ É, a este propósito, referida a hipótese de motorista de veículos pesados a quem é retirada a carta de condução porque fora do horário de trabalho e no âmbito da sua vida privada, conduziu alcoolizado (MAGOTSCH e KREMP, “Termination ...” *cit.*, p. 142). A respeito desta situação, *v. infra* Capítulo II, Secção III, § 3.

¹⁸⁰⁰ Neste âmbito, a doutrina assinala frequentemente as dificuldades inerentes a despedimentos por reduzida produtividade. A jurisprudência parte da ideia que o trabalhador tem, por princípio, o dever de prestar trabalho de qualidade ajustada às suas capacidades individuais: de outro modo, seria sempre possível demonstrar que alguém revela um melhor desempenho. Consideradas estas limitações, é viável a cessação do contrato de trabalho apenas se a

também com os fundamentos de cessação indicados no § 626 do BGB (*“Fristlose Kündigung aus wichtigem Grund”*, também designada *“außerordentliche Kündigung”*) – casos de particular gravidade em que, tendo em conta a situação concreta e ponderados os interesses das partes, a continuação do contrato não é exigível até ao decurso do aviso prévio ou ao fim do termo fixado no contrato¹⁸⁰¹. Sem prejuízo da necessidade de sempre atender às particularidades de cada situação, aqui se enquadram situações sintomáticas de crise contratual acentuada – *v.g.*, em que a infracção disciplinar corresponde a um ilícito criminal, tal qual perante um furto ou grave difamação pública do empregador¹⁸⁰² ou violação de obrigações contratuais especialmente relevantes, como o dever de não concorrência¹⁸⁰³.

Acresce a cessação “socialmente justificada”, por razões operacionais (*“unternehmerische Entscheidung”*). A extinção resulta, agora, de decisão gestionária ou empresarial, em razão de necessidades prementes do estabelecimento (*“dringende betriebliche Erfordernisse”* – cf. § 1, 2 da KSchG)¹⁸⁰⁴, cabendo ao empregador demonstrar por que determinado posto de trabalho deixa de existir. Os tribunais têm, todavia, poderes limitados quanto à valoração de tais opções¹⁸⁰⁵. A este propósito, LOBO XAVIER nota que “os objectivos que lhe estão na base são os de adaptação do quadro do pessoal às futuras necessidades de emprego num âmbito que pertence à esfera de responsabilidade do autor da

produtividade se afigura significativamente reduzida, quando comparada com a média dos restantes trabalhadores. MAGOTSCH e KREMP assinalam que a jurisprudência tende a exigir, para um tal efeito, uma redução de pelo menos 30% (*“Termination ...” cit.*, pp. 135-155, p. 142). Afigura-se, todavia, particularmente árduo determinar que trabalhadores são comparáveis (*idem*).

¹⁸⁰¹ A este propósito, *v.* o referido *supra* n. 922, em valoração reservada a vínculos duradouros: “a denúncia extraordinária é a que permite a uma parte – invocando uma razão grave – pôr termo imediatamente ao contrato, sem observância de qualquer prazo e, em regra, de outras disposições de tutela do destinatário da denúncia” (LOBO XAVIER, *O despedimento cit.*, p. 132).

¹⁸⁰² A jurisprudência tende a admitir a cessação, ainda que concorra apenas forte suspeita do cometimento de um crime (MAGOTSCH e KREMP, *“Termination ...” cit.*, p. 153). A admissibilidade do designado *“Verdachtskündigung”* é, todavia, rodeada de especiais cautelas, que procuram obviar a uma decisão intempestiva e infundada (WEISS e SCHMIDT, *Labour Law cit.*, p. 128).

¹⁸⁰³ MAGOTSCH e KREMP, *“Termination ...” cit.*, pp. 152-153.

¹⁸⁰⁴ Nesta hipótese, conforme indica LOBO XAVIER, não obstante a margem de indeterminação inerente às fórmulas utilizadas, “o despedimento só é válido se necessidades prementes do estabelecimento (*«dringende betriebliche Erfordernisse»*) se opuserem à continuação do emprego do trabalhador” (*O despedimento cit.*, p. 138). Tratando de um caso em que ao *“Kurzarbeit”* sucedeu o despedimento por necessidades prementes do estabelecimento, mas rejeitando perspectivar o *“Kurzarbeit”* como mecanismo necessariamente prioritário em relação ao despedimento, *v.* ROLF e RIECHWALD, *“Personalabbau ...” cit.*, p. 1597. Quanto ao *“Kurzarbeit”*, *v. supra* n. 1784.

¹⁸⁰⁵ MAGOTSCH e KREMP, *“Termination ...” cit.*, p. 144. SEIFERT e FUNKEN-HÖTZEL assinalam: “the entrepreneurial decision to reduce capacity, in particular the employer's considerations of expediency, are in principle not controlled by the Labor Courts. Consequently, the employer has a discretionary power as far as the decision about the maintenance of the job or jobs in question is concerned” (*“Wrongful dismissals ...” cit.*, p. 9, com indicação de referências jurisprudenciais diversas na n. 55).

denúncia”¹⁸⁰⁶. Por conseguinte, conforme margem de liberdade que importa salvaguardar, a apreciação judicial resulta resumida à objectividade, razoabilidade e não arbitrariedade da decisão^{1807/1808}.

c) Importa ainda que a necessária “justificação social” que motiva o despedimento esteja em linha com o crivo da proporcionalidade, conforme três linhas orientadoras¹⁸⁰⁹: (i) “o da *ultima ratio*, ou da adequação à situação, de modo que seja o meio mais moderado do empregador”; (ii) “o da *prognose*”; e, por fim, (iii) “o da *ponderação* global dos interesses do trabalhador e do empregador em termos de aconselhar a cessação da relação de trabalho”¹⁸¹⁰. Participa de uma tal ponderação a exigência que o empregador não disponha de posto de trabalho alternativo¹⁸¹¹, ainda que tal reclame formação adicional e mesmo que à oferta alternativa correspondam condições menos favoráveis ao trabalhador¹⁸¹². Acrescem, por fim, na cessação por necessidades prementes do estabelecimento, os critérios de selecção social

¹⁸⁰⁶ *O despedimento cit.*, p. 139; v. ainda pp. 179-181.

¹⁸⁰⁷ Stefan LINGEMANN, Robert von STEINAU-STEINRÜCK e Anja MENGEL, *Employment and Labor Law in Germany*, 3.^a ed., C. H. Beck, 2012, p. 41. Releva ainda, neste âmbito, a distinção entre “razões externas e internas ao estabelecimento (*außer- und innerbetriebliche Kündigungsursachen*), com discutível cientificidade, ao que parece: as causas externas têm a ver com a evolução do mercado (queda ou dificuldade de vendas, falta de encomendas, falta de energia, necessidade de economias, falta de rendibilidade, baixa de facturação); as causas internas têm a ver com decisões empresariais (redução de funcionamento ou encerramento do estabelecimento, novos métodos de trabalho, medidas de racionalização, eliminação de lugares” (LOBO XAVIER, *O despedimento cit.*, pp. 140-141). Referindo também tal distinção – razões internas vs. externas –, v. WEISS e SCHMIDT, *Labour Law cit.*, p. 128. Associando a maior complexidade inerente a uma cessação por causas externas, v. MAGOTSCH e KREMP, “Termination ...” *cit.*, pp. 143-144.

¹⁸⁰⁸ Nos despedimentos “de massa” ou “colectivos” (usualmente designados “*Massenentlassungen*”), v. §§ 17 e ss. da KSchG. A este propósito, v. WEISS e SCHMIDT, *Labour Law cit.*, pp. 139 e ss., e LOBO XAVIER, *O despedimento cit.*, pp. 144 e ss.

¹⁸⁰⁹ Em qualquer caso, há que considerar ainda as situações em que a legislação condiciona a possibilidade de cessação do contrato, atendendo à especial tutela conferida a determinados trabalhadores. Assim decorre, nomeadamente, do regime de tutela da maternidade (cf. § 9 “*Kündungsverbot*” da “*Gesetz zum Schutze der erwerbstätigen Mutter*” – “*MuSchG*”, disponível em <<http://www.gesetze-im-internet.de/muschg/index.html>>) ou da protecção conferida na cessação aos representantes dos trabalhadores (cf. § 15 “*Unzulässigkeit der Kündigung*” da KSchG). Referindo outras hipóteses às quais é reservada especial tutela, v. WEISS e SCHMIDT, *Labour Law cit.*, pp. 134 e ss., Kai BODENSTEDT e Sascha MORGENROTH, “Family Friendly Rights”, *Key Aspects of German Employment and Labour Law* (ed. Jens Kirchner, Pascal Kremp e Michael Magotsch), Springer, 2010, pp. 157-169, pp. 158 e ss., LINGEMANN, STEINAU-STEINRÜCK e MENGEL, *Employment cit.*, pp. 45-46, 2010, e MAGOTSCH e KREMP, “Termination ...” *cit.*, pp. 150-151.

¹⁸¹⁰ LOBO XAVIER, *O despedimento cit.*, pp. 138-139.

¹⁸¹¹ Cf. § 1, 2, 1, b) da KSchG. Com amplas referências à doutrina germânica, quanto à extensão reconhecida ao dever de ocupação alternativa no contexto dos grupos, v. PALMA RAMALHO, *Grupos cit.*, pp. 602-603, n. 1051.

¹⁸¹² Tal oferta pode concretizar um despedimento modificativo (“*Änderungskündigung*” – cf. § 2 da KSchG), cf. WEISS e SCHMIDT, *Labour Law cit.*, pp. 144 e ss., e LINGEMANN, STEINAU-STEINRÜCK e MENGEL, *Employment cit.*, p. 42. Contrapondo a “denúncia-cessação” (“*Beendigungskündigung*”) à “denúncia-modificação” (“*Änderungskündigung*”), v. FERREIRA PINTO, *Contratos cit.*, pp. 348-349.

(“*Sozialauswahl*”)¹⁸¹³, que impõem ao empregador, na escolha dos trabalhadores a despedir, atender a elementos distintos, tal qual a antiguidade, a idade ou deveres com dependentes a cargo (cf. § 1, 3 da KSchG)¹⁸¹⁴.

Aqui chegados, constatamos que conforme o enquadramento legal entre nós vigente, a impossibilidade temporária surge como conceito fundamental na configuração do fenómeno suspensivo. O que constitui ainda decorrência da influência marcante dos princípios de Direito comum na esfera laboral. De assinalar, todavia, que não só a convocação do instituto não prescinde dos ajustamentos indicados na Parte I, atenta a natureza duradoura do vínculo, como exige considerar os desvios apontados, pela doutrina, em função das especialidades que a impossibilidade assume na esfera laboral. Há, por isso, que determinar no que se concretiza, afinal, o apelo, nesta sede, à *impossibilidade*, consideradas as adaptações reclamadas. Referências às experiências de outros ordenamentos serão incluídas, sempre que ilustrativas, quanto aos temas referenciados.

¹⁸¹³ Quanto à “selecção social”, v. ainda Rolf BIRK, “Bases e Princípios do Direito do Despedimento em Geral e do Direito da Protecção contra os Despedimentos na República Federal da Alemanha”, *RDES*, ano 31, 1989, n.ºs 3-4, pp. 327-345, pp. 338-339.

¹⁸¹⁴ Todavia, a harmonização destes elementos nem sempre se afigura evidente: “*in practice, the «social selection» can pose serious problems for employers. The main reason is the legal uncertainty it creates for the employer. Although the law enumerates all social aspects that have to be taken into consideration by the employer, it remains unclear how they are to weigh. Section 1, paragraph 3 of the Act on Protection against Dismissal leaves it open whether the length of service or the employee's age ranks higher or lower than family burdens or disabilities. «Point-schemes» fixed by the employer and providing for each social aspect (e.g., for every year of service) a certain amount of points are only accepted as an instrument of «pre-selection»; they do not substitute the individual act of balancing*” (SEIFERT e FUNKEN-HÖTZEL, “Wrongful dismissals ...” *cit.*, p. 10).

2. A impossibilidade e a suspensão: limitações

2.1. A dimensão temporal do acordado: a inviabilização definitiva das prestações não executadas e a subsistência do vínculo

Da Parte I da dissertação resulta a importância da dimensão temporal na configuração do fenómeno suspensivo no confronto com o regime geral da impossibilidade temporária, acolhido no CC – e que, sem depuração ou adaptação, se adequa, sobretudo, a obrigações instantâneas¹⁸¹⁵. Tal desajuste seria, pois, consequência da frequente desconsideração da tendencial correlação entre regime suspensivo e obrigação duradoura *vs.* impossibilidade temporária e obrigação instantânea. O que configura, tal qual assinalado, traço não exclusivo do contrato de trabalho: em vínculo duradouro, a impossibilidade de dada prestação não constitui, por princípio, atraso ou adiamento, mas inviabilização definitiva¹⁸¹⁶. Nesta medida, as referências subsequentes à impossibilidade, no contexto da suspensão laboral, não prescindem da configuração precisa que o surgir de obstáculo transitório à execução assume, em complexo duradouro.

2.2. A impossibilidade como fórmula não exclusiva da suspensão

Enquanto mecanismo explicativo da suspensão, a impossibilidade falha não só na ausência de ajustamento que considere a natureza duradoura do vínculo, mas também porque não constitui o único instituto a convocar, neste contexto¹⁸¹⁷: a suspensão laboral assume, como vimos, natureza heterogénea e complexa, agregando institutos diversos – tal qual, a impossibilidade (transitória ou definitiva)/a inexigibilidade, o (in)cumprimento ou a *exceptio inadimpleti contractus*¹⁸¹⁸ – conforme leitura que sobrepomos a qualquer ligação indissociável à impossibilidade em sentido estrito¹⁸¹⁹. Importa, pois, alertar que outros institutos desempenham, neste âmbito, função igualmente relevante, que

¹⁸¹⁵ Cf. *supra*, § ...

¹⁸¹⁶ TORRENTE, “Appunti ...” *cit.*, p. 110. Remetemos, a este propósito, para o referido *supra*, Parte I, Capítulo II, § 3.

¹⁸¹⁷ Aspecto oportunamente enunciado (*v. supra* Parte I, Capítulo I, Secção II). Nesta medida, acompanhamos JORGE LEITE ao dizer que “facto impeditivo de prestar trabalho não é, pois, o mesmo que facto suspensivo do contrato, precisamente porque *nem todos os factos impeditivos são suspensivos, e nem todos os factos suspensivos são impeditivos de prestar trabalho*” (“O desempenho ...” *cit.*, pp. 527-528).

¹⁸¹⁸ *V. supra* Parte I, Capítulo I, Secção II.

¹⁸¹⁹ Não é, por isso, adequado circunscrever a suspensão laboral à impossibilidade. Uma tal visão restritiva do instituto “terá dificuldades em integrar, por exemplo, as licenças, sobretudo as acordadas entre empregador e trabalhador, mas até, por vezes, as próprias licenças legais (mesmo a licença de maternidade, por exemplo, não representa na sua totalidade um caso de impossibilidade da prestação como resulta da possibilidade de a mãe acordar com o pai numa repartição da parte que excede o mínimo legal; só esse mínimo parece corresponder a uma genuína impossibilidade de executar a prestação)” (JÚLIO GOMES, *Direito cit.*, p. 855, com itálico nosso).

a atenção dedicada à impossibilidade não deve obscurecer. Há, não obstante, que reconhecer que, atento o disposto nos arts. 294.º, n.º 1 e 296.º, n.º 1, a impossibilidade assume, neste contexto, importância irrefutável.

SECCÃO II

A IMPOSSIBILIDADE COMO FATTISPECIE SUSPENSIVA: NOTA EVOLUTIVA

A impossibilidade que atinge a prestação de trabalho por factos relativos ao trabalhador e ao empregador modela, entre nós, a compreensão da suspensão laboral^{1820/1821}. Convoca, porém, também novas interrogações, quanto ao sentido que deve revestir um tal apelo. A análise deve acolher perspectiva diferenciada – referente ao trabalhador ou ao empregador – sempre que as soluções diverjam, consoante a esfera de origem do obstáculo ao trabalho. Noutros casos, é, porém, viável manter referência indistinta à impossibilidade – conforme análise una¹⁸²².

1. Análise indiferenciada

I. Claro está que a análise é restringida à impossibilidade superveniente¹⁸²³: embora à data da celebração o contrato pudesse ser cumprido, “posteriormente,

¹⁸²⁰ À margem da suspensão convencional, é usual a classificação dos factos suspensivos como referentes ao trabalhador ou ao empregador. Especificamente quanto às dúvidas de enquadramento da *exceptio* numa tal dualidade, *v. supra* Parte I, Capítulo II, § 2.

¹⁸²¹ Por vezes, também designadas “suspensão individual” e “suspensão colectiva”, por nesta última hipótese, “o facto impeditivo abrange[r] sempre, pelo menos potencialmente, uma pluralidade de trabalhadores” (JORGE LEITE, *Direito cit.*, p. 171; *v. ainda* CARRO IGELMO, *La suspensión cit.*, p. 193). Já LEAL AMADO distingue a “suspensão individual” e a “colectiva”, consoante a motivação subjacente: seria “individual” se referente ao trabalhador e sendo “colectiva” quando respeitante ao empregador (*Contrato cit.*, p. 337). Consideramos, todavia, que a classificação não é especialmente rigorosa. Assim, embora o apelo à “suspensão colectiva” se refira, em primeira linha, à suspensão por motivos relativos ao empregador, é também frequente menção à suspensão colectiva a propósito da greve (LOBO XAVIER, *O despedimento cit.*, p. 70, n. 74). Também NUNES DE CARVALHO admite que uma tal designação pode revelar-se enganosa. No contexto preciso da suspensão em situação de crise empresarial, assinala que “o regime do *lay off* compreende a aplicação de medidas substancialmente diferentes, que podem ser aplicadas cumulativamente, na mesma empresa, variando de trabalhador para trabalhador, ou de unidade para unidade” (“Suspensão ...” *cit.*, p. 149, n. 65). Ainda quanto ao “*lay-off*”, RIBEIRO DOS SANTOS rejeita a recondução à “suspensão colectiva”, por conceber a aplicação daquele procedimento a apenas um trabalhador (“Procedimentos ...” *cit.*, p. 252). Acresce, por fim, a circunstância de enquadrarmos ainda na suspensão por factos que afectam, em primeira linha, o empregador, hipóteses de inactividade justificada tão-só de um trabalhador (*v. infra* Secção IV).

¹⁸²² Referindo-se à usual compartimentação suspensão por factos respeitantes ao trabalhador/ao empregador, VIDA SORIA adverte: “claro está que esos dos órdenes tienen forzosamente que compartir elementos básicos no diferenciados [...]” (*La suspensión cit.*, p. 28).

¹⁸²³ *V. arts. 790.º e ss. do CC e quanto à impossibilidade originária, o art. 401.º do CC. Dando nota do enquadramento fragmentário da impossibilidade no CC português, à semelhança do reservado pelo BGB em data anterior à reforma de 2001/2002, v. MENEZES CORDEIRO, Da modernização cit.*, p. 105. Quanto ao fundamento dogmático da impossibilidade superveniente, LOMBARDI refere que “il fondamento dogmatico dell’istituto della sopravvenuta impossibilità della prestazione e dei rimedi che l’ordinamento predispone per tale evenienza va rinvenuto nella recorrente scissione temporale tra il momento perfezionativo dell’acordo ed il momento dell’esecuzione o concreta realizzazione degli interessi dedotti dai paciscenti” (*La risoluzione cit.*, p. 5).

surgiu um impedimento que obsta à realização de uma das prestações”¹⁸²⁴. A impossibilidade pode ser física ou jurídica¹⁸²⁵, material ou legal – entre os casos de impossibilidade legal se contando a hipótese em que o trabalhador perde habilitação essencial ao desempenho da actividade profissional¹⁸²⁶ ou em que tem lugar o cancelamento de título que autoriza a permanência de trabalhador estrangeiro em território nacional¹⁸²⁷.

No regime geral de Direito Civil, o efeito exoneratório da impossibilidade decorre do disposto nos arts. 790.º e 791.º do CC, que enquadram, respectivamente, a impossibilidade objectiva e a impossibilidade subjectiva¹⁸²⁸. Na definição tradicional na doutrina, a destrinça resulta da extensão da impossibilidade: na objectiva, precludindo indistintamente o cumprimento e na subjectiva, inviabilizando o cumprimento pelo devedor, não obstante, todavia, ao cumprimento por outrem¹⁸²⁹. Também a natureza ou a direcção do

¹⁸²⁴ Pedro Romano MARTINEZ, “Caducidade do Contrato de Trabalho”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura* (coord. José de Oliveira Ascensão, Ruy de Albuquerque, Martin de Albuquerque e Pedro Romano Martinez), vol. 2, Coimbra Editora, 2003, pp. 695-715, p. 704, ênfase nossa. V. ainda PINTO OLIVEIRA, *Princípios cit.*, pp. 519-520.

¹⁸²⁵ Entre outros exemplos, v. o acórdão do STJ, de 17.5.2011, Proc. n.º 2766/03.7TBPTM.E1.S1 (ALVES VELHO). Quanto à distinção entre “impossibilidade jurídica” e “contrariedade à lei”, v., MENEZES CORDEIRO, *Tratado cit.*, IX (*Direito das Obrigações*), p. 180, n. 408.

¹⁸²⁶ É, aliás, neste sentido que o art. 117.º, n.º 2, dispõe que “quando o título profissional é retirado ao trabalhador, por decisão que já não admite recurso, o contrato caduca logo que as partes sejam notificadas da decisão”. A este respeito, é assinalado que importa que “a decisão de retirada do título profissional seja irrecorrível, uma vez que esta é a única situação que se configura como uma impossibilidade absoluta, nos termos exigidos pelo art. 343.º b) do CT” (PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, II, p. 134). Cremos que está, então, antes em causa a natureza temporária ou definitiva do impedimento; sobre estas hipóteses, v. o referido *infra* Capítulo III.

¹⁸²⁷ Cf. art. 5.º, n.º 1, b). Em acórdão de 2.7.2003, Proc. n.º 2091/2003-4 (PAULA SÁ FERNANDES), a RL decidiu que “para que o contrato de trabalho celebrado com cidadão estrangeiro, não membro da União Europeia, destinado a ser executado em Portugal, seja válido, é necessário que esse cidadão esteja autorizado a residir ou a permanecer em Portugal”. Estava, no entanto, em causa uma hipótese de impossibilidade originária. Também em acórdão do STJ de 17.5.2004, é indicado que “não se verifica a alegada caducidade do contrato de trabalho celebrado entre as partes, já que se provou que a ré permitiu que o autor fosse trabalhar para a República de Angola sem estar munido do respectivo visto de trabalho e que conhecia a necessidade de obtenção desse visto aquando da celebração daquele contrato, o que obsta a que se qualifique como superveniente a invocada impossibilidade de ordem legal de trabalhar em Angola por falta do antedito visto” (Proc. n.º 05S3224, PINTO HESPAÑOL, Sumário, I, com itálico nosso).

¹⁸²⁸ Comparando a solução portuguesa com a acolhida no BGB após a reforma de 2001/2002, Nuno Manuel Pinto OLIVEIRA constata que “[e]ntre o princípio da equiparação entre a impossibilidade objectiva e a impossibilidade subjectiva consagrado no § 275 do Código Civil alemão e o princípio da não equiparação entre as duas impossibilidades consagrado nos arts. 401.º, 790.º e 791.º do Código Civil português, deverá preferir-se o segundo – ou seja: o princípio da não equiparação” (“Contributo para a «Modernização» das Disposições do Código Civil Português sobre a Impossibilidade da Prestação”, *Estudos sobre o Não Cumprimento das Obrigações*, 2.ª ed., Almedina, 2009, pp. 11-32, p. 29). V. ainda PINTO OLIVEIRA, *Princípios cit.*, pp. 521-522.

¹⁸²⁹ PESSOA JORGE, *Ensaio cit.*, p. 106. Acolhendo este critério, embora lhe reservando alguns reparos, v. Manuel Gomes da SILVA, *O Dever de Prestar e o Dever de Indemnizar*, vol. 1, s.e., 1944, pp. 167-168.

impedimento interfere com a qualificação e, assim, a impossibilidade diz-se objectiva quando afecta a prestação, em si mesma, e quando atinge o devedor, sempre que esteja em causa prestação que apenas a este cabe realizar¹⁸³⁰: são estas as hipóteses de impossibilidade subjectiva que o art. 791.º do CC equipara, entre nós, à impossibilidade objectiva¹⁸³¹. Por conseguinte, regra geral, a impossibilidade que afecta tão-só o devedor resulta em obrigação de substituição; tratando-se, todavia, de obrigação infungível – como vimos suceder com o trabalhador, no contrato de trabalho¹⁸³² – a impossibilidade põe fim ao dever de prestar¹⁸³³.

II. Atento este enquadramento geral, diremos que no contexto da suspensão laboral, à margem de hesitação inerente à caracterização das situações em que a impossibilidade da prestação resulta de recusa de colaboração do credor¹⁸³⁴, é possível manter referência indistinta à impossibilidade – respeitante ao trabalhador ou ao empregador: a inutilização respeita, em qualquer hipótese, à actividade laboral, surgindo, no primeiro caso, como resultado imediato e, no segundo, como consequência mediata¹⁸³⁵. O apelo, nesta sede, à *impossibilidade* exige, pois, concretização precisa dos seus contornos¹⁸³⁶.

¹⁸³⁰ É o critério não já da extensão, mas da direcção do impedimento (BALLETTI, “La risoluzione ...” *cit.*, p. 485). V., porém, GOMES DA SILVA, *O dever cit.*, pp. 160 e ss.

¹⁸³¹ Ali se dispondo que “a impossibilidade relativa à pessoa do devedor importa igualmente a extinção da obrigação, se o devedor, no cumprimento desta, não puder fazer-se substituir por terceiro”. Nesta medida, “ou o devedor pode fazer-se substituir no cumprimento, e a obrigação mantém-se, apesar da impossibilidade atinente à pessoa do obrigado, ou não pode fazer-se substituir, e a obrigação extingue-se. Se alguém, por ex., se obriga a pintar um quadro e fica sem qualquer dos braços em acidente que sofreu, exonera-se da obrigação, desde que o vínculo foi assumido em atenção às qualidades artísticas do obrigado” (ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA, *Código Civil cit.*, vol. 2, p. 44). Sobre os diferentes critérios de destrinça entre a impossibilidade objectiva e a subjectiva, v. ainda Maria Victoria Ferreira da ROCHA, “A Imputação Objectiva na Responsabilidade Contratual”, *RDE*, ano 15, 1989, pp. 31-103, pp. 66-67, n. 103.

¹⁸³² V. *supra* Parte I, Capítulo VI, § 3.1.

¹⁸³³ António Menezes CORDEIRO, “A «Impossibilidade Moral»: Do Tratamento Igualitário no Cumprimento das Obrigações”, *Estudos de Direito Civil*, vol. 1, Almedina, 1994, pp. 97-114, p. 103.

¹⁸³⁴ Cf. *infra*, Secção IV.

¹⁸³⁵ Para BALLETTI, nestes casos, a impossibilidade é um efeito, a consequência do sobrevir de um impedimento que retira ao devedor a possibilidade jurídica ou material de executar a prestação devida (“La risoluzione ...” *cit.*, p. 484). Por conseguinte, mesmo com apelo ao regime da mora do credor, é possível afirmar que a impossibilidade de cumprir respeita ao devedor. Assim, PESSOA JORGE, que indica que “a impossibilidade de cumprir decorrente de facto do credor pode ter carácter definitivo ou temporário: no primeiro caso, o devedor exonera-se da obrigação, que se extingue (art. 790.º, n.º 1); no segundo, continua vinculado à prestação, mas não incorre em responsabilidade pelos prejuízos resultantes do atraso no cumprimento (art. 792.º, n.º 1)” (*Ensaio cit.*, p. 115, *itálico nosso*). Retomamos o ponto *infra*, Secção IV.

¹⁸³⁶ Tratamos de matéria que reitera, em permanência, o apelo a regras e princípios civilísticos da maior importância. Em estudo dedicado à responsabilidade civil do empresário e à greve, António Nunes de CARVALHO constata, em referência à impossibilidade, que “os termos do problema deixam entrever que esta *fattispecie* se desenvolve numa área de fronteira entre o Direito Civil e o Direito Laboral” (“Responsabilidade Civil do Empresário e Greve”, *RDES*, ano 28, 1986, n.º 3, pp. 367-421, e n.º 4, pp. 571-596, p. 371).

Vimos também oportunamente que não raras vezes a doutrina – em universo contratual alargado, que inclui o laboral – prefere a assimilação destas hipóteses à impossibilidade parcial – porque, supostamente, melhor ajustada à natureza duradoura do vínculo. A este propósito, retomamos, todavia, o exposto na Parte I da dissertação, quanto à dualidade estrutural do complexo duradouro e às adaptações aqui impostas – e afastando, assim, qualquer apelo à impossibilidade parcial, enquanto fórmula explicativa da suspensão¹⁸³⁷.

2. Análise diferenciada

A legislação nacional acolhe compartimentação regimental da suspensão por motivos respeitantes ao trabalhador e ao empregador. E assim tendo sucedido, desde cedo, de forma mais ou menos evidente, como atestam os diplomas que ao longo dos tempos foram sendo dedicados ao enquadramento da matéria.

2.1. Síntese evolutiva¹⁸³⁸

2.1.1. O DL n.º 47032, de 27.5.1966: o acolhimento expresso da suspensão

I. Em texto dedicado ao então recentemente publicado DL n.º 47032, de 27.5.1966, MONTEIRO FERNANDES – embora constatando que, “na doutrina portuguesa exist[iam] apenas rudimentos de uma construção jurídica correspondente ao instituto da suspensão, e mesmo esses [...] caracterizados por um nítido pendor teórico e por escassas possibilidades de aplicação directa”¹⁸³⁹ – notava que uma das inovações de um tal diploma face à Lei n.º 1952, fora, precisamente, a previsão do “instituto da suspensão da prestação do trabalho por impedimento prolongado”¹⁸⁴⁰. Era, a este propósito, referido um

¹⁸³⁷ V. *supra* Parte I, Capítulo II, § 3.4.

¹⁸³⁸ As referências que se seguem cingem-se ao regime geral, enquadrador da suspensão no CT, apenas pontualmente se convocando enquadramento específico, reservado a determinadas hipóteses suspensivas – referimo-nos não só a diplomas que prevejam regimes especiais ou equiparados e que acolham, no seu âmbito, um regime suspensivo próprio, mas ainda a outros preceitos, que, a respeito de dadas matérias (tal qual a greve, o exercício de funções de representação dos trabalhadores ou de administração em sociedade comercial, bem como em caso de acidente de trabalho ou doença profissional), incluam disposições afectas à suspensão. De assinalar que, por regra, outros efeitos suspensivos, regulados dispersamente no âmbito de outras temáticas (*v.g.*, período experimental, férias, subsídios de férias e de Natal), também não serão aqui referidos.

¹⁸³⁹ “Suspensão da ...” *cit.*, p. 133. Acrescentando tratar-se “de mais um ponto” em que “a elaboração doutrinal do nosso direito do trabalho” se mostrava incipiente, “com a agravante específica de não se dispor dos dados práticos indispensáveis” (*idem*).

¹⁸⁴⁰ Referia, no entanto, que tal inovação apenas se verificava relativamente à Lei n.º 1952, uma vez que esta matéria teria já acolhimento na contratação colectiva (António de Lemos Monteiro

“conjunto de preceitos que, já pela extensão da sua disciplina, já pelas suas raízes ideológicas, apresenta muita novidade e avantajada projecção no futuro do novo sistema”¹⁸⁴¹. Na verdade, salvo a tutela conferida à maternidade e, sobretudo, em caso de serviço militar¹⁸⁴², a Lei n.º 1952 não previa especial protecção ao trabalhador impossibilitado prolongadamente de prestar serviço: antes pelo contrário, na hipótese de doença, concedia que esta, se prolongada, desse lugar a despedimento com justa causa¹⁸⁴³.

Por outro lado, a Lei n.º 1952 nada previa “sobre as situações na altura designadas por «falta de trabalho» que ocorriam em muitas indústrias, que, por uma razão ou por outra (carácter sazonal de actividade, escassez de matérias-primas ou reorganização de serviços, etc.), deixavam de empregar temporariamente muitos dos seus trabalhadores”. Inexistindo bases sólidas doutrinárias relativamente à afectação do risco nos casos em que a actividade do trabalhador resultava, assim, impossibilitada: “não est[ando] consagrada então qualquer responsabilidade patronal durante esses períodos de desemprego”, impunha-se concluir, nos casos descritos, que “durante essas suspensões de trabalho, à minguia de disciplina legislativa específica, o trabalhador nada recebia”¹⁸⁴⁴. Reveste, neste contexto, importância significativa o estudo de TAVARES DA SILVA que, em análise então dedicada ao “despedimento para redução de pessoal” e apelando à conveniência de superar a lógica do despedimento “*ad nutum*” ou imotivado, assinala a difusão, à data e um tanto por toda a parte, de mecanismos suspensivos e, em especial, de “*lay-off*”, enquanto vias alternativas à extinção¹⁸⁴⁵.

Não é, todavia, indiferente o surgir, por esta altura, de reflexões aprofundadas dedicadas, além-fronteiras, à suspensão laboral¹⁸⁴⁶: espelhando esta tendência, também a doutrina portuguesa assinala, então, a suspensão laboral como instrumento merecedor de análise atenta¹⁸⁴⁷. Com a entrada em

FERNANDES, “Suspensão da ...” *cit.*, p. 133). Para contraposição com as soluções acolhidas na Lei n.º 1952, *v. ainda* “Aspectos ...” *cit.*, pp. 14 e ss.

¹⁸⁴¹ MONTEIRO FERNANDES, “Aspectos da ...” *cit.*, pp. 16-17.

¹⁸⁴² À luz do regime anterior a 1966, *v. TAVARES DA SILVA*, “Serviço militar ...” *cit.*, pp. 46-93.

¹⁸⁴³ Não obstante, “não ocorrendo o despedimento considerava-se [...] que os trabalhadores continuavam ligados à empresa, sendo-lhes aplicados os aumentos estabelecidos em convenções colectivas posteriores à data da doença” (LOBO XAVIER, *Regime cit.*, p. 155). Ilustrando tais casos, *v. acórdãos do STA de 1.7.1958, Colecção de Acórdãos*, vol. 20, 1958, pp. 599-606, e de 28.1.1964, *Colecção de Acórdãos*, vol. 26, 1964, pp. 223-229.

¹⁸⁴⁴ LOBO XAVIER, *O despedimento cit.*, p. 46.

¹⁸⁴⁵ TAVARES DA SILVA, “Despedimento ...” *cit.*, pp. 36 e ss. Nota, aliás, dando conta das experiências francesa e espanhola, que “esta suspensão para redução do pessoal está de acordo com as tendências restritivas que se manifestam, um pouco por toda a parte, no regime de despedimento” (p. 37).

¹⁸⁴⁶ Assim, CARRO IGELMO, *La suspensión cit.* (1959), LAVAGNINI, *La sospensione cit.* (1961), YAMAGUCHI, *La théorie cit.* (1963) ou VIDA SORIA, *La suspension cit.* (1965).

¹⁸⁴⁷ Assim, no que respeita às inovações registadas em matéria laboral, MONTEIRO FERNANDES assinala a importância “do instituto da suspensão, no perfil específico que assume quando reage sobre o contrato de trabalho”. Concluindo que a suspensão “encontra assim, no terreno das relações de trabalho, numerosas oportunidades de se expandir e renovar; e até, por

vigor do DL n.º 47032, é indicado que, por esta via, “o regime do contrato de trabalho sofreu fundamental modificação, tendo sido nele introduzido um sistema de fortes garantias de estabilidade de emprego”. Um dos pilares de tal reforço resultaria, precisamente, do regime reservado à suspensão laboral, com a previsão de “soluções claramente inspiradas na tutela da estabilidade do emprego e das condições de vida do trabalhador”¹⁸⁴⁸.

O Capítulo IV deste diploma, sob a designação “Da suspensão da prestação do trabalho”, incluía quatro Secções: Secção I (“Feriados”), Secção II (“Férias”¹⁸⁴⁹), Secção III (“Faltas”¹⁸⁵⁰) e, por fim, Secção IV (“Suspensão da prestação do trabalho por impedimento prolongado”), que integrava os arts. 72.º a 79.º. Criticando o tratamento agregado de figuras tão distintas e referindo uma *amálgama* de “institutos de natureza e função tão diversas”, MONTEIRO FERNANDES assinalava que “o facto de qualquer deles envolver a interrupção do trabalho” não constituía denominador bastante a uma tal arrumação¹⁸⁵¹. Já quanto à autonomização do regime das “faltas” (Secção III) perante o da “suspensão” (Secção IV), era assinalada a artificialidade de uma tal opção:

influência de certas características muito sensíveis nesse domínio, ganhar uma maior ductibilidade e poder de adaptação à profundidade da realidade” (“O despedimento ...” *cit.*, p. 15).

¹⁸⁴⁸ LOBO XAVIER, *O despedimento cit.*, p. 64.

¹⁸⁴⁹ O art. 65.º, no âmbito desta Secção, regulava ainda a “Licença sem retribuição”, dispondo, no n.º 1, que “a entidade patronal pode conceder ao trabalhador, a pedido deste, licenças sem retribuição”. De acordo com o n.º 2, “o período de licença sem retribuição autorizado pela entidade patronal conta-se para efeito de antiguidade” e, conforme o n.º 3, em tal período, “cessam os direitos, deveres e garantias das partes, na medida em que pressuponham a efectiva prestação de trabalho, e a entidade patronal poderá contratar um substituto para o trabalhador ausente, nos termos do artigo 73.º”.

¹⁸⁵⁰ No elenco dos motivos justificativos das faltas, o art. 68.º, n.º 1, a), indicava, a par de outros motivos, “a impossibilidade de prestar trabalho por facto para o qual o trabalhador de nenhum modo haja contribuído, nomeadamente em resultado do cumprimento de obrigações legais ou pela necessidade de prestar assistência inadiável aos membros do seu agregado familiar em caso de acidente ou doença”. Nos termos do art. 68.º, n.º 2, se a impossibilidade se prolongasse por mais de um mês, teriam aplicação os arts. 72.º e ss., dedicados à “Suspensão da prestação do trabalho por impedimento prolongado”. MONTEIRO FERNANDES observava que o esquema assim previsto – *i.e.*, aplicação do regime das faltas justificadas em caso de impedimento até um mês e do regime suspensivo, caso previsível ou efectivamente superior a tal prazo – suscitava, “não obstante a sua aparente geometria”, dúvidas diversas, reflectindo “os desequilíbrios resultantes da descaracterização que o instituto sofreu ao ser transposto do plano de teoria geral para o diploma em vigor” (“Suspensão da ...” *cit.*, p. 135). Perante omissão de expressa referência, no art. 68.º, à doença de duração inferior a um mês – embora reconhecendo a possível recondução do caso à “impossibilidade de prestar trabalho por facto para o qual o trabalhador de nenhum modo h[ouver] contribuído” – o Autor concluía: “se, na realidade, o legislador procurou afastar da previsão do art. 68.º a hipótese de doença de curta duração – o que porventura se admitiria de *iure constituendo* –, esta última ficaria a constituir um *tertium genus* no catálogo dos impedimentos à prestação de trabalho ligados ao trabalhador. Ficariam, de um lado, as ocorrências capazes de determinar faltas justificadas; de outro lado, os impedimentos com duração superior a um mês (incluindo naturalmente a doença); e, por fim, a doença de curta duração (inferior a um mês) que não privaria o trabalhador da retribuição” (“Suspensão da ...” *cit.*, p. 136). Sobre o regime das faltas acolhido neste diploma, *v.* ainda António de Lemos Monteiro FERNANDES, “Alguns Aspectos do Regime das Faltas ao Trabalho”, *ESC*, ano 7, 1968, n.º 28, pp. 17-44.

¹⁸⁵¹ MONTEIRO FERNANDES, “Alguns aspectos ...” *cit.*, p. 18.

afinal, “os casos de suspensão previstos no art. 72.º resultam, inquestionavelmente, de *sucessões de faltas*, cuja duração não basta para as descaracterizar – embora justifique a aplicação de regime especial adequado”¹⁸⁵².

Especificamente no plano da suspensão, enquanto os arts. 72.º a 76.º enquadravam, no essencial, a suspensão por motivo relativo ao trabalhador, o art. 77.º tratava do “Encerramento temporário do estabelecimento ou diminuição de laboração por facto imputável à entidade patronal” e o art. 78.º do “Encerramento temporário do estabelecimento ou diminuição de laboração por caso fortuito ou de força maior”¹⁸⁵³. Quanto à suspensão dita “colectiva”, é assinalado que, tendo em conta a proibição da greve, não havia que considerar os designados “impedimentos ligados ao trabalhador de carácter colectivo”¹⁸⁵⁴. Por conseguinte, “os factos que tipicamente ocasionavam a suspensão colectiva impendiam sobre o estabelecimento (encerramento deste ou diminuição de laboração por decisão patronal, ou por força maior) e portanto estavam no círculo de riscos da entidade patronal”¹⁸⁵⁵.

Neste âmbito, atento o regime de cessação do contrato de trabalho então vigente¹⁸⁵⁶, a suspensão adquire especial importância, enquanto mecanismo de conservação do vínculo. Numa formulação replicada em diplomas subsequentes e, em certa medida, próxima da ainda hoje consagrada, o art. 72.º, n.º 1 (“Princípio geral”) dispunha que, “quando o trabalhador esteja temporariamente impedido por facto que não lhe seja imputável, nomeadamente o serviço militar obrigatório, doença ou acidente, e o impedimento se prolongue por mais de um mês, cessam os direitos, deveres e garantias das partes, na medida em que pressuponham a efectiva prestação de trabalho, sem prejuízo da observância das disposições aplicáveis da legislação sobre previdência”. O n.º 3 admitia, porém, que “o disposto no n.º 1 começará a observar-se mesmo antes de expirado o prazo de um mês, a partir do momento em que haja a certeza ou se preveja com segurança que o impedimento terá duração superior àquele prazo”. Não obstante, a caducidade operava “no momento em que se torn[asse] certo que o impedimento [fosse] definitivo, sem prejuízo da observância das disposições aplicáveis da legislação sobre previdência”

¹⁸⁵² MONTEIRO FERNANDES, “Alguns aspectos ...” *cit.*, p. 18.

¹⁸⁵³ A respeito de um tal conjunto normativo, MONTEIRO FERNANDES constatava, todavia, “a ausência quase absoluta de uma construção unitária e coerente que lhe s[ervisse] de apoio”. Na verdade, “as referidas normas parec[ia]m antes corresponder, sensivelmente, a soluções compromissórias entre os princípios fundamentais que conduziram à consagração do instituto, e os consideráveis obstáculos que a falta de uma autêntica experiência anterior e a própria actualidade económica e empresarial levantariam à aceitação em bloco da sua teoria geral” (“Suspensão da ...” *cit.*, pp. 133-134).

¹⁸⁵⁴ Porventura, o enquadramento assim afecto à greve, aquando do DL n.º 47032, influiu na sistemática suspensiva dos diplomas legais subsequentes, ainda que já à luz de novas valorações. Assim se justificando também por que a greve não foi mais referida entre as normas agregadas, reservadas à suspensão.

¹⁸⁵⁵ LOBO XAVIER, *O despedimento cit.*, p. 70, n. 74.

¹⁸⁵⁶ *V. supra* Parte I, Capítulo IV, § 2., II.

(n.º 4)¹⁸⁵⁷. No confronto com o regime geral da impossibilidade temporária, MONTEIRO FERNANDES concluía que aqui relevava uma “noção restritiva da impossibilidade temporária do trabalho”¹⁸⁵⁸. De outro modo – atenta a ausência de “definição do limite relevante da impossibilidade temporária” – impor-se-ia concluir que “a doença não incurável mas cujo tratamento demore anos não impedir[ia] (postas agora de lado as incidências da legislação previdencial) que o contrato sobreviv[esse] – e isto parec[ia], mesmo à luz da melhor protecção ao trabalhador, francamente forçado para qualquer das partes”¹⁸⁵⁹.

O art. 75.º (“Suspensão dos contratos com prazo”) referia, por sua vez, que “sendo o contrato sujeito a prazo, certo ou incerto, a suspensão não imped[iria] a sua caducidade no termo do prazo”. E o art. 72.º, n.º 2, indicava, por fim, os efeitos essenciais da suspensão: “durante o impedimento, o trabalhador conserva[ria] o direito ao seu lugar, e o tempo de suspensão conta[r]-se[-ia] para efeitos de antiguidade”, mantendo-se “obrigado a guardar lealdade à entidade patronal”¹⁸⁶⁰. Conforme o art. 74.º, n.º 1 (“Regresso do trabalhador”), “terminado o impedimento, o trabalhador deve[ria], dentro de quinze dias, apresentar-se à entidade patronal para retomar o serviço, sob pena de perder o direito ao lugar”¹⁸⁶¹. Note-se, no entanto, que o art. 76.º dispunha que “a suspensão não prejudica[va] o direito de, durante ela, qualquer das partes rescindir o contrato, ocorrendo justa causa”.

Já no plano da suspensão por factos respeitantes ao empregador¹⁸⁶², o art. 77.º tratava do “Encerramento temporário do estabelecimento ou diminuição de laboração por facto imputável à entidade patronal”. A propósito da disciplina então prevista e sobretudo dos encargos fixados ao empregador, MONTEIRO FERNANDES constatava que, “por estranho que pareça a quem professe os

¹⁸⁵⁷ MONTEIRO FERNANDES apontava, a este respeito, uma tautologia, entre os n.ºs 1 e 4 do art. 72.º (“Suspensão da ...” *cit.*, p. 137).

¹⁸⁵⁸ “Suspensão da ...” *cit.*, p. 137.

¹⁸⁵⁹ “Suspensão da ...” *cit.*, pp. 137-138, *itálico* nosso.

¹⁸⁶⁰ Por sua vez, o art. 73.º, n.º 1, referia a possibilidade de o empregador contratar substituto para o tempo de ausência: “a entidade patronal pode contratar outra pessoa para desempenhar as funções do trabalhador cujo contrato se encontra suspenso”. O n.º 2 deste preceito acrescentava, porém, que “o substituto ser[ia] contratado a termo incerto, caducando o respectivo contrato logo que cess[asse] a suspensão”. Quanto às dúvidas então suscitadas quanto à verificação do termo, v. MONTEIRO FERNANDES, “Suspensão da ...” *cit.*, pp. 138-139.

¹⁸⁶¹ Acrescentando-se que “a entidade patronal que se oponha a que o trabalhador retome o serviço dentro do prazo de quinze dias a contar da data da sua apresentação, além de incorrer na sanção prevista na alínea e) do artigo 123.º, deve indemnizar o trabalhador nos termos dos artigos 106.º e 107.º” (n.º 2). Conferindo-se quinze dias para o empregador proceder à reintegração, MONTEIRO FERNANDES constata que o trabalhador se encontrava, neste período, em situação próxima da suspensão por facto imputável ao empregador ou por motivos do seu interesse – pelo que, de *iure condendo*, o trabalhador não deveria ser, num tal período, privado da retribuição (“Suspensão da ...” *cit.*, p. 140).

¹⁸⁶² A este propósito, LOBO XAVIER nota, sugestivamente, que “sobretudo no que toca à suspensão determinada por facto da entidade empregadora (arts. 77.º a 79.º), inovou-se, de modo a que as paralisações de laboração (tantas vezes iniciadoras de um processo de reorganização) deixassem de ser por conta e risco do trabalhador, pois o empregador passou a ter a seu cargo o pagamento da retribuição correspondente (ao menos parcialmente) ao tempo do impedimento” (*O despedimento cit.*, p. 45).

princípios mais elementares da justiça comutativa, esta disciplina – que, desde logo, parece um tanto «comprimida» em cinco números de um só artigo – tem causado certa incompreensão e forte desagrado nos sectores que afecta directamente, por nela se descobrir uma fonte de encargos inoportáveis e inconvenientes sob o ponto de vista empresarial”¹⁸⁶³. O art. 77.º, n.º 1, dispunha que em “*caso de encerramento temporário do estabelecimento ou de diminuição de laboração por facto imputável à entidade patronal ou por razões de interesse desta, os trabalhadores afectados mant[eriam] o direito ao lugar e à retribuição*”.

Esta disposição enquadrava, assim, hipóteses de suspensão por “culpa ou interesse do empresário”¹⁸⁶⁴. O que, na perspectiva de LOBO XAVIER acolhia situações muito diversas: “a laboração da empresa poderia ser suspensa por motivos de disciplina da economia ou do regime corporativo ou, ainda, de saúde pública; a produção podia restringir-se, dada a escassa procura de produtos ou por uma baixa de preços; o processo produtivo interromper-se para uma remodelação de instalações ou por uma reorganização de processos de trabalho; uma secção encerrar-se para montagem de novos equipamentos”¹⁸⁶⁵. A solução reservada a estes casos atendia ao facto de “estas ocorrências serem em primeira linha determinadas pela entidade empregadora, no uso do seu direito de condução da empresa, estando, portanto, caracteristicamente ligadas ao interesse desta ou ao seu círculo de responsabilidade”¹⁸⁶⁶. Assim se justificando, aliás, a solução acolhida quanto à manutenção da retribuição¹⁸⁶⁷. Em síntese: “o facto de a entidade empregadora se encontrar voluntariamente em posição de dispensar durante algum tempo o seu pessoal não a podia exonerar do pagamento das remunerações devidas”¹⁸⁶⁸. Dirigida, sobretudo, a hipóteses de suspensão dita “colectiva”¹⁸⁶⁹, este regime era, por força do n.º 4, extensível à suspensão “individual”, “a quaisquer outros casos em que o trabalhador não p[udesse] executar o serviço por facto imputável à entidade patronal ou por razões de interesse desta”.

Não foi, no entanto, desatendido o impacto, para o empregador, da subsistência da obrigação retributiva, não obstante a inactividade. Afinal, parte significativa das situações aqui contempladas decorriam de “necessidades imperiosas da empresa” – que espelhavam, não raras vezes, “uma situação de crise”¹⁸⁷⁰. Por conseguinte, procurando amenizar os efeitos da solução acolhida, foi prevista a possibilidade de o trabalhador desenvolver actividade alternativa, assim se aproveitando o trabalho que seria inutilizado pelo encerramento ou

¹⁸⁶³ “Suspensão da ...” cit., p. 141.

¹⁸⁶⁴ LOBO XAVIER, *O despedimento cit.*, p. 45.

¹⁸⁶⁵ *O despedimento cit.*, p. 71, n. 75.

¹⁸⁶⁶ LOBO XAVIER, *O despedimento cit.*, p. 71, n. 75.

¹⁸⁶⁷ “Justo se considerou pois que o trabalhador não sofresse as consequências de uma inactividade de que não era responsável: portanto, devia receber a retribuição” (LOBO XAVIER, *O despedimento cit.*, p. 71, n. 75).

¹⁸⁶⁸ LOBO XAVIER, *O despedimento cit.*, p. 71, n. 75.

¹⁸⁶⁹ *V. supra* n. 1821.

¹⁸⁷⁰ LOBO XAVIER, *O despedimento cit.*, p. 71.

diminuição de laboração¹⁸⁷¹. Nesta medida, conforme o art. 77.º, n.º 2, “do valor da prestação a satisfazer pela entidade patronal [...] deve [ria] deduzir-se tudo o que o trabalhador porventura receb[esse] por qualquer outra actividade remunerada, exercida durante o período em que o impedimento subsist[isse]”. O diploma balizava ainda o tempo máximo de suspensão: tratava-se de medida limitada a seis meses, e findo este período¹⁸⁷², os contratos de trabalho caducavam¹⁸⁷³, “salvo se antes de decorrido este prazo a entidade patronal declara[sse] o carácter definitivo do impedimento, caso em que se aplicar[ia] o regime da denúncia unilateral, sem prejuízo da observância do disposto na lei para os casos de despedimento colectivo” (n.º 5)¹⁸⁷⁴ – sendo, segundo MONTEIRO FERNANDES, também aqui aplicável o critério geral de aferição do carácter temporário da impossibilidade, consoante o interesse do credor¹⁸⁷⁵. Por fim, quanto à ressalva indicada na parte final do art. 77.º, n.º 5 – “sem prejuízo da observância do disposto na lei para os casos de despedimento colectivo” – tal reflectia, afinal, o adivinhar de “uma situação de crise que se iniciara por uma suspensão e desembocava em cessações contratuais”¹⁸⁷⁶.

Seguia-se o art. 78.º, que enquadrava o “Encerramento temporário do estabelecimento ou diminuição de laboração por caso fortuito ou de força maior”. MONTEIRO FERNANDES nota que as tentativas de teorização geral autónoma da suspensão teriam surgido, precisamente, a propósito de tais casos: a suspensão laboral, enquanto como instituto integrado por “objectivos próprios e composto de normas injuntivas, apareceu referida às situações de impossibilidade temporária do trabalho por caso fortuito ou de força maior, mas ligado à empresa”¹⁸⁷⁷. A este respeito, LOBO XAVIER enquadra a norma: “o

¹⁸⁷¹ O art. 77.º, n.º 3, indicava que “quaisquer acordos tendentes à prestação de trabalho substitutivo deve[ria]m ser submetidos à aprovação do Instituto Nacional do Trabalho e da Previdência”.

¹⁸⁷² Entendeu-se, afinal, que “a empresa não deveria estar sujeita, sem limitações de tempo, a encargos com mão-de-obra improdutiva” (LOBO XAVIER, *O despedimento cit.*, p. 71).

¹⁸⁷³ “No quadro do artigo 77.º do Decreto-Lei n.º 47032, a caducidade de contrato de trabalho, gerada pelo decurso de período de 6 meses de suspensão, não dá lugar ao direito a indemnização por despedimento” (Sumário do acórdão do STA, de 9.6.1970, PEREIRA DA SILVA, ESC, ano 8, 1969, n.º 31, pp. 115-117, p. 115).

¹⁸⁷⁴ Quanto à articulação do regime aqui estabelecido com o de denúncia previsto no art. 104.º deste diploma e da interpretação correctiva perfilhada a este propósito, v. MONTEIRO FERNANDES, “Suspensão da ...” *cit.*, pp. 143-144.

¹⁸⁷⁵ “Suspensão da ...” *cit.*, p. 137.

¹⁸⁷⁶ “Estes casos de suspensão temporária traziam em si, portanto a eventualidade de uma cessação colectiva de relações laborais, ou melhor, uma caducidade generalizada e simultânea de contratos de trabalho ao fim de 6 meses, a contar do início do encerramento temporário ou diminuição de laboração” (LOBO XAVIER, *O despedimento cit.*, pp. 71-72, n. 76)

¹⁸⁷⁷ “Suspensão da ...” *cit.*, pp. 144-145. MONTEIRO FERNANDES adianta, a este propósito, que “soluções deste tipo – que participam já do património jurídico de alguns países – são correntemente apoiadas na consideração de que o impedimento, em tais casos, se enquadra na esfera de actividade do dador de trabalho (sendo de toda a maneira alheio à do trabalhador), inserindo-se assim na moldura do chamado risco de estabelecimento. No mesmo sentido se costuma também aduzir o argumento de que, apesar do impedimento, o trabalhador se mantém plenamente apto e à disposição da entidade patronal: em tais situações, o caso fortuito ou de força maior não determina directamente a impossibilidade da prestação laboral, mas sim a

encerramento temporário do estabelecimento ou a diminuição da laboração podiam não ser da responsabilidade do empresário mas sim determinados por factos inevitáveis ou imprevisíveis”¹⁸⁷⁸. Conforme o art. 78.º, n.º 1, “quando o encerramento temporário do estabelecimento ou diminuição de laboração fo[ss]em devidos a caso fortuito ou de força maior, a entidade patronal optar[ia] entre continuar a pagar a retribuição aos trabalhadores por um período mínimo de um mês ou denunciar os contratos de trabalho, ficando apenas obrigada ao pagamento da compensação a que se refere o n.º 4 do artigo 104.º”¹⁸⁷⁹. Atenta a possibilidade referida em último, o n.º 4 dispunha que estas medidas não prejudicavam a aplicação “das providências que o Decreto-Lei n.º 44506, de 10 de Agosto de 1962, estabelecia para protecção dos trabalhadores cujos contratos cess[asse]m em consequência de reorganização industrial ou despedimento colectivo”¹⁸⁸⁰. Esta redacção tinha, pois, em vista hipóteses suspensivas que redundassem na extinção do contrato. A articulação destes diplomas viria, todavia, a sofrer alterações. Por via do DL n.º 48139, de 20.12.1967, o regime acolhido no DL n.º 44506, de 10.8.1962 viria a aplicar-se também a hipóteses de suspensão em sentido próprio, em razão de catástrofe – e não já apenas aos casos de suspensão dos quais viesse a resultar a extinção do contrato¹⁸⁸¹. O DL n.º 48139, de 20.12.1967 – surgindo no seguimento das “grandes inundações que atingiram a região de Lisboa”¹⁸⁸² – passa a dispor que em situações de reconhecida necessidade, decorrentes de catástrofes ou qualquer ocorrência grave de projecção regional ou nacional, com consequente suspensão de actividade por parte das empresas e inerente desocupação dos trabalhadores, o Ministro das Corporações e Previdência Social podia determinar a aplicação das medidas de protecção previstas no DL n.º 44506 aos trabalhadores desocupados¹⁸⁸³. E por esta forma “o esquema jurídico de tutela a casos colectivos de desocupação passava a abranger pela primeira vez hipótese de suspensão”¹⁸⁸⁴.

Por fim, admitindo que o empregador não optasse pela cessação, era indicado que decorrido aquele período de um mês, passaria a “observar-se em relação aos contratos de trabalho não denunciados o disposto nos artigos 72.º, 75.º e

impossibilidade da oferta de ocupação efectiva” (“Suspensão da ...” *cit.*, p. 145). Enunciamos aspectos a desenvolver *infra*, Secção IV.

¹⁸⁷⁸ LOBO XAVIER, *O despedimento cit.*, p. 72.

¹⁸⁷⁹ MONTEIRO FERNANDES sustentava a necessidade de aqui ser incluído um prazo de aviso prévio, em caso de denúncia do contrato (“Suspensão da ...” *cit.*, pp. 146-147).

¹⁸⁸⁰ O DL n.º 44506, de 10.8.1962 veio prever um regime de protecção dos trabalhadores em situação de desemprego por reorganização de empresas ou despedimento colectivo. Sobre tal diploma, *v.* LOBO XAVIER, *O despedimento cit.*, pp. 52 e ss.

¹⁸⁸¹ A extensão era justificada nos termos seguintes: para além das hipóteses para as quais o DL n.º 44506, de 10.8.1962 foi pensado, casos há, “como os decorrentes de catástrofes ou quaisquer circunstâncias semelhantes, susceptíveis de provocarem a desocupação de trabalhadores em grau avultado, que, por revestirem carácter de muita gravidade, reclamam a aplicação imediata de idênticas medidas de protecção” (Preâmbulo).

¹⁸⁸² LOBO XAVIER, *O despedimento cit.*, p. 74.

¹⁸⁸³ Cf. o art. 1.º do DL n.º 48139, de 20.12.1967. Este regime viria a ser revogado por via do regime acolhido no DL n.º 230/79, de 23.7 – cf. art. 18.º.

¹⁸⁸⁴ LOBO XAVIER, *O despedimento cit.*, p. 74.

76.º” (n.º 2) – regime da suspensão por factos respeitantes ao trabalhador – e que quando terminado o impedimento, a entidade patronal deveria *“avisar desse facto os trabalhadores cuja actividade est[ivesse] suspensa, sem o que não pode[riam] aqueles considerar-se obrigados a retomar o cumprimento da prestação de trabalho”* (n.º 3)¹⁸⁸⁵.

2.1.2. O DL n.º 49408, de 24.11.1969

I. Conforme disposto no art. 132.º do DL n.º 47032, este diploma deveria ser revisto até 31.12.1968. Procurando responder a tal intento, o novo regime jurídico do contrato individual de trabalho foi aprovado pelo DL n.º 49408, de 24.11.1969 (“LCT”) e vigorou, com diversas alterações, por mais de três décadas. Seguindo de perto a sistemática do diploma de 1967, o Capítulo IV da LCT (“Da suspensão da prestação do trabalho”) incluía quatro Secções, que tratavam de matérias muito diversas: a Secção I regulava o “Descanso semanal e feriados” (arts. 51.º a 54.º), a Secção II, as “Férias” (arts. 55.º a 66.º¹⁸⁸⁶), a Secção III, as “Faltas” (arts. 67.º a 72.º) e, por fim, a Secção IV, a “Suspensão da prestação do trabalho por impedimento prolongado” – os arts. 73.º a 77.º enquadravam, sem autonomização formal, a suspensão por impedimento respeitante ao trabalhador e os arts. 78.º a 80.º, a suspensão relativa ao empregador¹⁸⁸⁷.

No que respeita ao trabalhador, o art. 73.º, n.º 1, dispunha: *“quando o trabalhador esteja impedido por facto que não lhe seja imputável, nomeadamente o serviço militar obrigatório, doença ou acidente, e o impedimento se prolongue por mais de um mês, cessam os direitos, deveres e garantias das partes, na medida em que pressuponham a efectiva prestação de trabalho, sem prejuízo da observância das*

¹⁸⁸⁵ O art. 79.º dispunha ainda, sob a epígrafe “Especiais garantias de emprego ou de retribuição” que *“independentemente do disposto nos artigos anteriores, poderão ser estabelecidas, por despacho de regulamentação de trabalho ou convenção colectiva, para as actividades cujo regime de laboração imperiosamente o justifique, especiais garantias de emprego ou de retribuição”*.

¹⁸⁸⁶ O art. 65.º, no âmbito desta Secção, regulava a “Licença sem retribuição”, em termos correspondentes ao previsto no art. 65.º do DL n.º 47032. A este propósito, João Francisco de Almeida POLICARPO e António Monteiro FERNANDES notavam que *“a licença sem retribuição aparec[ia] na lei com uma fisionomia híbrida, incorporando elementos do regime das faltas (no contexto do qual se encontra um símile no art. 70.º) e da disciplina da suspensão da prestação de trabalho por impedimento prolongado”* (*Lei do Contrato de Trabalho Anotada*, Almedina, 1970, p. 165).

¹⁸⁸⁷ No plano da suspensão referente ao trabalhador, o art. 73.º tratava da “Suspensão por impedimento respeitante ao trabalhador”, o art. 74.º da “Substituição do trabalhador”, o art. 75.º do “Regresso do trabalhador”, o art. 76.º da “Suspensão dos contratos com prazo” e o art. 77.º da “Verificação de justa causa de rescisão durante a suspensão”. Já quanto à suspensão respeitante ao empregador, o art. 78.º regulava o “Encerramento temporário do estabelecimento ou diminuição de laboração”, e o art. 79.º o “Encerramento temporário do estabelecimento ou diminuição de laboração por caso fortuito ou de força maior”. Por fim, o art. 80.º dispunha sobre “Outras garantias de emprego ou de retribuição”. Sobre estes preceitos, v. LOBO XAVIER, *Regime cit.*, pp. 153 e ss., e MÁRIO PINTO, FURTADO MARTINS e NUNES DE CARVALHO, *Comentário cit.*, pp. 216-244.

disposições aplicáveis da legislação sobre previdência". Quanto ao período mínimo de um mês assim referido, logo se esclarecia, no n.º 3, que a suspensão operava *"mesmo antes de expirado o prazo de um mês, a partir do momento em que h[ouver] certeza ou se prev[isse] com segurança que o impedimento t[eria] duração superior àquele prazo"*. Era, no entanto, previsto, relativamente ao termo da suspensão, o fim do contrato, quando se tornasse *"certo que o impedimento [fosse] definitivo"* (n.º 4). Havia, por sua vez, que relacionar esta indicação com o disposto no art. 75.º, n.º 1, que indicava que *"terminado o impedimento, o trabalhador dev[eria], dentro de quinze dias, apresentar-se à entidade patronal para retomar o serviço, sob pena de perder o direito ao lugar"*^{1888/1889}.

Quanto aos efeitos da suspensão, o art. 73.º, n.º 2 dispunha, neste caso, que *"o tempo de suspensão conta[r]-se-[ia] para efeitos de antiguidade, conservando o trabalhador o direito ao lugar e continuando obrigado a guardar lealdade à entidade patronal"*. Uma tal referência, à data, ao *"direito ao lugar"* assumia particular relevância, atento o regime de cessação em vigor¹⁸⁹⁰, uma vez que o enquadramento originariamente previsto na LCT conferia ao empregador ampla margem no plano da cessação¹⁸⁹¹: *"o direito ao lugar aqui estabelecido deve ser entendido como uma proibição dirigida contra a entidade patronal de despedir o trabalhador impedido (cfr. art. 75.º), sendo inválido o despedimento ocorrido durante este período"*¹⁸⁹². Conforme esta lógica, o *"direito ao lugar"* surgia como *"garantia especial da estabilidade da relação de trabalho que acautela[va] o trabalhador contra eventuais actos extintivos da entidade patronal durante a suspensão"*¹⁸⁹³. Nesse período ficaria, pois, arredada a possibilidade de o trabalhador e o empregador denunciarem o contrato¹⁸⁹⁴ – ressalvada a possibilidade de cessação por justa causa¹⁸⁹⁵.

Acrescia o previsto no art. 76.º, conforme o qual *"sendo o contrato sujeito a prazo, certo ou incerto, a suspensão não imped[iria] a sua caducidade no termo do prazo"*. Por conseguinte, atenta a possibilidade de o prazo se completar durante a suspensão, entendia-se não haver *"margem para a simples prorrogação do vínculo"*¹⁸⁹⁶. Divergimos, todavia, de conclusão por vezes associada a esta premissa: *"se logo no início do impedimento (ou, em todo o caso, antes de expirado o prazo do negócio) se tornar certo que aquele se manterá para além*

¹⁸⁸⁸ Sendo que, neste âmbito, *"a perda deste direito significa[va] que a entidade patronal se pod[ia] opor legitimamente a que o trabalhador retom[asse] o serviço sem haver lugar a quaisquer indemnizações"* (LOBO XAVIER, *Regime cit.*, p. 157).

¹⁸⁸⁹ Por sua vez, conforme o art. 75.º, n.º 2, *"a entidade patronal que se oponha a que o trabalhador retome o serviço dentro do prazo de quinze dias, a contar da data da sua apresentação, deve indemnizar o trabalhador, nos termos dos artigos 109.º e 110.º"*.

¹⁸⁹⁰ Cf. arts. 98.º e ss.

¹⁸⁹¹ V. *supra* Parte I, Capítulo IV, § 2., II, nota evolutiva do regime de cessação, no Direito português.

¹⁸⁹² LOBO XAVIER, *Regime cit.*, p. 155. V. ainda LOBO XAVIER, *"A estabilidade ..."* *cit.*, p. 46.

¹⁸⁹³ ALMEIDA POLICARPO e MONTEIRO FERNANDES, *Lei cit.*, p. 180, *itálico* nosso.

¹⁸⁹⁴ Nos termos então previstos no art. 107.º

¹⁸⁹⁵ Dispunha o art. 77.º que *"a suspensão não prejudica o direito de, durante ela, qualquer das partes rescindir o contrato, ocorrendo justa causa"*.

¹⁸⁹⁶ O que se articula com o referido *supra*, Parte I, Capítulo II, § 3.2.

do termo convencionado, o contrato caducará”¹⁸⁹⁷. Consideramos, afinal, que a suspensão não serve apenas o propósito de sobrevivência futura do vínculo, concretizando, igualmente, outros valores que cumpre satisfazer e que ditam a operacionalidade da suspensão, ainda que o facto suspensivo extravase previsivelmente o termo estipulado¹⁸⁹⁸. Era, por fim, admitida a contratação a termo, para substituição do trabalhador ausente¹⁸⁹⁹, dispondo o art. 74.º, n.º 2, que “o substituto será contratado a termo incerto, caducando o respectivo contrato logo que cesse a suspensão, mas esta cláusula só lhe será oponível se constar de documento escrito”¹⁹⁰⁰.

À suspensão por factos respeitantes ao empregador eram reservados os arts. 78.º a 80.º. O art. 78.º enquadrava os casos de encerramento temporário do estabelecimento ou diminuição de laboração, “por facto imputável à entidade patronal ou por razões de interesse desta”, indicando que, em tal caso, “os trabalhadores afectados manter[iam] o direito ao lugar e à retribuição” (n.º 1)¹⁹⁰¹. Durante a suspensão, ao valor pago pelo empregador, haveria que subtrair “tudo o que o trabalhador porventura receb[esse] por qualquer outra actividade remunerada, exercida durante o período em que o impedimento subsist[isse]” (cf. art. 78.º, n.º 2) – o que dependia, todavia, de nexó lógico entre este rendimento e a suspensão¹⁹⁰², assim concretizando, nesta esfera, os princípios gerais do CC

¹⁸⁹⁷ ALMEIDA POLICARPO e MONTEIRO FERNANDES, *Lei cit.*, p. 184.

¹⁸⁹⁸ Sobre o tema, *v. infra* Capítulo III.

¹⁸⁹⁹ Cf. art. 74.º, n.º 1.

¹⁹⁰⁰ Admitindo que a redacção da norma se ajustava sobretudo à situação em que o fim da suspensão tinha lugar, atento o regresso do trabalhador substituído, era questionada a solução mais adequada nos casos em que o trabalhador ausente vinha a falecer ou era despedido com justa causa. Ainda que esta disposição indiciasse resposta distinta, ALMEIDA POLICARPO e MONTEIRO FERNANDES admitiam que “o legislador ter[ia] porventura considerado apenas a hipótese «mais simétrica» de a suspensão cessar pelo termo do impedimento e pelo retorno do titular da função”. Sustentavam, por conseguinte, que fora estes casos, “a consolidação do contrato do substituto pode[ria] estar mais de harmonia com os interesses em jogo”. E, sendo assim, “no caso de o regresso do trabalhador impedido se tornar definitivamente inviável, o substituto ficaria na posição deixada por aquele, não por se considerar que o contrato sobreviveu à verificação do termo (cfr. n.º 2 do art. 10.º), mas sim por esta se ter tornado impossível” (*Lei cit.*, p. 182).

¹⁹⁰¹ Por conseguinte, se, quanto ao trabalhador, “a impossibilidade temporária da prestação de trabalho deve ser sempre não imputável ao trabalhador”, no caso em análise, a suspensão é “determinada por *decisão ou facto da entidade patronal*” (ALMEIDA POLICARPO e MONTEIRO FERNANDES, *Lei cit.*, p. 186, com *itálico* nosso). À luz do indicado no art. 78.º da LCT, MÁRIO PINTO, FURTADO MARTINS e NUNES DE CARVALHO consideravam que os valores devidos pelo empregador correspondiam a retribuição em sentido próprio e não uma prestação substitutiva da retribuição, a uma indemnização ou compensação (*Comentário cit.*, p. 238). Nesta medida, “os trabalhadores mantêm o direito à retribuição, devendo-lhes ser pago tudo quanto receberiam se pudessem realizar o trabalho” (*idem*). Diferentemente, MONTEIRO FERNANDES, “Aspectos da ...” *cit.*, pp. 56 e ss; todavia, já no contexto do CT 2009, *v. o* entendimento do Autor, *infra* n. 2037, atenta a referência, no art. 309.º, n.º 1, b), à “*totalidade da retribuição*”.

¹⁹⁰² Tal dedução era admitida apenas “se tal actividade [fosse] prestada por causa da própria suspensão”. Nesta medida, “se o trabalhador já vinha exercendo qualquer outra actividade remunerada, *v.g.*, em «part-time» não é lícito qualquer desconto” (LOBO XAVIER, *Regime cit.*, p. 160). Recaía sobre o trabalhador o dever de informar o empregador de actividade substitutiva e

(v.g., arts. 795.º, n.º 2 e 815.º, n.º 2)¹⁹⁰³. Era ainda previsto que “*quaisquer acordos tendentes à prestação de trabalho substitutivo*” careciam de “*aprovação do Instituto Nacional do Trabalho e da Previdência*” (art. 78.º, n.º 3). Por esta via se acautelava a hipótese de “a situação de impossibilidade afect[ar] apenas a realização de determinadas actividades, encontrando-se o empregador em condições de ocupar os trabalhadores na realização de outras tarefas, muito embora não est[ivessem] já compreendidas no objecto dos respectivos contratos de trabalho”¹⁹⁰⁴.

Acrescia, no art. 78.º, n.º 4, o alargamento do regime assim reservado a hipóteses ditas de “suspensão colectiva”¹⁹⁰⁵, a outras situações em que, não havendo encerramento do estabelecimento, o trabalhador se encontrasse, por razões idênticas, impedido de executar a actividade acordada (“suspensão individual”)¹⁹⁰⁶. Sendo aqui reconduzíveis casos tão diversos como o de “trabalhador vítima de agressão da entidade patronal (e por isso incapacitado para o trabalho durante algum tempo” ou de “trabalhador que é enviado para o estrangeiro a fim de visitar outras fábricas e realizar um estágio de especialização”, ou ainda de “trabalhador a quem tenha sido abusivamente aplicada a pena de suspensão com perda de retribuição”¹⁹⁰⁷.

Era também estabelecido um prazo máximo para a suspensão: do art. 78.º, n.º 5, resultava que “*os contratos de trabalho caducam ao fim de seis meses*”¹⁹⁰⁸, salvo

a inobservância de um tal “dever de informação pode[ria] constituir quebra de lealdade e, portanto, infracção disciplinar” (ALMEIDA POLICARPO e MONTEIRO FERNANDES, *Lei cit.*, p. 186). MÁRIO PINTO, FURTADO MARTINS e NUNES DE CARVALHO notam ainda que “o que é decisivo para justificar o desconto não é o carácter subordinado da prestação da actividade, mas sim a possibilidade de auferir um rendimento através do exercício da mesma, tornado possível pela libertação do dever de prestar o trabalho em consequência da suspensão do contrato de trabalho” (*Comentário cit.*, p. 238).

¹⁹⁰³ Afinal, conforme tais comandos, “tornada a prestação impossível por facto imputável ao credor, e ficando o devedor liberto da realização da prestação, mantendo o direito à contraprestação, sempre que, por motivo da exoneração do dever de prestar, o devedor usufrua de outros ganhos que não obteria no caso de permanecer obrigado a realizar a prestação, devem estes ser descontados no valor a pagar pelo credor” (MÁRIO PINTO, FURTADO MARTINS e NUNES DE CARVALHO, *Comentário cit.*, p. 238).

¹⁹⁰⁴ MÁRIO PINTO, FURTADO MARTINS e NUNES DE CARVALHO, *Comentário cit.*, p. 239.

¹⁹⁰⁵ Quanto a uma tal designação, v. o *supra* n. 1821.

¹⁹⁰⁶ Aí se prevendo que “o disposto no presente artigo é extensivo a quaisquer outros casos em que o trabalhador não possa executar o serviço por facto imputável à entidade patronal ou por razões do interesse desta”. A este propósito, MÁRIO PINTO, FURTADO MARTINS e NUNES DE CARVALHO referem que embora esta disposição tenha em conta, “em primeira linha, os casos de suspensão colectiva, determinados pelo encerramento da empresa ou pela diminuição da laboração”, na verdade, atendendo ao disposto no n.º 4, “contempla também todas as situações de suspensão individual por facto imputável ao empregador ou por razões do seu interesse” (*Comentário cit.*, p. 239).

¹⁹⁰⁷ ALMEIDA POLICARPO e MONTEIRO FERNANDES, *Lei cit.*, p. 187.

¹⁹⁰⁸ Assim se solucionando “o problema da distinção entre situações de impossibilidade temporária e de impossibilidade definitiva: sempre que o encerramento do estabelecimento ou a diminuição da laboração se prolongassem para além de seis meses, a lei presumia que a impossibilidade se convertia em definitiva, originando assim a caducidade dos contratos de trabalho” (MÁRIO PINTO, FURTADO MARTINS e NUNES DE CARVALHO, *Comentário cit.*, p. 239).

se antes de decorrido este prazo a entidade patronal declara[sse] o carácter definitivo do impedimento, caso em que se aplicar[ia] o regime da denúncia unilateral”¹⁹⁰⁹. Havia, por fim, que considerar o disposto no art. 79.º, reservado ao encerramento temporário ou diminuição de laboração por caso fortuito ou de força maior. Nestas hipóteses, cabia ao empregador optar entre “continuar a pagar a retribuição aos trabalhadores por um período mínimo de um mês ou denunciar os contratos de trabalho, ficando apenas obrigado ao pagamento da compensação a que se refer[ia] o n.º 4 do art. 107.º”¹⁹¹⁰. Certo, porém, que uma vez decorrido aquele período sem que o empregador houvesse denunciado os contratos passaria a ser aplicável o regime reservado à suspensão por factos respeitantes ao trabalhador, tal qual previsto nos arts. 73.º, 76.º e 77.º (*ex vi* art. 79.º, n.º 2). A alternativa surgia nos termos seguintes: o empregador “fazia cessar os contratos, para o que tinha especiais facilidades, ou suspendia as relações de trabalho. No primeiro caso, tratava-se de cessação colectiva de relações contratuais”. Diferentemente, se “optasse pela suspensão do contrato, deveria pagar aos trabalhadores a retribuição por um período mínimo de um mês, conservando depois desse período o trabalhador o direito ao lugar, ainda que sem direito a retribuição”^{1911/1912}. Havia, todavia, que articular este regime com o disposto no DL n.º 48139, de 20.12.1967, relativo à suspensão de actividade das empresas por catástrofes e à possível aplicação, em tais casos, das medidas de protecção acolhidas no DL n.º 44506, de 10.8.1962. Para tanto, o art. 81.º (“Casos de reorganização industrial e despedimento colectivo”) da LCT previa que “o regime estabelecido nos artigos anteriores entende-se sem prejuízo da observância das disposições aplicáveis do Decreto-Lei n.º 44506, de 10 de Agosto de 1962, no respeitante a reorganização empresarial e a despedimento colectivo” – reflectindo o indicado *supra*, atenta a concatenação dos regimes previstos no DL n.º 47032 e no DL n.º 44506, por via da extensão operada pelo DL n.º 48139¹⁹¹³. Nesta medida, verificada a suspensão, ainda que o empregador “não pagasse ou logo que deixasse de pagar a retribuição, passava a ser dado um subsídio ao trabalhador”¹⁹¹⁴. Era, por fim, indicado que uma vez cessado o impedimento, o empregador deveria “avisar desse facto os trabalhadores cuja actividade est[ava]

¹⁹⁰⁹ Neste caso, também o regresso do trabalhador dependia de “a entidade patronal o manifestar ao trabalhador, convocando-o de novo para comparecer ao serviço” (ALMEIDA POLICARPO e MONTEIRO FERNANDES, *Lei cit.*, p. 187).

¹⁹¹⁰ O art. 107.º tratava da cessação do contrato de trabalho por denúncia das partes, prevendo o n.º 4 o valor da compensação devida pelo empregador quando a cessação fosse da sua iniciativa. A este propósito, refere MENEZES CORDEIRO que “esta solução era enérgica e fazia correr um grande risco aos trabalhadores”, assim se justificando a cautela aconselhada à interpretação da norma (*Manual cit.*, p. 770).

¹⁹¹¹ LOBO XAVIER, *O despedimento cit.*, p. 75, n. 82.

¹⁹¹² Era, todavia, sustentada a circunscrição do âmbito da denúncia aos casos de *paralisação de longa duração*. Nesta medida, “a suspensão de um ou dois dias de actividade da empresa, *v.g.*, por falta de energia eléctrica, não legitima[ria] a entidade patronal a pôr termo ao contrato com dispensa de aviso prévio” (LOBO XAVIER, *Regime cit.*, p. 162).

¹⁹¹³ *V. supra* 2.1.1.

¹⁹¹⁴ LOBO XAVIER, *O despedimento cit.*, p. 75, n. 82.

suspensa, sem o que não pod[ia]m aqueles considerar-se obrigados a retomar o cumprimento da prestação de trabalho” (art. 79.º, n.º 3)¹⁹¹⁵.

2.1.3. O artigo 31.º da LFFF

I. Apesar de apenas destinado a regular as férias, feriados e faltas, o art. 31.º da LFFF procedeu à revogação expressa das “secções I, II, III e IV do capítulo IV do regime jurídico do contrato individual de trabalho, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 49408, de 24 de Novembro de 1969 [...]”. A revogação não foi, porém, acompanhada de completa substituição do ali disposto: o diploma de 1976 apenas continha o regime jurídico das férias, feriados e faltas, não se replicando preceitos equivalentes aos arts. 73.º e ss. da LCT, que compunham a Secção dedicada à “Suspensão da prestação do trabalho por impedimento prolongado”¹⁹¹⁶. A dúvida era evidente: o que fazer atenta a revogação expressa do regime suspensivo e a inexistência de novo enquadramento? Que se tratara de um lapso era evidente¹⁹¹⁷, tendo em conta o art. 26.º, n.º 3, que ao prever o regime das faltas justificadas, previa expressa remissão para o regime da suspensão¹⁹¹⁸. A situação criada era dificilmente compreensível, revestindo, porém, consequências práticas evidentes. Perante tal cenário dubitativo, doutrina e jurisprudência concluíram, em maioria, que a revogação prevista no art. 31.º da LFFF não pretendia abarcar a secção IV do capítulo IV da LCT¹⁹¹⁹, justificando-

¹⁹¹⁵ Acrescendo ainda o art. 80.º, que acolhia a possibilidade serem “estabelecidas, por portaria de regulamentação de trabalho ou convenção colectiva, para as actividades de carácter sazonal ou outras cujo regime de laboração imperiosamente o justifi[casse], garantias de emprego ou de retribuição diferentes das que resulta[va]m dos artigos anteriores”. A respeito da norma equivalente do DL 47032 (o art. 79.º – cf. *supra*, n. 1885), era questionado se as “especiais garantias” aí previstas “excluiriam a aplicação das garantias gerais ou se cumulariam com elas”. A redacção acolhida no art.º 80.º da LCT – e a menção a garantias “diferentes” – viria a “sanciona[r] a primeira interpretação” (ALMEIDA POLICARPO e MONTEIRO FERNANDES, *Lei cit.*, p. 189). Era, pois, admitida a previsão de um regime menos favorável (MÁRIO PINTO, FURTADO MARTINS e NUNES DE CARVALHO, *Comentário cit.*, p. 243).

¹⁹¹⁶ O âmbito material era enunciado no Capítulo I, conforme o qual o diploma definiria “o regime jurídico de férias, feriados e faltas (...)” (art. 1.º). Em conformidade, o Capítulo II regulava as “Férias” (arts. 2.º a 15.º), o Capítulo IV os “Feriados” (arts. 18.º a 21.º) e o Capítulo V as “Faltas” (arts. 22.º a 28.º). O Capítulo III tratava ainda da “Licença sem retribuição” (arts. 16.º e 17.º) e o Capítulo VI enunciava as “Disposições gerais e finais” (arts. 29.º a 31.º). Por conseguinte, neste âmbito, apenas o disposto nos arts. 16.º e 17.º subsistia como resquício da suspensão.

¹⁹¹⁷ Nesta medida, não era “quanto ao reconhecimento da existência de um lapso material que o problema surg[ia]”. O que se questionava era a “legitimidade de uma interpretação derogatória do artigo 31.º da LFFF, segundo a qual esta norma seria entendida de forma a excluir da revogação por ela operada as matérias para as quais a própria LFFF não desenhou um novo regime jurídico” (MÁRIO PINTO, FURTADO MARTINS e NUNES DE CARVALHO, *Comentário cit.*, p. 217).

¹⁹¹⁸ Ali se dispendo que “nos casos previstos na alínea e) do n.º 2 do artigo 23.º, se o impedimento do trabalhador se prolonga[sse] para além de um mês aplica[va]-se o regime de suspensão da prestação do trabalho por impedimento prologado”.

¹⁹¹⁹ Neste sentido e dando conta do entendimento prevalecente, v. MÁRIO PINTO, FURTADO MARTINS e NUNES DE CARVALHO, *Comentário cit.*, pp. 216-217.

se interpretação derogatória da norma¹⁹²⁰. Este entendimento viria a ser confirmado por Despacho Ministerial, de 3.4.1978¹⁹²¹.

2.1.4. A LSCT

I. O DL n.º 398/83, de 2.11¹⁹²², especificamente destinado a enquadrar a suspensão laboral, não solucionaria inteiramente o problema. Pela primeira vez, o instituto suspensivo surge sistematicamente organizado, desdobrando-se em conjuntos normativos reservados à suspensão “por impedimento respeitante ao trabalhador” (Capítulo II)¹⁹²³ e à “Redução ou suspensão por motivo respeitante à entidade empregadora” (Capítulo III)¹⁹²⁴. O propósito essencial da LSCT foi introduzir um regime transversal e coerente da redução e da suspensão em caso de comprometimento da actividade empresarial, por motivos estruturais, tecnológicos ou económicos – hipóteses em que a suspensão surge em alternativa à cessação por despedimento colectivo¹⁹²⁵.

¹⁹²⁰ V., nomeadamente, a síntese acolhida no acórdão da RP de 7.4.2008, Proc. n.º 0743201 (ALBERTINA PEREIRA). Quanto às dificuldades associadas a uma tal “interpretação derogatória”, v., no entanto, MÁRIO PINTO, FURTADO MARTINS e NUNES DE CARVALHO, *Comentário cit.*, p. 217.

¹⁹²¹ Publicado no BTE, 1.ª série, n.º 15, de 22.4.1978, pp. 964-965. No que respeita ao disposto no art. 26.º, n.º 3, da LFFF, o § 12 do Despacho esclarece: “este preceito remete para o «regime da suspensão da prestação de trabalho por impedimento prolongado», que não pode ser senão o definido nos artigos 73.º a 81.º do regime jurídico anexo ao Decreto-Lei n.º 49408, de 24 de Novembro de 1969; regime que, assim, se tem de entender em vigor, não obstante a norma revogatória [...]”. Em conformidade, refere a RP que “apesar de o art. 31.º do DL 874/76, de 23 de Dezembro, ter revogado a secção IV do Capítulo IV do DL 49.408, de 24 de Novembro de 1969, que aprovou o regime jurídico do contrato individual de trabalho, através do Despacho Ministerial de 3 de Abril de 1978 publicado no BTE n.º 15/78 de 22 de Abril, veio a reconhecer-se continuarem em vigor as normas do art. 73.º e seguintes do citado regime jurídico” (acórdão de 17.6.1991, Proc. n.º 9110148, JOSÉ CORREIA, Sumário, I).

¹⁹²² Alterado pelo DL n.º 64-B/89, de 27.2, pelo DL n.º 210/92, de 2.10, e pelas Leis n.ºs 118/99, de 11.8 e 137/99, de 28.8 – referimo-nos à versão final do diploma, incorporando as alterações assim indicadas. A LSCT viria a ser revogada pela Lei n.º 99/2003, de 27.8. No que respeita às alterações introduzidas por estes diplomas, v. NUNES DE CARVALHO, “Suspensão ...” *cit.*, pp. 122-124.

¹⁹²³ Com ênfase nossa. O Capítulo II integra os arts. 3.º e 4.º, que sucedem às “Disposições gerais” (Capítulo I – cf. arts. 1.º e 2.º). O regime ali acolhido constituiu, todavia, preocupação secundarizada nos propósitos legislativos. Na “memória justificativa” do diploma é indicado que “complementarmente, regularam-se os casos de suspensão por razões atinentes ao trabalhador, matéria que, constando da Lei do Contrato Individual de Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 49 408, de 24 de Novembro de 1969, foi revogada sem que para tal se encontr[ass]em razões plausíveis, pelo Decreto-Lei n.º 874/76, de 28 de Dezembro” (itálico nosso).

¹⁹²⁴ Arts. 5.º a 18.º.

¹⁹²⁵ Na “memória justificativa” era referido que “o nosso ordenamento jurídico consagra expressamente, no caso de a viabilidade das empresas se encontrar comprometida por motivos estruturais, tecnológicos ou económicos, a possibilidade de o empregador fazer cessar os contratos de trabalho através de despedimento colectivo. É manifesto, porém, que o despedimento colectivo, pelas consequências particularmente graves que acarreta para os trabalhadores abrangidos, só deve ter lugar nos casos em que a viabilização da empresa não

O art. 1.º, n.º 1, integrando as “Disposições gerais”, identificava o âmbito do diploma: *“o regime jurídico da suspensão do contrato de trabalho por motivos respeitantes ao trabalhador ou à entidade empregadora, bem como da redução temporária dos períodos normais de trabalho”*. Entre os efeitos gerais, era referido que no período suspensivo seriam mantidos *“os direitos, os deveres e as garantias das partes, na medida em que não pressup[usesse]m a efectiva prestação de trabalho”*¹⁹²⁶, devendo o tempo de suspensão ser computado para efeitos de antiguidade¹⁹²⁷. Por sua vez, o art. 2.º, n.º 3, mantinha a regra antes prevista no art. 76.º da LCT, conforme a qual, quanto aos contratos a termo, *“durante a redução ou suspensão não se interrompe o decurso do prazo para efeitos de caducidade”*, consumindo, numa formulação mais abrangente, o antes disposto no art. 77.º da LCT – que ali previa o fim do vínculo, por justa causa –, passando a referir a possibilidade de *“qualquer das partes fazer cessar o contrato nos termos gerais”*¹⁹²⁸. Do confronto com a LCT, decorre a eliminação da referência (antes incluída no art. 73.º, n.º 2) ao direito do trabalhador ao lugar¹⁹²⁹, já que a evolução do regime de cessação do contrato de trabalho tornara dispensável uma tal indicação¹⁹³⁰.

Especificamente quanto à suspensão por facto referente ao trabalhador, o art. 3.º enquadrava as “Causas e consequências da suspensão” e o art. 4.º o “Regresso do trabalhador”. Quanto aos factos que ocasionavam a suspensão, era mantida uma formulação próxima da antecedente – *“determina a suspensão do contrato de trabalho o impedimento temporário por facto não imputável ao trabalhador que se prolongue por mais de um mês”* – sendo que, aos exemplos anteriores (*“serviço militar obrigatório, doença ou acidente”* – cf. art. 73.º, n.º 1, da LCT), acrescia agora o *“serviço cívico substitutivo”* (cf. art. 3.º, n.º 1, da LSCT). No art. 3.º, n.º 2 era retomado o previsto no art. 73.º, n.º 3 da LCT, atenta a possível verificação da suspensão antes do decurso do prazo de um mês¹⁹³¹, acrescentando o art. 3.º, n.º 3, conforme o qual *“o contrato caduca no momento em que se torne certo que o impedimento é definitivo”*. Foi ainda introduzido o n.º 4, que passou a dispor que *“o impedimento temporário por facto imputável ao trabalhador determina a*

possa ser assegurada através da adopção de medidas menos drásticas que não sacrifiquem definitivamente os postos de trabalho. De entre os institutos naturalmente vocacionados para a prossecução deste objectivo e geralmente consagrados na generalidade dos países membros da Comunidade Económica Europeia (CEE) reveste-se de indiscutível importância o da suspensão dos contratos de trabalho, no qual se inclui a redução dos períodos normais de trabalho. O recurso a estas medidas, quando se mostrem necessárias e adequadas à recuperação económica das empresas, é reconhecidamente menos lesivo para os trabalhadores abrangidos do que o despedimento colectivo”. Referenciando a evolução do instituto do *“lay-off”*, desde este diploma até às alterações introduzidas em 2012, v. NUNES DE CARVALHO, “Suspensão ...” *cit.*, pp. 119-161.

¹⁹²⁶ Art. 2.º, n.º 1.

¹⁹²⁷ Art. 2.º, n.º 2.

¹⁹²⁸ Art. 2.º, n.º 3.

¹⁹²⁹ V. *supra* § 2.1.2.

¹⁹³⁰ Sobre o tema, v. *supra* Parte I, Capítulo IV, § 2., II.

¹⁹³¹ “O contrato considera-se suspenso mesmo antes de expirado o prazo de um mês a partir do momento em que haja certeza ou se preveja com segurança que o impedimento terá duração superior àquele prazo”.

suspensão do contrato de trabalho nos casos previstos na lei” – havendo, por conseguinte, que atender a outras referências, dispersas por diversos diplomas. Por sua vez, o antes indicado no art. 74.º, n.º 2 da LCT, que admitia a contratação a termo incerto de trabalhador substituto, havia sido revogado pelo DL n.º 781/76, de 28.10 – diploma que, enquadrando os contratos a prazo, havia arredado a possibilidade de contratação a termo incerto¹⁹³²; no entanto, o regime de contratação a termo constante da LCCT viria a retomar uma tal hipótese, nos arts. 41.º, n.º 1, a) e 48.º¹⁹³³.

Omitida referência a um prazo no qual o trabalhador, uma vez findo o impedimento, deveria apresentar-se para retomar o trabalho – e de quinze dias, no anterior art. 75.º, n.º 1 da LCT – o art. 4.º da LSCT passaria a dispor apenas que *“terminado o impedimento, o trabalhador deve[ria] apresentar-se à entidade empregadora, para retomar o serviço”*. Não o fazendo, incorreria em faltas injustificadas – assim se ultrapassando o efeito anteriormente previsto, ou seja, a perda do “direito ao lugar”, como indicado no art. 75.º, n.º 1, *in fine* da LCT. Foi ainda suprimida referência à oposição do empregador ao regresso do trabalhador, tal qual antes previsto no art. 75.º, n.º 2 da LCT; seria, não obstante, reconhecido que uma tal “atitude po[deria] configurar um despedimento ilícito, tal como acontecia no domínio da LCT”¹⁹³⁴.

No entanto, na perspectiva do empregador – arts. 5.º a 18.º, que integravam, na totalidade, o capítulo dedicado à suspensão “por motivo respeitante à entidade empregadora” – foram acolhidas apenas hipóteses de crise empresarial, nada se referindo a respeito da suspensão fora de tal contexto, quer decorrente de caso fortuito ou força maior, quer de facto imputável ao empregador ou por motivo do seu interesse¹⁹³⁵. O art. 5.º reconhecia a possibilidade de o empregador *“suspender os contratos de trabalho, desde que, por razões conjunturais de mercado, motivos económicos ou tecnológicos ou outras ocorrências que t[ivesse]m afectado gravemente a actividade normal da empresa”*¹⁹³⁶ e contanto que *“tais medidas se mostr[asse]m indispensáveis para*

¹⁹³² Conforme o art. 9.º do DL n.º 781/76, de 28.10, *“ficam revogados o artigo 10.º, o n.º 2 do artigo 44.º e o n.º 2 do artigo 74.º do regime jurídico do contrato individual do trabalho, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 49408 de 24 de Novembro de 1969”*. Complementarmente, o art. 1.º daquele diploma admitia a *“celebração de contrato de trabalho a prazo, desde que este seja certo”*.

¹⁹³³ Da leitura conjugada destas disposições resultava que a contratação a termo certo ou incerto era admitida para *“substituição temporária de trabalhador que, por qualquer razão, se encontr[asse] impedido de prestar serviço”* (art. 41.º, n.º 1, a) da LCCT).

¹⁹³⁴ MÁRIO PINTO, FURTADO MARTINS e NUNES DE CARVALHO, *Comentário cit.*, p. 233.

¹⁹³⁵ Mais uma vez, a “memória justificativa do diploma” exprimia esta visão incompleta: *“o instituto da redução ou suspensão da prestação de trabalho tem em vista a recuperação económica das empresas, meio necessário à manutenção dos postos de trabalho e à contenção do desemprego”*.

¹⁹³⁶ Enquanto conceitos que comportam malha de indeterminação. Conforme LOBO XAVIER, *“referimo-nos aos conceitos indeterminados nos termos em que a doutrina recentemente os toma, como aqueles que não permitem comunicações precisas quanto ao seu conteúdo e em que há um grau de descoberta ao critério do aplicador do Direito, de acordo com juízos de valor e prognósticos em que ele tem margem ou espaço livre de decisão”* (*O despedimento cit.*, p. 610).

*assegurar a viabilidade da empresa e a manutenção dos postos de trabalho*¹⁹³⁷. Logo em seguida, os arts. 6.º e 7.º elencavam, respectivamente, os direitos e obrigações dos trabalhadores; ao que se somava o disposto no art. 10.º, que referia os deveres que recaíam, neste período, sobre o empregador. Acrescia a indicação do efeito da suspensão no cálculo dos subsídios de férias e de Natal (arts. 8.º e 9.º), a referência ao montante devido a título de compensação salarial¹⁹³⁸ e respectiva comparticipação (arts. 12.º e 13.º)¹⁹³⁹ e as disposições reservadas aos representantes sindicais e membros das comissões de trabalhadores (art. 11.º). Os arts. 14.º a 17.º enunciavam o procedimento de informação, consulta e decisão, bem como respectiva duração e fiscalização (arts. 16.º e 17.º). Por fim, o art. 18.º estendia este regime aos casos em que tais medidas se seguissem a declaração de empresa em situação económica difícil, tal qual previsto no DL n.º 353-H/77, de 29.8^{1940/1941}.

Nada se mencionava, porém, a respeito das hipóteses suspensivas antes reguladas nos arts. 78.º e 79.º da LCT, que enquadravam a suspensão por caso fortuito ou força maior e por facto imputável ao empregador ou por motivo do seu interesse. Na verdade, a hipótese suspensiva prevista no art. 5.º da LSCT surgia “como uma medida de emergência para enfrentar uma situação de crise da empresa e evitar o seu encerramento definitivo ou a diminuição dos

¹⁹³⁷ Era, neste âmbito, assumida a aplicação subsidiária da suspensão em face da redução. Assim decorrendo, desde logo, da “memória justificativa do diploma”, conforme a qual a suspensão só seria aplicável caso a redução se revelasse insuficiente ou desadequada: “o presente diploma assenta no princípio fundamental de que a redução ou suspensão só podem ter lugar quando se mostre que são indispensáveis para assegurar a viabilidade da empresa e a manutenção dos postos de trabalho. Além disso, a suspensão só será autorizada se a redução se revelar insuficiente ou inadequada” (ênfase nossa). Esta orientação teria concretização no art. 5.º, n.º 3, vindo, porém, a ser revogada pela Lei n.º 137/99, de 28.8.

¹⁹³⁸ “Em termos jurídicos, e enquanto suspensão, o trabalhador perde o direito ao salário como tal, correspondente ao período de trabalho inexecutado: simplesmente o salário perdido será substituído por uma *compensação salarial*” (LOBO XAVIER, *O despedimento cit.*, p. 483).

¹⁹³⁹ Cf. acórdão da RP de 2.12.2002, ainda à luz do regime previsto na LSCT, a compensação era “suportada em 30% pela entidade empregadora e em 70% pela Segurança Social, devendo esta entregar a sua parte de modo a que aquela possa pagar pontualmente a compensação”. Mais se referindo que “o atraso por parte da Segurança Social em pagar à entidade empregadora a parte que lhe compete não exonera a entidade empregadora da obrigação de pagar pontualmente a totalidade da compensação” (Sumário, II e III).

¹⁹⁴⁰ Dispondo o art. 5.º, n.º 1, c), deste diploma que a declaração em situação económica difícil “pode acarretar a suspensão de contratos individuais de trabalho”. Sobre o DL n.º 353-H/77 e seus antecedentes, v. LOBO XAVIER, *O despedimento cit.*, pp. 338-341. Este diploma viria a ser alterado (com revogação do antes disposto no art. 6.º, n.º 1), pelo DL n.º 398/83, de 2.11. Há que considerar ainda o previsto no DL n.º 230/79, de 23.7, que, revogando o antes disposto no DL n.º 48139, de 20.12.1967, instituíra um novo regime de apoio financeiro a empresas ou quaisquer outras entidades com trabalhadores ao serviço atingidas por catástrofes e outras ocorrências graves: “as empresas que, por virtude de catástrofes ou outras ocorrências graves, nomeadamente, inundações, explosões e sismos, vejam, total ou parcialmente, paralisada a sua actividade, com desocupação temporária de trabalhadores, poderão beneficiar dos apoios financeiros criados pelo presente diploma” (art. 1.º, n.º 1). Este diploma viria a ser também alterado pelo DL n.º 398/83, de 2.11, que revogaria o disposto no art. 2.º, n.º 1, a) e o art. 3.º, n.º 2, a). O DL n.º 230/79 foi revogado pela Lei n.º 66-B/2012, de 31.12.

¹⁹⁴¹ Acrescia o Capítulo IV, que enquadrava as “Disposições finais” (arts. 19.º a 23.º).

respectivos efectivos". Assim se justificando, aliás, "que o Estado comparticip[ass]e nos custos inerentes à aplicação de tais medidas"¹⁹⁴². No entanto, fora de tal enquadramento quedariam, desde logo, situações de remodelação de instalações ou de substituição de equipamento; mas também, hipóteses em que, sendo a suspensão (ainda) justificada por "*razões conjunturais de mercado, motivos económicos ou tecnológicos ou outras ocorrências que tenham afectado gravemente a actividade normal da empresa*" (cf. art. 5.º da LSCT), o empregador "disp[usesse] dos meios necessários para suportar os custos da suspensão dos contratos, não se justificando o recurso" ao expediente ali previsto¹⁹⁴³. O que legitimaria a sustentação da manutenção do regime que antes enquadrava o encerramento temporário do estabelecimento decorrente de "*facto imputável à entidade patronal ou por razões de interesse desta*", nos termos previstos no art. 78.º da LCT¹⁹⁴⁴. Havendo tão-só que introduzir os ajustes necessários, atenta a incompatibilidade de algumas referências ali incluídas, com preceitos posteriores: assim, nomeadamente, a menção ao "direito ao lugar", prevista no art. 78.º, n.º 1 da LCT¹⁹⁴⁵, bem como o disposto no art. 78.º, n.º 5 da LCT, onde se referia que "*os contratos de trabalho caduca[va]m ao fim de seis meses, salvo se antes de decorrido este prazo a entidade patronal declara[sse] o carácter definitivo do impedimento*", não sendo já sustentável a aplicação, em tais casos, "[d]o regime da denúncia unilateral", atento o enquadramento extintivo aplicável^{1946/1947}. Mais complexa se afigurava, todavia, a subsistência do art. 79.º da LCT, referente ao encerramento por caso fortuito ou força maior¹⁹⁴⁸.

¹⁹⁴² MÁRIO PINTO, FURTADO MARTINS e NUNES DE CARVALHO, *Comentário cit.*, p. 235.

¹⁹⁴³ MÁRIO PINTO, FURTADO MARTINS e NUNES DE CARVALHO, *Comentário cit.*, p. 236.

¹⁹⁴⁴ V. *supra* § 2.1.2. Admitiam a manutenção em vigor de um tal regime, entre outros, MÁRIO PINTO, FURTADO MARTINS e NUNES DE CARVALHO, *Comentário cit.*, pp. 235-236; v. porém, MENEZES CORDEIRO, *Manual cit.*, pp. 770-771.

¹⁹⁴⁵ Tal previsão "tinha, no contexto da LCT, o significado de impedir a entidade patronal de denunciar os contratos com aviso prévio". Ora, "desaparecida a figura da denúncia com aviso prévio, deixa de ter qualquer significado útil a garantia do direito ao lugar a favor dos trabalhadores cujos contratos se encontram suspensos" (MÁRIO PINTO, FURTADO MARTINS e NUNES DE CARVALHO, *Comentário cit.*, p. 238).

¹⁹⁴⁶ Para MÁRIO PINTO, FURTADO MARTINS e NUNES DE CARVALHO, "não exist[ia]m dúvidas quanto à revogação da segunda parte do número 5". Afinal, "se o empregador decidir encerrar definitivamente o estabelecimento dever[ia] recorrer ao regime do despedimento colectivo (arts. 16.º e ss. da LCCT)". Concebendo-se, todavia, "a aplicação do regime geral da caducidade (art. 4.º, b), da LCCT), pelo menos quando o encerramento definitivo for originado por factos estranhos à vontade do empregador, isto é, quando o encerramento lhe seja imposto por circunstâncias exteriores, não sendo fruto de uma opção da sua parte" (*Comentário cit.*, p. 239). Quanto à linha que opera a distinção entre a extinção por caducidade e por despedimento colectivo, v. *infra* Secção IV, § 2.2.

¹⁹⁴⁷ No entanto, quanto à caducidade, prevista na primeira parte da norma, ao fim de seis meses, a doutrina hesitava quanto à continuidade de uma tal solução. José Barros MOURA sustentava, a revogação do art. 78.º, n.º 5, na sua totalidade: não concorrendo, nestas hipóteses, qualquer impossibilidade superveniente, absoluta e definitiva, havia que recorrer ao despedimento colectivo (*Compilação de Direito do Trabalho. Sistematizada e Anotada*, Almedina, 1980, p. 155). Diferentemente, António de Lemos Monteiro FERNANDES advogava a vigência daquela solução: "a lei formula um juízo de normalidade quanto à duração da utilidade do contrato", ditando o

A LSCT teve o mérito de estender o recurso à redução ou à suspensão a todas as empresas, deixando de se apresentar como mecanismo reservado a empresas em situação económica difícil ou atingidas por catástrofes e outras ocorrências graves¹⁹⁴⁹. Não previa, contudo, importantes modalidades suspensivas relativas ao empregador, cujo enquadramento permanecia por definir.

2.1.5. O CT 2003

I. Muitas das dificuldades apontadas ao tratamento da suspensão apenas viriam a ser superadas com o CT de 2003, conforme enquadramento previsto nos arts. 330.º e ss. do Código e nos arts. 292.º a 299.º da Lei n.º 35/2004, de 29.7¹⁹⁵⁰. A Secção IV do Capítulo VII¹⁹⁵¹, reservada à “Redução da actividade e suspensão do contrato”, desdobrava-se em cinco Subsecções: a Subsecção I, afecta às “Disposições gerais” (arts. 330.º a 332.º)¹⁹⁵²; as Subsecções II e III, que tratavam, respectivamente, da “Suspensão do contrato de trabalho por facto respeitante ao trabalhador” (arts. 333.º e 334.º) e da “Redução temporária do

limite dos seis meses como “padrão da adequabilidade funcional do contrato submetido ao estado artificial da suspensão” (*Direito do Trabalho, I, Introdução, Relações Individuais de Trabalho*, 8.ª ed. (rev. act.), Almedina, 1992, pp. 416-417).

¹⁹⁴⁸ Relativamente ao encerramento temporário do estabelecimento por caso fortuito ou força maior não se afigurava evidente a subsistência da solução acolhida na LCT (no art. 79.º – *v. supra* § 2.1.2.). Para MONTEIRO FERNANDES o regime ali previsto poderia ser aplicável contanto que introduzidos ajustes: à denúncia unilateral, indicada no n.º 1, seria associada referência ao despedimento colectivo. Acrescendo que a suspensão seria “condicionada à viabilidade económica da subsistência dos vínculos laborais envolvidos” (*Direito cit.*, 8.ª ed., pp. 418-421). Já MÁRIO PINTO, FURTADO MARTINS e NUNES DE CARVALHO expressavam as maiores dúvidas “quanto à manutenção em vigor desta norma. Não que se entend[esse] que a mesma f[ora] revogada pelo artigo 31.º da LFFF, mas porque (...) est[aria] em grande medida, se não mesmo completamente, prejudicada pelo regime da cessação do contrato de trabalho e pela LSCT” (*Comentário cit.*, p. 241). Para estes autores, ao antes disposto no art. 79.º da LCT sucedia, conforme os casos, o regime do despedimento colectivo (ou da caducidade) ou da suspensão, tal qual previsto no art. 5.º da LSCT (p. 242).

¹⁹⁴⁹ Na “memória justificativa” constata-se que existia “uma grave e injustificada lacuna”, que urgia integrar, “dotando todas as empresas, sem discriminações, de um instrumento jurídico”. Por outro lado, os regimes previstos consagravam soluções distintas “para dar satisfação a interesses e necessidades substancialmente idênticas”.

¹⁹⁵⁰ Alterada pela Lei n.º 9/2006, de 20.3, pelo DL n.º 164/2007, de 3.5 e pela Lei n.º 59/2008, de 11.9 (“RCT 2004”). Foi revogada pela Lei n.º 7/2009, de 12.2. Os arts. 292.º a 299.º da RCT concretizavam o previsto no art. 332.º do CT 2003, conforme o qual “o regime da presente secção é objecto de regulamentação em legislação especial”. Aquelas disposições integravam o Capítulo XXIV (“Redução da actividade e suspensão do contrato”) da RCT 2004: os arts. 293.º a 295.º da RCT previam os valores devidos ao trabalhador em situação de “lay-off” e os arts. 296.º a 299.º correspondiam, no essencial, a normas procedimentais referentes ao encerramento temporário por facto imputável ao empregador, que o art. 299.º estendia, em certos casos, ao encerramento definitivo.

¹⁹⁵¹ Este capítulo (“Vicissitudes contratuais”) integrava o Título II (“Contrato de trabalho”), do Livro I (“Parte geral”).

¹⁹⁵² O art. 330.º indicava, em termos semelhantes ao hoje previsto no art. 294.º, quais os “Factos determinantes da redução ou suspensão”.

período normal de trabalho ou suspensão do contrato de trabalho por facto respeitante ao empregador”. A Subsecção III era, por sua vez, desdobrável em duas Divisões: a Divisão I, relativa a “Situações de crise empresarial” (arts. 335.º a 349.º) e a Divisão II, respeitante ao “Encerramento temporário do estabelecimento ou diminuição temporária da actividade” (arts. 350.º a 353.º) – assim se colmatando a ausência de enquadramento expreso dos casos de suspensão por fortuito ou força maior e por facto imputável ao empregador ou por motivo do seu interesse. Por fim, a Subsecção IV tratava das “Licenças” (arts. 354.º e 355.º) e a Subsecção V da pré-reforma (arts. 356.º a 362.º)¹⁹⁵³.

Entre as “Disposições gerais”, o art. 330.º enunciava os “Factos que determinam a redução ou a suspensão”, sendo, neste âmbito, sedimentada a referência à impossibilidade temporária enquanto conceito operativo essencial: “[...] a suspensão do contrato de trabalho pode fundamentar-se na impossibilidade temporária [...] total, da prestação de trabalho, por facto respeitante ao trabalhador ou por facto respeitante ao empregador”; passaria, porém, a ser referida ainda a suspensão por “acordo das partes” (n.º 1)¹⁹⁵⁴. Num plano subordinado, o n.º 2 indicava outros factos suspensivos: “permitem também a [...] suspensão do contrato de trabalho, nomeadamente: a) a necessidade de assegurar a viabilidade da empresa e a manutenção de postos de trabalho em situação de crise empresarial” – facto suspensivo que assumira, na LSCT, papel preponderante atendendo aos propósitos do diploma¹⁹⁵⁵ – e “b) a celebração, entre trabalhador e empregador, de um acordo de pré-reforma”¹⁹⁵⁶. Em redacção decalcada do antes previsto no art. 2.º da LSCT, o art. 331.º previa, sem novidade, os efeitos gerais da suspensão¹⁹⁵⁷.

¹⁹⁵³ No que respeita à integração das licenças e da pré-reforma no âmbito da suspensão, cumpre assinalar que “resultando ambas do acordo das partes, a justificação para a sua completa separação em termos de regime reside no facto de as primeiras representarem o paradigma da suspensão do contrato de trabalho por acordo, enquanto na pré-reforma, mais que o acordo das partes, avulta o objectivo prosseguido, o qual condiciona decisivamente as soluções que integram o respectivo regime, e que transitam quase inalteradas do direito anterior” (AA.VV., *Código cit.*, 2003, pp. 505-506, anotação JOANA VASCONCELOS).

¹⁹⁵⁴ No acordo das partes se incluindo as licenças, que, integrando a Subsecção IV (arts. 354.º e 355.º), participavam das normas reservadas à suspensão. Conforme o disposto no art. 355.º, n.º 1, “a concessão da licença determina a suspensão do contrato de trabalho, com os efeitos previstos no artigo 331.º”, indicando-se que “o trabalhador beneficiário da licença sem retribuição mantém o direito ao lugar” (n.º 2) e que “pode ser contratado um substituto do trabalhador na situação de licença sem retribuição, nos termos previstos para o contrato a termo” (n.º 3).

¹⁹⁵⁵ V. *supra* § 2.1.4.

¹⁹⁵⁶ O art. 356.º indicava a pré-reforma como “a situação de redução ou de suspensão da prestação de trabalho em que o trabalhador com idade igual ou superior a cinquenta e cinco anos mantém o direito a receber do empregador uma prestação pecuniária mensal até à data da verificação de qualquer das situações previstas no n.º 1 do artigo 361.º”.

¹⁹⁵⁷ Conforme o n.º 1, “durante a [...] suspensão, mantêm-se os direitos, deveres e garantias das partes na medida em que não pressuponham a efectiva prestação do trabalho”, reiterando-se que “o tempo de [...] suspensão conta-se para efeitos de antiguidade” (n.º 2). Acrescendo, por fim, que “a [...] suspensão não interrompe o decurso do prazo para efeitos de caducidade, nem obsta a que qualquer das partes faça cessar o contrato nos termos gerais” (n.º 3). Embora qualificando a suspensão como “um efeito jurídico”, ANDIAS GONÇALVES nota que “a esse efeito estão ligados outros efeitos” (“A licença ...” *cit.*, p. 146).

No respeitante especificamente à “Suspensão do contrato de trabalho por facto respeitante ao trabalhador”, o art. 333.º retomava, sem diferenças a assinalar, o disposto no art. 3.º da LSCT¹⁹⁵⁸. Já quanto ao “Regresso do trabalhador”, o art. 4.º da LSCT havia suprimido referência expressa a um prazo, antes previsto na LCT¹⁹⁵⁹. O art. 334.º do CT 2003 passaria a indicar que a observância de uma tal obrigação era imposta “no dia imediato ao da cessação do impedimento”, sob pena de o trabalhador “incorrer em faltas injustificadas”.

Quanto à “Suspensão do contrato de trabalho por facto respeitante ao empregador”, retomando o acolhido nos arts. 5.º a 18.º da LSCT, os arts. 335.º a 349.º do CT 2003 enquadravam a suspensão em “Situações de crise empresarial”. Em formulação aproximada do antes previsto no art. 5.º, n.º 1 da LSCT, o art. 335.º, n.º 1, do CT 2003 passa a dispor que o empregador pode “suspender os contratos de trabalho, desde que, por motivos de mercado, estruturais ou tecnológicos, catástrofes ou outras ocorrências que tenham afectado gravemente a actividade normal da empresa, tais medidas se mostrem indispensáveis para assegurar a viabilidade da empresa e a manutenção dos postos de trabalho”¹⁹⁶⁰. Subsistindo falta de referência expressa à aplicação subsidiária da suspensão relativamente à redução, dir-se-ia que a opção competia, em tais circunstâncias, ao empregador¹⁹⁶¹.

Entre os princípios ordenadores das alterações introduzidas, é referida tendencial aproximação ao regime do despedimento colectivo, *maxime*, ao nível da fundamentação – a referência aos “motivos de mercado, estruturais ou tecnológicos”¹⁹⁶² era replicada no contexto do despedimento colectivo, no art. 397.º, n.º 1, com concretização no n.º 2¹⁹⁶³ – e o aligeirar dos prazos

¹⁹⁵⁸ De referir, ainda assim, que a suspensão tinha aplicação, antes de decorrido o prazo de um mês, “a partir do momento em que [fosse] previsível que o impedimento [teria] duração superior àquele prazo” (art. 333.º, n.º 2), numa formulação menos exigente do que a prevista no art. 3.º, n.º 2 da LSCT, que assumia tal aplicação nos casos em que “[houvesse] certeza ou se [previsse] com segurança” que assim sucederia. Assinalando a simplificação da redacção, v. AA.VV., *Código cit.* 2003, p. 508 (anotação JOANA VASCONCELOS).

¹⁹⁵⁹ V. *supra* § 2.1.2.

¹⁹⁶⁰ De assinalar ligeira variação na referência aos motivos que, no art. 5.º, n.º 1, da LSCT, legitimavam a suspensão: “razões conjunturais de mercado, motivos económicos ou tecnológicos ou catástrofes ou outras ocorrências (...)”.

¹⁹⁶¹ No âmbito da LSCT, até à alteração operada pela Lei n.º 137/99, de 28.8, a redução precedia a suspensão, atenta a natureza menos gravosa daquela (v. *supra* n. 1937). Admitindo que é o empregador que está em melhores condições para avaliar e decidir qual a medida mais adequada à situação da empresa (v. PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, II, p. 835, n. 63). A este propósito, v., todavia, JÚLIO GOMES, *Direito cit.*, p. 864.

¹⁹⁶² Quanto à difícil identificação de tais motivos no contexto de um grupo económico, v. PALMA RAMALHO, *Grupos cit.*, pp. 574 e ss.

¹⁹⁶³ Constituindo os “motivos de mercado”, a “redução da actividade da empresa provocada pela diminuição previsível da procura de bens ou serviços ou impossibilidade superveniente, prática ou legal, de colocar esses bens ou serviços no mercado” (art. 397.º, n.º 2, a)); e os “motivos estruturais”, “o desequilíbrio económico-financeiro, mudança de actividade, reestruturação da organização produtiva ou substituição de produtos dominantes” (art. 397.º, n.º 2, b)). Por fim, aos “motivos tecnológicos” corresponderiam “alterações nas técnicas ou procesos de fabrico, automatização dos instrumentos de produção, de controlo ou de movimentação de cargas, bem como informatização de serviços ou automatização de meios de comunicação”.

procedimentais¹⁹⁶⁴. O CT 2003 procede ainda à reordenação do enquadramento do “lay-off”, reservando as disposições iniciais a normas procedimentais – art. 336.º (“Comunicações”)¹⁹⁶⁵, art. 337.º (“Procedimento de informação e negociação”)¹⁹⁶⁶, art. 338.º (“Outros deveres de informação e consulta”)¹⁹⁶⁷, art. 339.º (“Duração”)¹⁹⁶⁸, art. 340.º (“Fiscalização”)¹⁹⁶⁹ –, seguindo-se referências sequenciais aos “Direitos do trabalhador”¹⁹⁷⁰, aos “Deveres do empregador”¹⁹⁷¹, à “Compensação retributiva”¹⁹⁷², à “Comparticipação na compensação retributiva”¹⁹⁷³, aos “Deveres do trabalhador”¹⁹⁷⁴ e, por fim, a “Férias”¹⁹⁷⁵ e

¹⁹⁶⁴ AA.VV., *Código cit.*, 2003, p. 510 (anotação JOANA VASCONCELOS).

¹⁹⁶⁵ Para além da redução do prazo previsto no n.º 2, o conteúdo da norma aproxima-se do antes previsto no art. 14.º da LSCT.

¹⁹⁶⁶ Com diminuição, nos n.ºs 1 e 3, dos prazos antes indicados nos n.ºs 1 e 3 do art. 15.º da LSCT.

¹⁹⁶⁷ Redacção correspondente ao disposto no art. 15.º-A da LSCT, aligeirando-se o prazo antes referido no n.º 3.

¹⁹⁶⁸ Encurtando o prazo previsto para a oposição indicada no n.º 3 e o prazo do n.º 4 (v. os n.ºs 3 e 4 do art. 16.º da LSCT). No n.º 4, a menção ao “n.º 3 do artigo anterior” devia ter por referência o n.º 3 do art. 337.º

¹⁹⁶⁹ Com correspondência no previsto no art. 17.º da LSCT.

¹⁹⁷⁰ De conteúdo aproximado aos arts. 6.º e 19.º da LSCT. De assinalar, todavia, que não tendo havido intenção de prever, neste âmbito, solução distinta da consagrada no art. 6.º, n.º 1, a) e n.º 2, da LSCT, a redacção reservada ao art. 341.º, n.º 2, do CT 2003 não seria a mais feliz, por se prestar a equívocos. Embora dispondo que “sempre que a retribuição mensal auferida pelo trabalhador em regime de prestação normal de trabalho seja inferior à retribuição mínima mensal garantida, o trabalhador mantém o direito a esta”, correcto seria dizer que o trabalhador mantinha o direito “àquela” (neste sentido, AA.VV., *Código cit.*, 2003, pp. 517-518, anotação JOANA VASCONCELOS). Já o n.º 3 do art. 341.º do CT 2003 solucionava hipótese de concurso suspensivo – em termos idênticos ao previsto no art. 6.º, n.º 3, da LSCT –, referindo que “em caso de doença, o trabalhador cujo contrato est[ivesse] suspenso mant[inha] o direito à compensação retributiva, nos termos do artigo 343.º, não lhe sendo atribuível o respectivo subsídio pecuniário da Segurança Social e cessando o que, porventura, lhe est[ivesse] a ser concedido”.

¹⁹⁷¹ Sem alterações substanciais a registar em relação ao art. 10.º da LSCT.

¹⁹⁷² Na LSCT, a designação era “compensação salarial” (art. 12.º), não havendo outras alterações relevantes a assinalar. Quanto à dedução prevista no art. 343.º, n.º 2, é referido que “a solução, que vem já do direito anterior, consiste em só impor ao trabalhador a dedução do *allunde perceptum* se, e na medida em que, a sua percepção, juntamente com a da compensação retributiva, implique para o trabalhador «uma retribuição mensal superior ao triplo da retribuição mínima mensal garantida»” (AA.VV., *Código cit.*, 2003, pp. 519-520, anotação JOANA VASCONCELOS). V. ainda o art. 306.º, n.º 3, b) da RCT, que prevê o direito do trabalhador a prestações de desemprego em caso de não pagamento pontual da compensação retributiva.

¹⁹⁷³ Cujo princípio geral tinha acolhimento no art. 344.º, n.º 1, conforme o qual “a compensação retributiva devida a cada trabalhador é suportada em 30% do seu montante pelo empregador e em 70% pela Segurança Social”. O disposto no art. 344.º tinha correspondência no antes previsto no art. 13.º da LSCT.

¹⁹⁷⁴ Disposição equivalente ao art. 7.º da LSCT, sem alterações de relevo.

¹⁹⁷⁵ Onde era indicado, em redacção quase idêntica ao referido no art. 8.º da LSCT, que “para efeito do direito a férias, o tempo de redução ou suspensão conta-se como serviço efectivamente prestado em condições normais de trabalho” (n.º 1). Por sua vez, nos termos do n.º 2, “a redução ou suspensão não prejudica a marcação e o gozo de férias, nos termos gerais, tendo o trabalhador direito ao subsídio de férias que lhe seria devido em condições normais de trabalho”. Acrescia o disposto no art. 294.º da RCT, conforme o qual “ao trabalhador em situação de (...) suspensão do contrato de trabalho é devido,

“Subsídio de Natal”¹⁹⁷⁶ (arts. 341.º a 347.º). O regime do “lay-off” encerra com referência aos efeitos da suspensão no exercício de funções de representação de trabalhadores e à extensão da aplicação deste enquadramento a empresa em situação económica difícil (arts. 348.º¹⁹⁷⁷ e 349.º¹⁹⁷⁸).

Atenta a ausência de enquadramento expresso, na LSCT, à suspensão por fortuito ou força maior e por facto imputável ou por interesse do empregador, o confronto deve ser feito, sempre que adequado, com as normas que, na LCT, dispunham sobre estas hipóteses¹⁹⁷⁹. Conforme o art. 350.º do CT 2003, “quando o encerramento temporário do estabelecimento ou a diminuição temporária da actividade forem devidos a caso fortuito ou de força maior, o empregador passa a pagar 75% da retribuição aos trabalhadores”^{1980/1981}, assim se afastando a solução prevista no art.

pelo empregador, subsídio de férias de montante igual ao que teria direito em regime de prestação normal de trabalho”.

¹⁹⁷⁶ Dispondo o art. 347.º que “o trabalhador tem direito ao subsídio de Natal por inteiro”. Afastou-se, por esta via, a regra de atribuição proporcional antes prevista no art. 2.º, n.º 2, c) do DL n.º 88/96, de 3.7. Havia, todavia, que considerar ainda a regra de repartição deste encargo, indicada no art. 295.º da RCT, conforme o qual “o trabalhador tem direito ao subsídio de Natal por inteiro, sendo este pago em montante correspondente a 50% da compensação salarial pela segurança social e o restante pelo empregador”.

¹⁹⁷⁷ “A (...) suspensão do contrato de trabalho relativa a trabalhador que seja representante sindical ou membro da comissão de trabalhadores não prejudica o direito ao exercício normal dessas funções no interior da empresa” – com correspondência no antes previsto no art. 11.º, n.º 2, da LSCT. Foi eliminada – por se considerar traduzir tratamento discriminatório infundado – a preferência na “manutenção das condições normais de trabalho”, antes reconhecida no art. 11.º, n.º 1, da LSCT aos representantes sindicais e a membros das comissões de trabalhadores. Neste sentido, v. AA.VV., *Código cit.* 2003, p. 524 (anotação JOANA VASCONCELOS).

¹⁹⁷⁸ Onde se referia, em termos similares ao art. 18.º da LSCT, que “o regime da (...) suspensão previsto nesta divisão aplica-se aos casos em que essas medidas sejam determinadas, na sequência de declaração da empresa em situação económica difícil ou, com as necessárias adaptações, em processo de recuperação de empresa”. Entretanto, o Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e Falência, aprovado pelo DL n.º 132/93, de 23.4 (alterado pelo DL n.º 157/97, de 24.6, n.º 315/98, de 20.10, n.º 323/2001, de 17.12 e n.º 38/2003, de 8.3) seria revogado, pelo DL n.º 53/2004, de 16.3, que aprovou o CIRE. No que respeita à evolução mais recente, v. Joana VASCONCELOS, “Insolvência do Empregador e Contrato de Trabalho”, *Congresso Europeu de Direito do Trabalho* (coord. José João Abrantes), Almedina, 2014, pp. 383-403.

¹⁹⁷⁹ A este respeito, v. *supra* § 2.1.2.

¹⁹⁸⁰ Sendo, a este propósito, referido que a solução acolhida “reparte em termos naturalmente não paritários, entre o empregador e os trabalhadores, o risco do encerramento do estabelecimento e representa uma significativa derrogação ao disposto no artigo 331.º em matéria de efeitos da suspensão do contrato” (AA.VV., *Código cit.*, 2003, p. 526, anotação JOANA VASCONCELOS). Havia que considerar ainda o indicado no art. 306.º, n.º 3, a) da RCT, onde era previsto o direito do trabalhador a prestações de desemprego em caso de não pagamento pontual “da retribuição determinada pela suspensão do contrato de trabalho por facto respeitante ao empregador ou encerramento da empresa por período igual ou superior a 15 dias”.

¹⁹⁸¹ Admitindo-se que o empregador recorresse preferencialmente ao “lay-off” se determinadas hipóteses fossem, em simultâneo, reconduzidas à suspensão por fortuito ou força maior e por crise empresarial: “[p]orque a aplicação da presente solução pode, em certos casos, revelar-se extremamente gravosa para o empregador (v.g., destruição significativa das instalações ou equipamentos por incêndio ou terramoto, a exigir, além de vultuosos investimentos, vários meses de encerramento), e, até, vir a comprometer a viabilidade da própria empresa, colocando em risco os contratos de trabalho suspensos, parece que, quando assim suceda, o empregador pode lançar mão do regime previsto nos artigos 335.º e ss., de suspensão dos contratos de trabalho em

79.º da LCT – aliás, de questionada continuidade, consideradas as regras de cessação do contrato de trabalho entretanto acolhidas¹⁹⁸².

Por sua vez, em termos próximos do antes disposto no art. 78.º, n.º 1, da LCT – apenas se omitindo, por desnecessária, referência à manutenção do “direito ao lugar” –, o art. 351.º o CT 2003 acolhe a hipótese de suspensão por “Facto imputável ao empregador”, referindo que “no caso de encerramento temporário do estabelecimento ou diminuição de actividade por facto imputável ao empregador ou por motivo do interesse deste, os trabalhadores afectados mantêm o direito à retribuição”¹⁹⁸³, sujeita à dedução do *alliunde perceptum*, prevista no art. 352.º (“Dedução”), em termos idênticos ao acolhido no art. 78.º, n.º 2, da LCT; simplesmente, no CT 2003, esta norma passa a ter âmbito alargado, sendo aplicável também ao encerramento por força maior ou fortuito¹⁹⁸⁴. De indicar ainda que o procedimento a observar em caso de suspensão por facto imputável ao empregador ou por motivo do seu interesse era desenvolvido nos arts. 296.º¹⁹⁸⁵ a 298.º da RCT – deveres de informação às estruturas de representação dos trabalhadores (art. 296.º, n.º 3), constituição de garantia (art. 296.º, n.ºs 4 a 7), inibição da prática de certos actos (art. 297.º) e restrições relativas a actos de disposição (art. 298.º)¹⁹⁸⁶.

O CT 2003 deixa, porém, de prever – ao invés do que dispunha o art. 78.º, n.º 5 da LCT¹⁹⁸⁷ – um tempo máximo de aplicação deste regime, havendo tão-só que considerar o disposto no art. 353.º (“Cessação do impedimento”), conforme o qual, “verificada a cessação do impedimento, deve o empregador avisar desse facto os trabalhadores cuja actividade está suspensa, sem o que não podem aqueles considerar-se obrigados a retomar o cumprimento da prestação do trabalho” –, assim se replicando

situações de crise empresarial” (AA.VV., Código cit., 2003, pp. 526-527, anotação JOANA VASCONCELOS, ênfase nossa).

¹⁹⁸² V., a este propósito, *supra* § 2.1.2.

¹⁹⁸³ Aqui se referindo a retribuição devida em caso de normal prestação da actividade, incluindo comissões – a calcular nos termos do art. 252.º, n.ºs 2 e 3 do CT 2003 (AA.VV., Código cit., 2003, pp. 528-529, anotação JOANA VASCONCELOS). Havia que considerar ainda o previsto no art. 306.º, n.º 3, a) da RCT, onde era indicado o direito do trabalhador a prestações de desemprego em caso de não pagamento pontual “da retribuição determinada pela suspensão do contrato de trabalho por facto respeitante ao empregador ou encerramento da empresa por período igual ou superior a 15 dias”.

¹⁹⁸⁴ Ali se referindo que “do valor da prestação a satisfazer pelo empregador, ao abrigo dos artigos anteriores, deve deduzir-se o que o trabalhador porventura receba por qualquer outra actividade remunerada que passe a exercer durante o período em que o impedimento subsista e que não pudesse desempenhar não fora o encerramento”.

¹⁹⁸⁵ Cujo âmbito era delimitado nos termos seguintes: “considera-se que há encerramento temporário da empresa ou estabelecimento por facto imputável ao empregador sempre que, por decisão deste, a empresa ou estabelecimento deixar de exercer a sua actividade, bem como se houve interdição de acesso aos locais de trabalho ou recusa em fornecer trabalho, condições e instrumentos de trabalho que determine ou possa determinar a paralisação da empresa ou estabelecimento” (art. 296.º, n.º 2, da RCT).

¹⁹⁸⁶ Regras estendidas, com as devidas adaptações, a determinadas hipóteses de encerramento definitivo (cf. art. 299.º da RCT 2004). V. ainda, quanto à responsabilidade penal do empregador, os arts. 465.º e 466.º da RCT 2004.

¹⁹⁸⁷ Conforme o qual – como acima referido (*v. supra* § 2.1.2. e n. 1908) – “os contratos de trabalho caduc[av]am ao fim de seis meses, salvo se antes de decorrido este prazo a entidade patronal declara[sse] o carácter definitivo do impedimento [...]”.

o antes previsto no art. 79.º, n.º 3 da LCT, então reservado ao encerramento por fortuito e ora estendido ao encerramento temporário por facto imputável ou no interesse do empregador.

2.1.6. O CT 2009

I. O CT 2009 alterou a sistemática de 2003, passando a regular conjuntamente – na Secção III, reservada à “Redução da actividade e suspensão de contrato de trabalho”¹⁹⁸⁸ – matérias cujo enquadramento antes se desdobrava entre o CT 2003 e respectiva regulamentação¹⁹⁸⁹. Ainda assim, algumas normas viriam a acolher desenvolvimento em diploma avulso – a Lei n.º 105/2009, de 14.9, que regulamentou o CT^{1990/1991}.

É, não obstante, mantida a repartição dual: o CT 2009 autonomiza, logo após as normas dedicadas às “Disposições gerais” (Subsecção I, arts. 294.º e 295.º), a suspensão por “*facto respeitante a trabalhador*” (Subsecção II, arts. 296.º e 297.º) e por “*facto respeitante ao empregador*” (Subsecção III, arts. 298.º a 316.º). Por sua vez, quanto ao empregador, é primeiramente enquadrada a suspensão em “Situação de crise empresarial” (Divisão I, arts. 298.º a 308.º) e, em seguida, o “Encerramento e diminuição temporária de actividade”, aqui se incluindo quer as hipóteses de encerramento por fortuito ou força maior, quer por facto imputável ou no interesse do empregador (Divisão II, arts. 309.º a 316.º). Havendo, por fim, que contar com o disposto na Subsecção IV (“Licença sem retribuição” – art. 317.º) e na Subsecção V (Pré-reforma – arts. 318.º a 322.º).

Entre as “Disposições gerais”, o art. 294.º enuncia os “Factos determinantes de redução ou suspensão”, renovando menção à impossibilidade temporária enquanto conceito operativo essencial: “[...] a suspensão do contrato de trabalho pode fundamentar-se na impossibilidade temporária [...] total, de prestação de trabalho, por facto relativo ao trabalhador ou ao empregador” (n.º 1). Já o acordo das partes – antes referido neste âmbito (cfr. art. 330.º, n.º 1, *in fine* do CT 2003) – é redireccionado para o n.º 2, b), conforme melhor sistematização, restringindo-se assim os casos indicados no n.º 1 a situações de impossibilidade temporária. Ainda num plano secundário, o n.º 2 indica outros factos suspensivos:

¹⁹⁸⁸ Do Capítulo V (“Vicissitudes contratuais”), do Título II (“Contrato de trabalho”), do Livro I (“Parte geral”).

¹⁹⁸⁹ Por conseguinte, o antes acolhido nos arts. 294.º e 295.º da RCT (subsídio de férias e de Natal em caso de “*lay-off*”) consta agora do art. 306.º, n.os 2 e 3 do CT e o previamente disposto nos arts. 296.º a 299.º da RCT (encerramento temporário por facto imputável ao empregador) surge nos arts. 311.º a 315.º do CT.

¹⁹⁹⁰ Referimo-nos ao Capítulo VII da Lei n.º 105/2009, reservado à “Protecção do trabalhador em caso de não pagamento pontual da retribuição” (arts. 25.º a 31.º). Com a entrada em vigor desta lei cessou a vigência do antes disposto no art. 306.º, n.º 3, a) e b) da RCT (cf. art. 12.º, n.º 6, n) da Lei n.º 7/2009, de 12.2). Por sua vez, a revogação do art. 344.º do CT 2003, relativo à comparticipação da segurança social e do empregador na compensação retributiva devida ao trabalhador apenas operaria com a entrada em vigor do diploma que regulasse esta matéria (cf. art. 12.º, n.º 3, b) da Lei n.º 7/2009, de 12.2), o que veio a suceder com a entrada em vigor da Lei n.º 23/2012, de 25.6 (*v. infra* § 2.1.7.).

¹⁹⁹¹ Já no contexto do CT 2009, *v. RIBEIRO DOS SANTOS*, “Procedimentos ...” *cit.*, pp. 247-280.

“permitem também a [...] suspensão do contrato de trabalho, designadamente”: “a necessidade de assegurar a viabilidade da empresa e a manutenção de postos de trabalho em situação de crise empresarial” e o já referido “acordo entre trabalhador e empregador, nomeadamente acordo de pré-reforma”^{1992/1993}.

Como novidade, cumpre assinalar a expressa inclusão da *exceptio*, quando invocada pelo trabalhador por não pagamento pontual da retribuição entre os factos suspensivos: “pode ainda ocorrer a suspensão de contrato de trabalho por iniciativa de trabalhador, fundada em falta pontual de pagamento da retribuição” (art. 294.º, n.º 3)¹⁹⁹⁴. Assistimos, todavia, logo em seguida, à distorção da sistemática, atenta a regulação deste facto suspensivo em Capítulo autónomo (Capítulo VI – “Incumprimento do contrato”) e em Secção própria (Secção II – “Suspensão de contrato de trabalho por não pagamento pontual da retribuição”, cf. arts. 325.º a 327.º)^{1995/1996}: neste âmbito, para além do disposto no art. 325.º (“Requisitos da

¹⁹⁹² Conforme disposto no art. 318.º, “considera-se pré-reforma a situação de redução ou suspensão da prestação de trabalho, constituída por acordo entre empregador e trabalhador com idade igual ou superior a 55 anos, durante a qual este tem direito a receber do empregador uma prestação pecuniária mensal denominada de pré-reforma”.

¹⁹⁹³ No acordo das partes se incluindo as hipóteses de licença sem retribuição que, integrando a Subsecção IV (art. 317.º), são reconduzidas sistematicamente ao conjunto de normas reservado à suspensão. Conforme o disposto no art. 317.º, n.º 4, “a licença determina a suspensão do contrato de trabalho, com os efeitos previstos no artigo 295.º”. Quanto à suspensão convencional, v. o referido *supra* Parte I, Capítulo I, Secção V, Subsecção III, § 2.

¹⁹⁹⁴ Conforme CALVÃO DA SILVA, “se o devedor não cumpre, não quer cumprir ou não pode cumprir, ainda que não imputavelmente, o credor pode suspender o cumprimento da sua obrigação, dada a ausência de contrapartida e reciprocidade que liga causalmente a prestação devedora e a prestação creditora” (*Cumprimento cit.*, p. 330, com itálico nosso). Quanto à *exceptio*, v. *supra* Parte I, Capítulo II, § 2.

¹⁹⁹⁵ Na RCT (2004), esta matéria era desenvolvida – em concretização do disposto no art. 364.º, n.º 2, do CT 2003 – nos arts. 303.º a 307.º. Estas disposições integravam a Subsecção II (“Suspensão do contrato de trabalho”) da Secção II (“Efeitos do não pagamento pontual da retribuição”), do Capítulo XXV (“Incumprimento do contrato”) da RCT. Por conseguinte, a principal inovação do CT 2009 resulta da expressa previsão desta hipótese entre as disposições gerais relativas à suspensão e, em especial, da respectiva inclusão entre os factos suspensivos. No demais, o tratamento do tema é, salvo alterações de pormenor, sobreponível ao anterior.

¹⁹⁹⁶ A propósito da *exceptio* e do enquadramento acolhido, importa assinalar outras reservas que a sistemática do CT nos suscita: (i) desde logo, idêntica opção não foi seguida em relação à greve, que não é sequer referida no elenco geral dos factos suspensivos (cfr. art. 536.º); (ii) por outro lado, à semelhança da *exceptio*, também o acordo de pré-reforma corresponde a situação suspensiva que cumpre função específica e a sua concretização não deixa, por isso, de ser incluída em Subsecção (a V) da Secção III (“Redução da actividade e suspensão do contrato de trabalho”); (iii) sem razão que o justifique, o art. 294.º, n.º 2, b), do CT faz referência ao acordo de pré-reforma, omitindo, todavia, menção à licença sem retribuição; (iv) há ainda que considerar situações suspensivas dispersas, para lá do enquadramento suspensivo – v.g., parentalidade, suspensão preventiva e suspensão disciplinar; (v) havendo que contar também com os casos que dificilmente se acomodam a repartição estanque dos factos suspensivos. JÚLIO GOMES ilustra esta dificuldade: “se um trabalhador subordinado vier a ser designado como administrador da sociedade anónima que é o seu empregador, parece resultar que o seu contrato de trabalho se suspende durante o exercício dessas funções, mas deverá entender-se que tal suspensão resulta de um acordo?” (*Direito cit.*, p. 860). Quanto a esta hipótese, v. o referido *supra* n. 410.

suspensão de contrato de trabalho”)¹⁹⁹⁷, há que considerar o disposto no art. 326.º (“Prestação de trabalho durante a suspensão”), sendo expressamente admitida a possibilidade de o trabalhador *“exercer outra actividade remunerada durante a suspensão do contrato de trabalho, com respeito do dever de lealdade ao empregador originário”*¹⁹⁹⁸. Porventura, atenta a inclusão desta hipótese no catálogo geral dos factos suspensivos (art. 294.º, n.º 3) – e assim sujeita aos efeitos gerais da suspensão (art. 295.º) –, o CT 2009 não dispõe, ao invés do previsto na RCT 2004, de norma disciplinadora dos efeitos suspensivos¹⁹⁹⁹. O enquadramento do tema encerra com referência aos casos de “Cessação da suspensão do contrato de trabalho” (art. 327.º)²⁰⁰⁰, havendo que considerar ainda o disposto no art. 25.º da Lei n.º 105/2009, que prevê a possível atribuição de prestações de desemprego²⁰⁰¹.

Por sua vez, em redacção decalcada do antes previsto no art. 331.º do CT 2003, o art. 295.º indica, sem alterações de maior, os efeitos gerais da suspensão²⁰⁰². No referente, em especial, à “Suspensão de contrato de trabalho

¹⁹⁹⁷ Ao qual correspondia, na RCT 2004, o art. 303.º.

¹⁹⁹⁸ Em termos aproximados, o art. 307.º (“Prestação de trabalho durante a suspensão”) da RCT 2004 dispunha que *“durante a suspensão do contrato de trabalho, o trabalhador pode dedicar-se a outra actividade, desde que não viole as suas obrigações para com o empregador originário e a segurança social, com sujeição ao previsto no regime de protecção no desemprego”*.

¹⁹⁹⁹ Já o art. 304.º (“Efeitos da suspensão”), n.º 1 da RCT 2004 dispunha que *“durante a suspensão mantêm-se os direitos, deveres e garantias das partes na medida em que não pressuponham a efectiva prestação do trabalho, mantendo o trabalhador direito à retribuição vencida até ao início da suspensão e respectivos juros de mora”*.

²⁰⁰⁰ Com equivalência no art. 305.º da RCT 2004.

²⁰⁰¹ Em especial, n.ºs 1, 2 e 4. Na RCT 2004, esta matéria era prevista no art. 306.º, n.ºs 1, 2 e 4.

²⁰⁰² Conforme o n.º 1, *“durante a (...) suspensão, mantêm-se os direitos, deveres e garantias das partes que não pressuponham a efectiva prestação de trabalho”*, reiterando-se que *“o tempo de [...] suspensão conta-se para efeitos de antiguidade”* (n.º 2) e que *“a [...] suspensão não tem efeitos no decurso de prazo de caducidade, nem obsta a que qualquer das partes faça cessar o contrato nos termos gerais”* (n.º 3). Ainda que desnecessariamente, passa a referir-se que *“terminado o período de [...] suspensão, são restabelecidos os direitos, deveres e garantias das partes decorrentes da efectiva prestação de trabalho”* (n.º 4). Por fim, atenta a reordenação sistemática da matéria contraordenacional, o n.º 5 passa a dispor que *“constitui contra-ordenação grave o impedimento por parte do empregador a que o trabalhador retome a actividade normal após o termo do período de [...] suspensão”*. De referir ainda, quanto aos efeitos no subsídio de Natal, que *“em caso de suspensão de contrato de trabalho por facto respeitante ao trabalhador”*, o art. 263.º, n.º 2, prevê a respectiva redução proporcional. Diversamente, na suspensão por facto respeitante ao empregador – por fortuito, motivo imputável ou do interesse do empregador e por *“lay-off”* – o trabalhador tem direito ao subsídio de Natal por inteiro (a este propósito, v. o referido *supra* Parte I, Capítulo I, Secção V, Subsecção III, § 2.). Quanto ao *“lay-off”*, v. art. 306.º, n.º 3 (AA.VV, *Código do Trabalho Anotado*, 8.ª ed., Almedina, 2009, pp. 629-630, anotação JOANA VASCONCELOS). Nos casos de impedimento prolongado respeitante ao trabalhador, há que considerar a possibilidade de contratação a termo (certo ou incerto), em substituição de trabalhador temporariamente impedido de prestar serviço (cf. arts. 140.º, n.ºs 1 e 2, a) e n.º 3): na contratação a termo certo, o art. 140.º, n.º 2, a) reconduz à *“necessidade temporária da empresa”* (n.º 1), a *“substituição directa ou indirecta de trabalhador ausente ou que, por qualquer razão, se encontre temporariamente impedido de prestar serviço”* e o art. 140.º, n.º 3, identifica tal hipótese como motivo legítimo de contratação a termo incerto, (quanto ao recurso, nestes casos, ao trabalho temporário, v. art. 175.º, n.º 1). Podemos ainda encontrar regras dispersas aplicáveis à generalidade das situações suspensivas: o art.

por facto respeitante ao trabalhador”, o art. 296.º retoma com alterações relevantes, o disposto no art. 333.º do CT 2003. Atenta a imprecisão que decorria da referência ao serviço militar – não já obrigatório²⁰⁰³ –, o n.º 1 dispõe que *“determina a suspensão do contrato de trabalho o impedimento temporário por facto respeitante ao trabalhador que se prolongue por mais de um mês, nomeadamente doença, acidente ou facto decorrente de aplicação da lei do serviço militar”*²⁰⁰⁴. Como principal modificação, há que apontar a previsão, entre os factos suspensivos referentes ao trabalhador, do previsto no art. 296.º, n.º 2, a) e b), que passou a dispor que o trabalhador vítima de violência doméstica *“pode suspender de imediato o contrato de trabalho”* nos casos referidos no n.º 1 do art. 195.º²⁰⁰⁵, *“quando não exista outro estabelecimento da empresa para o qual possa pedir transferência”* e nos previstos no n.º 2 do art. 195.º²⁰⁰⁶, *“até que ocorra transferência”*²⁰⁰⁷. Não questionando a oportunidade e o mérito da iniciativa²⁰⁰⁸, temos reservas quanto à eficácia da

113.º, n.º 2, dispõe que para o cômputo do período experimental não são considerados *“os dias de falta, ainda que justificada, de licença, de dispensa ou de suspensão do contrato”*.

²⁰⁰³ Sobre o tema, v. *infra* Secção III, § 2.2. Quanto ao serviço militar, o art. 46.º (*“Garantias face ao cumprimento de deveres militares”*) da Lei n.º 174/99, de 21.9, alterada pela Lei Orgânica n.º 1/2008, de 6.5, indica que *“nenhum cidadão pode ser prejudicado na sua colocação, nos seus benefícios sociais ou no seu emprego em virtude do cumprimento dos deveres militares estabelecidos na presente lei”* (n.º 1). Dispondo ainda o n.º 2 que *“todo o tempo de serviço militar efectivo nas Forças Armadas prestado ao abrigo das situações previstas no artigo 34.º”* – enquadrador do serviço efectivo por convocação – *“é contado para efeitos de promoção, aposentação ou reforma e não prejudica outras regalias conferidas por estatutos profissionais ou resultantes de contrato de trabalho”*. V. ainda o Regulamento da Lei do Serviço Militar, aprovado pelo DL n.º 289/2000, de 14.11., alterado pelo DL n.º 52/2009, de 2.3, e rectificado pela Declaração n.º 16-T/2000, de 30.12.

²⁰⁰⁴ Equiparando a situação de doença o impedimento temporário de actividade profissional, por encerramento ordenado pela autoridade de saúde, devido a perigo de contágio pelo vírus H1N1 (gripe A), v. Despacho dos Ministérios do Trabalho e da Solidariedade Social e da Saúde n.º 19868-B/2009, de 27.8. Sobre o tema, v. *infra* Secção III, § 2.1.

²⁰⁰⁵ Que prevê que *“o trabalhador vítima de violência doméstica tem direito a ser transferido, temporária ou definitivamente, a seu pedido, para outro estabelecimento da empresa, verificadas as seguintes condições: a) Apresentação de queixa-crime; b) Saída da casa de morada de família no momento em que se efective a transferência”* (v. ainda o art. 166.º, n.º 2).

²⁰⁰⁶ *“Em situação prevista no número anterior, o empregador apenas pode adiar a transferência com fundamento em exigências imperiosas ligadas ao funcionamento da empresa ou serviço, ou até que exista posto de trabalho compatível disponível”*.

²⁰⁰⁷ Dispondo também o n.º 3 do art. 195.º que, em tal caso, *“o trabalhador tem direito a suspender o contrato de imediato até que ocorra a transferência”*. Estas disposições são reflexo da tutela abrangente prevista na Lei n.º 112/2009, de 16.9, alterada pelas Leis n.ºs 19/2013, de 21.2 (rectificada por Declaração n.º 15/2013, de 19.3) e 82-B/2014, de 31.12, que estabelece o regime jurídico aplicável à prevenção da violência doméstica, à protecção e assistência das suas vítimas, assumindo especial relevância em contexto laboral o previsto nos arts. 41.º e ss., quanto à passagem da prestação de trabalho a tempo parcial/tempo completo (art. 41.º), à mudança de local de trabalho (art. 42.º), à justificação das faltas (art. 43.º), à inclusão de regras de preferência em instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho (art. 44.º) e ao acesso a programas de formação profissional (art. 48.º).

²⁰⁰⁸ Quanto à oportunidade da medida, poderia invocar-se não competir ao legislador laboral a introdução de instrumentos correctivos de uma situação de debilidade que se manifesta, não no universo laboral, mas, sobretudo, na esfera pessoal do trabalhador. Dir-se-á, todavia, que a sujeição dos interesses gestionários aos interesses pessoais, familiares, cívicos e sociais do

solução: por um lado, a transferência pode resultar adiada *sine die*, despoletando assim uma suspensão tendencialmente indefinida²⁰⁰⁹; por outro, na ausência de norma específica, têm aplicação os efeitos gerais da suspensão (cf. art. 295.º) e não sendo devida a retribuição no período suspensivo, nem assegurado o pagamento de qualquer compensação alternativa, o recurso efectivo a um tal mecanismo pode resultar prejudicado²⁰¹⁰.

Noutro plano, sem alterações de maior, os n.ºs 3 a 5 do art. 296.^o²⁰¹¹ retomam o previsto nos n.ºs 2 a 4 do art. 333.º do CT 2003. Já quanto ao

trabalhador constitui traço modelador do contrato de trabalho – transversal, aliás, a outros factos suspensivos (tal qual na doença, na parentalidade, na ausência por cumprimento de medida privativa de liberdade ou por exercício de funções representativas, etc.). Por outro lado, o combate à violência doméstica, enquanto flagelo social da maior gravidade, deve mobilizar uma acção multidireccionada, à semelhança do que sucede com outras preocupações sociais – tal qual o aumento da natalidade, com reflexos evidentes no regime reservado à parentalidade, na esfera laboral. Na esfera dos incentivos ao emprego, a violência doméstica e a especial vulnerabilidade inerente a uma tal situação tem vindo a ser reconhecida. V., a título de exemplo, a alteração introduzida por via da Portaria n.º 149-B/2014, de 24.7, à Portaria n.º 204-B/2013, de 18.6 (já alterada pela Portaria n.º 375/2013, de 27.12, e pela Portaria n.º 20-A/2014, de 30.1), que criou a medida Estágios Emprego, alargando o respectivo âmbito de aplicação às vítimas de violência doméstica. Também a Portaria n.º 20-B/2014, de 30.1, altera e republica – integrando no seu âmbito as vítimas de violência doméstica – a Portaria n.º 128/2009, de 30.1 (já alterada pelas Portarias n.ºs 294/2010, de 31.5, 164/2011, de 18.4, e 378-H/2013, de 31.12), que regulamenta as medidas “Contrato emprego-inserção” e “Contrato emprego-inserção+”. Ainda de referir a Portaria n.º 149-A/2014, de 24.7, que prevê a majoração do apoio à contratação previsto na Medida Estímulo Emprego, para os casos de ocupação de postos de trabalho por vítimas de violência doméstica.

²⁰⁰⁹ Quanto à delimitação, em tais casos, da natureza transitória ou definitiva do impedimento, *v. infra* Capítulo III.

²⁰¹⁰ JOANA VASCONCELOS assinalou tais insuficiências em 20.5.2009, em conferência dedicada “[A]o novo Código do Trabalho”, organizada pela ACT, nos dias 19 e 20.5.2009, no Centro de Congressos de Lisboa, reiterando este entendimento em AA.VV., *Código cit.*, p. 652, sugerindo, como forma de obviar aos inconvenientes assinalados, não tanto a “manutenção da obrigação retributiva a cargo do empregador, de difícil justificação neste contexto, mas [...] uma opção legislativa, no sentido da assunção, transitória, pela comunidade, de montante dos vencimentos doutro modo perdidos pelo trabalhador (em paralelo com outras situações em que a ocorrência de uma situação de extrema vulnerabilidade desaconselha o desempenho normal da actividade, não existindo alternativas à sua suspensão temporária, como as previstas nos artigos 60.º, n.º 3, e 62.º, n.º 3, alínea c) do CT [...])”. Sobre o tema, *v. ainda* Joana VASCONCELOS, “Sobre a Protecção da Vítima de Violência Doméstica no Direito do Trabalho Português”, *RDES*, ano 51, 2010, n.ºs 1-4, pp. 103-134, “Protecção do Trabalhador Vítima de Violência Doméstica”, *Direito do Trabalho + Crise = Crise do Direito do Trabalho? – Actas do Congresso de Direito do Trabalho* (coord. Catarina Carvalho e Júlio Gomes), Coimbra Editora, 2011, pp. 333-344, e Catarina de Oliveira CARVALHO, “Reflexões sobre a Protecção Laboral das Vítimas de Violência Doméstica. Breve Análise Comparativa entre os Regimes Português e Espanhol”, *Para Jorge Leite. Escritos Jurídico-Laborais* (coord. João Reis, Leal Amado, Liberal Fernandes e Regina Redinha), vol. 1, Coimbra Editora, 2014, pp. 143-169. Retomamos o tema *infra*, Secção III, § 2.3.

²⁰¹¹ Dispondo o n.º 3 que “o contrato de trabalho suspende-se antes do prazo referido no n.º 1, no momento em que seja previsível que o impedimento vai ter duração superior àquele prazo”. Em 2009, foi excluída a remissão feita, até 2003, do regime das faltas para a suspensão: no art. 230.º, n.º 3, do CT 2003 era indicado que “nos casos previstos na alínea d) do n.º 2 do artigo 225.º” – precisamente situações de faltas “motivadas por impossibilidade de prestar trabalho devido a facto que não [fosse] imputável ao trabalhador, nomeadamente doença, acidente ou cumprimento de obrigações legais” – caso

“Regresso do trabalhador”, o art. 297.º do CT mantém a solução acolhida em 2003, afirmando que o trabalhador deve apresentar-se para retomar a actividade *“no dia imediato à cessação do impedimento”*²⁰¹².

Quanto à “Suspensão do contrato de trabalho por facto respeitante ao empregador”, os arts. 298.º a 308.º enquadram a suspensão em “Situação de crise empresarial”²⁰¹³: salvo pequenas alterações de redacção, em formulação próxima da prevista no art. 335.º, n.º 1 do CT 2003, o art. 298.º dispõe que o empregador pode *“suspender os contratos de trabalho por motivos de mercado, estruturais ou tecnológicos, catástrofes ou outras ocorrências que tenham afectado gravemente a actividade normal da empresa, desde que tal medida seja indispensável para assegurar a viabilidade da empresa e a manutenção dos postos de trabalho”*²⁰¹⁴. Sendo, neste âmbito, mantida a extensão deste enquadramento a empresa declarada em situação económica difícil e a processo de recuperação (art. 298.º, n.º 3)²⁰¹⁵.

Embora reordenando a sequência prevista em 2003, as disposições iniciais são ainda reservadas a normas procedimentais – art. 299.º (“Comunicações em caso de [...] suspensão”)²⁰¹⁶, art. 300.º (“Informações e negociação em caso de [...] suspensão”)²⁰¹⁷, art. 301.º (“Duração de medida de [...] suspensão”)²⁰¹⁸, art.

o impedimento se prolongasse efectiva ou previsivelmente para além de um mês, teria aplicação o regime da suspensão por impedimento prolongado. A eliminação da regra não prejudica, porém, a operacionalidade desta lógica, decorrente do regime geral enquadrador das faltas justificadas e da suspensão – a este propósito, *v. supra* Parte I, Capítulo III, § 5. Por sua vez, conforme o n.º 4 do art. 296.º, *“o contrato de trabalho suspenso caduca no momento em que seja certo que o impedimento se torna definitivo”*, tendo, então, aplicação o art. 343.º, b). O art. 296.º, n.º 5, indica, por fim, que *“o impedimento temporário por facto imputável ao trabalhador determina a suspensão do contrato de trabalho nos casos previstos na lei”*.

²⁰¹² Suprimindo-se a cominação antes prevista na parte final do art. 334.º do CT 2003: a circunstância de o trabalhador *“incorrer em faltas injustificadas”*.

²⁰¹³ No essencial, o CT 2009 manteve, neste âmbito, as “opções do CT 2003: aproximação ao procedimento de despedimento colectivo, desde logo em matéria de fundamentação, e aligeiramento da sequência procedimental, pela sistemática redução dos diversos prazos que a integram” (AA.VV., *Código cit.*, 2009, p. 832, anotação JOANA VASCONCELOS).

²⁰¹⁴ Constituindo *“motivos de mercado”*, a *“redução da actividade da empresa provocada pela diminuição previsível da procura de bens ou serviços ou impossibilidade superveniente, prática ou legal, de colocar esses bens ou serviços no mercado”* (art. 359.º, n.º 2, a)); *“motivos estruturais”*, o *“desequilíbrio económico-financeiro, mudança de actividade, reestruturação da organização produtiva ou substituição de produtos dominantes”* (art. 359.º, n.º 2, b)). Por fim, aos *“motivos tecnológicos”* correspondem *“alterações nas técnicas ou procesos de fabrico, automatização dos instrumentos de produção, de controlo ou de movimentação de cargas, bem como informatização de serviços ou automatização de meios de comunicação”*. Esta redacção reproduz, sem alterações, o antes previsto no art. 397.º, n.º 2, do CT 2003.

²⁰¹⁵ Em termos idênticos ao antes disposto no art. 349.º do CT 2003. *V.*, a este propósito, o DL n.º 353-H/77, de 29.8, e o DL n.º 53/2004, de 18.3 (indicados *supra*, n. 1940 e 1978).

²⁰¹⁶ O conteúdo da norma aproxima-se do antes previsto no art. 336.º do CT 2003.

²⁰¹⁷ Equivalente, ainda que com alterações, ao disposto no art. 337.º do CT 2003. No n.º 2 do art. 300.º do CT 2009 é agora explicitado que *“não havendo acordo, o prazo para o envio a cada trabalhador da comunicação da medida que o vai abranger, nos termos do n.º 3 deste artigo 300.º, se conta do decurso de «10 dias sobre o envio da informação previsto no n.º 1 ou 3 do artigo anterior» à estrutura representativa dos trabalhadores ou à comissão representativa por*

302.º (“Formação profissional durante a [...] suspensão”)²⁰¹⁹ – seguindo-se referências ordenadas aos “Deveres do empregador no período de [...] suspensão” (art. 303.º)²⁰²⁰ e aos “Deveres do trabalhador no período de [...] suspensão” (art. 304.º)²⁰²¹. No que respeita aos “Direitos do trabalhador no período de [...] suspensão”, o art. 305.º regista alterações perante o antes previsto no art. 341.º do CT 2003: o art. 305.º, o n.º 1, dispõe que “durante o período de [...] suspensão, o trabalhador tem direito”: a) “a auferir mensalmente um montante mínimo igual a dois terços da sua retribuição mensal ilíquida, ou o valor da retribuição mínima mensal garantida correspondente ao seu período normal de trabalho, consoante o que for mais elevado”²⁰²²; b) “a manter as regalias sociais ou prestações da segurança social a que tenha direito e a que a respectiva base de cálculo não seja alterada por efeito da redução ou suspensão”; e c) a “a exercer outra actividade remunerada”²⁰²³. Em redacção aproximada do antes indicado no art. 343.º, n.ºs 1 e 2, do CT 2003, o n.º 3 do art. 305.º do CT 2009 prevê que “durante o período de [...] suspensão, o

estes designada ou, na falta desta última, da comunicação «referida no n.º 2 do mesmo artigo» (AA.VV., *Código cit.*, 2009, p. 835, anotação JOANA VASCONCELOS). Acresce a referência, ora feita, no n.º 4, ao “ministério responsável pela área da segurança social”, em vez de aos “serviços de conciliação do ministério responsável pela área laboral” (cf. art. 337.º, n.º 4, do CT 2003). E, por fim, a extensão do âmbito da acta indicada no n.º 5, que deve incluir não só as razões que possam ter obstado ao acordo (cf. art. 337.º, n.º 5, do CT 2003), mas também descrição do mesmo, quando obtido.

²⁰¹⁸ Ao que correspondia, com alterações, o art. 339.º do CT 2003. Dir-se-á que o art. 301.º “inova relativamente ao que o antecedeu ao explicitar, no seu n.º 4, que apenas quando não exista estrutura representativa dos trabalhadores a prorrogação da medida será comunicada a cada trabalhador abrangido e, bem assim, que só em tal hipótese a sua procedência depende de acordo deste, por escrito” (AA.VV., *Código cit.*, 2009, p. 836, anotação JOANA VASCONCELOS).

²⁰¹⁹ Aproximando-se do disposto nos arts. 344.º, n.º 2, e 338.º, n.ºs 1 a 3, do CT 2003. Conforme o art. 302.º, n.º 1, do CT 2009, “a formação profissional a frequentar pelos trabalhadores durante o período de [...] suspensão deve orientar-se para a viabilização da empresa e a manutenção dos postos de trabalho, ou o desenvolvimento da qualificação profissional dos trabalhadores que aumente a sua empregabilidade”. Conforme a Exposição de Motivos da PL n.º 219/X, apresentada no Parlamento a 9.7.2008, a principal inovação introduzida em 2009 (no que respeitava às regras reservadas à suspensão) era a previsão da “formação profissional, a frequentar pelos trabalhadores durante o período de [...] suspensão, deve[ndo] orientar-se para a viabilização da empresa e a manutenção dos postos de trabalho, ou o desenvolvimento da qualificação profissional dos trabalhadores que aument[asse] a sua empregabilidade” (documento a consultar em <<http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=34009>>).

²⁰²⁰ Sem alterações substanciais a registar face ao art. 342.º do CT 2003.

²⁰²¹ Disposição equivalente, com pequenos ajustes, ao previsto no art. 345.º do CT 2003.

²⁰²² Assim se agregando o previamente disposto nos arts. 341.º, n.º 1, a) e 343.º, n.º 1, *in fine*, do CT 2003. Conforme o guião de 2015, elaborado pela Segurança Social, o trabalhador em situação de “lay-off” “tem direito a uma compensação retributiva igual a dois terços do seu salário ilíquido ou à retribuição mínima mensal garantida” – Euros 505, em 2015 (cf. DL n.º 144/2014, de 30.9) – “ou ao valor da retribuição que auferir caso esta seja inferior à retribuição mínima mensal garantida, por exemplo, nas situações de trabalho a tempo parcial”. No entanto, “a compensação retributiva, isoladamente ou em conjunto com a retribuição por trabalho prestado na empresa em *layoff* ou noutra empresa, não pode ultrapassar, mensalmente, três vezes o valor da remuneração mínima mensal garantida” – Euros 1515, em 2015 (documento disponível em <<http://www4.seg-social.pt/documents/10152/14992/layoff>>).

²⁰²³ Com correspondência no antes indicado no art. 341.º, n.º 1, b) e c).

trabalhador tem direito a compensação retributiva na medida do necessário para, conjuntamente com a retribuição de trabalho prestado na empresa ou fora dela, assegurar o montante mensal referido na alínea a) do n.º 1, até ao triplo da retribuição mínima mensal garantida”^{2024/2025}. Por sua vez, o n.º 4 do art. 305.º reproduz, com ligeiras alterações, o art. 341.º, n.º 3 do CT 2003, explicando que “o subsídio de doença da segurança social não é atribuído relativamente ao período de doença que ocorra durante a suspensão do contrato, mantendo o trabalhador direito à compensação retributiva”. Não é, todavia, reiterado o antes previsto no art. 341.º, n.º 4 do CT 2003, onde se clarificava considerar-se “retribuição normal a [...] constituída pela retribuição base, pelas diuturnidades e por todas as prestações regulares e periódicas inerentes à prestação do trabalho”²⁰²⁶. Assumindo uma tal noção um âmbito mais alargado do que o disposto em termos gerais no art. 262.º do CT 2009²⁰²⁷, JOANA VASCONCELOS considera – na ausência, no CT 2009, de norma concretizadora do que se entenda por “retribuição normal”, neste âmbito específico – “desaconselhável a transposição, sem mais, da «base de cálculo» definida n[aquele] preceito, que não será, pois, aqui aplicável”²⁰²⁸. Porém, em conformidade com esta leitura, “no silêncio do novo texto legal quanto a este ponto, fica a dúvida quanto às prestações complementares ou acessórias que devam considerar-se abrangidas nesta «retribuição normal» (para além, evidentemente, da retribuição base e diuturnidades)”²⁰²⁹.

Já o art. 306.º prevê os “Efeitos da [...] suspensão em férias, subsídio de férias ou de Natal”²⁰³⁰, retomando-se, sem alterações a registar, o antes disposto

²⁰²⁴ A dedução do *allunde perceptum* é, à semelhança do regime anterior, limitada ao máximo assim fixado.

²⁰²⁵ Havendo que considerar ainda o previsto no art. 25.º, n.º 3, b) da Lei n.º 105/2009, onde é previsto o direito do trabalhador a prestações de desemprego em caso de não pagamento pontual “da compensação retributiva em situações de crise empresarial”.

²⁰²⁶ Sobreponível ao disposto no art. 19.º da LSCT, que acolhia uma tal noção, entre as “Disposições finais”.

²⁰²⁷ “Quando disposição legal, convencional ou contratual não disponha em contrário, a base de cálculo de prestação complementar ou acessória é constituída pela retribuição base e diuturnidades” (n.º 1). Acresce, conforme o n.º 2, que “para efeito do disposto no número anterior, entende-se por”: a) “Retribuição base, a prestação correspondente à actividade do trabalhador no período normal de trabalho”; b) “Diuturnidade, a prestação de natureza retributiva a que o trabalhador tenha direito com fundamento na antiguidade”.

²⁰²⁸ AA.VV., *Código cit.*, 2009, p. 842. Certo, todavia, que “a noção de «retribuição normal», agora desaparecida, também não coincidia rigorosamente com o conceito constante do art. 258.º, n.ºs 1 e 2” (do CT 2009). Na verdade, “a noção que o CT 2003 acolhera da LSuspCT tinha, quando muito, alguma afinidade com o estabelecido no seu artigo 255.º, n.º 2 (actual art. 264.º, n.º 2), relativo ao cálculo do subsídio de férias” (*idem*).

²⁰²⁹ AA.VV., *Código cit.*, 2009, p. 842.

²⁰³⁰ Por conseguinte, conforme o n.º 1, “o tempo de [...] suspensão não afecta o vencimento e a duração do período de férias” (n.º 1) e de acordo com o n.º 2, “a [...] suspensão não prejudica a marcação e o gozo de férias, nos termos gerais, tendo o trabalhador direito ao pagamento pelo empregador do subsídio de férias devido em condições normais de trabalho”. Por fim, “o trabalhador tem direito a subsídio de Natal por inteiro, que é pago pela segurança social em montante correspondente a metade da compensação retributiva e pelo empregador no restante” (n.º 3). Quanto a esta matéria, v. *supra* Parte I, Capítulo I, Secção V, Subsecção III, § 2.

nos arts. 346.º e 347.º do CT 2003 e nos arts. 294.º e 295.º do RCT 2004. O art. 307.º, referente ao “Acompanhamento da medida” congrega – denotando-se um reforço da fiscalização²⁰³¹ – o referido nos arts. 338.º, n.º 4 e 340.º do CT 2003, identificando uma obrigação de informação periódica que impende sobre o empregador relativamente às estruturas representativas dos trabalhadores e a possibilidade de a ACT pôr fim à suspensão²⁰³². O regime do “lay-off” encerra com menção, no art. 308.º, aos “Direitos dos representantes dos trabalhadores durante a [...] suspensão”²⁰³³, assim se retomando o previsto no art. 348.º do CT 2003²⁰³⁴.

Seguem-se as hipóteses de encerramento temporário por caso fortuito ou força maior ou por facto imputável ou por motivo do interesse do empregador (arts. 309.º a 316.º). O art. 309.º (“Retribuição durante o encerramento [...]”) passa a agregar o antes previsto nos arts. 350.º, 351.º e 352.º do CT 2003. Assim, o n.º 1 do art. 309.º dispõe que, “em caso de encerramento temporário ou diminuição temporária da actividade de empresa ou estabelecimento que não respeite a situação de crise empresarial, o trabalhador tem direito a”²⁰³⁵: a) “Sendo devido a caso fortuito ou de força maior, 75% da retribuição”²⁰³⁶; b) “Sendo devido a facto imputável ao

²⁰³¹ Tanto mais importante, uma vez que “[a] decisão de suspender os contratos de trabalho, com a inerente redução dos custos salariais, emana do empregador (ainda que, idealmente, a fase de informações e negociação com a estrutura representativa dos trabalhadores vise a obtenção de um acordo) e não depende de qualquer autorização administrativa. Para aquele, os custos salariais reduzem-se por uma dupla via: por um lado, porque a compensação retributiva a pagar ao trabalhador será de montante inferior à sua retribuição normal; por outro, porque a segurança social comparticipa nessa compensação retributiva [...]” (LEAL AMADO, *Contrato cit.*, p. 343).

²⁰³² O art. 307.º substitui o anterior art. 340.º do CT 2003 (“Fiscalização”), reforçando os poderes da entidade com competência inspectiva, que passa a poder pôr termo à medida caso o fundamento invocado deixe de se verificar – (ou seja, desaparecimento *subsequente* do motivo justificativo), ainda que implementada com o acordo da estrutura representativa dos trabalhadores. Por outro lado, a possibilidade de a entidade fiscalizadora poder pôr fim à medida surge (cf. art. 307.º, n.º 2, c)) perante o incumprimento de qualquer dos deveres do empregador em período suspensivo (cf. art. 303.º, n.º 1) e não em caso de violação de apenas algumas dessas obrigações, como sucedia na legislação anterior (cf. art. 340.º, n.º 1, a) a d) do CT 2003).

²⁰³³ Que dispõe, no n.º 1, que “a medida de [...] suspensão relativa a trabalhador que seja delegado sindical ou membro de estrutura de representação colectiva de trabalhadores não prejudica o direito ao exercício das correspondentes funções na empresa”.

²⁰³⁴ A anterior referência, no art. 348.º do CT 2003, às comissões de trabalhadores foi substituída por menção a “membro de estrutura de representação colectiva dos trabalhadores”.

²⁰³⁵ Havendo que considerar ainda o previsto no art. 25.º, n.º 3, a) da Lei n.º 105/2009, onde é indicado o direito do trabalhador a prestações de desemprego em caso de não pagamento pontual “da retribuição devida em caso de suspensão do contrato de trabalho por facto respeitante ao empregador ou encerramento da empresa ou estabelecimento por período igual ou superior a 15 dias”.

²⁰³⁶ Subsistindo o entendimento de que o empregador recorra preferencialmente ao “lay-off”, se certas hipóteses forem, em simultâneo, reconduzidas à suspensão por fortuito ou força maior e por crise empresarial (AA.VV., *Código cit.*, 2009, p. 850, anotação JOANA VASCONCELOS, *itálico* nosso; admitindo a sobreposição, v. RIBEIRO DOS SANTOS, “Procedimentos ...” *cit.*, p. 250). Também LEAL AMADO soluciona um tal concurso com aplicação do regime procedimental previsto nos arts. 298.º a 308.º (*Contrato cit.*, p. 344, n. 499). Atenta a convocação de tais regimes, JÚLIO GOMES nota a desarmonia que resulta da previsão de normas procedimentais no “lay-off”

empregador ou por motivo de interesse deste, a totalidade da retribuição”²⁰³⁷. Acrescendo, no n.º 2, a dedução do *alliunde perceptum*²⁰³⁸. Por sua vez, quanto ao procedimento²⁰³⁹ a observar “em caso de encerramento temporário por facto imputável ao empregador”, o art. 311.º²⁰⁴⁰ retoma, com algumas alterações, o antes previsto nos arts. 296.º a 298.º da RCT 2004 – deveres de informação às estruturas de representação dos trabalhadores (art. 311.º, n.ºs 3 e 4), constituição de caução (art. 312.º), actos proibidos (art. 313.º) e restrições quanto a actos de

– e mesmo na suspensão por facto imputável ou respeitante ao empregador – e a ausência de detalhe idêntico no plano da suspensão por fortuito (*Direito cit.*, pp. 860 e 864).

²⁰³⁷ Aqui se referindo a retribuição devida em caso de normal prestação da actividade, incluindo comissões (AA.VV., *Código cit.*, 2009, p. 851, anotação JOANA VASCONCELOS). A esta luz, atenta a a referência à “totalidade da retribuição”, MONTEIRO FERNANDES conclui que “mesmo componentes da retribuição estreitamente ligadas ao modo de execução do trabalho (subsídios de intempérie ou de turnos) ou ao tempo de presença do trabalhador na empresa (subsídio de refeição) continuam a ser devidas”. No seu entender, “devem, em suma, ser assegurados ao trabalhador os ganhos que normalmente auferiria se estivesse em serviço efectivo, incluindo, também, as comissões ou participações nas vendas a calcular de harmonia com o critério definido pelo art. 261.º” (*Direito cit.*, p. 465)

²⁰³⁸ “Ao valor da retribuição deduz-se o que o trabalhador receba no período em causa por outra actividade que tenha passado a exercer por efeito do encerramento ou diminuição de actividade”. A este propósito, cumpre, porém, distinguir os casos de encerramento por fortuito dos demais, por facto imputável ou no interesse do empregador. Se, nestes últimos, assumindo o empregador 100% da retribuição, a dedução opera em relação ao valor auferido por outra via, no encerramento por fortuito, em que o trabalhador sofre uma redução de 25% no valor da retribuição, a dedução não deve ter lugar nos mesmos termos. Neste sentido, JOANA VASCONCELOS assinala que “carece em absoluto de sentido, atenta a finalidade que subjaz a tal solução, que o trabalhador, privado de uma parte significativa (1/4) da sua retribuição, que arranje um outro trabalho remunerado para compensar essa perda de vencimento, venha a ser confrontado com o desconto de tudo que por tal modo auferiu, numa prestação já à partida reduzida”. Afinal, “a dedução do *alliunde perceptum* visa evitar o injustificado avantajamento do trabalhador à custa do empregador. Ora, não é manifestamente isso que ocorre na situação descrita”. Sustentando, por conseguinte, que nas hipóteses de encerramento temporário por caso fortuito ou motivo de força maior, a dedução do *alliunde perceptum* deve fazer-se apenas se e na medida em que os rendimentos obtidos pelo trabalhador no exercício de outra actividade excedam os 25% da retribuição que deixou de auferir” (AA.VV., *Código cit.*, 2009, pp. 852-853). Neste sentido, v. JÚLIO GOMES, *Direito cit.*, p. 866.

²⁰³⁹ À semelhança do que sucedia no art. 296.º da RCT, o art. 311.º do CT 2009 refere tão-só o “Procedimento em caso de encerramento temporário por facto imputável ao empregador” (ênfase nossa). Se na legislação anterior a falta de menção ao encerramento no interesse do empregador se devia, porventura, a lapso na concretização do art. 351.º do CT 2003 – cuja epígrafe, tomando a parte pelo todo, referia apenas “Facto imputável ao empregador” –, admitimos que o procedimento hoje previsto no art. 311.º seja ainda aplicável à suspensão por interesse do empregador; concedendo em idêntica extensão, a respeito do art. 296.º, n.º 1, da RCT, v. JÚLIO GOMES, *Direito cit.*, p. 860.

²⁰⁴⁰ Conforme disposto no n.º 2 do art. 311.º do CT 2009, à semelhança do previsto no art. 296.º, n.º 2 da RCT 2004, “considera-se que há encerramento temporário de empresa ou estabelecimento por facto imputável ao empregador sempre que, por decisão deste, a actividade deixe de ser exercida, ou haja interdição de acesso a locais de trabalho ou recusa de fornecimento de trabalho, condições e instrumentos de trabalho, que determine ou possa determinar a paralisação de empresa ou estabelecimento”. O n.º 1 do art. 311.º clarifica, por sua vez, que o encerramento para férias (cf. art. 242.º) não tem correspondência nas hipóteses aqui tratadas.

disposição (art. 314.º)²⁰⁴¹. Por fim, o art. 316.º prevê responsabilidade penal em caso de encerramento de empresa ou estabelecimento sem observância do previsto nos arts. 311.º e 312.º²⁰⁴².

À semelhança do que acontecia já no âmbito do CT 2003, também o CT 2009 não fixa – ao invés do que dispunha o art. 78.º, n.º 5 da LCT²⁰⁴³ para o encerramento por facto imputável ou do interesse do empregador – um tempo máximo para a aplicação deste regime²⁰⁴⁴, retomando com nova redacção o antes previsto no art. 353.º do CT 2003, aplicável ao encerramento por fortuito e por facto imputável ou no interesse do empregador. Por conseguinte, conforme o art. 310.º do CT 2009, “o empregador deve informar os trabalhadores cuja actividade está suspensa da cessação do encerramento [...], devendo estes retomar a prestação de trabalho”.

II. Outra alteração de relevo resulta da obrigação do trabalhador comunicar e justificar a ausência – imposta, desde 2009, de modo expresso, por todo o período suspensivo²⁰⁴⁵. Esta questão dividira, até então, doutrina e jurisprudência, havendo quem sustentasse já – não obstante a omissão de menção expressa a um tal dever – a necessidade de o trabalhador renovar a comunicação e a comprovação do motivo após os primeiros trinta dias de afastamento, em leitura conforme à boa fé e ao adequado cumprimento dos deveres acessórios de conduta que subsistem neste período²⁰⁴⁶. Acresciam outras dificuldades, apontadas no Livro Branco de 2007, *maxime*, quanto à

²⁰⁴¹ Regras estendidas, com as devidas adaptações, a determinadas hipóteses de encerramento definitivo (cf. art. 315.º).

²⁰⁴² Em termos idênticos ao disposto nos arts. 465.º e 466.º da RCT 2004.

²⁰⁴³ Conforme o qual – como acima referido (*v. supra* § 2.1.2.) – “os contratos de trabalho caducam ao fim de seis meses [...]”.

²⁰⁴⁴ V., a este propósito, AA.VV., *Código cit.*, 2009, pp. 851-852 (anotação JOANA VASCONCELOS).

²⁰⁴⁵ JORGE LEITE pronunciou-se ainda sobre questão, em certa medida, distinta: questionava se o trabalhador tinha *ab initio* o dever de notificar o empregador da data e motivo da suspensão. No entanto, à luz do disposto no DL 398/83, de 2.11, considerava “óbvio que o trabalhador te[ria] o dever de comunicar o impedimento com a devida antecedência ou, quando imprevisto, logo que possível, sobre ele recaindo também o ónus de provar o referido impedimento, se tal lhe fo[sse] exigível”. Assim “decorr[ia], desde logo, do cumprimento do contrato segundo as regras da boa fé e por analogia com o disposto no art. 25.º do DL n.º 874/76 [...]”. Nesta medida, “o trabalhador que vai cumprir serviço militar obrigatório deve comunicá-lo com a devida antecedência e se adoecer ou for vítima de acidente que o impeça de ir trabalhar deve comunicá-lo logo que possível” (“O desempenho ...” *cit.*, p. 529, n. 37). Considerava, porém, que o trabalhador não estaria obrigado a comunicação idêntica se já tivesse aplicação o regime suspensivo, “até porque nisto não te[ria] o empregador interesse relevante autónomo; o interesse do empregador satisfar[ia] com o aviso da ausência, com a antecedência devida ou logo que possível, com a prova do impedimento quando a solicit[asse] e com indicação da previsível duração do impedimento quando fo[sse] o caso”. Para o Autor, “a tanto, mas não a mais, est[ava] obrigado o trabalhador” (p. 529). Divergindo deste entendimento, *v. o referido supra* Parte I, Capítulo I, Secção V, Subsecção III, § 5.; retomamos ainda o tema *infra*, Capítulo III, § 4.4.

²⁰⁴⁶ A este propósito, *v. o indicado supra* Parte I, Capítulo I, Secção V, Subsecção III, § 5.

operacionalidade da extinção por abandono de trabalho²⁰⁴⁷. Para obviar a tais inconvenientes, a Comissão sugeriu a extensão da obrigação de comunicação e de justificação das ausências a hipóteses suspensivas, o que viria a ter acolhimento no art. 253.º, n.º 4 do CT 2009²⁰⁴⁸.

III. Antes de analisarmos as alterações introduzidas no regime do “*lay-off*”, em 2012²⁰⁴⁹, importa completar as referências já adiantadas quanto à sistemática acolhida em 2009, relativamente à suspensão. A distorção revela-se, desde logo, em contexto mais vasto, atenta a identificação de vicissitudes contratuais que extravasam o capítulo que lhes é dedicado (o Capítulo V, “Vicissitudes contratuais”, arts. 285.º a 322.º)²⁰⁵⁰. Na verdade, uma vez assumida a classificação que promove a ordenação de tais vicissitudes conforme ligadas ao trabalhador ou ao empregador, sempre haveria que somar aos casos ali indicados, muitas outras hipóteses. Assim, quanto ao empregador, haveria que considerar as situações de mobilidade, que encabeçavam, até 2009, o capítulo então reservado às vicissitudes contratuais²⁰⁵¹. Constituem, afinal, tal como na transmissão da empresa ou estabelecimento, na cedência ocasional e na redução da actividade e suspensão – enquanto desvios ao princípio geral *pacta sunt servanda* – vicissitudes impostas ao normal desenvolvimento do contrato de trabalho. Neste âmbito, o CT 2009 promoveu nova sistematização face à acolhida no CT 2003: (i) a Secção V (“Actividade do trabalhador”, arts. 115.º e ss.) é, em relação ao previsto no Código anterior, alargada, incluindo matérias antes dispersas²⁰⁵²; (ii) a transferência do trabalhador – referida, no CT 2003, como vicissitude do contrato de trabalho – integra, no CT 2009, as regras respeitantes ao “Local de trabalho” (Secção I, arts. 193.º e ss.); (iii) por sua vez, o Capítulo V (“Vicissitudes contratuais”) trata agora apenas da “Transmissão da empresa ou estabelecimento” (Secção I, arts. 285.º e ss.), da “Cedência ocasional” (Secção II, arts. 288.º e ss.) e da “Redução da actividade e suspensão do contrato” (Secção III, arts. 294.º e ss.); já no CT 2003, este capítulo incluía

²⁰⁴⁷ Ali se referindo que “a maioria dos litígios suscitados por situações de abandono do trabalho resulta de ausências prolongadas do trabalhador que, num momento inicial, determinaram a suspensão do contrato em resultado de faltas justificadas ao trabalho, oportunamente comunicadas ao empregador (nos termos do art. 228.º) para um período limitado de tempo, passado o qual o trabalhador deixa de comunicar o motivo da ausência” (*Livro Branco cit.*, p. 116).

²⁰⁴⁸ “A comunicação é reiterada em caso de ausência imediatamente subsequente à prevista em comunicação referida num dos números anteriores, mesmo quando a ausência determine a suspensão do contrato de trabalho por impedimento prolongado”. Sob pena de o trabalhador incorrer em faltas injustificadas (cf. art. 253.º, n.º 5). Retomamos o tema *infra*, Capítulo III, § 4.4..

²⁰⁴⁹ V. *infra* § 2.1.7.

²⁰⁵⁰ Tema já aflorado *supra*, n. 1996.

²⁰⁵¹ Correspondendo no CT 2003, à Secção I (“Mobilidade”) do Capítulo VII, (“Vicissitudes contratuais”) do Título II (“Contrato de trabalho”), do Livro I (“Parte geral”). Esta Secção tratava da mudança de categoria (art. 313.º), da mobilidade funcional (art. 314.º), da mobilidade geográfica (art. 315.º e 317.º) e da transferência temporária (arts. 316.º e 317.º).

²⁰⁵² Aplaudindo esta reordenação dos temas, v. PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, I, pp. 219-220, n. 78.

também a “Mobilidade” (geográfica e funcional e a mudança de categoria do trabalhador) – reenquadrada, em 2009 e nos termos expostos, nos temas da actividade laboral e do local de trabalho.

IV. Para além destas referências mais amplas – e que extravasam a análise do instituto suspensivo – outro aspecto especialmente sintomático da complexidade associada à suspensão resulta de localizarmos dispersamente, fora do enquadramento reservado ao instituto, outros exemplos suspensivos. Na verdade, a par da sistemática afecta à suspensão por facto respeitante ao trabalhador ou ao empregador, identificamos o apelo fragmentário e, ainda que não expresso, à suspensão²⁰⁵³ – *v.g.*, na parentalidade²⁰⁵⁴, na greve²⁰⁵⁵, nos

²⁰⁵³ Temos dificuldade em identificar na cedência ocasional (arts. 288.º e ss.) uma hipótese suspensiva. Embora traduzindo uma fragmentação dos poderes do empregador, o vínculo mantém durante a cedência execução plena, sem período de inactividade: simplesmente o poder de direcção é, no essencial, exercido pelo cessionário. Como refere JÚLIO GOMES, o trabalhador cedido “não deixou de estar sempre a executar o seu contrato, ainda que sob a direcção de terceiro” (*Direito cit.*, p. 846). Assumindo, por isso, que “a cedência ocasional não representa sequer uma suspensão do contrato de trabalho” (p. 845). O desajuste de recondução da cedência à suspensão surge, de resto, ainda mais claro caso se admita uma cedência ocasional parcial, tal qual sucede se a cedência apenas se concretizar em determinados dias da semana (João Zenha MARTINS, *Cedência de Trabalhadores e Grupos de Empresas*, Cadernos Laborais, n.º 2, Instituto de Direito do Trabalho, Almedina, 2002, p. 151, n. 292, e JÚLIO GOMES, *Direito cit.*, p. 838, n. 2058). Acolhendo, porém, leitura diversa, *v.* PALMA RAMALHO, *Grupos cit.*, p. 504. Mais evidente se afigura a dissociação da suspensão em caso de trabalho temporário (cf. arts. 172.º e ss.; *v.* ainda o DL n.º 260/2009, de 25.9, que regula o exercício e o licenciamento da actividade de empresa de trabalho temporário). Se a cedência ocasional traduz alteração superveniente ao regular desenvolvimento do contrato de trabalho – sendo, nesta medida, adequada a sua qualificação como vicissitude contratual –, a cisão dos poderes patronais pressuposta no trabalho temporário corresponde à normal execução desta modalidade contratual, não sendo identificável qualquer modificação anómala, tal qual associamos à suspensão (*v. supra* Parte I, Capítulo III, § 5.). Aliás, no contexto da prestação de actividade ao utilizador, o art. 185.º, n.º 2, dispõe que “durante a cedência, o trabalhador está sujeito ao regime aplicável ao utilizador no que respeita [...] [à] suspensão do contrato de trabalho [...]”. Importa, não obstante, fazer menção a hipótese específica: a de trabalhador temporário vinculado a empresa de trabalho temporário por contrato por tempo indeterminado (arts. 183.º e 184.º), quanto aos períodos de inactividade que têm lugar nos intervalos entre cedências. A cedência temporária à empresa utilizadora constitui o objecto de uma tal modalidade contratual, reflectindo o seu desenvolvimento usual. Os períodos de inactividade convocam, então, enquadramento próprio, dispondo o art. 184.º, n.º 2, a), o direito do trabalhador “a compensação prevista em instrumento de regulamentação colectiva de trabalho, ou no valor de dois terços da última retribuição ou da retribuição mínima mensal garantida, consoante o que for mais favorável”. Refere GUILHERME DRAY que, para lá da referência à compensação, subsistem “os direitos e deveres das partes na medida em que não pressuponham a prestação efectiva de trabalho”. Por conseguinte, “os deveres acessórios de conduta não integrantes do dever principal (*maxime* os deveres de urbanidade e respeito, lealdade, sigilo e não concorrência) devem manter-se, à semelhança do que sucede no regime da suspensão do contrato individual de trabalho (artigo 295.º)” (AA.VV., *Código cit.* p. 451, *itálico* nosso). Também o trabalho intermitente (arts. 157.º a 160.º) poderia motivar, no tempo de inactividade, apelo à suspensão. Afinal, “[a] especificidade deste contrato em relação ao contrato de trabalho comum reside justamente nesta conjugação de períodos de actividade e de inactividade com disponibilidade, que não existe nos vínculos laborais comuns” (PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, II, p. 366). Dispondo, neste contexto, o art. 160.º, n.º 1, que “durante o

acidentes de trabalho e doenças profissionais²⁰⁵⁶, nas ausências por exercício de funções em estruturas de representação colectiva de trabalhadores²⁰⁵⁷, aproximando-se, assim, a suspensão, de um efeito incluído no âmbito de um regime jurídico específico.

período de inactividade, o trabalhador tem direito a compensação retributiva em valor estabelecido em instrumento de regulamentação colectiva de trabalho ou, na sua falta, de 20% da retribuição base, a pagar pelo empregador com periodicidade igual à da retribuição – enquanto “compensação de disponibilidade” (p. 366). Sendo ainda indicado que no “*período de inactividade, mantêm-se os direitos, deveres e garantias das partes que não pressuponham a efectiva prestação de trabalho*” (art. 160.º, n.º 4). Todavia, transpondo o que assumimos quanto ao trabalho temporário, também não reconduzimos esta hipótese à suspensão: “no período de inactividade laboral o contrato não se extingue, não se interrompe *nem, dir-se-ia, se suspende*”. Afinal, “*cumpre-se dessa forma, a inactividade do trabalhador corresponde a um dos seus modos de ser, à normal execução do contrato, à mais peculiar das suas facetas*”. Em suma, “a estrutura bifásica deste contrato significa, justamente, que, por vezes, o trabalhador se encontrará inactivo” (LEAL AMADO, *Contrato cit.*, p. 151, com itálico nosso). Justifica-se, por último, referência à comissão de serviço interna, por se tratar de hipótese que poderia traduzir nova manifestação suspensiva (cf. arts. 162.º, n.º 3, c) e n.º 5, e 164.º, n.º 1, a)). cremos, no entanto, que assim não sucede: está ainda em causa a plena execução do contrato de trabalho, que acolhe uma promoção não sujeita ao princípio da proibição de retrogradação (cf. admitido pela parte final do art. 129.º, n.º 1, e)); tem, então, lugar uma alteração do cargo ou funções desempenhadas (cf. art. 162.º, n.º 3, b)), mediante sujeição transitória do vínculo laboral a um regime laboral específico. Em leitura diversa, PALMA RAMALHO não associa a esta situação qualquer promoção ou retrogradação, precisamente por entender que “o contrato de trabalho subjacente ao acordo de comissão de serviço *permanece em estado latente* até que a comissão de serviço cesse” (*Tratado cit.*, II, p. 491, ênfase nossa). Admitimos, por fim, que esta hipótese se demarca do previsto no art. 398.º do CSC – em que a suspensão se impõe por razões diversas: a inadmissível concorrência de dois vínculos diversos (laboral e mandato societário). Assim, “recusa-se a pluralidade de vínculos jurídicos entre a sociedade e o administrador, impedindo que este esteja adstrito a qualquer outra prestação, distinta da que constitui o objecto da sua administração. Cria-se impedimento ou incompatibilidade inerente ao exercício de funções de administração, evitando que a posição de supremacia e de participação na formação da vontade societária inerente àquelas funções redunde no benefício próprio, no proveito pessoal” (LUÍS MIGUEL MONTEIRO, AA.VV., *Código cit.*, p. 404). Questão diversa respeita à possibilidade do exercício de funções de administração por meio de um vínculo laboral; quanto a este tema, admitindo o exercício da administração por via de um vínculo jurídico subordinado e considerando que o art. 398.º do CSC não inviabiliza uma tal leitura, v. LUÍS MIGUEL MONTEIRO, AA.VV., *Código cit.*, pp. 404 e ss. Em sentido diverso, v., na jurisprudência, nomeadamente, o acórdão da RL, de 6.2.2013, (ISABEL TAPADINHAS), onde é indicado que o “exercício das funções de um administrador societário não pode assentar, nunca, num contrato de trabalho” (Proc. n.º 2848/10.9TTLSB.L1-4) e ainda os acórdãos do STJ, de 9.4.2008, Proc. n.º 07S1695 (SOUSA GRANDÃO), e da RL, de 13.12.2006, Proc. n.º 1947/2006-4 (FERREIRA MARQUES). Na doutrina v. PALMA RAMALHO, que exclui que as funções de administração possam ser desempenhadas subordinadamente, atenta a incompatibilidade genética que aponta à qualidade de empregador e de trabalhador na mesma pessoa, sugerindo interpretação restritiva da menção, no art. 161.º, ao “*cargo de administração*” (*Tratado cit.*, II, pp. 72-75; em sentido idêntico, v. ainda FURTADO MARTINS, *Cessação cit.*, pp. 593 e ss., em especial, pp. 596-597). A este propósito, v. ainda, desenvolvidamente, MARIA IRENE GOMES, *O dirigente cit.*, pp. 137 e ss.

²⁰⁵⁴ Cf. arts. 33.º e ss., em especial quanto às diversas licenças ali previstas.

²⁰⁵⁵ Cf. arts. 530.º e ss., *maxime*, o art. 536.º.

²⁰⁵⁶ Cf. arts. 281.º e ss. e Lei n.º 98/2009, de 4.9.

²⁰⁵⁷ Cf. art. 468.º.

A heterogeneidade do fenómeno assume, porém, outra abrangência, se consideradas ainda as variáveis suspensivas indicadas noutros diplomas, no contexto de regimes dispersos, enquadradores de ausências prolongadas do trabalhador. Assim – e sem que às referências subsequentes corresponda listagem exaustiva – dispõe o art. 19.º, n.º 1, do Estatuto do Deputado²⁰⁵⁸ que “os Deputados não podem ser prejudicados na sua colocação, nos seus benefícios sociais ou no seu emprego permanente por virtude do desempenho do mandato”. E, a esta luz, não só o n.º 2 prevê que “os Deputados têm direito a dispensa de todas as actividades profissionais, públicas ou privadas, durante a legislatura”, como, conforme o n.º 3, “o desempenho do mandato conta como tempo de serviço para todos os efeitos, salvo para aqueles que pressuponham o exercício efectivo da actividade profissional, sem prejuízo do disposto no n.º 4 do artigo 5.º do presente Estatuto”²⁰⁵⁹. Indicando ainda o n.º 4 que “no caso de função temporária por virtude de lei ou de contrato, o desempenho do mandato de Deputado suspende a contagem do respectivo prazo”²⁰⁶⁰. Encontramos, de resto, normas semelhantes em muitos outros diplomas, tal qual o reservado aos Gabinetes dos Membros do Governo²⁰⁶¹ ou no Estatuto dos Eleitos Locais²⁰⁶².

²⁰⁵⁸ Aprovado pela Lei n.º 7/93, de 1.3, alterada pelas Leis n.ºs 24/95, de 18.8, 55/98, de 18.8, 8/99, de 10.2, 45/99, de 16.6, 3/2001, de 23.2 (rectificada pela Declaração n.º 9/2001, de 13.3, que republica a Lei n.º 3/2001, de 23.2 e também o Estatuto do Deputado), 24/2003, de 4.7, 52-A/2005, de 10.10, 44/2006, de 25.8, 45/2006, de 25.8, 43/2007, de 24.8 e 16/2009, de 1.4.

²⁰⁵⁹ Dispondo tal art. 5.º, n.º 4, que “a substituição temporária do deputado, quando se fundamente nos motivos constantes das alíneas a) e b) do n.º 2” – hipóteses de doença, maternidade e paternidade – “não implica a cessação do processamento da remuneração nem a perda da contagem de tempo de serviço”.

²⁰⁶⁰ Hipótese distinta respeita à suspensão do mandato de deputado, com aplicação, em tais casos, do disposto nos arts. 4.º, 5.º, 6.º e 11.º do Estatuto. A este propósito, é de assinalar a restrição operada pela Lei n.º 44/2006, de 25.8 ao entendido por “motivo relevante”, susceptível de justificar a substituição temporária do deputado. Foi, então, eliminada a referência, muito abrangente, antes prevista no art. 5.º, n.º 2, d), que reconduzia a tal hipótese “outro motivo invocado perante a Comissão de Ética e por esta considerado justificado”. Conforme a Exposição de Motivos que acompanhou o Projecto de Lei 242/X, “a interpretação do que seja o motivo relevante anunciado no artigo 153º, nº 2 deve pautar-se por critérios que passem pela identificação de situações de impossibilidade não já jurídica, mas fáctica, que coloquem em crise o bom desempenho do mandato. É o caso das situações de doença prolongada, do exercício do direito à licença de maternidade ou paternidade e, ainda, do procedimento criminal em determinadas condições. Nestes casos, não se trata de atribuir um direito aos Deputados, mas verdadeiramente de os não discriminar, privando-os do exercício de direitos próprios” (documento disponível em <<http://www.parlamento.pt>>). Em conformidade, o art. 5.º, n.º 2, passou a prever como “motivo relevante” para a substituição temporária de deputado tão-só a “doença grave que envolva impedimento do exercício das funções por período não inferior a 30 dias nem superior a 180”, o “exercício da licença por maternidade ou paternidade” e, por fim, a “necessidade de garantir seguimento de processo nos termos do n.º 3 do artigo 11.º”.

²⁰⁶¹ Aprovado pelo DL n.º 11/2012, de 20.1, cujo art. 10.º, n.º 1, indica que “os membros dos gabinetes não podem ser prejudicados, por causa do exercício transitório das suas funções, na estabilidade do seu emprego, na sua carreira profissional e no regime de segurança social de que beneficiem, bem como nos seus direitos, regalias e subsídios e outros benefícios sociais de que gozem na sua posição profissional de origem, ficando assegurado o regresso à situação jurídico-funcional que exerciam à data da sua designação”. Mais dispondo o n.º 2 que “o tempo de serviço prestado no gabinete considera-se, para todos os efeitos, nomeadamente antiguidade e promoção, como prestado na categoria e na carreira que ocupava no momento da designação, mantendo o designado todos os direitos, subsídios, regalias sociais, remuneratórias e quaisquer outras correspondentes a essa categoria e carreira, não podendo, pelo não exercício de actividade, ser prejudicado nas alterações de posicionamento remuneratório a que, entretanto,

Noutro contexto, o art. 24.º, n.º 1, do DL n.º 272/2009, de 1.10, ao estabelecer medidas específicas de promoção do desporto de alto rendimento, dispõe que “os praticantes desportivos de alto rendimento podem ser dispensados da prestação de trabalho pelas entidades empregadoras, pelo tempo necessário à sua preparação e participação desportivas, a pedido do IDP, I. P., sendo tais ausências caracterizadas como faltas justificadas não pagas”. Certo, porém, que “não sendo concedida a dispensa e caso estejam esgotadas outras vias de resolução negociada, podem os praticantes ser requisitados, nos termos do n.º 2 do artigo anterior, com fundamento no interesse público nacional das provas em que participam”²⁰⁶³ (art. 24.º, n.º 2). Nestas hipóteses, “durante o período da licença, a remuneração é assegurada pelo IDP, I. P., através das verbas afectas às federações desportivas para apoio ao alto rendimento, ficando de igual modo sujeita aos descontos previstos na lei” (art. 23.º, n.º 4, *ex vi*, art. 24.º, n.º 3). Reiterando-se, por fim, que “os trabalhadores que beneficiem das medidas previstas no presente artigo não podem ser prejudicados na respectiva carreira profissional ou na percepção de regalias ou benefícios concedidos, designadamente em razão da assiduidade” (art. 24.º, n.º 4)²⁰⁶⁴.

Obedecendo a lógica distinta – já que, embora dirigido à preservação dos efeitos de vínculo laboral²⁰⁶⁵, decorre da exigência de salvaguarda de independência no exercício do mandato societário – o art. 398.º (“Exercício de outras actividades”) do CSC²⁰⁶⁶ prevê, que “durante o período para o qual foram

tenha adquirido direito, nem nos procedimentos concursais a que se submeta”. Referindo inclusivamente o n.º 6 que “durante o exercício de funções nos gabinetes os respectivos membros não estão sujeitos a avaliação do desempenho, não podendo contudo ser prejudicados na carreira, na antiguidade, na remuneração ou em quaisquer outros efeitos associados àquela avaliação”.

²⁰⁶² Aprovado pela Lei n.º 29/87, de 20.6, alterada pelas Leis n.ºs 97/89, de 15.12, 1/91, de 1.10, 11/91, de 17.5, 11/96, de 18.4, 127/97, de 11.12, 50/99, de 24.6, 86/2001, de 10.8, 22/2004, de 17.6, 52-A/2005, de 10.10, 53-F/2006, de 29.12. O art. 22.º do Estatuto dos Eleitos Locais dispõe, sob a epígrafe “Garantia de direitos adquiridos”, no n.º 1, que “os eleitos locais não podem ser prejudicados na respectiva colocação ou emprego permanente por virtude do desempenho dos seus mandatos”. Acresce, nos termos do n.º 3, que “durante o exercício do respectivo mandato não podem os eleitos locais ser prejudicados no que respeita a promoções, concursos, regalias, gratificações, benefícios sociais ou qualquer outro direito adquirido de carácter não pecuniário”. Por fim, o n.º 4 prevê que “o tempo de serviço prestado nas condições previstas na presente lei é contado como se tivesse sido prestado à entidade empregadora, salvo, no que respeita a remunerações, aquele que seja prestado por presidentes de câmara municipal e por vereadores em regime de permanência ou de meio termo”. V. ainda o art. 16.º do DL n.º 28-A/96, de 4.4, alterado pelo DL n.º 288/2000, de 13.11, enquadrador do funcionamento das estruturas e serviços que integram a Presidência da República.

²⁰⁶³ Indicando o n.º 2 do art. 23.º que “a licença referida no número anterior é concedida por despacho do membro do Governo responsável pela área do desporto, sob proposta da federação desportiva, sendo dado conhecimento ao respectivo órgão ou serviço”.

²⁰⁶⁴ Dispondo ainda o art. 24.º, n.º 5, que “a concessão de apoios pelas entidades empregadoras de praticantes desportivos de alto rendimento pode ser objecto de convenção a celebrar com o IDP, I. P., nomeadamente no tocante a contrapartidas referentes à promoção da imagem da empresa”.

²⁰⁶⁵ Fim transversal às diversas hipóteses suspensivas (*supra*, Parte I, Capítulo I, Secção V, Subsecção III, § 1.).

²⁰⁶⁶ Aprovado pelo DL n.º 262/86, de 2.9, alterado pelos DL n.º 184/87, de 21.4, n.º 280/87, de 8.7, 229-B/88, de 4.7, n.º 418/89, de 30.11, n.º 142-A/91, de 10.4, n.º 238/91, de 2.7, n.º 225/92, de 21.10, n.º 20/93, de 26.1, n.º 261/95, de 3.10, n.º 328/95, de 9.12, n.º 257/96, de 31.12, n.º 343/98, de 6.11, n.º 486/99, de 13.11, n.º 36/2000, de 14.3, n.º 237/2001, de 30.8, n.º 162/2002, de 11.7, n.º

designados, os administradores não podem exercer, na sociedade ou em sociedades que com esta estejam em relação de domínio ou de grupo, quaisquer funções temporárias ou permanentes ao abrigo de contrato de trabalho, subordinado ou autónomo, nem podem celebrar quaisquer desses contratos que visem uma prestação de serviços quando cessarem as funções de administrador” (n.º 1)²⁰⁶⁷. Estabelecendo-se, em conformidade, que, “quando for designado administrador uma pessoa que, na sociedade ou em sociedades referidas no número anterior, exerça qualquer das funções mencionadas no mesmo número, os contratos relativos a tais funções extinguem-se, se tiverem sido celebrados há menos de um ano antes da designação, ou suspendem-se, caso tenham durado mais do que esse ano” (n.º 2)^{2068/2069}. Importa, neste âmbito, atender

107/2003, de 4.6, n.º 88/2004, de 20.4, n.º 19/2005, de 18.1, n.º 35/2005, de 17.2, n.º 111/2005, de 8.7, n.º 52/2006, de 15.3, n.º 76-A/2006, de 29.3, n.º 8/2007, de 17.1, n.º 357-A/2007, de 31.10, pela Declaração de Retificação n.º 117-A/2007, de 28.12, pelos DL 247-B/2008, de 30.12, 19/2009, de 12.5, 185/2009, de 12.8, 49/2010, de 19.5, 33/2011, de 7.3, 53/2011, de 13.4, e pela Lei n.º 66-B/2012, de 31.12.

²⁰⁶⁷ A este propósito, *v.*, nomeadamente, acórdão do STJ, de 7.3.2007, Proc. n.º 06S4476 (FERNANDES CADILHA).

²⁰⁶⁸ Acrescendo o disposto no n.º 3, conforme o qual, “na falta de autorização da assembleia geral, os administradores não podem exercer por conta própria ou alheia actividade concorrente da sociedade nem exercer funções em sociedade concorrente ou ser designados por conta ou em representação desta”. Sendo certo que “a autorização a que se refere o número anterior deve definir o regime de acesso a informação sensível por parte do administrador” (n.º 4). Já no contexto de sociedades por quotas, a jurisprudência acolhe uma leitura mais flexível, admitindo o exercício da gerência e a simultânea execução de um contrato de trabalho. A tal propósito, *v.*, por especialmente ilustrativo, o acórdão do STJ, de 29.9.1999, Proc. n.º 98S364, (JOSÉ MESQUITA), onde é indicado que “os sócios gerentes, constituindo os órgãos directivos e representativos da sociedade, participam na formação da vontade social, agindo no âmbito de um contrato de mandato (ou de administração) e não de um contrato de trabalho subordinado” (Sumário, I). Clarificando-se, todavia, que, “nas sociedades por quotas – ao invés do que sucede nas sociedades anónimas face ao artigo 398.º do CSC – as realidades práticas podem reclamar a admissibilidade da acumulação das funções de sócio-gerente e de trabalhador subordinado” (Sumário, II, *itálico* nosso). Sendo certo que, “no confronto da situação «sócio-gerente/trabalhador» (pelo menos nos casos de sociedades por quotas) são particularmente relevantes os aspectos respeitantes: 1. à anterioridade ou não do contrato de trabalho face à aquisição da qualidade de sócio gerente; 2. à retribuição auferida, procurando surpreender alterações significativas ou dualidade de retribuições; 3. à natureza das funções concretamente exercidas, antes e depois da ascensão à gerência, designadamente em vista a apurar se existe exercício de funções tipicamente de gerência e se há nítida separação de actividade; 4. à composição da gerência, designadamente ao número de sócios gerente e às respectivas quotas; 5. à existência de sócios maioritários com autoridade e domínio sobre os restantes; 6. à dependência, hierárquica e funcional, dos sócios-gerentes que desempenhem tarefas não tipicamente de gerência, relativamente a outras actividades” (Sumário, III).

²⁰⁶⁹ Entre a doutrina produzida a este respeito, *v.* Raúl VENTURA, “Nota sobre a Interpretação do Artigo 398.º do Código das Sociedades Comerciais: Exercício de Outras Actividades por Administrador de Sociedade Anónima”, *O Direito*, ano 125, 1993, n.ºs 3 e 4, pp. 261-266. No que respeita à suspensão prevista no art. 398.º, n.º 2, do CSC, importa acomodar um tal regime ao contexto de um grupo societário, atento o feixe de interferências aí identificáveis. PALMA RAMALHO observa, a este propósito, que “o vínculo de administração ou gestão numa das empresas é, por princípio, incompatível com o estatuto de trabalhador subordinado noutra empresa do mesmo grupo”. Importa, no entanto, analisar cada caso, justificando-se interpretação restritiva da regra, autorizando a “acumulação da qualidade de trabalhador subordinado na empresa dominante, com a qualidade de administrador ou titular de outro

- a par da numerosa jurisprudência firmada a propósito do n.º 2²⁰⁷⁰ - à jurisprudência constitucional produzida em sede de fiscalização concreta²⁰⁷¹. Em acórdão do TC n.º 1018/96, de 9.10²⁰⁷², estava em causa apreciação da conformidade constitucional da extinção dos contratos de trabalho ditada pelo n.º 2 do art. 398.º, nos casos em que os mesmos houvessem sido celebrados há menos de um ano. Considerando que aquela disposição inovava em face do enquadramento jurídico pré-existente e assente que participava da noção de “*legislação do trabalho*”, impunha-se a audição dos organismos representativos dos trabalhadores - a qual, não tendo ocorrido, se considerou conduzir à

órgão social na sociedade dominada ou dependente” (*Tratado cit.*, II, pp. 74-75; para maiores desenvolvimentos, v. PALMA RAMALHO, *Grupos cit.*, pp. 529 e ss.).

²⁰⁷⁰ Assim, nomeadamente, acórdão do STJ, de 19.1.2004, Proc. n.º 04S2164 (FERNANDES CADILHA).

²⁰⁷¹ Quanto ao n.º 1 do art. 398.º do CSC, o TC teve já oportunidade de se pronunciar em sede de fiscalização concreta, em acórdão n.º 539/2007, Proc. n.º 445/07, de 30.10 (JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO). Neste aresto, o TC rejeitou a inconstitucionalidade formal da norma, por considerar que o n.º 1 “não regula posições jurídicas de trabalhadores, enquanto tais, nem tem qualquer efeito directo e imediato numa relação de índole laboral. Pelo contrário, a norma tem como destinatário o administrador da sociedade - nessa exacta qualidade - e visa obstar a que este adquira a qualidade de trabalhador ou prestador de serviços da sociedade. Trata-se, assim, de vedar ao administrador a vinculação a outras actividades de colaboração pessoal na sociedade administrada, dado o risco que a confusão no mesmo sujeito das qualidades de administrador e administrado podia acarretar para a prossecução, de forma idónea, dos interesses sociais”. Por conseguinte, atento este enquadramento, seria “manifesto, que tal norma não pode incluir-se no conceito de legislação do trabalho e, portanto, não havia que facultar a participação dos organismos representativos dos trabalhadores no respectivo processo legislativo”. Foi também excluída a inconstitucionalidade orgânica, por se considerar que a norma não cria uma limitação à liberdade de exercício de profissão: “a norma que está em discussão prevê um impedimento de exercer «funções de trabalhador» numa sociedade, por parte daquele que escolheu, de acordo com a sua autodeterminação, aceitar as funções de administrador dessa mesma sociedade. O que significa que a incompatibilidade prevista no n.º 1 do artigo 398.º nasce de uma escolha (opção pelo cargo de administrador) do próprio interessado e, além disso, apenas se verifica no seio da sociedade onde exerce o cargo de administrador ou de sociedades que com esta estejam numa relação de domínio ou de grupo”. Havendo ainda que afastar juízo de inconstitucionalidade material: “a *ratio* subjacente à norma é, evidentemente, a de impedir qualquer aproveitamento daquelas funções em benefício próprio, estabelecendo-se tal proibição independentemente de se saber se, em concreto, tal situação era ou não susceptível de causar prejuízos à sociedade. Mas é também um impedimento que se destina a salvaguardar o exercício desinteressado (imparcial) das competências que estão atribuídas à administração de uma sociedade e que, em muitos casos, serão conflitantes com um vínculo de subordinação jurídica com essa mesma sociedade”. Em suma, “a declaração de nulidade de contrato, celebrado em violação do disposto no n.º 1 do artigo 398.º, na medida em que traduz a sanção prevista no ordenamento jurídico para a violação de uma proibição legal, fundada em razões do direito societário, em nada contende com a protecção constitucional da segurança no emprego e do direito ao trabalho”.

²⁰⁷² Proc. n.º 714/95 (GUILHERME DA FONSECA).

inconstitucionalidade formal da norma. O mesmo entendimento viria, aliás, a ser reiterado pelo TC, em acórdão n.º 626/2011, de 19.12²⁰⁷³.

Também quanto ao n.º 2 do art. 398.º do CSC, importa considerar o decidido pelo TC em acórdão n.º 259/2001, de 30.5²⁰⁷⁴, mas, agora, quanto à suspensão ali prevista²⁰⁷⁵. Estava, uma vez mais, em escrutínio eventual inconstitucionalidade formal, atenta a natureza laboral da matéria, por falta de audição dos organismos representativos dos trabalhadores. Todavia, ao invés do sustentado no acórdão 1018/96, o Tribunal entendeu que esta hipótese era autonomizável da anterior: se, naquele caso, estava em causa a introdução de uma nova hipótese extintiva, à suspensão, então em apreço, correspondia uma situação que já encontrava (ainda que sem qualificação jurídica expressa) acolhimento doutrinário e jurisprudencial em data anterior ao CSC. Rematando o TC que “a previsão normativa em causa praticamente *em nada inova[va]* o sistema que jurisprudencialmente estava assente e que, relativamente a outros trabalhadores o próprio legislador viria a aceitar, sem porém a qualificar conceitualmente, mas dando-lhe os contornos essenciais da suspensão laboral”. E concluindo, por isso, que “não havendo inovação substantiva, mas antes a mera atribuição de uma qualificação jurídica que remetia o intérprete e aplicador do direito para uma situação que estava já legalmente definida, nos seus contornos essenciais, não pod[ia] ter-se por exigível a consulta prévia das organizações representativas dos trabalhadores”²⁰⁷⁶.

V. Há, por fim, que considerar ainda o disposto a respeito de regimes especiais, que atendem às especificidades de certos contratos²⁰⁷⁷, em concretização de um terceiro nível de dispersão do fenómeno suspensivo.

²⁰⁷³ Proc. n.º 245/11 (MARIA JOÃO ANTUNES), com declaração de voto do Conselheiro Carlos Pamplona de Oliveira. Sufragando a argumentação que sustenta uma tal dissidência, v. FURTADO MARTINS, *Cessação cit.*, p. 43, n. 4.

²⁰⁷⁴ Proc. n.º 328/00 (VÍTOR NUNES DE ALMEIDA).

²⁰⁷⁵ A independência dos vínculos, reforçada por meio da suspensão, não é, todavia, absoluta, nem sempre sendo possível uma completa autonomização do regime laboral e do inerente ao exercício de funções de administração (de resto, no plano disciplinar, v. *supra* Parte I, Capítulo I, Secção V, Subsecção III, § 1. III, h)). Ilustrando as interligações aqui possíveis, v. acórdão da RP, de 11.3.2013, Proc. n.º 1003/09.5TTPRT.P1 (EDUARDO PETERSEN SILVA): foi, então, considerado abusivo o exercício do direito a complemento de reforma, quanto aos valores referentes ao período decorrido desde a data da reforma do trabalhador e o fim do exercício de funções de administração. Entre outros, v. ainda acórdãos do STJ, de 17.10.1986, Proc. n.º 001413 (CORREIA DE PAIVA), e de 17.10.2007, Proc. n.º 07S1615 (BRAVO SERRA), e da RP, de 28.1.1991, Proc. n.º 0124023 (ABEL SARAIVA).

²⁰⁷⁶ Acórdão *cit.* ênfase nossa. Reconduzimos esta hipótese suspensiva a uma situação de acordo (v. *supra* n. 410).

²⁰⁷⁷ Referenciando tais hipóteses, v. ROMANO MARTINEZ, *Direito do trabalho cit.*, pp. 663 e ss. Relativamente ao trabalho de porteiro, v. Portaria de Regulamentação do Trabalho de 2.5.1975, *Boletim do Ministério do Trabalho*, n.º 18, de 15.5, alterada pela Portaria de Regulamentação do Trabalho, de 20.6.1975, *Boletim do Ministério do Trabalho*, n.º 24, de 29.6, conforme rectificação publicada no *Boletim do Ministério do Trabalho*, n.º 14, de 30.7.1976. A respeito do trabalho rural, v. a Portaria de Regulamentação do Trabalho para a agricultura, BTE n.º 21, de 8.6.1979, cujo Capítulo VI reúne, sob a designação “Suspensão da prestação de trabalho”, a Base XXII

(“Descanso semanal”), a Base XXIII (“Feriados”), a Base XXIV (“Direito a férias dos trabalhadores permanentes”), Base XXV (“Direito a férias dos trabalhadores eventuais, sazonais e contratados a prazo”) e a Base XXVI (“Faltas”), omitindo, assim, referência a hipóteses de impedimento prolongado da prestação. Já quanto ao trabalho portuário, *v.* DL n.º 280/93, de 2.8, alterado pela Lei n.º 3/2013, de 14.1 e ainda o DL n.º 298/93, de 28.8, modificado pelo DL n.º 324/94, de 30.12 e pelo DL n.º 65/95, de 7.4; *v.* ainda o Estatuto de Pessoal das Administrações Portuárias, aprovado pelo DL n.º 421/99, de 21.8 e a Portaria n.º 1098/99, de 21.12, alterada pelas Portarias n.ºs 345/2001, de 6.4, 218/2002, de 12.3, 577/2003, de 16.7, 1182/2004, de 14.9, 1146/2005, de 8.11 e pelo DL n.º 229/2005, de 29.12. No referente ao contrato de trabalho a bordo, há que ter em conta o DL n.º 74/73, de 1.3, que aprova o regime jurídico do contrato individual de trabalho do pessoal da marinha de comércio, alterado pelos DLs n.ºs 104/89, de 6.4 e 88/96, de 3.7, e pela Lei n.º 114/99, de 8.3. A respeito de um tal diploma, relevam, sobretudo, os arts. 63.º a 67.º, respeitantes ao “Impedimento do tripulante”, à “Substituição do tripulante”, ao “Regresso do tripulante”, à “Suspensão dos contratos com prazo” e, por fim, à “Rescisão no período de suspensão”, que se aproximam, com ajustes, do enquadramento geral reservado à suspensão – de assinalar apenas que, quanto ao período mínimo de um mês de ausência, é agora indicado que *“quando o tripulante estiver em viagem, a suspensão do contrato só se verifica no caso de o impedimento temporário persistir por mais de um mês após o desembarque no porto de armamento ou naquele em que foi recrutado”* (art. 63.º, n.º 2). Segue-se, no art. 68.º, disposição reservada à “Licença sem retribuição”, onde se estabelece, no n.º 2, que *“o período de licença sem retribuição autorizado pelo armador não conta para efeitos de antiguidade, mas não afecta a antiguidade já adquirida”*. De referir, por fim, que, quanto ao enquadramento sistemático, o diploma agrega, no Capítulo IV (“Da suspensão da prestação de trabalho”), a matéria do “Descanso semanal e feriadados” (Secção I), das “Férias” (Secção II), das “Faltas” (Secção III), “Da suspensão do contrato de trabalho por impedimento prolongado” (Secção IV) e “Da licença sem retribuição” (Secção V). Importa considerar ainda a Lei n.º 15/97, de 31.5, que regula o contrato de trabalho a bordo das embarcações de pesca, tendo sido alterada pela Lei n.º 114/99, de 3.8, que reconduz ao Capítulo IV (“Suspensão da prestação de trabalho”), as disposições referentes aos “Feriados” (art. 23.º), ao “Direito a férias” (art. 24.º), às “Faltas” (art. 25.º) e, por fim, à “Suspensão do contrato de trabalho por impedimento prolongado respeitante ao marítimo” (art. 26.º). Conforme o n.º 1 desta última disposição, *“quando o marítimo desembarcado em porto estiver temporariamente impedido de embarcar por facto que não lhe seja imputável, nomeadamente o serviço militar obrigatório, doença ou acidente, e o impedimento se prolongue por mais de um mês ou que haja a certeza ou se preveja com segurança que o mesmo terá duração superior a este prazo, o contrato suspende-se e cessam os direitos, deveres e garantias das partes, na medida em que pressuponham a efectiva prestação de trabalho”*. Dispondo o n.º 2 que, *“terminado o impedimento, o marítimo deve informar expressamente o armador da sua disponibilidade para embarcar, presumindo-se que, se o não fizer durante 15 dias úteis seguidos, abandonou o trabalho”* e o n.º 3 que *“o tempo de suspensão conta-se para efeitos de antiguidade, conservando o marítimo o direito ao lugar logo que cesse o impedimento, sem prejuízo de competir ao armador determinar a data e o local do reembarque”*. Por fim, refere o n.º 4 que, *“sendo o contrato sujeito a termo, a suspensão não impede a sua caducidade no final do prazo estipulado”*. Acresce o contrato de trabalho rodoviário, a respeito do qual importa considerar, a par de diversos regulamentos comunitários, o Decreto n.º 324/73, de 30.6, que aprova o Acordo Europeu Relativo ao Trabalho das Tripulações dos Veículos que Efectuam Transportes Internacionais Rodoviários e seu Protocolo de Assinatura, a Lei n.º 27/2010, de 30.8, que estabelece o regime sancionatório aplicável à violação das normas respeitantes aos tempos de condução, pausas e tempos de repouso e ao controlo da utilização de tacógrafos, na actividade de transporte rodoviário, transpondo a Directiva n.º 2006/22/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15.3, alterada pelas Directivas n.ºs 2009/4/CE, da Comissão, de 23.1, e 2009/5/CE, da Comissão, de 30.1; *v.* ainda o DL n.º 237/2007, de 19.6, que transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 2002/15/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11.3, relativa à organização do tempo de trabalho das pessoas que exercem actividades móveis de transporte rodoviário. Quanto ao contrato de trabalho ferroviário, *v.* o Decreto n.º 381/72,

Assume, neste âmbito, particular relevância o regime jurídico do contrato de trabalho do serviço doméstico, aprovado pelo RJCTSD, sobretudo se considerado o disposto no art. 25.º, referente à “Suspensão do contrato de trabalho por impedimento prolongado respeitante ao trabalhador”, ali se indicando que, *“quando o trabalhador esteja temporariamente impedido de prestar trabalho por facto que não lhe seja imputável, nomeadamente doença ou acidente, e o impedimento se prolongue por mais de um mês”* – em formulação próxima do art. 296.º, n.º 1, do CT –, *“cessam os direitos, deveres e garantias das partes, na medida em que pressuponham a efectiva prestação de trabalho”*. E o n.º 2 refere também os efeitos suspensivos: *“o tempo de suspensão conta para efeitos de antiguidade, mantendo-se os direitos, deveres e garantias das partes, na medida em que não pressuponham a efectiva prestação de trabalho”*. É, todavia, previsto um prazo específico para o trabalhador, uma vez findo o impedimento, se apresentar ao serviço: *“terminado o impedimento, o trabalhador deve, dentro de 10 dias, apresentar-se à entidade empregadora para retomar o serviço, sob pena de se considerar abandono do trabalho, com consequente cessação do contrato de trabalho”* (n.º 3; cfr. com art. 297.º do CT²⁰⁷⁸). Por último, o art. 25.º, n.º 4, refere, em termos similares ao disposto no art. 295.º, n.º 3, do CT, que, *“sendo o contrato sujeito a termo, a suspensão não impede a sua caducidade pela verificação daquele”*.

9.10. Há ainda que considerar o previsto no RJCTPD e, por último, no RCTPE, consideradas as especificidades do disposto no art. 8.º (“Contrato por tempo indeterminado com exercício intermitente da prestação de trabalho”), face ao disposto nos arts. 157.º a 160.º do CT. A respeito de um tal regime, *v.*, nomeadamente, Júlio Manuel Vieira GOMES, “Da Fábrica à Fábrica de Sonhos: Primeiras Reflexões sobre o Regime dos Contratos de Trabalho dos Profissionais de Espectáculos”, *Novos Estudos de Direito do Trabalho*, Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2010, pp. 197-231, pp. 221 e ss., e Margarida PORTO, “Regime jurídico do contrato de trabalho dos profissionais de espectáculos – algumas reflexões”, *Para Jorge Leite. Escritos jurídico-laborais* (coord. João Reis, Leal Amado, Liberal Fernandes e Regina Redinha), vol. 1, Coimbra Editora, 2014, pp. 733-755. Há que tomar também em conta, no que respeita ao contrato de trabalho de docentes e, em especial, relativamente ao ensino universitário, o disposto no regime jurídico das instituições de ensino superior, aprovado pela Lei n.º 62/2007, de 10.9 (*maxime*, arts. 4.º e ss.) e, nomeadamente, no DL n.º 448/79, de 13.11, que aprova o Estatuto da Carreira Docente Universitária, alterado pela Lei n.º 19/80, de 16.7, pelo DL n.º 392/86, de 22.11, pela Lei n.º 6/87, de 27.1, e pelo DL n.º 145/87, de 24.3, DL n.º 147/88, de 27.4, DL n.º 205/2009, de 31.8 e pela Lei n.º 8/2010, de 13.5. Importa fazer, por fim, menção ao regime previsto na LGTFP, cujo Capítulo VIII (“Vicissitudes modificativas”), se desdobra na Secção I (“Cedência de interesse público” – arts. 241.º a 244.º), Secção II (“Reafetação de trabalhadores em caso de reorganização e racionalização de efetivos” – arts. 245.º a 275º) e Secção III, referente a “Outras situações de redução da atividade ou suspensão do vínculo de emprego público”, que inclui, desde logo, as “Disposições gerais” – Subsecção I (arts. 276.º e 277.º, respeitantes, respectivamente, aos “Factos que determinam a redução ou a suspensão” e aos “Efeitos da redução e da suspensão”). Seguem-se os casos de “Suspensão do vínculo de emprego público por facto respeitante ao trabalhador” – Subsecção II, aqui se incluindo os “Factos determinantes” e o “Regresso do trabalhador” (arts. 278.º e 279.º). E, por fim, as disposições reservadas às “Licenças” – Subsecção III (arts. 280.º a 283.º) – e à Pré-reforma – Subsecção IV (arts. 284.º a 287.º). De assinalar, todavia, que, sem prejuízo de outras referências pontuais, atenta a matéria em análise, assume maior relevância, entre os regimes especiais assim referidos, o reservado ao contrato de trabalho de serviço doméstico, ao qual renovaremos menção *v. infra* Capítulo III).

²⁰⁷⁸ Quanto à referência, no regime geral, a um prazo de quinze dias, *v.* o regime vigente até à LSCT, *supra* § 2.1.4. No que respeita ao regime do CT 2009, *v.* o art. 297.º.

De assinalar, contudo, que, neste caso, a especificidade mais relevante decorre da fixação de um prazo máximo de seis meses, findo o qual se considera o impedimento definitivo. Assim, o art. 28.º, n.º 1, b), indica que “o contrato de serviço doméstico caduca nos casos previstos neste diploma e nos termos gerais de direito, nomeadamente, verificando-se a impossibilidade superveniente, absoluta e definitiva de o trabalhador prestar o seu trabalho ou de o empregador o receber”, considerando-se “definitivo o impedimento cuja duração seja superior a seis meses ou, antes de expirado este prazo, quando haja a certeza ou se preveja com segurança que o impedimento terá duração superior” (art. 28.º, n.º 2).

Acresce, por fim, o enquadramento reservado a contrato equiparado a contrato de trabalho, *maxime*, à luz do disposto na Lei n.º 101/2009, de 8.9, que estabelece o regime jurídico do trabalho no domicílio, justificando-se menção a três disposições: (i) o art. 2.º, n.º 1, a), que proíbe ao “beneficiário da actividade” a contratação de trabalhador no domicílio “para produção de bens ou serviços na qual participe trabalhador abrangido” por “redução temporária do período normal de trabalho ou suspensão do contrato de trabalho por facto respeitante ao empregador, desde o início do respectivo procedimento e até três meses após o termo da situação”; ainda se indicando, no n.º 2, que “o beneficiário da actividade não pode renovar a atribuição de trabalho a trabalhador no domicílio contratado nos 60 dias anteriores ao início de qualquer dos procedimentos referidos no número anterior”²⁰⁷⁹; (ii) o art. 9º, que enquadra a suspensão por facto imputável ao beneficiário da actividade, dispondo que tal suspensão, se “não recuperada nos três meses seguintes, confere ao trabalhador no domicílio o direito a compensação pecuniária por forma a perfazer, em relação ao período em causa, metade da remuneração que lhe corresponda ou, não sendo possível o seu apuramento, metade da remuneração média dos últimos 12 meses, ou dos meses de execução de contrato de duração inferior”²⁰⁸⁰; (iii) e, por fim, o art. 10.º, n.º 4, que prevê uma regra extintiva específica, conforme a qual, “salvo acordo em contrário, a falta de trabalho que origine a inactividade do trabalhador por prazo superior a 60 dias consecutivos implica a caducidade do contrato a partir desta data, desde que o beneficiário da actividade comunique por escrito a sua ocorrência”, sendo, em tal caso, devido ao trabalhador “compensação igual a 60 ou 120 dias de remuneração, consoante o contrato tenha durado até dois anos ou mais de dois anos, respectivamente”²⁰⁸¹.

²⁰⁷⁹ A redacção antes indicada no art. 25.º da Lei n.º 35/2004, de 29.7 (alterada pela Lei n.º 9/2006, de 20.3), dispunha que “enquanto decorrer procedimento de redução temporária do período normal de trabalho ou suspensão do contrato de trabalho por facto respeitante ao empregador, de despedimento colectivo ou por extinção de posto de trabalho e, bem assim, nos três meses posteriores ao termo das referidas situações, é vedado à empresa contratar trabalhador no domicílio para produção de bens ou serviços na qual participem trabalhadores abrangidos pelo procedimento em causa, sem prejuízo da renovação da atribuição de trabalho em relação a trabalhadores contratados até 60 dias antes do início do referido procedimento”.

²⁰⁸⁰ Quando concretizada, a indicada “recuperação” do trabalho não prestado distancia-se da lógica suspensiva, traduzindo num “adiamento” (e não já inviabilização definitiva) da actividade não executada (a esse propósito, *v. supra* Parte I, Capítulo II, § 3.).

²⁰⁸¹ Cf. art. 11.º, n.º 3.

2.1.7. A revisão de 2012

I. Também as alterações introduzidas, neste âmbito, pela Lei n.º 23/2012, de 23.6²⁰⁸², justificam uma breve referência. Desde o início da crise financeira e económica de 2008 que as empresas têm recorrido com maior frequência a instrumentos que lhes permitam superar tais dificuldades. Logo em 2009, assistimos a uma intensificação do recurso ao “lay-off”. Assim, conforme dados disponibilizados pela Segurança Social²⁰⁸³:

- Em 2005, o recurso ao “lay-off” totalizava, num universo de 34 empregadores, 588 trabalhadores (186 em redução e 402 em suspensão);
- Em 2006, num universo de 49 empregadores, totalizava 664 trabalhadores (101 em redução e 563 em suspensão);
- Em 2007, num universo de 28 empregadores, totalizava 891 trabalhadores (116 em redução e 775 em suspensão);
- Em 2008, num universo de 54 empregadores, o total passa a ser de 1422 trabalhadores (122 em redução e 1300 em suspensão);
- E, em 2009, instalada a crise, assiste-se a um crescimento exponencial destes números: num universo de 423 empregadores, o “lay-off” abrange um total de 19278 (9492 em redução e 9786 em suspensão);
- Assumido este pico, constata-se uma redução destes números em 2010, para um universo de 324 empregadores, com um total de 6145 trabalhadores (3334 em redução e 2811 em suspensão) e em 2011, para um universo de 266 empregadores e um total de 3601 trabalhadores (2266 em redução e 1335 em suspensão);
- Nova subida haveria, porém, de ocorrer em 2012, para um universo de 550 empregadores e um total de 8703 trabalhadores (4718 em redução e 3985 em suspensão);
- Já no ano de 2013, num universo de 547 empregadores, o total passa a ser de 7434 trabalhadores (3439 em redução e 3995 em suspensão);
- Por fim, no ano de 2014, regista-se uma diminuição nestes números: para um universo de 344 empregadores e um total de 4460 trabalhadores (2281 em redução e 2179 em suspensão).

II. A Revisão de 2012 é fortemente marcada pelos Memorandos celebrados com a Troika - “*Memorandum of Understanding on Specific Economic Conditionality*” (“MoU”) e “*Memorandum of Economic and Financial Policies*” (“MEFP”)²⁰⁸⁴ - considerados os compromissos então assumidos na área laboral.

²⁰⁸² Rectificada pela Declaração n.º 38/12, de 23.7, e alterada pelas Leis n.ºs 69/2013, de 30.8, e 48-A/2014, de 31.7.

²⁰⁸³ Em <<http://www4.seg-social.pt/estatisticas>> - dados actualizados a Fevereiro de 2015.

²⁰⁸⁴ Os documentos relativos ao Programa de Assistência Económica e Financeira estão disponíveis em <<http://www.portugal.gov.pt/pt/os-temas/memorandos/memorandos.aspx>>. A versão original dos Memorandos é a inglesa. Reflectindo sobre a natureza jurídica dos Memorandos, v., nomeadamente, Eduardo Correia BAPTISTA, “Natureza Jurídica dos Memorandos com o FMI e com a União Europeia”, ROA, ano 71, 2011, vol. 2, pp. 477-488.

A versão do MoU de 17.5.2011 estabelecia, na Medida 4.6 (ii), que “*ser[ia] apresentado à Assembleia da República uma proposta de lei até ao T1-2012 sobre [...] implementação dos compromissos acordados no Acordo Tripartido de Março, em relação ao [...] regime da redução temporária do período normal de trabalho ou suspensão do contrato de trabalho em situação de crise empresarial, facilitando o cumprimento de requisitos por parte dos empregadores para a introdução e renovação destas medidas*” – orientações que viriam a ser acolhidas primeiramente no “Compromisso para o Crescimento, Competitividade e Emprego”, de 18.1.2012, celebrado entre o Governo e a maioria dos Parceiros Sociais²⁰⁸⁵, e, seguidamente, na Lei n.º 23/2012, de 25.6, que introduziu novas alterações ao regime do “*lay-off*”^{2086/2087}. Tendo por base a PL n.º 43/XII, apresentada pelo Governo no Parlamento em 9.2.2012, ali se anunciavam “*significativas alterações ao regime jurídico de suspensão ou de redução de laboração em situação de crise empresarial*”. Tais modificações tinham “*em vista a agilização dos procedimentos da redução ou suspensão dos contratos de trabalho em situações de crise empresarial*”, assim se criando “*as condições necessárias para que as empresas enfrent[ass]em situações transitórias de dificuldades, contribuindo para evitar despedimentos por motivos económicos*”. Tratava-se, em suma, de aposta “*em medidas de viabilização das empresas e consequente manutenção do emprego*”. A tal elenco se somando, por razões de transparência e rigor – atenta a comparticipação assumida pela Segurança Social – “*a obrigatoriedade de a empresa ter a sua situação contributiva regularizada perante a administração fiscal e a segurança social, salvo quando se encontr[ass]e em*

²⁰⁸⁵ Disponível em <www.ces.pt>. A necessidade de tais alterações é referida nos termos seguintes: “a crise económica que o País atravessa repercute-se no aumento das dificuldades financeiras das empresas. Estes efeitos podem conduzir à necessidade de adequação da empresa a períodos de menor procura dos seus produtos ou dos serviços realizados, justificando o recurso a medidas excepcionais de suspensão dos contratos de trabalho ou de redução dos períodos normais de trabalho, desde que estas se mostrem indispensáveis para assegurar a viabilidade da empresa e a manutenção dos postos de trabalho. No contexto atual de previsível aumento do desemprego, mostra-se assim essencial promover a implementação de mecanismos que possam contribuir para a preservação das relações de trabalho mediante a viabilização das empresas. Assim, afigura-se necessário modificar o mecanismo de redução dos períodos normais de trabalho ou de suspensão do contrato de trabalho em situação de crise empresarial, por forma a, por um lado, possibilitar a efetiva viabilização das empresas e, por outro, a conciliar esse propósito com a proteção conferida aos trabalhadores durante esse período”. Este Compromisso concretiza o que já havia sido acordado no Acordo Tripartido para a Competitividade e o Emprego de 22.3.2011, onde se afirmava que “o Governo e os Parceiros Sociais entendem que, na actual situação e sem desvirtuar a natureza excepcional do regime, é necessário agilizar a legislação relativa à redução e à suspensão dos contratos de trabalho em situação de crise empresarial, visto que a experiência demonstrou, tanto no nosso país, como nalguns dos nossos parceiros europeus, que este tipo de medidas pode constituir alternativa às cessações de contratos de trabalho” – documento também disponível em <www.ces.pt>.

²⁰⁸⁶ Esta lei viria a ser objecto de fiscalização sucessiva da constitucionalidade (acórdão n.º 602/2013, de 25.9, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt>, publicado no DR, 1.ª série, n.º 206, de 24.10.13, tendo sido rectificado pelo acórdão do TC n.º 635/13, de 1.10.13). No entanto, especificamente no que respeita às alterações introduzidas quanto ao “*lay-off*”, não foi invocada qualquer desconformidade, a sujeitar ao escrutínio do TC.

²⁰⁸⁷ V. NUNES DE CARVALHO, “Suspensão ...” *cit.*, pp. 119-161.

situação económica difícil ou em processo de recuperação de empresa”, conforme o novo n.º 4, aditado ao art. 298.º do CT²⁰⁸⁸. Acrescendo, também, “na fase das comunicações e na fase de informação trimestral, a imposição ao empregador da disponibilização, aos trabalhadores e seus representantes, bem como ao serviço com competência do ministério responsável pela área do emprego e pela área de segurança social, de documentos de natureza contabilística e financeira que demonstr[ass]em os fundamentos da medida e que reflet[issem]m a situação da empresa” – com reflexo nas alterações introduzidas aos n.ºs 2 e 4 do art. 299.^{º2089} e ao art. 307.º do CT²⁰⁹⁰.

Por outro lado, com o propósito de aceleração e desburocratização dos procedimentos, foi promovida “a redução dos prazos de decisão do empregador de aplicação da medida e de início de execução da mesma, ambos de dez para cinco dias, possibilitando-se ainda o início imediato da sua aplicação em caso de acordo com os representantes dos trabalhadores, ou, na sua falta, da maioria dos trabalhadores abrangidos” – cf. nova redacção reservada ao n.º 3 do art. 300.º e ao n.º 2 do art. 301.^{º2091} –, passando a admitir-se a “prorrogação da medida, mediante comunicação do empregador aos representantes dos trabalhadores ou, na sua falta, aos próprios trabalhadores abrangidos” (alteração introduzida ao n.º 3 do art. 301.^{º2092}). Em reforço da natureza conservatória destas medidas, é prevista a “proibição de cessação de contrato de trabalho durante a aplicação da medida e nos 30 ou 60 dias seguintes, consoante a sua duração não exceda ou seja superior a seis meses, sob pena de devolução dos apoios recebidos em relação ao trabalhador em causa” – cf. redacção acolhida nos n.ºs 2 e 3 do art. 303.^{º2093}. Sendo ainda previsto um novo art. 298.º-

²⁰⁸⁸ V. a Exposição de Motivos da referida PL. Naquela disposição é indicado que “a empresa que recorra ao regime de [...] suspensão deve ter a sua situação contributiva regularizada perante a administração fiscal e a segurança social, nos termos da legislação aplicável, salvo quando se encontre numa das situações previstas no número anterior”. O que pode, todavia, consubstanciar um entrave à operacionalidade do regime. A este propósito, v. *supra* n. 460.

²⁰⁸⁹ Passando o n.º 2 a referir que “o empregador disponibiliza, para consulta, os documentos em que suporta a alegação de situação de crise empresarial, designadamente de natureza contabilística e financeira”.

²⁰⁹⁰ Cujo n.º 1 passa a dispor que “o empregador informa trimestralmente as estruturas representativas dos trabalhadores ou a comissão representativa referida no n.º 3 do artigo 299.º ou, na sua falta, os trabalhadores abrangidos da evolução das razões que justificam o recurso à redução ou suspensão da prestação de trabalho”.

²⁰⁹¹ “Celebrado o acordo ou, na falta deste, após terem decorrido cinco dias sobre o envio da informação prevista nos n.ºs 1 ou 4 do artigo anterior ou, na falta desta, da comunicação referida no n.º 3 do mesmo artigo, o empregador comunica por escrito, a cada trabalhador, a medida que decidiu aplicar, com menção expressa do fundamento e das datas de início e termo da medida” (cf. o n.º 3 do art. 300.º). Por sua vez, de acordo com o n.º 2 do art. 301.º, “a redução ou suspensão pode iniciar-se decorridos cinco dias sobre a data da comunicação a que se refere o n.º 3 do artigo anterior, ou imediatamente em caso de acordo entre o empregador e a estrutura representativa dos trabalhadores, a comissão representativa referida no n.º 3 do artigo 299.º ou a maioria dos trabalhadores abrangidos ou, ainda, no caso de impedimento imediato à prestação normal de trabalho que os trabalhadores abrangidos conheçam ou lhes seja comunicado”.

²⁰⁹² Nos termos do qual, “qualquer dos prazos referidos no n.º 1 pode ser prorrogado por um período máximo de seis meses, desde que o empregador comunique tal intenção e a duração prevista, por escrito e de forma fundamentada, à estrutura representativa dos trabalhadores ou à comissão representativa referida no n.º 3 do artigo 299.º”.

²⁰⁹³ Conforme o n.º 2, “durante o período de redução ou suspensão, bem como nos 30 ou 60 dias seguintes à aplicação das medidas, consoante a duração da respetiva aplicação não exceda ou seja superior a seis meses, o empregador não pode fazer cessar o contrato de trabalho de trabalhador abrangido por

A, conforme o qual “o empregador só pode recorrer novamente à aplicação das medidas de redução ou suspensão depois de decorrido um período de tempo equivalente a metade do período anteriormente utilizado, podendo ser reduzido por acordo entre o empregador e os trabalhadores abrangidos ou as suas estruturas representativas”.

Por fim, quanto à comparticipação assumida pelo Estado, a Exposição de Motivos confirmava a regra de que “a manutenção do apoio pelo serviço público competente da área da segurança social, corresponde[ria] a 70% da compensação retributiva”, e que “em caso de frequência pelos trabalhadores de formação profissional adequada ao desenvolvimento da sua qualificação profissional, que aument[asse] a sua empregabilidade, ou à viabilização da empresa e à manutenção dos postos de trabalho”, seria previsto “um apoio no valor de 30% do Indexante de Apoios Sociais (IAS), ao empregador e ao trabalhador, em partes iguais” (cf. a redacção dos n.ºs 4, 5 e 6 do art. 305.^o²⁰⁹⁴).

As alterações assim propostas viriam a ser concretizadas, por via da aprovação da Lei n.º 23/2012, que entrou em vigor a 1.8.2012.

2.2. Ponto de ordem

Registada a evolução que marca o regime hoje vigente e atenta a invocada dualidade (suspensão respeitante ao *trabalhador* e ao *empregador*), mantida de forma mais ou menos constante no tratamento afecto à temática suspensiva^{2095/2096}, dir-se-á que a menção à *impossibilidade* decorre, sobretudo, do previsto na suspensão por factos relativos ao trabalhador. Certo porém que, mesmo nesse âmbito, uma tal correspondência concorre apenas quanto a parcela de hipóteses suspensivas – as reservas à transposição do conceito respeitam, agora, sobretudo ao suposto carácter *absoluto* do impedimento, convocado em contexto civil: e ciente desta dificuldade, a doutrina laboral busca um conceito próprio, que acomode as diferenças assinaladas.

Por seu turno, no que respeita ao apelo à *impossibilidade* na suspensão referente ao empregador, referimos situações que afectam a necessária

aquelas medidas, exceto se se tratar de cessação da comissão de serviço, cessação de contrato de trabalho a termo ou despedimento por facto imputável ao trabalhador”. Decorrendo, por sua vez, do n.º 3, que, “em caso de violação do disposto no número anterior, o empregador procede à devolução dos apoios recebidos, previstos nos n.ºs 4 e 5 do artigo 305.º, em relação ao trabalhador cujo contrato tenha cessado”.

²⁰⁹⁴ Conforme o n.º 6 do art. 305.º, “os serviços públicos competentes nas áreas da segurança social e do emprego e formação profissional devem entregar a parte que lhes compete ao empregador, de modo que este possa pagar pontualmente ao trabalhador a compensação retributiva, bem como o acréscimo a que haja lugar”.

²⁰⁹⁵ Sem prejuízo de pontuais hesitações classificatórias (v. *supra* n. 410, quanto ao art. 398.º, e Parte I, Capítulo II, § 2.2., quanto à *exceptio*).

²⁰⁹⁶ No tratamento da matéria, as propostas de classificação são, todavia, variadas. Assim, CARRO IGELMO dá conta de outra sistematização, que autonomiza circunstâncias suspensivas “biológicas” (v.g., doença e maternidade), “físico-económicas” (acidentes, incêndios, destruição de matérias primas, etc.), político-sociais (greve e “lock-out”) e “cautelares ou sancionatórias” (v.g., privação de liberdade, suspensão disciplinar ou encerramento da empresa por ordem de autoridade) (*La suspensión cit.*, p. 34).

colaboração do credor: insistindo-se em aproximação ao conceito de *impossibilidade* – e uma vez que, em tais casos, a prestação do trabalho é, em abstracto, possível –, apenas reflexamente se poderá falar em impossibilidade *de cumprir* (e não já em impossibilidade *de prestar*). Por isso se prefere a sua recondução a “quadrante da mora do credor” – ainda que a sua localização sistemática revista contornos nebulosos, mesmo em domínio civil²⁰⁹⁷. Para a complexidade do tema concorre, por fim, a variedade de motivos subjacentes a uma tal recusa de cooperação – ao que corresponde, no domínio laboral, arrumação regimental diferenciada²⁰⁹⁸.

Aqui chegados e assente a relevância afecta à *impossibilidade* em contexto suspensivo laboral, importa considerar os seus contornos neste âmbito específico.

²⁰⁹⁷ Aspectos desenvolvidos *infra*, Secção IV.

²⁰⁹⁸ Referimos a suspensão por crise empresarial (arts. 298.º a 308.º) e por encerramento temporário ou diminuição de actividade por caso fortuito ou força maior (art. 309.º, n.º 1, a)) ou por facto imputável ao empregador ou por motivo do seu interesse (art. 309.º, n.º 1, b)).

SECÇÃO III

A IMPOSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO POR FACTO RESPEITANTE AO TRABALHADOR

Em concretização do previsto no art. 294.º, n.º 1²⁰⁹⁹, dispõe o art. 296.º, n.º 1 que “*determina a suspensão do contrato de trabalho o impedimento temporário por facto respeitante ao trabalhador que não lhe seja imputável e se prolongue por mais de um mês, nomeadamente doença, acidente ou facto decorrente da aplicação da lei do serviço militar*”. Por sua vez, o n.º 5 daquela disposição estende o regime suspensivo às hipóteses de “*impedimento temporário por facto imputável ao trabalhador*”, mas tão-só quando a lei assim o preveja.

Assumindo que os princípios de Direito comum das obrigações devem ser aplicados quando não expressamente derogados por normas especiais²¹⁰⁰, importa determinar em que medida a referência à impossibilidade em contexto (suspensivo) laboral reflecte o significado que o termo assume em domínio civil. Aos desvios já assinalados – ainda decorrentes do carácter duradouro do vínculo²¹⁰¹ – acrescem variações impostas no domínio laboral: afinal, na delimitação da suspensão é frequentemente convocado um sentido próprio de impossibilidade, distinto daquele que vigora em contexto civil, supostamente mais estrito e rigoroso²¹⁰². E uma tal flexibilização²¹⁰³ seria tradução de um fenómeno de humanização dos conceitos²¹⁰⁴, considerada a necessária tutela da personalidade do trabalhador²¹⁰⁵. É, aliás, nesse sentido que, no Direito italiano, a doutrina invoca leitura particular, que autoriza induzir a vontade de modificar, em domínio laboral, os contornos da impossibilidade, tal qual acolhida no art. 1218 do CCit.²¹⁰⁶ – assim se legitimando a exoneração do trabalhador sempre que a execução do acordado se afigure gravemente prejudicial à sua personalidade, embora não concorrendo qualquer impossibilidade absoluta²¹⁰⁷.

²⁰⁹⁹ “A redução temporária de período normal de trabalho ou a suspensão de contrato de trabalho pode fundamentar-se na impossibilidade temporária, respectivamente parcial ou total, de prestação de trabalho por facto relativo ao trabalhador ou ao empregador”.

²¹⁰⁰ MENGONI, “Note ...” cit., p. 271. A este respeito, v. *supra* n. 79.

²¹⁰¹ Cf. Parte I

²¹⁰² Assim, ANDIAS GONÇALVES, “A licença ...” cit., p. 147. No Direito espanhol, também RIVAS VALLEJO reconhece que “la tesis de la imposibilidad sobrevenida se basa todavía, especialmente en su primera formulación, en conceptos civilistas que tratan de aplicarse y adaptarse a la peculiaridad del contrato de trabajo” (La suspensión cit., p. 43).

²¹⁰³ Do confronto com o regime geral de Direito Civil, resulta, no plano laboral, que “allorquando entrano in gioco gli istituti di cui agli artt. 1256, 1463 e 1464 c.c., gli stessi vengono dalla giurisprudenza interpretati flessibilmente e modellati alle peculiarità del rapporto contrattuale ed alla delicatezza degli interessi coinvolti” (LOMBARDI, La risoluzione cit., p. 388).

²¹⁰⁴ Referindo a exigência de uma tal humanização, traduzida na relativização da impossibilidade em domínio laboral suspensivo, v. LAVAGNINI, La sospensione cit., p. 41.

²¹⁰⁵ V. *supra* Parte I, Capítulo VI, § 4.

²¹⁰⁶ São, neste âmbito, ainda frequentemente convocados os arts. 1256, 1258, 1463 e 1464 do CCit.

²¹⁰⁷ MENGONI, “Note ...” cit., p. 272, com itálico nosso. O Autor indica, sugestivamente que “si propone, così, con riferimento all’obbligazione di lavoro, l’istanza di una nizzazione del freddo criterio naturalistico dell’art. 1218 (...)” (*idem*). Mesmo as obras de Direito Civil acentuam este traço: “di

Admitimos, no entanto, que esta demarcação pode não assentar em pressupostos precisos. Em certa medida, os contornos que delimitam a impossibilidade civilística e o impedimento relevante no âmbito da suspensão laboral tendem a esbater-se – não resultando evidente a perpetuação de referência a conceitos supostamente distintos. Por sua vez, concedendo que a aproximação à impossibilidade não se afigure perfeitamente rigorosa, importa equacionar o recurso a fórmula alternativa, mais adequada²¹⁰⁸.

1. A impossibilidade absoluta e a impossibilidade relativa

1.1. O carácter absoluto da impossibilidade

Diz-se absoluta a impossibilidade “que, de modo nenhum, as forças humanas podem vencer”. É, por sua vez, relativa, aquela “que deriva de um obstáculo que não pode ser superado senão com esforços e sacrifícios superiores ao grau considerado típico, i.e., superiores à diligência considerada média em determinada espécie de obrigações”²¹⁰⁹. À *difficultas praestandi* correspondem hipóteses em que a realização da prestação “não é impossível mas é particularmente difícil”, por pressupor “sacrifícios extraordinários ou desmesurados, já de ordem financeira, já de ordem pessoal ou moral”^{2110/2111}. Atento

particolare interesse, nella prospettiva dell'efficacia dirimente attribuita alle particolari modalità adempitive, connaturate alla tipologia del rapporto in essere, perché possa configurarsi la sopravvenuta impossibilità, appare altra pronuncia resa in materia giuslavoristica” (LOMBARDI, *La risoluzione cit.*, p. 54). Explicitando idêntica evolução flexibilizadora no Direito Laboral francês, v. YAMAGUCHI, *La théorie cit.*, p. 73, que assinala o apelo, neste âmbito, a uma impossibilidade moral, e BÉRAUD, *La suspension cit.*, p. 51.

²¹⁰⁸ Enquadrando o tema no Direito espanhol, SOLÀ MONELLS procura superar a transposição acrítica da teoria geral dos contratos para este domínio, colocando em evidência a difícil acomodação do Direito Civil ao enquadramento da suspensão laboral. É indicado o desajuste de apelo à designada “*fuerza mayor «impropria»*” – sendo assinalada a impropriedade de menção não só à “impossibilidade”, mas também à “não imputação”, bem como à “imprevisibilidade” e à “inevitabilidade” –, sendo ainda rejeitada referência à onerosidade excessiva. Circunscrito o estudo à “*suspensión por causas empresariales*”, a mesma resulta definida nos termos seguintes: “*poder empresarial dirigido a la ordenación cuantitativa del tiempo de trabajo que permite una exoneración temporal del volumen de trabajo inicialmente contratado para superar una situación coyuntural de dificultad que afecta a la empresa*” (*La suspensión cit.*, p. 90).

²¹⁰⁹ FERREIRA DA ROCHA, “A imputação ...” *cit.*, p. 67, n. 106.

²¹¹⁰ GALVÃO TELLES, *Direito cit.*, p. 366, itálico nosso. Em tais casos, “o devedor não está impossibilitado de cumprir; contudo só pode fazê-lo mediante *exagerado sacrificio económico*, realizando dispêndios para além do razoável, ou mediante o sacrifício, igualmente *desrazoável*, de outros valores de natureza não patrimonial, como a saúde [...]” (p. 367).

²¹¹¹ “A orientação doutrinal segundo a qual o devedor apenas é libertado do encargo da prestação quando o obstáculo superveniente é daqueles *cui resisti non potest*, prosseguindo a impossibilidade consagrada no *Code* de 1804 vingou, para além do seu país de origem, também em Itália, Espanha e em Portugal. Tal posição é, apesar de tudo, minoritária na Alemanha onde, sobretudo a partir do rescaldo da Grande Guerra, se desenhou um movimento no sentido do alargamento da impossibilidade liberadora” (NUNES DE CARVALHO, “Responsabilidade civil ...” *cit.*, p. 396). Para uma perspectiva do problema no início do século passado, nos Direitos italiano, alemão e, sobretudo, no francês – prevalecendo, neste último, entendimento estrito

o disposto no art. 790.^o do CC²¹¹², prevalece, todavia, leitura estrita da impossibilidade: a impossibilidade relativa não desonera o devedor; a obrigação não se extingue, nem é suspensa; em tais casos, “o devedor não fica *automaticamente liberado*, como sucede quando a prestação se impossibilita” porque pode cumprir, ainda que “com *grave sacrifício de legítimos interesses*”²¹¹³. Assim se justificando que parte da doutrina exclua – por pleonástica – menção a impossibilidade *absoluta*^{2114/2115}. Dir-se-á que convocados o princípio da força vinculativa dos contratos e o princípio da boa fé, prefere, em regra, o primeiro²¹¹⁶. Referimos, no entanto, tensão de difícil solução: VAZ SERRA advertira oportunamente que embora “a obrigação dev[a] ser cumprida *exactamente*, evitando-se que o devedor procure pretextos para não cumprir ou deixe de se esforçar pelo cumprimento”, importa não esquecer que “as obrigações devem ser cumpridas de acordo com a boa fé” e que “a exigência de que o devedor cumpra através de todos os obstáculos, enquanto isso for possível em

(absoluto) da impossibilidade, com sérias resistências à alteração das circunstâncias – v. RADOUANT, *Du cas fortuit cit.*, pp. 77-113. No Direito italiano, v. BALLETTI, “La risoluzione ...” *cit.*, pp. 484 e 486. Quanto ao Direito alemão, v. ainda MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé cit.*, p. 1000 e ss.

²¹¹² “A obrigação extingue-se quando a prestação se torna impossível por causa não imputável ao devedor”. Refere, a este propósito, Jorge Leite Areias Ribeiro de FARIA que “o efeito da extinção advém até mesmo da natureza das coisas, já que ninguém pode estar vinculado a prestar o que não pode” (*Direito das Obrigações*, vol. 2, reimp. da 1.^a ed. (1990), Almedina, 2001, p. 369).

²¹¹³ GALVÃO TELLES, *Direito cit.*, p. 368, com itálico nosso.

²¹¹⁴ GALVÃO TELLES, *Direito cit.*, p. 365, e ANTUNES VARELA, *Das obrigações cit.*, vol. 2, p. 68. Preferindo distinguir “impossibilidade” e “agravamento”, v. PESSOA JORGE, *Ensaio cit.*, p. 113.

²¹¹⁵ Na verdade, já à luz do art. 705.^o do CC 1867 – onde se dispunha que “o *contrahente que falta ao cumprimento do contrato, torna-se responsável pelos prejuízos que causa ao outro contrahente, salvo tendo sido impedido por facto do mesmo contrahente, por força maior, ou por caso fortuito, para o qual de nenhum modo haja contribuído*” –, era sustentado que apenas um impedimento absoluto dispensaria o devedor de prestar (cf. Adriano Paes da Silva Vaz SERRA, “Caso Fortuito ou de Força Maior e Teoria da Imprevisão” (Anotação a Acórdão do STJ de 30.7.1926), *BFDUC*, ano 10, 1929, pp. 192-215, p. 198). O acórdão então anotado rejeitara a libertação do dever de prestar por onerosidade excessiva. Conforme VAZ SERRA, a referência, no art. 705.^o do CC 1867, a “*impedido*” constituiria decalque da referência a “*empêché*”, indicada no art. 1148 CCfr., “onde unanimemente a doutrina vê consagrada a teoria da impossibilidade absoluta”, não restando, assim, espaço para soluções distintas (p. 205). Neste sentido, v., entre outros, Paulo CUNHA, que considera que as tentativas de obviar à circunscrição da exoneração à impossibilidade absoluta exigem, por regra, o apelo a outros expedientes – a “processos técnicos especiais para conseguirem tornar plausível tal solução” (*Direito das Obrigações. O Objecto da Relação Obrigacional (Apontamentos da Cadeira de Direito Civil da FDUL de 1937-1938)* (compil. Orlando Courrège), s.e., 1943, pp. 254 e ss., p. 255); v. todavia, *infra* § 1.4.2., a sustentada recondução da “impossibilidade moral” ainda ao âmbito da “impossibilidade absoluta”. Sustentando idêntica interpretação restritiva, v. Manuel PIRES, *Do Caso Fortuito ou de Força Maior. Estudo de um Aspecto da Responsabilidade Contratual*, policop., FDUL, 1957, p. 90. De assinalar, todavia, que o referido enquadramento legal não impedira José Barbosa de MAGALHÃES de sugerir interpretação extensiva do conceito de “força maior”, previsto no art. 705.^o do CC 1867, de forma a incluir, no seu âmbito, a “ameaça de ruína financeira” (“A Teoria da Imprevisão e Conteúdo Clássico da Força Maior”, *Gazeta da Relação de Lisboa*, ano 37, 1923, n.^o 9, pp. 129-131, p. 130).

²¹¹⁶ V. arts. 406.^o, n.^o 1, e 762.^o, n.^o 2, do CC.

absoluto, pode ofender essa regra”^{2117/2118}. Sugerindo, por isso, extensão dos efeitos da impossibilidade à impossibilidade relativa ou dificuldade extrema^{2119/2120}. Esta proposta não corresponde, todavia, à solução acolhida no CC: face ao previsto nos arts. 790.º e ss. do CC, a doutrina tende a sustentar que a impossibilidade deve revestir carácter absoluto²¹²¹ – exigência reafirmada nos textos laborais, que assim reclamam, com frequência, um conceito próprio de impossibilidade (relativa ou não absoluta), em contexto suspensivo. É, porventura, neste sentido que MENGONI assinala a “intolerância” da doutrina juslaboralista à rigidez que o termo acolhe no domínio civilístico, e, por conseguinte, a necessidade da sua “relativização”, na esfera laboral²¹²². Na verdade, também no Direito italiano, a civilística tende a demarcar claramente o âmbito da “*impossibilità sopravvenuta*” (conceito qualitativo) e da “*eccessiva*

²¹¹⁷ Vaz SERRA, “Impossibilidade ...” *cit.*, p. 18, com itálico nosso.

²¹¹⁸ Desde há muito, e “sobretudo no período de crise subsequente à primeira guerra mundial”, que a doutrina alemã considera “liberatória, em certos termos, a mera impossibilidade relativa ou económica”. Em decorrência da boa fé, ao dever de prestar e à satisfação do interesse do credor seria aposto o limite do sacrifício razoavelmente exigível (“*der Opfergrenze*”) (ANTUNES VARELA, *Das obrigações cit.*, vol. 2, pp. 68-69, com itálico nosso). O que ultrapassasse um tal limite, “dev[er]ia ser equiparado, em princípio, à impossibilidade da prestação”. No entanto, com uma diferença: porque o devedor podia, ainda assim, querer cumprir, ao devedor seria apenas reconhecida liberdade de desvinculação (*idem*, p. 69). SÍLVIA GALVÃO TELES, ciente da orientação alemã que “entendia que a *difficultas* causava a impossibilidade da prestação”, conclui, contudo, pela desadequação da sua transposição para o ordenamento jurídico português (“Impossibilidade ...” *cit.*, p. 1084).

²¹¹⁹ Vaz SERRA, “Impossibilidade ...” *cit.*, pp. 9 e ss. e p. 30.

²¹²⁰ O art. 8.º, § 1 do Anteprojecto dispunha, sob a epígrafe “Excessividade da prestação”, que se “a prestação só puder ser feita com sacrifícios demasiados, ou com fortes riscos, ou com ofensa de deveres nitidamente superiores, em tais condições que seria gravemente contrário à boa fé, vista, no seu conjunto, a situação do caso e tidos em conta os usos de negócio, reclamar o cumprimento, pode o devedor exonerar-se da obrigação ou obter uma modificação desta, aplicando-se, onde o puder ser, o disposto a propósito da resolução ou modificação dos contratos por alteração das circunstâncias” (VAZ SERRA, “Direito das obrigações ...” *cit.*, p. 9). Esta disposição seria aplicável à impossibilidade superveniente *ex vi* art. 61.º. Como elemento distintivo relativamente à impossibilidade absoluta, o Autor indica apenas que estes casos não ditam o fim automático da obrigação, antes competindo ao devedor optar por cumprir (ainda que com sacrifício) ou por não cumprir – cf. art. 8.º, n.º 2, do Anteprojecto (p. 9).

²¹²¹ “No nosso direito ficou, porém, bem assente que, sem prejuízo do disposto no art. 437.º, só a impossibilidade absoluta libera o devedor da obrigação” (ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA, *Código Civil cit.*, vol. 2, p. 43). Nesta medida, “não obstante se mostrar dificultado o cumprimento da prestação, o devedor continua adstrito a efectuá-la. Apenas sucede que ele terá direito à correspondente indemnização se a *difficultas* resultou de um facto ilícito do próprio credor ou de um terceiro” (MANUEL DE ANDRADE, *Teoria cit.* p. 407). Refere PESSOA JORGE que subsiste, nestes casos, a ilicitude, “não só por o devedor ter possibilidade de cumprir, embora com maior onerosidade, mas também por a lei não consagrar o agravamento como causa de justificação” (*Ensaio cit.*, p. 113, n. 79). Admite, no entanto, que é por vezes difícil delimitar “onde a acaba o agravamento e começa a impossibilidade”, reconhecendo haver hipóteses que, “dum ponto de vista jurídico, devem ser qualificadas de impossibilidade, embora em plano puramente naturalístico se pudessem qualificar de agravamento” (p. 114, ênfase nossa). Recusando efeito exoneratório à impossibilidade relativa, v. ainda RIBEIRO DE FARIA, *Direito cit.*, pp. 346 e ss.

²¹²² “Note ...” *cit.*, p. 271.

*onerosità sopravvenuta*²¹²³ (conceito quantitativo) – apontando-lhes acentuadas diferenças estruturais e disciplinadoras²¹²⁴.

Admitimos, contudo, que a premissa poderá reclamar ajustamento: tem vindo a ser apontado um certo desalinho ao regime da impossibilidade acolhido no CC, manifestando-se preferência por outras soluções – às quais se associa uma noção (mais) flexível de impossibilidade. Tal impulso crítico resulta, em boa parte, das alterações introduzidas em 2001/2002, no BGB – e que promoveu também reflexão importante entre nós.

1.2. A reforma de 2001/2002 do BGB

A reforma de 2001/2002, incidindo também sobre o *“Recht der Leistungsstörungen”*²¹²⁵, alterou o § 275 do BGB²¹²⁶. Sob a epígrafe “Exclusão do dever de prestar” (*“Ausschluss der Leistungspflicht”*), os n.ºs 2 e 3 acolhem noção alargada de impossibilidade²¹²⁷. O n.º 1 enquadra a impossibilidade efectiva ou *stricto sensu*, conforme a qual *“a pretensão à prestação é excluída sempre que esta seja impossível para o devedor ou para todos”*²¹²⁸. A extensão resulta, no entanto, do disposto nos n.ºs 2 e 3, que enquadram a *impossibilidade prática* ou *fáctica* e a *impossibilidade moral* ou *pessoal* – admitindo, também então, a exoneração do dever de prestar²¹²⁹. Todavia, enquanto na *impossibilidade efectiva* a cessação opera *ipso iure* (cf. n.º 1), nos casos indicados nos n.ºs 2 e 3 a cessação carece de

²¹²³ Quanto à impossibilidade superveniente, os arts. 1218 e 1256 do CCit. participam da sistemática reservada às obrigações em geral. Já quanto ao conjunto normativo reservado aos contratos em geral, importa considerar, no essencial, os arts. 1453 e ss. (resolução por incumprimento), os arts. 1463 e ss. (resolução por impossibilidade superveniente) e os arts. 1467 e ss. (onerosidade excessiva). No que respeita à articulação do previsto nos arts. 1256 e 1463 e ss., dir-se-á que estas últimas disposições reflectem a projecção do fenómeno extintivo da obrigação no destino do contrato (LOMBARDI, *La risoluzione cit.*, p. 185).

²¹²⁴ LOMBARDI, *La risoluzione cit.*, p. 9 e pp. 27 e ss. É, todavia, assinalado um progressivo temperar do rigor reservado à natureza absoluta da impossibilidade, por via de correctivos vários, tal qual por apelo à boa fé (*ex vi* art. 1175 do CCit.).

²¹²⁵ “Direito da perturbação das prestações”. Para sinopse das principais alterações decorrentes da reforma civil alemã de 2001/2002, v. MENEZES CORDEIRO, *Da modernização cit.*, pp. 66-116; atenta a limitação da análise às alterações verificadas no âmbito da impossibilidade, reveste particular interesse, o indicado nas pp. 105-111. A este propósito, v. também Manfred HERBERT e Jörg-Dieter OBERRATH, “Arbeitsrecht nach der Schuldrechtsreform – eine Zwischenbilanz”, *NJW*, 2005, pp. 3745-3753.

²¹²⁶ A este respeito, v. AA.VV., *Kommentar zum Bürgerlichen cit.*, pp. 1062-1074, e AA.VV., *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 2. Schuldrecht Allgemeiner Teil*, 5.ª ed., C. H. Beck, 2007, pp. 670 e ss.

²¹²⁷ Fizemos já menção a esta disposição – cf. redacção anterior à reforma – a propósito das primeiras leituras reservadas à suspensão em vínculo duradouro. A tal propósito, v. *supra* Parte I, Capítulo V.

²¹²⁸ Cf. tradução de MENEZES CORDEIRO, *Da modernização cit.*, p. 107. Sobre esta hipótese, v. HAGER, *Das ruhende cit.*, pp. 41 e ss.

²¹²⁹ Eduardo Santos JÚNIOR, “Da «Impossibilidade Pessoal» de Cumprir. Breve Confronto do Novo Direito Alemão com o Direito Português”, *O Direito*, ano 142, 2010, n.º 3, pp. 423-434, p. 426.

ser excepcionada pelo devedor²¹³⁰. Dir-se-á que sendo a prestação inexigível, “o devedor [tem] um contra-direito – um direito potestativo extintivo da relação obrigacional”. Invocando-se que um tal “contra-direito” deverá ser qualificado como uma exceção material^{2131/2132}.

1.2.1. O § 275, 2 do BGB – A impossibilidade prática ou fáctica

De acordo com § 275, 2 do BGB, “o devedor pode recusar a prestação sempre que esta requeira um esforço que esteja em grave desproporção perante o interesse do credor na prestação, sob a consideração do conteúdo da relação obrigacional e da regra da boa fé”. Acresce que “na determinação dos esforços imputáveis ao devedor é também de ter em conta se o impedimento da prestação deve ser imputado a este último”²¹³³. Assim se expressa a impossibilidade prática ou fáctica: em rigor, a prestação é possível; simplesmente, “nenhum credor razoável esperaria que ela tivesse lugar”²¹³⁴. Importa, porém, advertir que, neste contexto, “a impossibilidade deve ser tomada em sentido sócio-cultural: não físico ou naturalístico. Daí que, impossível, seja o que, como tal e na concreta relação existente com o credor, se apresente”. Certamente “o devedor comum não estará obrigado a drenar um lago para recuperar o anel”. Já o estará, no entanto, “a empresa de drenagem contratada para o efeito”²¹³⁵. Com a nova redacção, procurou autonomizar-se a impossibilidade de facto e impossibilidade económica, passando esta a integrar o regime da alteração das circunstâncias, indicado no § 313 BGB²¹³⁶. Vozes

²¹³⁰ SANTOS JÚNIOR, “Da «impossibilidade ...»” *cit.*, p. 425. V. ainda, MENEZES CORDEIRO, *Da modernização cit.*, p. 109.

²¹³¹ PINTO OLIVEIRA, *Princípios cit.*, p. 579. É, no entanto, controverso “o contributo do Código Civil alemão para distinguir dois (ou três) sistemas de princípios e de regras concretizadores do (contra-)princípio da inexigibilidade – o sistema da «impossibilidade prática», (o sistema da «impossibilidade moral») e o sistema da «impossibilidade económica»” (pp. 579-580).

²¹³² Quanto à contraprestação, v. o disposto no § 326 do BGB (“*Befreiung von der Gegenleistung und Rücktritt beim Ausschluss der Leistungspflicht*”), que traduz, conforme enquadramento laboral, o princípio geral “*ohne Arbeit, kein Lohn*” – e que se depara todavia com múltiplos desvios. A tal propósito, v. HAGER, *Das ruhende cit.*, pp. 45 e ss.

²¹³³ Cf. tradução de MENEZES CORDEIRO, *Da modernização cit.*, p. 109.

²¹³⁴ Como exemplo paradigmático é indicado o caso do “anel que ao devedor caberia entregar, mas que caiu no fundo arenoso de um lago. Seria possível drenar o lago e pesquisar adequadamente na areia, numa operação de milhões. Haveria, todavia e perante a boa fé, um grave desequilíbrio perante o interesse do credor” (MENEZES CORDEIRO, *Da modernização cit.*, pp. 109-110, com itálico nosso). V., a este propósito, HAGER, *Das ruhende cit.*, pp. 43 e ss.

²¹³⁵ MENEZES CORDEIRO, *Da modernização cit.*, com itálico nosso.

²¹³⁶ MENEZES CORDEIRO, *Da modernização cit.*, p. 110, com itálico nosso. A “*Störung der Geschäftsgrundlage*” foi explicitamente acolhida no BGB, no âmbito da “*Schuldrechtsmodernisierung*” de 2002 (cf. GRUNDMANN, “*Germany ...*” *cit.*, p. 133). Com “a previsão da chamada *impossibilidade prática*, o legislador alemão depurou o conceito de *alteração das circunstâncias*, previsto agora expressamente no § 313 do BGB: acolhe-se, em lei, a distinção doutrinal que, no âmbito da lei antiga, contrapunha a *impossibilidade prática* à *impossibilidade económica*” (SANTOS JÚNIOR, “Da «impossibilidade ...»” *cit.*, p. 430).

diversas apontam, todavia, para a difícil distinção que subsiste na demarcação das hipóteses²¹³⁷.

1.2.2. O § 275, 3 do BGB – A impossibilidade moral ou pessoal

Atento o escopo da dissertação, assume particular relevância, sobretudo o alargamento à *inexigibilidade* (“*Unzumutbarkeit*”), conforme previsto no § 275, 3 do BGB²¹³⁸. Aí se dispõe que “o devedor pode ainda recusar a prestação quando deva realizar pessoalmente a prestação e esta, ponderados os impedimentos do devedor perante o interesse do credor na prestação não possa ser exigível”²¹³⁹. Assim se prevendo “a *inexigibilidade* de obrigações altamente pessoais ou *impossibilidade pessoal*”. Foram tomadas em conta, no essencial, “prestações laborais ou prestações de serviço, enquadrando situações que vinham sendo referenciadas como «impossibilidades morais» e integrando questões como a da obrigação de consciência”. Ter-se-á, porém, ido “mais longe”, ao mencionar, “em moldes amplos, a *inexigibilidade*”^{2140/2141}. O que reflectia, todavia, mesmo na ausência de expresse acolhimento no texto legal, a leitura anteriormente sustentada por boa parte da doutrina germânica: já há muito, PICKER assinalara a tónica flexível que a impossibilidade (“*Unmöglichkeit*”) assumia na civilística alemã, rejeitando uma concepção descritiva ou naturalística do fenómeno e apostando na tendencial convergência entre a “*impossibilidade*”, o “*motivo relevante ou justa causa*” e a “*inexigibilidade*” (“*Unmöglichkeit*”, “*wichtigem Grund*” e “*Unzumutbarkeit*”). A possibilidade “real” (“*«real» mögliche Leistung*”) surgiria, assim, transmutada em “*inexigibilidade*” ou “*impossibilidade moral*” (“*sittlicher Unmöglichkeit*”) ou em libertação por via da boa fé (“*Treu und Glauben*”). Ao exemplo, frequentemente citado na literatura, da cantora lírica que tem de ausentar-se para prestar assistência ao filho doente – e no qual, em termos fácticos, a prestação é

²¹³⁷ Conforme MENEZES CORDEIRO, “as dificuldades de interpretação são patentes” e, neste âmbito, “a casuística será decisiva” (*Da modernização cit.*, p. 110); v. ainda SCHLECHTRIEM, “The German ...” *cit.*, p. 14, e PINTO OLIVEIRA, “Contributo ...” *cit.*, pp. 12-13. V. também, a este propósito, Claus-Wilhelm CANARIS, “Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen”, *JZ*, 2001, pp. 499-524, e “Zur Bedeutung der Kategorie der Unmöglichkeit für das Recht der Leistungsstörungen” (org. Reiner Schulze e Hans Schulte-Nölke), *Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschafts*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 2001, pp. 43-66. Quanto ao § 313, v. ainda AA.VV., *Münchener Kommentar cit.*, pp. 1749 e ss.

²¹³⁸ Quanto à influência no Direito italiano da noção de *inexigibilidade*, tal qual delimitada no Direito alemão, v., ainda em data anterior à reforma de 2001/2002, BALLETTI, “La risoluzione ...” *cit.*, pp. 486-487.

²¹³⁹ Cf. tradução de MENEZES CORDEIRO, *Da modernização cit.*, p. 109. Lógica próxima subjaz ao § 616 do BGB (“*Vorübergehende Verhinderung*”), que convoca, no contexto do “*Dienstvertrag*”, solução compromissória – admitindo o direito à contraprestação em períodos de inactividade transitória (MENGONI, “Note ...” *cit.*, p. 272).

²¹⁴⁰ Cf. MENEZES CORDEIRO, *Da modernização cit.*, pp. 110-111, com itálico nosso. A este respeito, v. ainda HAGER, *Das ruhende cit.*, pp. 43 e ss.

²¹⁴¹ A autonomização da impossibilidade pessoal seria mais um exemplo do esforço de depuração perante o regime da alteração das circunstâncias (SANTOS JÚNIOR, “Da «impossibilidade ...»” *cit.*, p. 431).

possível, embora se assuma como *inexigível* –, haveria que somar muitos outros, que reclamariam idêntico enquadramento²¹⁴².

À equiparação assim prosseguida em termos expressos é, não obstante, apontada a incerteza inerente à densificação dos conceitos: a inexigibilidade não é, afinal, avessa aos “casuísmos próprios da concretização de conceitos indeterminados”²¹⁴³. Ao que se somariam outras dúvidas²¹⁴⁴.

1.3. A leitura estrita das disposições respeitantes à impossibilidade no CC português

I. É duvidoso que a extensão operada no Direito alemão²¹⁴⁵ tenha acolhimento no Direito Civil português, no plano da impossibilidade. ANTUNES VARELA dissipa qualquer hesitação ao referir que “a conjugação dos textos dos artigos 790.º, n.º 1, 791.º e 798.º, leva a concluir que *para a obrigação se extinguir* não basta alegar e provar que, não obstante toda a diligência exigível do devedor, ele a não pode cumprir”²¹⁴⁶. Por conseguinte – e sem que tal impeça atender ao contrato em execução e aos interesses em confronto –, a impossibilidade deve assumir carácter absoluto²¹⁴⁷. Também MARIA DE LURDES PEREIRA rejeita semelhante ampliação, “sob o pretexto de que a «impossibilidade», enquanto conceito normativo ou jurídico, p[udesse] ser entendida em sentido diverso do comum”. Recusa, pois, “considerar impossível a prestação pela simples circunstância de ser *ilícita* a conduta nela implicada, de

²¹⁴² “Fristlose ...” *cit.*, pp. 647 e ss. Referindo a progressiva sobreposição da “Unzumutbarkeit” à “Unmöglichkeit”, v. pp. 650-651.

²¹⁴³ MENEZES CORDEIRO, Da modernização *cit.*, p. 111.

²¹⁴⁴ Assim, cabe questionar se o facto de o devedor ter contribuído para a produção do impedimento releva para o efeito estatuído. Ao invés do § 275, 2 – que admite dever ser tido em conta “se o impedimento da prestação deve ser imputado” ao devedor –, o § 275, 3 nada indica. A este propósito, SANTOS JÚNIOR conclui que, na ausência de menção idêntica, não há que ponderar se o impedimento resulta ou não imputável ao devedor. Dir-se-á, por conseguinte, que a cantora que não actua para acompanhar o filho doente, “continuará a ter o direito de recusar a prestação, mesmo que tivesse sido ela que negligentemente houvesse causado a doença do filho” (“Da «impossibilidade ...»” *cit.*, p. 427, ênfase nossa). E, neste sentido, ZIMMERMANN, “Breach ...” *cit.*: “contrary to § 275 II BGB, it does not appear to be a relevant factor, in determining what can reasonably be expected of the debtor, whether he has been responsible for the impediment or not: the soprano may refuse to perform even if she herself has negligently caused her child's disease” (acesso electrónico). A doença do trabalhador suscita também dúvidas de enquadramento: tratando-se de um mecânico, uma lesão nas mãos traduz uma impossibilidade, nos termos do § 275, 1 BGB; já se o exercício da actividade laboral colocar a vida do trabalhador em perigo, estar-se-á perante um caso de inexigibilidade, tal qual indicado no § 275, 3 BGB (HAGER, *Das ruhende cit.*, p. 45).

²¹⁴⁵ NUNES DE CARVALHO refere, a tal propósito, uma “impossibilidade corrigida” e uma “intenção moralizadora do Direito Civil” (“Responsabilidade civil ...” *cit.*, p. 397).

²¹⁴⁶ *Das obrigações cit.*, vol. 2, p. 71, n. 1, com ênfase nossa. Deste conjunto normativo resultaria “que a lei considera que o devedor, ao contrair a obrigação, não só se compromete a preparar em tempo oportuno os meios necessários ao cumprimento e a afastar os obstáculos a este cumprimento (diligência preparatória e diligência preventiva)”, assumindo ainda “o risco de a prestação se lhe tornar impossível (subjectivamente) de cumprir” (*idem*).

²¹⁴⁷ No Direito italiano, v. BALLETTI, “La risoluzione ...” *cit.*, p. 506.

a sua execução se traduzir no *sacrifício da integridade física ou moral do devedor*, ou, finalmente, de ser socialmente tida como impossível”²¹⁴⁸. Para lá do âmbito da impossibilidade (absoluta), subsistindo liberdade fáctica de opção pelo cumprimento, falharia o pressuposto lógico da extinção do dever de prestar, estatuída no art. 790.º, n.º 1 do CC²¹⁴⁹.

Noutra perspectiva, MANUEL DE ANDRADE reconhece a necessidade de atenuar o rigor associado à impossibilidade absoluta e, pese embora a dificuldade em delimitar, com precisão, os contornos do conceito, parece reconduzir ainda à impossibilidade casos limite, tal qual o do anel perdido no oceano ou aqueles em que a recusa da prestação decorre de interesse ou dever superior: assim, nomeadamente quando “a prestação só pode ser executada com grave risco da vida ou da saúde do devedor ou dos seus familiares, ou com grave sacrifício dos seus sentimentos pessoais ou de deveres para com outrem” – o que se revelaria especialmente atendível em obrigações de facto. Ilustra, aliás, estas hipóteses, indicando exemplos correntemente descritos na doutrina alemã: “não será *exigível* que um actor participe na representação teatral na noite fixada, se, em virtude de doença que lhe sobreveio, isso poria em perigo a sua vida; da mesma sorte, *poderá* uma cantora *recusar-se* a tomar parte num recital quando assim o exija a sua presença junto de um filho gravemente doente”²¹⁵⁰. Concluindo que, nestas situações, “a *difficultas* será, pois, relevante, libertando o devedor”. Simplesmente – e à semelhança da solução hoje acolhida no BGB –, “ao invés do que sucede em se tratando de impossibilidade absoluta, esse efeito não terá lugar *ipso iure*”: o devedor *poderá* cumprir, se assim o entender²¹⁵¹.

Já PAULO CUNHA, equacionando possível extensão do regime da impossibilidade a hipóteses de “quase impedimento” – em que, embora não existindo impossibilidade absoluta, concorre uma “tão grande dificuldade em cumprir que se deve dizer haver um verdadeiro *impedimento moral* de o fazer”²¹⁵² – considera, ainda assim, inaceitável uma tal extensão, por contrariar

²¹⁴⁸ *Conceito cit.*, p. 84. No entender da Autora, tal não preclui a desresponsabilização do devedor. Simplesmente, um tal efeito terá de resultar de outros preceitos e não já do art. 790.º, n.º 1, do CC (*idem*). Em sentido diverso, GOMES DA SILVA, que considera ainda absoluta “a impossibilidade que só pode vencer-se com actividade ilícita, ou com o sacrifício da integridade pessoal ou de atributos da personalidade” (*O dever cit.*, p. 169).

²¹⁴⁹ Em sentido aproximado, embora à luz do art. 705.º do CC 1867, PAULO CUNHA afasta leitura do preceito que aí integrasse os casos em que, “não havendo tal impossibilidade absoluta, há no entanto uma tão grande dificuldade em cumprir que se deve dizer haver um verdadeiro impedimento moral de o fazer”. Rejeita, pois, extensão que ali incluísse hipóteses em que “o devedor, se cumprisse, fica[sse] em tal posição de injustiça, de ruína e de dificuldade, que seria deshumana a lei que o sujeitasse a semelhante posição” (*Direito das obrigações cit.*, pp. 255-256, com itálico nosso).

²¹⁵⁰ *Teoria cit.*, p. 409, itálico nosso.

²¹⁵¹ MANUEL DE ANDRADE, *Teoria cit.*, p. 409.

²¹⁵² *Direito das obrigações cit.*, pp. 255-256, com itálico nosso.

de forma indesejável a segurança jurídica e o princípio *pacta sunt servanda*²¹⁵³. Conforme este ângulo, as razões do devedor para o não cumprimento podem ser sérias e desculpáveis; seria, não obstante, inevitável concluir que, em tais circunstâncias, se o devedor não cumpriu, “foi porque não quis cumprir”, não concorrendo qualquer impedimento²¹⁵⁴. Outra solução seria, nesta óptica, extremamente arriscada, por vaga e indefinida²¹⁵⁵.

II. Na falta de indicação expressa e atendendo às resistências de parte significativa da doutrina, a transposição da solução alemã afigura-se porventura “demasiado ousada”²¹⁵⁶: sendo, por conseguinte, excluída eficácia exoneratória não só à impossibilidade económica²¹⁵⁷, mas (também) aos casos

²¹⁵³ Suficiente para excluir qualquer doutrina que procurasse conceber a impossibilidade relativa como forma de não responsabilização do devedor seria opor que “os contratos celebram-se para assegurar a estabilidade das situações que deles emergem, e não para que essas relações fiquem à mercê de quaisquer alterações eventuais do mundo exterior” (PAULO CUNHA, *Direito das obrigações cit.*, pp. 255-256).

²¹⁵⁴ PAULO CUNHA, *Direito das obrigações cit.*, pp. 255-256.

²¹⁵⁵ PAULO CUNHA, *Direito das obrigações cit.*, p. 265. No seu entender, outras considerações apenas poderiam firmar-se de *iure condendo*. Afinal, “a lei não criou um tal regime, e não é ao intérprete que cabe estabelecê-lo por sua conta”. Rematando que “a um sistema vago, arbitrário e indefinido – como o da impossibilidade relativa, acolhida por via doutrinal – é preferível sob todos os aspectos o sistema legal rígido da impossibilidade absoluta” (pp. 265-266). Seria, aliás, de rejeitar qualquer dos múltiplos expedientes utilizados para suavizar o âmbito restrito da impossibilidade absoluta: o CC “inclina-se mais no sentido da escrupulosa e exacta observância da estipulação contratual do que no sentido de fugas a essa observância – fugas a que mais ou menos visam tôdas as doutrinas da impossibilidade relativa” (p. 258).

²¹⁵⁶ SANTOS JÚNIOR, “Da «impossibilidade ...»” *cit.*, p. 433. Na verdade, “a partir de uma forte insistência no sentido sócio-cultural de impossibilidade, poder-se-ia tentar defender, criativamente, mesmo para o nosso Direito e não obstante o actual tratamento legislativo desta matéria no Código Civil, a *assimilação à impossibilidade efectiva* de situações em que as prestações devessem ser juridicamente reconhecidas como *inexigíveis ao devedor*: justamente os casos ditos de *impossibilidade prática* e de *impossibilidade pessoal*, ora [...] sistemática e expressamente previstos na lei civil alemã” (*idem*). No entanto, o Autor conclui que uma tal posição se debate com dificuldades inerentes à “diferenciação legislativa de conceitos e de regimes”, concebendo identificar, “[n]o Direito actualmente vigente”, outra solução “mais pacífica para o tipo de situações em causa” (p. 434).

²¹⁵⁷ Quanto à insuficiência de meios económicos, dir-se-á que “o dinheiro nunca desaparece, pelo que as prestações pecuniárias são sempre possíveis. Ao devedor insolvente aplicam-se as regras da responsabilidade patrimonial: *não as da impossibilidade*” (MENEZES CORDEIRO, *Tratado cit.*, IX (*Direito das Obrigações*), p. 183, *itálico* nosso). No mesmo sentido, VAZ SERRA indicava que “a falta de meios pecuniários não deve ser tida como impossibilidade da prestação, mesmo que o devedor não tenha tido culpa nessa falta”. Por conseguinte, “o devedor não pode considerar-se exonerado só porque não tem meios pecuniários para cumprir: a insolvência não o libera das suas obrigações” (“Impossibilidade ...” *cit.*, pp. 38-39). Transpondo esta lógica para o domínio laboral, dir-se-á que não só as dificuldades que condicionam a capacidade de o empregador cumprir a obrigação de pagamento da retribuição não autorizam concluir pela impossibilidade de prestar, como tais hipóteses encontram regulamentação própria, tal qual no “regime do despedimento colectivo, extinção dos postos de trabalho, da falência” (SÍLVIA GALVÃO TELES, “Impossibilidade ...” *cit.*, p. 1088, com *itálico* nosso). Também para MENEZES CORDEIRO, “a impossibilidade a cargo da entidade empregadora seria a sua incapacidade para retribuir”. No entanto, sendo as prestações pecuniárias “sempre objectivamente possíveis”, seguir-se-ia, em

hoje contemplados no § 275, 2 e 3 do BGB – i.e., à impossibilidade prática ou fáctica e à impossibilidade moral ou social^{2158/2159}. Daqui não resultando, todavia, desconsideração *in limine* destas hipóteses, nem que o sacrifício excessivo da prestação e a inexigibilidade não relevem para outros fins²¹⁶⁰.

1.4. A inexigibilidade para lá da impossibilidade

1.4.1. As diferentes propostas de enquadramento

I. Referimos hipóteses que ditam, com frequência – e, sobretudo, perante exemplos mais extremados – inversão metodológica: em que a sensibilidade do intérprete, não raras vezes condicionada por um particular sentimento de equidade, sugere antecipadamente a solução: não responsabilização do devedor pela não execução do acordado. Concorre, porém, hesitação quanto ao regime jurídico a aplicar – já que, em rigor, as alternativas não se ajustam perfeitamente às situações em equação²¹⁶¹.

Excluído o regime da impossibilidade, é, por vezes, convocado o da alteração das circunstâncias²¹⁶² – entre nós, expressamente previsto nos arts.

caso de “impossibilidade subjectiva, os regimes das insuficiências patrimoniais, *maxime* da falência e da insolvência” (*Manual cit.*, p. 793).

²¹⁵⁸ Por conseguinte, a dificuldade extraordinária não exonera o devedor, antes constituindo, no Direito civil português, uma situação de incumprimento (SANTOS JÚNIOR, “Da «impossibilidade ...»” *cit.*, p. 429). Sobre o tema, v. MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé cit.*, pp. 1005-1006.

²¹⁵⁹ Houve, todavia, quem preconizasse, antes mesmo da reforma que consagrou expressamente uma tal solução no BGB, a equiparação pontual da onerosidade excessiva à impossibilidade absoluta. Assim CUNHA DE SÁ, para quem “tal não significa[ria] confundir pura e simplesmente a impossibilidade da prestação com a mera dificuldade de prestar”. Haveria que “apurar o limite da dificuldade para além do qual se tem de considerar que a prestação se impossibilitou, por se apresentar como inteiramente desproporcionada com os sacrifícios que a sua realização implica e que chocariam gravemente com o princípio da boa fé” (*Direito cit.*, p. 56).

²¹⁶⁰ A onerosidade excessiva é expressamente contemplada, nos arts. 566.º, n.º 1, *in fine*, e 1221.º, n.º 1, do CC. No art. 566.º, é referido que “a indemnização é fixada em dinheiro, sempre que a reconstituição natural não seja possível, não repare integralmente os danos ou seja excessivamente onerosa para o devedor”. Já o art. 1221.º, n.º 2, do CC dispensa o empreiteiro de reparar ou substituir a obra defeituosa caso as despesas sejam superiores ao proveito: a inexigibilidade constitui, pois, limite à vinculação do devedor. Acresce o disposto no art. 812.º, n.º 1, do CC, onde é indicado que “a cláusula penal pode ser reduzida pelo tribunal, de acordo com a equidade, quando for manifestamente excessiva [...]”. A inexigibilidade surge, porém, também noutro ângulo, como limite à vinculação do credor ao contrato, *maxime*, em vínculos duradouros (cf. *supra*, Parte I, Capítulo II, § 3.5. e desenvolvido *infra*, Capítulo III, no plano laboral). Referindo esta dupla dimensão da inexigibilidade, v. PINTO OLIVEIRA, *Princípios cit.*, pp. 463-464.

²¹⁶¹ Listando a variedade de enquadramentos sugeridos, v. BRANDÃO PROENÇA, *Lições cit.*, pp. 171-175. Identificando um movimento aproximado no Direito italiano, que atenua o rigor associado ao impedimento, renovando o apelo à boa fé, v. LOMBARDI, *La risoluzione cit.*, pp. 28 e ss.

²¹⁶² Com a reforma de 2001/2002, o BGB passou a acolher expressamente o regime da alteração das circunstâncias. Sob a epígrafe “Perturbação da base do negócio”, o § 313, 1 dispõe que, “quando, depois da conclusão contratual, as circunstâncias que constituíram a base do contrato se tenham consideravelmente alterado e quando as partes, se tivessem previsto esta alteração, não o tivessem

437.º a 439.º do CC²¹⁶³ – acomodando, em geral, a modificação do condicionalismo que rodeia a celebração dos contratos. Certo, porém, que quanto à delimitação dos casos que não se encontrando já a coberto do regime da impossibilidade, reclamam ainda um reajustar do acordado, subsistem múltiplas “dúvidas e de interrogações”²¹⁶⁴. Dir-se-á que às alterações *anormais* de circunstâncias indicadas no art. 437.º do CC são reconduzíveis hipóteses tão diversas como “a desvalorização abrupta e excessiva da moeda” ou “a falta ou encarecimento inesperado de certas matérias-primas utilizadas no fabrico de determinados artigos”²¹⁶⁵. Mas não só: também “o descrédito ou a desconfiança

concluído ou o tivessem feito com outro conteúdo, pode ser exigida a adaptação do contrato, desde que, sob consideração de todas as circunstâncias do caso concreto, e em especial a repartição contratual ou legal do risco, não possa ser exigível a manutenção inalterada do contrato”. Dispondo o n.º 3 que, “quando uma modificação do contrato não seja possível ou surja inexigível para uma das partes, pode a parte prejudicada resolver o contrato. Nas obrigações duradouras, em vez do direito de resolução, tem lugar o direito de denúncia” (cf. tradução de MENEZES CORDEIRO, *Da modernização cit.*, p. 114). No entanto, tal qual assinalado por MENEZES CORDEIRO, “de acordo com a própria justificação do Governo, retomada pela doutrina subsequente, o novo § 313 do BGB visou consignar na lei os princípios já consagrados pela jurisprudência: não, propriamente, alterá-los” (p. 115).

²¹⁶³ Enquadrando o tema, ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA assinalam que “o problema da influência da alteração das circunstâncias vigentes à data da celebração do contrato sobre a eficácia deste é debatido desde há séculos entre os autores. E embora durante muito tempo tenha predominado a solução de se manter inalterado o contrato, com base nas exigências de segurança contratual, a verdade é que são muito antigas as reacções contra as injustiças a que pode conduzir uma aplicação rigorosa do princípio – tais como a teoria da cláusula *rebus sic standibus*, a teoria da imprevisão, da pressuposição, (*Voraussetzung*), etc. –, notando-se modernamente na Alemanha e na Itália, sobretudo a partir da primeira conflagração mundial, uma acentuada tendência para admitir o princípio oposto da resolução, embora com as cautelas necessárias para, salvaguardando o justo equilíbrio que deve presidir à relação contratual entre as partes, se não comprometerem nem a finalidade específica de cada negócio, nem o interesse geral da segurança das transacções” (*Código Civil cit.*, vol. 1, p. 414). Quanto aos requisitos enunciados no art. 437.º do CC, v. acórdão do STJ, de 28.3.2006, Proc. n.º 06A301 (AZEVEDO RAMOS). Para mais indicações, v. MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé cit.*, pp. 903 e ss.

²¹⁶⁴ MENEZES CORDEIRO, *Tratado cit.*, IX (*Direito das Obrigações*), p. 264. Para recensão histórica, desde os primórdios da *clausula rebus sic standibus* e perspectiva comparada do instituto, sobretudo, nos ordenamentos francês, italiano e alemão, v. pp. 263-279. Atendendo ao desenvolvimento do instituto no Direito alemão e às diversas concepções a este propósito sustentadas, v. pp. 272-276.

²¹⁶⁵ ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA, *Código Civil cit.*, vol. 1, p. 414. Quanto à “falta de matéria-prima para a laboração”, o STJ considera que a mesma deve ser incluída, “generalizadamente, nos paradigmas de alterações anormais de circunstâncias” (acórdão do STJ de 20.1.1977, Proc. n.º 66462, EDUARDO ARALA CHAVES, *BMJ*, 1977, n.º 263, pp. 257-264, p. 261). Nesta decisão, estava em causa o encerramento, pela Ré, de duas fábricas de conservas, por grave crise no abastecimento de peixe. Não podendo a Ré cumprir as suas obrigações – já que as mesmas pressupunham a laboração daquelas indústrias – o STJ concluiu que se estava perante circunstância anormal: “foi a existência *habitual* de pelo menos relativa abundância de peixe que permitiu a própria instalação de fábricas de conservas desse produto”; por conseguinte, a sua falta constitui um “facto *anómalo*, por contrário a uma previsão justificada” (p. 261, com ênfase nossa). Transpomos para este âmbito, hipótese semelhante, tratada na jurisprudência inglesa (*Blackburn Bobbin Co Ltd v T W Allen & Sons Ltd.*), onde se avaliava a relevância de falta de matéria-prima para efeito de “*frustration*”: no início de 1914, um grupo de comerciantes havia acordado vender determinada quantidade de madeira finlandesa (*Court of Appeal* [1918] 2 K.B. 467, 87 L.J.K.B. 1085, 119 L.T. 215, 34 T.L.R. 508, 23 Com.Cas. 471). As entregas teriam início em

lançada sobre certo produto, que provoca o abaixamento da sua venda; o aparecimento de um substituto, muito mais económico, desse produto; a valorização *anormal* de certa obra ou tipo de obras; a subida ou descida *anormal* do valor de certo produto ou mercadoria, que as partes, com o objectivo de se prevenirem contra a alteração do valor da moeda (em regra, contra a desvalorização), escolheram como padrão de correcção das prestações contratuais, fixadas em moeda corrente” ou mesmo “a desvalorização de um prédio mercê do corte inesperado de uma via de comunicação, ou da alteração de um plano de urbanização”²¹⁶⁶. Para a operacionalidade do instituto importa também que atento o impacto da mutação, “a exigência [d]a obrigação à parte lesada afecte gravemente os princípios da boa fé contratual e não esteja coberta pelos riscos próprios do negócio”²¹⁶⁷. Certamente que, com um âmbito tão alargado, diversos casos de superveniência poderiam ser aqui reconduzidos²¹⁶⁸; assistimos, no entanto, à progressiva depuração do âmbito do instituto, de aplicação circunscrita às situações em que a alteração não convoque um outro regime – convencional ou legal (*maxime*, quanto ao erro, à impossibilidade e à repartição das esferas de risco²¹⁶⁹) – e, mesmo assim, com marcada resistência da jurisprudência à sua aplicação, ainda que perante “grandes alterações de circunstâncias”²¹⁷⁰.

Junho ou Julho, devendo manter-se até Novembro de 1914. No entanto, com o início da guerra, nenhuma entrega foi realizada após Agosto de 1914. Até então, o procedimento usual era o do transporte directo da madeira dos portos finlandeses para os ingleses; com a guerra e a presença de navios de alemães no Báltico, as importações cessaram. Não dispondo os comerciantes ingleses de mercadoria excedente, não puderam cumprir o acordado, invocando a guerra como razão para a frustração do contrato. A pretensão foi, porém, desatendida: entendeu-se que o procedimento utilizado pelos vendedores para a satisfação do prometido (a entrega da madeira) não integrava o objecto do contrato (ao invés do que sucedia, por exemplo, com o *Music Hall*, em *Taylor v Caldwell* – *v. supra* Secção I, § 1.), antes constituindo elemento marginal, irrelevante para os compradores e insuficiente para justificar a “frustration” (sobre o caso, *v. BROWNSWORD, Smith & Thomas: A casebook cit.*, pp. 710-711).

²¹⁶⁶ ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA, *Código Civil cit.*, vol. 1, pp. 414-415, com itálico nosso.

²¹⁶⁷ ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA, *Código Civil cit.*, vol. 1, p. 413.

²¹⁶⁸ “A alteração das circunstâncias revela-se como um tema de enquadramento dogmático difícil e de orientação sistemática trabalhosa. As soluções caem sob críticas sucessivas a que não podem responder” (MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé cit.*, p. 1098).

²¹⁶⁹ Quanto a uma tal delimitação, *v. MENEZES CORDEIRO, Tratado cit.*, IX (*Direito das Obrigações*), pp. 291 e ss.

²¹⁷⁰ Sobre as mesmas, *v. MENEZES CORDEIRO, Tratado cit.*, IX (*Direito das Obrigações*), pp. 321-330. Do que resulta que “o artigo 437.º existe e deve ser usado nos casos-limites em que não tenha aplicação qualquer outro instituto, nos termos já explanados”. Por conseguinte, “perante grandes modificações ambientais, ele permanece como saída última para a afirmação da justiça, quando o sistema – a boa fé – imperiosamente o exija. Mas perante as referidas grandes alterações, os tribunais têm sido cautelosos. E bem se compreende essa sua atitude” (pp. 329-330, ênfase nossa). Nota o Autor que “o aparecimento de melhorias sérias nos institutos da distribuição do risco, da protecção da confiança e da interpretação contratual permitiram resultados claros na precisão das soluções, em detrimento de uma alteração das circunstâncias primitiva, extensa e vaga”, concluindo que “o âmbito da alteração das circunstâncias é estreito e vê a sua margem reduzir-se, de dia para dia”. Deve, no entanto, “manter-se, até como garantia de aperfeiçoamento do sistema” (pp. 312 e 314, itálico nosso).

Sem nos determos demasiadamente diremos, em traços gerais, que a alteração de circunstâncias e a impossibilidade obedecem a lógicas muito distintas: se na impossibilidade a realização da prestação deixa simplesmente de ser viável, na alteração de circunstâncias a desvinculação constitui ainda forma de tutela do devedor²¹⁷¹. E daí que na impossibilidade, verificados os elementos que condicionam a sua operacionalidade – *maxime*, natureza absoluta – o devedor seja dispensado de prestar; diferentemente, na alteração de circunstâncias, o devedor pode estar ainda disposto a cumprir. Por conseguinte, enquanto a extinção por impossibilidade opera *ipso iure*, a alteração das circunstâncias tem aplicação a pedido da parte lesada: não concorrendo apenas uma variação de grau, sendo a destrição substantiva.

Atenta a progressiva depuração e o carácter supletivo do instituto, não é, todavia, evidente a recondução da impossibilidade moral ou social à alteração das circunstâncias. Esta tende, afinal, a “acudir em situações particularmente relevantes de alteração anormal e objectiva das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar”²¹⁷². Não se acomodando, por conseguinte, perfeitamente, às situações que tratamos.

II. A este propósito, são testadas outras soluções. Conforme o entendimento dominante, à “impossibilidade moral ou pessoal” não corresponde natureza absoluta: nesta medida, o dever de prestar subsiste e faltando o devedor ao acordado estar-se-á perante “incumprimento da obrigação, com a consequente responsabilidade do devedor”²¹⁷³. Dir-se-á, no entanto, que sendo a culpa – presumida, em sede contratual²¹⁷⁴ – “um juízo de censura ao devedor, por ter incumprido quando *podia* e *devia* ter cumprido”²¹⁷⁵, as designadas impossibilidade prática (ou fáctica) e impossibilidade moral (ou social) poderão operar como causa de exculpação, afastando a culpa e a responsabilidade²¹⁷⁶. Assim ocorrerá em “situações de carácter excepcional, que dirimam aquele juízo de censura, nomeadamente porque a exigência do comportamento (em

²¹⁷¹ Para MARIA DE LURDES PEREIRA, a extinção do dever de prestar indicado no art. 790.º, n.º 1, do CC é modelada em função da noção de dever jurídico, a vinculação a um dever pressupõe a possibilidade efectiva de escolha, ou seja, que o devedor possa optar entre o comportamento devido (possibilidade de cumprimento) e o indevido (possibilidade de incumprimento). Se assim não suceder, “deixa de existir um dever, sendo essa a razão de ser da exoneração consagrada na lei” (*Conceito cit.*, p. 84; v. ainda pp. 72-75).

²¹⁷² SANTOS JÚNIOR, “Da «impossibilidade ...»” *cit.*, pp. 431-432.

²¹⁷³ SANTOS JÚNIOR, “Da «impossibilidade ...»” *cit.*, p. 434.

²¹⁷⁴ Cf. o art. 799.º, n.º 1, do CC.

²¹⁷⁵ SANTOS JÚNIOR, “Da «impossibilidade ...»” *cit.*, p. 432, ênfase nossa. Para o Autor, “a desculpabilidade, como causa de exclusão da culpa, vem usualmente tratada, nos manuais de Direito das obrigações, a respeito da responsabilidade delitual, mas, como resulta do exposto, pode operar também na responsabilidade contratual” (p. 432, n. 39).

²¹⁷⁶ Dir-se-á que “a onerosidade excessiva assume, deste modo, uma importância indirecta, na medida em que a prestação, sem chegar a impossibilitar-se, se torne de execução muito gravosa” (NUNES DE CARVALHO, “Responsabilidade civil ...” *cit.*, p. 408). Para MENEZES CORDEIRO, o tratamento da inexigibilidade tem lugar, “entre nós, a nível de responsabilidade civil, e como causa de desculpabilidade” (*Da modernização cit.*, p. 111).

princípio) devido ofenderia gravemente a boa fé”^{2177/2178}. Não se diz, agora, que a obrigação se extingue, por impossibilidade: a obrigação subsiste, mas “o seu não cumprimento não responsabiliza o devedor, por *ausência de culpabilidade*”²¹⁷⁹.

Não obstante, outras opções se perfilam. Para PINTO DE OLIVEIRA, as hipóteses acolhidas no § 275, 2 e 3 do BGB encontrariam equivalente, respectivamente, nos arts. 334.º e 335.º do CC²¹⁸⁰. E também ANTUNES VARELA concede que, atento o disposto no art. 334.º do CC, “uma vez *excluída a recondução ao regime da impossibilidade*, quando o exercício do direito, em face das circunstâncias, exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, o devedor *poderá legitimamente faltar ao cumprimento*, não por *impossibilidade* da prestação, mas pelo *abuso no exercício do direito do credor*”^{2181/2182}. Já em função do previsto no art. 335.º do CC, considera “como fundamento de *inexigibilidade* (temporária) da obrigação aqueles casos em que à exigência da prestação se *oponha* a existência de *direitos* ou *deveres* de plano superior ao direito de crédito (nomeadamente os *direitos fundamentais* do devedor)”^{2183/2184}. Quer o

²¹⁷⁷ SANTOS JÚNIOR, “Da «impossibilidade ...»” *cit.*, p. 432.

²¹⁷⁸ Os exemplos referidos por GALVÃO TELLES são idênticos a outros tantos, que identificamos também na doutrina alemã: assim, se “alguém promete vender a outrem uma jóia, de valor relativamente diminuto” e “antes de celebrada a venda, a jóia cai acidentalmente ao mar, sendo possível a sua recuperação mas à custa de trabalhos e despesas excessivos”. Noutra hipótese, “um actor tem uma indisposição que não o impede de participar no espectáculo”, mas tal participação “seria de molde a abalar fortemente a sua saúde”. Por fim, “uma das partes num contrato-promessa foi notificada pela outra para comparecer em certo dia e hora em determinado cartório notarial a fim de outorgar a respectiva escritura pública; nesse dia realiza-se em localidade distante o funeral de um filho do notificado e este não tem tempo de se fazer substituir na escritura por procurador idóneo” (*Direito cit.*, pp. 366-367). O Autor aproxima estes casos do regime da alteração das circunstâncias, concluindo, porém, que a *inexigibilidade* traduz uma ideia de ausência de culpa. Referindo que “não pode entender-se que exista culpabilidade, pelo menos no âmbito do Direito Civil, quando a um homem médio, colocado na situação concreta do agente, não fosse exigível comportamento diverso do que este observou. Ora, a um homem médio não é exigível que leve o seu sacrifício a limites como os apontados” (p. 369, ênfase nossa).

²¹⁷⁹ GALVÃO TELLES, *Direito cit.*, p. 370, itálico nosso.

²¹⁸⁰ “Contributo ...” *cit.*, p. 16. Para o Autor, excluídas estas hipóteses, “onde não haja um abuso de direito ou um conflito de deveres, os problemas de dificuldade excessiva devem resolver-se por aplicação da doutrina da alteração ou do desaparecimento da base do negócio” (*idem*). Reiterando um tal entendimento em *Princípios cit.*, p. 570.

²¹⁸¹ *Das obrigações cit.*, vol. 2, p. 71, ênfase nossa.

²¹⁸² Já CUNHA DE SÁ configura estes casos genericamente como causas de justificação: “mais do que afastar simplesmente a reprovação do agente, deixa de incidir sobre o próprio incumprimento um *juízo de contrariedade ao direito*”.

²¹⁸³ ANTUNES VARELA, *Das obrigações cit.*, vol. 2, p. 70, n. 2. “O acto danoso não é antijurífico quando praticado no exercício de um direito, pois, se o agente tem direito de o praticar, não actua contra a ordem jurídica” (Adriano Paes da Silva Vaz SERRA, “Causas Justificativas do Facto Danoso”, *BMJ*, 1959, n.º 85, pp. 13-112, p. 87). Adiante explicitando o Autor que “ao exercício de um direito é de equiparar, para este efeito, o cumprimento de um dever imposto por uma norma jurídica ou por ordem legítima de autoridade pública” (p. 94).

cumprimento de um dever, quer o exercício de um direito constituem causas de justificação²¹⁸⁵, sendo a ilicitude excluída por “necessidade lógica”. No primeiro caso, dir-se-á que “se a ordem jurídica impõe um dever mais forte, cujo cumprimento é incompatível com a realização da conduta objecto do dever mais fraco, esta deixou de ser *devida*, enquanto se mantiver aquela situação de incompatibilidade”²¹⁸⁶. Quanto ao cumprimento de um dever, um tal efeito resulta, afinal, “por *necessidade lógica*, da própria *ideia de dever*”²¹⁸⁷. Para que o cumprimento assuma esta função, excluindo a ilicitude, concorre, todavia, um importante requisito: importa que o devedor não tenha culpa na produção de um tal conflito; de outra forma, “*culpa praecessit* e ele será responsável”²¹⁸⁸ – assim se renovando a importância de clara delimitação da imputação subjectiva do facto obstativo ao devedor. Por sua vez, na escolha do dever prevalecente, há que convocar um juízo relativo de valoração: “a importância dos deveres afere-se pelo *valor do bem* ou *interesse* que através deles se prossegue”²¹⁸⁹. PESSOA JORGE atesta, porém, que a estes casos não corresponde qualquer “impossibilidade da prestação”: nestas circunstâncias, “o devedor *pode de facto realizá-la* violando o outro dever”; simplesmente, se o cumprir – “como aliás *deve*, sendo mais forte” – o incumprimento do outro “fica *justificado* perante o credor”, uma vez que “a sua actuação é *lícita*”²¹⁹⁰. Considera, por isso, desadequado o apelo não só à impossibilidade relativa – por aqui não vislumbrar um agravamento de uma das prestações –, como à impossibilidade moral^{2191/2192}. Não obstante o espectro alargado de hipóteses aqui reconduzíveis, a intervenção de autoridade pode traduzir “um obstáculo intransponível ao cumprimento”, tal qual “quando o devedor é detido por suspeita infundada de

²¹⁸⁴ Assim, ao lado de circunstâncias que condicionam o “juízo de censura da conduta do agente (causas de exclusão, atenuação ou agravamento da culpa), outras há que influem directamente no juízo sobre o valor objectivo do facto (*causas justificativas do facto*), eliminando a ilicitude do comportamento do autor” (ANTUNES VARELA, *Das obrigações cit.*, vol. 1, p. 588). Admitindo que a ilicitude “resulta, no domínio da responsabilidade contratual, da relação de desconformidade entre a conduta devida (a prestação devida) e o comportamento observado”, é concebível que, em certas circunstâncias, “o não cumprimento da obrigação po[ssa], excepcionalmente, constituir um acto lícito”, caso proceda do exercício de um direito ou do cumprimento de um dever” (ANTUNES VARELA, *Das obrigações cit.*, vol. 2, pp. 78 e 94).

²¹⁸⁵ E uma causa de justificação, “quando se trata de obrigações, envolve para o credor a consequência de não poder exigir o cumprimento” (PESSOA JORGE, *Ensaio cit.*, p. 162).

²¹⁸⁶ PESSOA JORGE, *Ensaio cit.*, p. 159.

²¹⁸⁷ PESSOA JORGE, *Ensaio cit.*, p. 166, com itálico nosso.

²¹⁸⁸ PESSOA JORGE, *Ensaio cit.*, pp. 167-168. Nesta medida, “a invocação do cumprimento de um dever como causa justificativa do incumprimento de outro só releva se o respectivo sujeito não contribuiu culposamente para a impossibilidade de satisfação de ambos” (ALMEIDA COSTA, *Direito cit.*, p. 569).

²¹⁸⁹ PESSOA JORGE, *Ensaio cit.*, p. 174.

²¹⁹⁰ *Ensaio cit.*, p. 170.

²¹⁹¹ PESSOA JORGE, *Ensaio cit.*, pp. 171 e ss.

²¹⁹² No entanto, nem sempre a hierarquização dos deveres em colisão se revela simples (PESSOA JORGE, *Ensaio cit.*, p. 159).

crime e por causa dessa detenção não cumpre a obrigação”²¹⁹³ – com natural concretização no domínio laboral, sempre que o trabalhador se encontre detido ou preso preventivamente²¹⁹⁴. É, neste contexto, também não raro o apelo à inexigibilidade, havendo quem considere que, em tais casos, não nos movemos já no âmbito da impossibilidade²¹⁹⁵, concluindo-se que “a categoria do razoável, do que é conforme à boa fé, faz parte do mundo do Direito”. E o ordenamento “não pode permitir, e muito menos exigir, o que vai além desses limites”²¹⁹⁶. Há que considerar ainda uma outra hipótese.

1.4.2. A impossibilidade moral

I. Falta referir categoria importante, atento o objecto em estudo e o apelo frequente na doutrina, no plano da suspensão laboral: a “impossibilidade moral”. Neste âmbito, há que considerar a factualidade e a fundamentação subjacentes ao acórdão arbitral de 1944, no caso Arsenal do Alfeite (“AA”) c. União Eléctrica Portuguesa (“UEP”)²¹⁹⁷:

- Por contrato de fornecimento de energia eléctrica, a UEP estava obrigada ao fornecimento regular de energia eléctrica ao AA;
- Por contingências inerentes à Segunda Guerra Mundial, o fornecimento de carvão inglês foi interrompido, motivando a sua substituição por carvão nacional, de qualidade inferior²¹⁹⁸. A alteração da matéria-prima provocou uma avaria numa das duas caldeiras da UEP;
- Passando a dispor de apenas uma caldeira, a UEP *poderia ter optado por afectar a energia produzida, em exclusivo, ao AA – sendo a mesma suficiente para o*

²¹⁹³ PESSOA JORGE, *Ensaio cit.*, p. 184. Igual efeito – a exclusão da ilicitude – é estendido à “concessão do direito de realizar conduta diversa da devida” (p. 159, ênfase nossa e, desenvolvidamente, pp. 191 e ss.). Tem, agora, aplicação o referido art. 335.º do CC e, “como sucede com os deveres, a definição da superioridade de um direito em relação a outro não pode fazer-se em abstracto, mas pela *ponderação em concreto dos interesses que cada titular visa atingir*, não podendo nomeadamente afirmar-se que o interesse pessoal seja, em todas as circunstâncias, superior ao patrimonial” (p. 201, n. 169, com itálico nosso).

²¹⁹⁴ No que respeita a tais hipóteses, *v. infra* Capítulo II, Secção III, § 2.

²¹⁹⁵ PINTO OLIVEIRA dá conta que “os autores – portugueses e estrangeiros – usam correntemente os termos dificuldade excessiva, dificuldade extraordinária, onerosidade excessiva, onerosidade extraordinária, «limite do sacrifício» ou impossibilidade relativa para designarem o problema da inexigibilidade” (*Princípios cit.*, p. 564).

²¹⁹⁶ Reiterando-se que a extinção não seria, então, automática: “fazer nestes casos apelo à ideia de inexigibilidade tem a vantagem de, não obstante as circunstâncias, permitir que o devedor, caso assim o deseje, se exonere pelo cumprimento”. Ou seja, “o credor é obrigado a aceitar a prestação, apenas nunca a poderá exigir” (FERREIRA DA ROCHA, “A imputação ...” *cit.*, p. 69, n. 106).

²¹⁹⁷ Acórdão do Tribunal Arbitral de 30.5.1944 *cit.*, confirmado por acórdão da RL, de 26.5.1945, *O Direito*, ano 77, 1945, n.º 9, pp. 282-288.

²¹⁹⁸ Entre nós, a falta de matéria-prima poderia ser reconduzida ao regime da alteração das circunstâncias (cf. art. 437.º do CC). Todavia, assim não sucedia, considerados os contornos da hipótese (MENEZES CORDEIRO, “A «impossibilidade moral» ...” *cit.*, p. 105).

cumprimento integral das obrigações assumidas perante o AA. A UEP decidiu, porém, ratear, entre os seus clientes, a energia que passou a produzir;

- Na sequência de um tal rateio, a potência dispensada ao AA era insuficiente para manter a laboração nas oficinas do AA – que ficaram paralisadas.

Entre outras questões em análise, reveste especial interesse a resposta à interrogação então expressa nos termos seguintes: “como haveria a lei de considerar *juridicamente possível* o cumprimento de certa obrigação (para efeitos de lançar responsabilidade civil por falta dêsse cumprimento) em casos em que ele exigiria a violação de deveres morais ou de deveres jurídicos?” Afinal, “como pode ser juridicamente possível, para a lei, o sacrificar interesses superiores que ela mesma [...] se empenha em tutelar a todo o custo [...]?”²¹⁹⁹.

Anos mais tarde, reequacionando o caso, MENEZES CORDEIRO testa, já à luz do CC 1966, a possível recondução dos factos à impossibilidade, à alteração das circunstâncias e, por fim, ao conflito de deveres²²⁰⁰, concluindo, todavia, pela insuficiência de qualquer das alternativas. À impossibilidade faltaria natureza absoluta ou efectividade: embora implicando o incumprimento dos contratos firmados com os demais clientes, a UEP podia ter cumprido o acordado com o AA²²⁰¹. Também o recurso à alteração das circunstâncias é excluído: ainda que a falta de matéria-prima fosse, em teoria, reconduzível ao art. 437.º do CC, considerados os contornos do caso, era difícil sustentar a imprevisibilidade da alteração; na verdade, “o contrato fora já celebrado durante a Guerra, para mais numa altura em que a Inglaterra passava dificuldades conhecidas”; não sendo, pois, “ousado prever dificuldades no tráfego marítimo”²²⁰². Acrescendo também – na linha da registada depuração da alteração das circunstâncias – que a avaria numa das caldeiras incidia tipicamente sobre a esfera de risco da UEP²²⁰³. Restava solucionar a hipótese à luz do conflito de deveres: havendo, na falta de regulação expressa, que recorrer ao regime previsto no CC, para a colisão de direitos – cf. art. 335.º do CC²²⁰⁴. Um tal expediente revelava-se, porém, inviável – por não resultar evidente a escolha do dever prevalecente²²⁰⁵.

²¹⁹⁹ Acórdão do Tribunal Arbitral de 30.5.1944 *cit.*, pp. 251-252.

²²⁰⁰ MENEZES CORDEIRO, “A «impossibilidade moral» ...” *cit.*, p. 102.

²²⁰¹ “De facto, a UEP não estava impedida de fornecer ao Arsenal toda a energia que se obrigara; a sua produção era, ainda, bastante para o efeito. Quando muito, poder-se-ia falar num agravamento, uma vez que, a manter, na totalidade, os fornecimentos ao Arsenal, a UEP iria aumentar os seus incumprimentos perante terceiros, arcando, por isso, com eventuais responsabilidades” (MENEZES CORDEIRO, “A «impossibilidade moral» ...” *cit.*, p. 104, com itálico nosso).

²²⁰² “A «impossibilidade moral» ...” *cit.*, p. 105.

²²⁰³ “Consumado o movimento para a depuração da alteração das circunstâncias, tal ocorrência cai nas malhas do instituto da impossibilidade; quando este não se aplique, é o risco próprio da UEP que se manifesta, afastando o funcionamento do artigo 437.º, n.º 1” (MENEZES CORDEIRO, “A «impossibilidade moral» ...” *cit.*, p. 104, ênfase nossa).

²²⁰⁴ Verificado um tal conflito, “e sem que o devedor se haja colocado propositadamente na situação de ter de escolher entre um ou outro dever, por não poder cumpri-los a todos, pois se o tivesse feito, logo seria responsável”, opera transposição dos princípios previstos no art. 335.º do CC (MENEZES CORDEIRO, “A «impossibilidade moral» ...” *cit.*, p. 106, com itálico nosso). A

II. Na ausência de resposta clara do ordenamento e atenta a dificuldade de enquadramento, PAULO CUNHA sugeriu o apelo à impossibilidade moral. O que não implicava, todavia, na leitura proposta, um alargamento da eficácia extintiva da impossibilidade à mera dificuldade ou onerosidade²²⁰⁶: a par da distinção entre a impossibilidade absoluta e a relativa ou da impossibilidade objectiva e da subjectiva, haveria ainda que contrapor a *impossibilidade física* à *impossibilidade moral* – surgindo esta última, como variante de impossibilidade jurídica. Nesta construção, a impossibilidade moral seria, assim, ainda – teria de ser, no quadro do sistema – absoluta²²⁰⁷. Aqui se perfilam, na verdade, diversos autores, que embora mantendo a exigência do carácter absoluto da impossibilidade admitem reconduzir a uma tal hipótese não só a impossibilidade física, como a impossibilidade moral. Assim, RADOUANT, que procura autonomizar da impossibilidade relativa, exemplos vários de impossibilidade moral²²⁰⁸. A complexidade seria, porém, incontornável: se, no plano físico é fácil discernir o possível e o impossível; noutros planos, como determinar onde inicia e finda o impossível?²²⁰⁹. Assim sucedendo, por exemplo, perante crença num perigo ou ameaça grave, real e iminente²²¹⁰; ou nos casos em que a moral em sentido próprio constitua obstáculo à execução: em Agosto de 1914, na ausência de interdição administrativa, não se estava perante uma impossibilidade absoluta ou material de os casinos de *Biarritz* e de *Aix-les Bains* se manterem abertos ao público. Porém, os tribunais associaram, então, natureza absoluta à impossibilidade moral – decorrente, no caso, de um

este propósito, v. ainda Elsa Vaz de SEQUEIRA, *Dos Pressupostos da Colisão de Direitos no Direito Civil*, UCE, 2004.

²²⁰⁵ Na verdade, “se o tribunal encontrar dificuldades sérias em ponderar e ordenar todos os interesses em presença, para além de vários obstáculos processuais que isso iria pôr, pior seria a situação da UEP: obrigada a decidir, independentemente do recurso à via judicial, faltar-lhe-ia, além do mais, a autoridade própria para resolver da prevalência dos interesses relativos aos seus credores. Por fim, convém enfocar que a ponderação minuciosa das situações de todos os intervenientes tornaria qualquer *solução imprevisível*” e, por conseguinte, “qualquer ponderação material seria *inviável*” (MENEZES CORDEIRO, “A «impossibilidade moral» ...” *cit.*, p. 108, ênfase nossa).

²²⁰⁶ Conforme entendimento que mereceu, no caso, a adesão de Inocêncio Galvão TELLES. Assim, se a impossibilidade absoluta “é a que se traduz numa impotência da vontade” e a impossibilidade relativa apenas “a necessidade de observar uma diligência superior à diligência média” e admitindo, por fim, “que só a impossibilidade absoluta tem eficácia liberatória”, concluir-se-á sem reservas que, no caso, “a UEP ficou constituída na impossibilidade *absoluta* de fornecer, a *todos* os seus clientes, *toda* a energia eléctrica que lhes devia” (“Anotação ao Acórdão do Tribunal Arbitral de 30.5.1944”, *O Direito*, ano 78, 1946, n.º 1, pp. 21-30, pp. 26-27, ênfase nossa).

²²⁰⁷ Acórdão do Tribunal Arbitral de 30.5.1944 *cit.*, p. 251.

²²⁰⁸ *Du cas fortuit cit.*, pp. 22 e ss.

²²⁰⁹ RADOUANT, *Du cas fortuit cit.*, p. 22.

²²¹⁰ Tal qual o caso de artista que se compromete a actuar numa cidade entretanto atingida por uma epidemia de febre tifóide. O Autor não reconhece, todavia, eficácia liberatória à mera apreensão pessoal (RADOUANT, *Du cas fortuit cit.*, pp. 23-24).

sentido público de patriotismo –, assim justificando a impossibilidade de exploração comercial, num tal período²²¹¹.

Também na situação subjacente ao caso AA. c. UEP havia que considerar a sugerida impossibilidade (absoluta) de cumprimento de obrigação – determinante da violação de outros deveres, de igual valor e natureza, tutelados pela ordem jurídica²²¹². Afinal, a opção pelo cumprimento não poderia ser perspectivada como uma decisão livre: “a violação consciente de certos deveres jurídicos, para dar tratamento preferencial a outros de natureza e valor igual, não é para a lei uma possibilidade com que se deva contar”²²¹³. Assim se delimitando uma noção própria de “impossibilidade por violação de deveres jurídicos”: a impossibilidade moral, enquanto modalidade de impossibilidade jurídica, “radicada em princípios mais elevados, que lhe conferem, por isso, o qualificativo de «moral»”^{2214/2215}.

Em leitura crítica, são, porém, adiantadas outras soluções. Embora assentindo no resultado, PESSOA JORGE discorda do enquadramento então proposto: “a conclusão está correcta, mas não nos fundamentos”. No seu entender, “a situação não era de impossibilidade, nem jurídica, nem moral, mas

²²¹¹ RADOUANT, *Du cas fortuit cit.*, p. 26.

²²¹² De resto, “a solução contrária assenta mesmo num sofisma e conduz a um absurdo: todo e qualquer utente faria, no seu caso individual, o mesmo raciocínio de que a sua potência lhe poderia ser reservada por inteiro, e, logo, em relação a *nenhum deles* poderia haver caso de força maior – embora fôsse indiscutível a impossibilidade de fornecer a *todos*” (acórdão do Tribunal Arbitral de 30.5.1944 *cit.*, p. 252, ênfase nossa).

²²¹³ Acórdão do Tribunal Arbitral de 30.5.1944 *cit.*, p. 252.

²²¹⁴ MENEZES CORDEIRO, “A «impossibilidade moral» ...” *cit.*, p. 109. O Autor concebe a impossibilidade moral enquanto “modalidade de impossibilidade jurídica, quando estejam em causa valores fundamentais do sistema jurídico, expressos pela ideia de «boa fé»” (*ob. cit.*, p. 182). A partir desta ideia e a partir de princípios sociológicos, metodológicos e dogmáticos, deriva um “princípio do tratamento igualitário no cumprimento das obrigações” (*ob. cit.*, pp. 110 e ss.). Em síntese, tal princípio, “quando deva prevalecer sobre outros valores contrários, retira a sua força dos vectores fundamentais do ordenamento. Tradicionalmente, tais vectores são expressos pelo conceito de boa fé a qual, sob o formalismo linguístico das proposições, manda atender aos valores materiais subjacentes”. Concretizando esta formulação, dir-se-á que “na conclusão dos contratos, o tratamento igualitário apoia-se no artigo 227.º/1; no exercício de posições jurídicas, no artigo 334.º; no cumprimento das obrigações, no artigo 762.º/2, todos do Código Civil” (*ob. cit.*, pp. 113-114). Em aplicação desta trilogia ao caso AA c. UEP conclui que “a UEP, em tal circunstancialismo, não poderia cumprir licitamente, por inteiro, junto do Arsenal, levando, com isso, a uma discriminação face aos outros consumidores. O princípio do tratamento igualitário, no cumprimento das obrigações, aqui aplicável por força do artigo 762.º/2 do Código Civil, tornaria tal cumprimento juridicamente inadmissível ou, nas palavras de Paulo Cunha, moralmente impossível”. O rateio era, assim, a solução mais adequada ao caso (*ob. cit.*, p. 114).

²²¹⁵ Recusando a ampliação da impossibilidade a estas situações, v. MARIA DE LURDES PEREIRA, *Conceito cit.*, pp. 79-86. Na verdade, “um eventual «acolhimento» dos casos de agravamento (económico ou não) da prestação pelo «direito da impossibilidade» só seria, por isso, pensável quando se «manipulasse» o conteúdo da prestação devida: a conduta devida corresponderia apenas à utilização de meios lícitos, de meios que não pusessem em causa a integridade física ou moral do devedor e ainda de meios com o emprego os quais fosse de contar em determinada sociedade” – perspectiva rejeitada pela Autora (p. 85).

sim de colisão de deveres”: na verdade, “o cumprimento da parcela atribuída a cada credor *justificava* o não cumprimento integral da respectiva obrigação”²²¹⁶.

Convocamos ainda três outros exemplos, transpostos das jurisprudências francesa e inglesa: em 15.6.1915, também em clima de guerra, motivações semelhantes – reclamando, porventura, enquadramento (ainda) mais flexível – justificaram que o *Tribunal de Commerce de la Seine* assimilasse a uma requisição um acordo que fora celebrado entre o Ministério da Guerra e dada indústria, inviabilizando-a de cumprir os compromissos anteriormente assumidos com os respectivos clientes. Considerou o Tribunal que, atento o rigor do contexto bélico, o superior interesse de defesa nacional deveria prevalecer sobre outras considerações²²¹⁷.

Indicamos, por fim, dois casos que, no Direito inglês, traduzem também as particularidades das hipóteses em análise. Em *Maritime National Fish Ltd v. Ocean Trawlers Ltd* (1935)²²¹⁸, A fretou uma traineira (*St. Cuthbert*) a B, tendo presente que esta não revestiria qualquer utilidade se não fosse equipada com uma rede de arrasto e sabendo ambos que a utilização de uma tal rede dependia da detenção de uma licença para o efeito. B requereu cinco licenças, mas apenas três foram concedidas: tendo sido solicitado que indicasse o nome das traineiras às quais as licenças seriam afectas, B indicou outras três, não incluindo a *St. Cuthbert*²²¹⁹. A intentou uma acção contra B, para recuperar o valor investido, e B invocou que o contrato se frustrara. O argumento foi rejeitado pelo *Privy Council*, por haver sido um acto específico de B – a escolha das demais traineiras, com exclusão da *St. Cuthbert* – que havia obstado à execução do contrato²²²⁰. Esta decisão teria sido supostamente seguida pela *Court of Appeal* em *J Lauritzen AS v. Wijsmuller BV*, mais conhecido como “*The Super Servant Two*”²²²¹. Consideramos, todavia, que as duas hipóteses eram, na verdade, muito distintas – aproximando-se este segundo caso, em certa medida, do condicionalismo subjacente à situação do AA c. UEP: o transporte de máquinas de perfuração do Japão para Roterdão havia sido contratado, num dos dois navios dos transportadores; quando o “*Super Servant Two*” inesperadamente afundou, os transportadores constataram que o outro navio não dispunha de capacidade suficiente para transportar toda a carga contratada também com outros clientes e decidiram não realizar o transporte acordado. Invocaram a “*frustration*”, justificando o não cumprimento com a perda do “*Super Servant Two*”. O Tribunal considerou, porém, que a subsequente opção por não realização do transporte prejudicava, em definitivo, a “*frustration*”²²²².

²²¹⁶ *Ensaio cit.*, p. 173.

²²¹⁷ RADOUANT, *Du cas fortuit cit.*, p. 27.

²²¹⁸ [1935] UKPC 1, [1935] AC 524, (1935) 51 Ll L Rep 299.

²²¹⁹ UPEX e BENNETT, *Davies cit.*, p. 260.

²²²⁰ UPEX e BENNETT, *Davies cit.*, p. 260.

²²²¹ *Court of Appeal* [1990] 1 Lloyd’s L. Rep. 1. Sobre o caso *v. UPEX e BENNETT*, *Davies cit.*, pp. 260-261, e BROWNSWORD, *Smith & Thomas: A casebook cit.*, pp. 719-722.

²²²² UPEX e BENNETT, *Davies cit.*, p. 260. Sobre esta decisão e considerando que a rigidez que caracterizaria, no Direito inglês, a doutrina da “*frustration*” é frequentemente compensada pela

A decisão é, no entanto, criticada por UPEX e BENNETT, que referem que ao invés do caso precedente, agora, ninguém equacionara a possibilidade de o navio afundar, sendo artificial afirmar que aos transportadores teria sido exigível um outro comportamento²²²³. Rejeitam, pois, a decisão da *Court of Appeal*, de que a “*frustration*” deveria ter operado, concluindo que os transportadores não deveriam ter sido responsabilizados²²²⁴.

1.4.3. Ponto de ordem

Após breve excursão, importa retomar o propósito destas referências: não se pretende escrutínio exaustivo das variáveis que escapam ao rigor da impossibilidade absoluta. Sucede simplesmente que, não revestindo o impedimento laboral, na maioria das hipóteses, natureza absoluta, a doutrina apela, com frequência, nesta esfera, a uma ideia de inexigibilidade, de impossibilidade moral ou de adequação social. Ao que se segue elenco de razões – alegadamente melhor ajustadas às especificidades do contrato de trabalho – que justificariam os desvios à lógica acolhida no plano civil.

Cremos, todavia, que as referências antecedentes bastam para ilustrar como leitura estrita da impossibilidade é, por vias diversas, compensada, no âmbito do CC: só assim se concebe que a impossibilidade moral seja, para certa doutrina, ainda assimilada, sob a forma de impossibilidade jurídica, à impossibilidade absoluta. No seu conjunto, estes expedientes evidenciam como a rigidez da impossibilidade surge, por mecanismos vários, temperada. Justificando-se, por conseguinte, amenizar suposta derrogação – em função dos contornos (mais flexíveis) de obstáculo temporário que pode afectar o trabalhador, impedindo-o de prestar a actividade acordada – usualmente reclamada, a este propósito, na esfera laboral. Dir-se-á, no entanto, que às inquietações e nebulosidade associadas, em contexto civilístico, à fórmula que motiva, em tais casos, excluir a responsabilidade do devedor, é contraposta a certeza da operacionalidade, em contexto suspensivo laboral, de manifestações diversas de inexigibilidade, que afastam, em situações várias, o dever de o trabalhador executar o acordado.

Regressando ao domínio civil, parte da doutrina nacional revela já preferência pelo regime de impossibilidade alargada, hoje previsto no BGB. Assim, a propósito da extensão operada no § 275, 2 e 3 do BGB, à “impossibilidade fáctica” e à “inexigibilidade de obrigações altamente pessoais”, MENEZES CORDEIRO indica que a “inserção sistemática” desses casos “no próprio plano da (im)possibilidade da prestação permite [...] soluções mais simples e imediatas”²²²⁵. Atenta a evolução registada no Direito alemão e as

previsão, pelas partes, de cláusulas de força maior – que elencam os eventos que admitem sobrevir, alocando, nesse cenário, o risco de cada hipótese, *v.* MCKENDRICK, “The regulation ...” *cit.*, p. 325.

²²²³ *Davies cit.*, p. 261.

²²²⁴ UPEX e BENNETT, *Davies cit.*, p. 261.

²²²⁵ *Da modernização cit.*, pp. 110-111.

tendências do Direito Europeu, PINTO DE OLIVEIRA considera igualmente desejável uma alteração ao CC que retomasse a formulação proposta por VAZ SERRA²²²⁶. Sugere, pois, a inclusão de “um artigo 790.º-A”, conforme o qual “se a prestação [fosse] excessivamente difícil, em tais condições que seria *gravemente* contrário à boa fé reclamar o cumprimento, pode[ria] o devedor exonerar-se da obrigação ou obter a modificação desta”²²²⁷. Também Paulo Mota PINTO viria a pronunciar-se sobre as virtualidades desta proposta, concluindo, todavia, em seu desfavor, considerados os prejuízos decorrentes para a força vinculativa do contrato²²²⁸. Tomando estas observações em conta, PINTO OLIVEIRA reitera, no entanto, a conveniência da sugerida alteração, convocando, para tanto, uma razão especialmente importante: o acolhimento expresso e preciso da inexigibilidade – que se sobreporia ao insistente apelo a soluções inconstantes, dispersas e pouco claras – traria maior clareza (e, assim, maior segurança) ao Direito Civil português²²²⁹.

Seja como for, diremos que mais do que expor as fragilidades do enquadramento civilístico da impossibilidade no confronto com a inexigibilidade ou fórmulas aproximadas – e que reclamaria, certamente, estudo mais aprofundado –, estas notas revelam, sobretudo, as efectivas diferenças que demarcam uma tal reflexão da verificada em contexto suspensivo laboral. De assinalar, em especial, o passo inequívoco neste domínio: a assimilação à impossibilidade de hipóteses que embora não impedindo em absoluto o cumprimento, dispensam transitoriamente o trabalhador de prestar²²³⁰.

²²²⁶ V. *supra* § 1.1.

²²²⁷ Na redacção sugerida, “o advérbio *gravemente* circunscreveria a aplicação da regra aos casos de *desproporção evidente ou manifesta*, deixando a descoberto o enlace entre os casos de dificuldade excessiva e de abuso de direito” (“Contributo ...” *cit.*, p. 18, com itálico nosso).

²²²⁸ “Há, em particular, que prevenir o «resvalar» para uma sobreposição da ideia de «justiça contratual» do tribunal à das partes, em que se poderia facilmente cair (...)” (*Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, vol. 2, Coimbra Editora, 2008, p. 1234, n. 3446).

²²²⁹ *Princípios cit.*, p. 572. Assumindo, por conseguinte, que “o princípio (da prioridade) do cumprimento confronta-se com dois (contra-)princípios: o (contra-)princípio da impossibilidade e o (contra-)princípio da inexigibilidade. O primeiro, o (contra-)princípio da impossibilidade, diz-nos que o credor não pode actuar o direito ao cumprimento quando a prestação seja impossível; o segundo, o (contra-)princípio da inexigibilidade, diz-nos que o credor não pode actuar o direito ao cumprimento quando a prestação seja inexigível” (p. 509).

²²³⁰ Reconhecendo manifesta influência à evolução alemã na flexibilização do apelo à impossibilidade em contexto suspensivo laboral, RIVAS VALLEJO assinala o apelo frequente, neste âmbito, a uma “impossibilidade moral”: “*dicho argumento sirve para justificar, sobre la misma base de la imposibilidad sobrevenida de la prestación, la suspensión de la relación contractual cuando no existe un hecho impeditivo pero sí un evento legitimador de la abstención de la ejecución por los obligados*” (*La suspensión cit.*, p. 47). E à luz do Direito francês, YAMAGUCHI convoca também a impossibilidade moral: “*on peut considérer qu’en matière de contrat de travail, la notion d’impossibilité doit comprendre non seulement les cas où l’exécution du travail est impossible au sens strict, mais encore les cas où l’exécution du travail est rendue difficile pour le travailleur qu’on ne peut de bonne foi exiger de sa part la prestation du travail, si on tient compte de sa situation*” (*La théorie cit.*, p. 73).

2. A suspensão laboral e a impossibilidade relativa. A inexigibilidade

I. No âmbito da suspensão laboral, é, há muito, frequente menção à impossibilidade relativa: a exigência de natureza absoluta é, aqui, repetidamente rejeitada, por excessivamente rigorosa^{2231/2232}. A par de outros ordenamentos, também no Direito italiano – onde o apelo ao regime geral da impossibilidade é, ainda que para demarcação, igualmente usual em contexto suspensivo – é pacífico que os impedimentos referentes ao trabalhador, *maxime* os previstos nos arts. 2110 e 2111 do CCit., não excluem (não têm que excluir) execução possível da prestação. Porque a impossibilidade nem sempre reveste carácter absoluto, o conceito é, não raras vezes, preterido por menção à inexigibilidade – que assume, no domínio laboral, particular vigor²²³³.

Admitimos, todavia, que no ordenamento jurídico português, a reflexão antecedente sugira uma aproximação aos moldes em que, em substância, a inexigibilidade resulta acolhida em contexto suspensivo laboral. Dir-se-á, simplesmente, que se no plano do CC apenas parte da doutrina acolhe (e reservadamente) uma leitura não estrita ou não absoluta da impossibilidade, ainda que temporária – havendo ainda quem contorne um tal rigor por apelo a outros institutos, de modo a desresponsabilizar o devedor pela inexecução –, no contexto preciso da suspensão laboral por facto respeitante ao trabalhador, a transposição de fórmula equivalente ao § 275, 3 do BGB não encontra particulares resistências. Dir-se-á, tão-só, que as variantes de flexibilização resultam agora, em contexto laboral, mais evidentes e porventura mais frequentes, com assimilação, sem especiais hesitações, à impossibilidade: a suspensão laboral opera quando o impedimento prejudique ou coloque sob grave ameaça interesses mais elevados do devedor (o trabalhador) – assim se definindo o limite da vinculação e da responsabilidade²²³⁴. Acresce que também o modo pelo qual a suspensão é activada nem sempre se harmoniza – tendo em conta a frequente natureza relativa do impedimento – com a extinção automática (consequência do carácter absoluto do impedimento) do dever de prestar, pressuposto no regime geral da impossibilidade^{2235/2236}. O rigor dos

²²³¹ Quanto ao enquadramento extintivo e à natureza absoluta da impossibilidade que atinge directamente o trabalhador ou o dever de cooperação do empregador, *v. infra* § 3. e Secção IV, § 2.2.

²²³² Veremos haver, neste contexto, quem considere que a rigidez com que a jurisprudência laboral tende a interpretar a impossibilidade como causa extintiva, revelaria inclusivamente a preferência por uma impossibilidade jurídica, no domínio civil e por uma impossibilidade física, mais exigente, no âmbito laboral (SÍLVIA GALVÃO TELES, “Impossibilidade ...” *cit.*, p. 1083, n. 17). Discordamos, porém, de uma tal dissociação: tanto no âmbito civil, como no laboral, opera impossibilidade física ou jurídica, com eficácia extintiva. A diferenciação – que existe, evidentemente – resulta de outros elementos (referenciados *infra*, § 3. e Secção IV, § 2.2.).

²²³³ Assim se justificando a afirmação de que “*la sopravvenuta impossibilità può anche non essere assoluta, e perciò non è necessario che il lavoratore debba essere materialmente impedito di prestare la sua opera (impossibilità tecnica)*” (LAVAGNINI, *La sospensione cit.*, p. 46).

²²³⁴ SANTUCCI, “La sospensione ...” *cit.*, 57.

²²³⁵ Assim, *supra*, Parte I, Capítulo II, § 3.

²²³⁶ Tal qual, aliás, nota diferenciadora do previsto no § 275, 1 e no § 275, 2 e 3 do BGB.

conceitos tornaria, porém, desejável menção preferencial à inexigibilidade entre as disposições reservadas à suspensão laboral – ao invés de referência à “impossibilidade” ou a “impedimento”, enquanto conceitos operativos abrangentes.

II. Tomamos, pois, por assente que a extensão do âmbito da suspensão dita a acomodação de hipóteses várias, em que os factos que afectam o trabalhador não o impedem (em absoluto) de executar o acordado: ao rigor da impossibilidade é contraposta a abrangência da inexigibilidade, enquanto categoria à qual são, com frequência, reconduzidos exemplos vários de conflitos de deveres. Assim, para MENGONI, o cumprimento de um dever prevalecente em colisão com a obrigação de trabalho constitui motivo de legítima suspensão – à qual afecta efeitos idênticos aos da impossibilidade superveniente não culposa da obrigação²²³⁷. Aqui se enquadrariam, porém, não só situações cuja coercibilidade é pressuposta (*v.g.*, o cumprimento de obrigações militares²²³⁸ ou de obrigações legais²²³⁹), mas também outras hipóteses que dispensariam uma tal essência – por acomodarem valores superiores e o exercício de direitos do trabalhador²²⁴⁰, tutelados pelo ordenamento e em colisão frequente com a execução da actividade laboral²²⁴¹. Ao que haveria, por fim, que somar ausências às quais um sentido comum de justiça rejeita associar os efeitos usuais do incumprimento²²⁴².

²²³⁷ “Note ...” *cit.*, p. 272. V. as referências *supra* § 1.4., quanto ao conflito de deveres.

²²³⁸ Já o serviço militar voluntário promoveria leitura diversa. A este propósito, MENGONI conclui, no entanto, que embora o impedimento ao trabalho resulte de facto voluntário do devedor, a diligência que sobre este impende, impondo que se mantenha em condições de cumprir o contrato de trabalho, não deve anular a sua personalidade, coarctando o exercício de outros direitos (“Note ...” *cit.*, p. 274). O que promoveria leitura flexível da coercibilidade pressuposta, por regra, no conflito de deveres e que aqui nem sempre concorreria.

²²³⁹ Sobre o conflito de deveres, *v.*, entre outros, o acórdão da RC de 18.6.2008, Proc. n.º 45/02.6TAVGS-A.C1, (LUÍS RAMOS), ali se indicando que “os deveres jurídicos em confronto – dever de [o trabalhador] comparecer à diligência para que tinha sido devidamente convocado e dever de subordinação à entidade patronal – não se podem considerar equivalentes e muito menos que este último se sobreponha àquele”. Afinal, “a defesa da ordem jurídica impõe a todos a colaboração com a justiça e essa colaboração, dado o interesse público em jogo, *maxime* a defesa do Estado de Direito, só em casos muito particulares pode ceder perante interesses particulares” (Sumário, ênfase nossa).

²²⁴⁰ Em que a parentalidade surgiria como exemplo particularmente ilustrativo. Todavia, se, em regra, o conflito de deveres ou de direitos não exclui a ilicitude quando o devedor é responsável pelo surgimento de uma tal colisão (*cf. supra*, n. 2188), haveria que aqui introduzir desvios relevantes.

²²⁴¹ “Com a consagração dos direitos fundamentais específicos dos trabalhadores, condição de todas as outras suas liberdades, rejeita-se a concepção tradicional dos direitos fundamentais como meros direitos do homem e do cidadão genéricos e abstractos e adopta-se antes uma concepção da empresa, que reconhece como valor a conflitualidade que lhe é inerente e que contratualiza os poderes empresariais, limitados (também) pela actividade sindical e a acção colectiva dos trabalhadores” (JOSÉ JOÃO ABRANTES, *Direito cit.*, p. 72).

²²⁴² Tal qual a ausência da actriz que não comparece no teatro na noite do espectáculo, por falecimento do filho, horas antes (MENGONI, “Note ...” *cit.*, p. 272) – exemplo que constitui, aliás,

Esta extensão do âmbito do conflito de deveres²²⁴³ não é, todavia, acolhida sem reservas: afinal, por esta forma, um leque muito amplo de hipóteses pouco homogêneas resultaria artificialmente agregado. Por isso, em alternativa, ICHINO convoca a inexigibilidade como conceito próprio, autónomo de qualquer apelo (porque restritivo) ao conflito de deveres ou a outras fórmulas que só parcialmente reflectem o fenómeno em causa: o cumprimento de um dever como causa de exclusão da ilicitude apenas deveria ser invocado perante a imposição de um dever jurídico concorrente. E tal não quadraria às ausências em razão de uma prestação voluntária – *v.g.*, funções sindicais, para estudo ou formação, por inerentes às responsabilidades parentais ou por exercício de greve²²⁴⁴. A recondução à impossibilidade não seria também alternativa, por igualmente desadequada a impedimentos que resultam de escolha insindicação do trabalhador²²⁴⁵; havendo que reconhecer ainda que, mesmo em hipóteses suspensivas típicas (tal qual, a doença e o acidente), a prestação é, não raras vezes, física e juridicamente possível, não se identificando um qualquer *dever* prevalecente, que exija a abstenção. ICHINO conclui, por isso, que a lógica é outra: o normal desenvolvimento da actividade laboral *colide* frequentemente com um interesse ou um direito (mas não necessariamente com um dever) específico: assim, na doença, está em causa tutela da saúde do trabalhador ou de familiares próximos – ao que o ordenamento reconhece protecção prevalecente, no confronto com o interesse do credor. A sobreposição de tais

variante próxima de um outro, corrente na doutrina alemã, em concretização da inexigibilidade, pressuposta no § 275, 3 do BGB (cf. referido *supra*, n 2144).

²²⁴³ Que RIVAS VALLEJO elege como justificação preferencial para as diversas hipóteses suspensivas: “*la tesis más coherente con la naturaleza de la relación laboral es la de colisión de dos deberes o facultades de imposible ejercicio simultáneo*” (*La suspensión cit.*, p. 78).

²²⁴⁴ Em domínio penal e a respeito do disposto no art. 36.º, n.º 1, do CPenal – “*não é ilícito o facto de quem, em caso de conflito no cumprimento de deveres jurídicos ou de ordens legítimas da autoridade, satisfazer dever ou ordem de valor igual ou superior ao dever ou ordem que sacrificar*” –, o acórdão da RC, de 25.2.2004, Proc. n.º 245/04 (JOÃO TRINDADE), refere que a “*realização do exame prático de condução constitui um direito, uma opção dos cidadãos e não também um dever jurídico*”. Na verdade, “*a ordem jurídica apenas impõe a obrigação de habilitação legal para a condução no momento em que se conduz*” – tendo sido, assim, excluída, a possível invocação daquela norma (Sumário, III, ênfase nossa). V. ainda acórdão da RG de 4.2.2013, Proc n.º 285/11.7IDBRG.G1 (MARIA LUÍSA ARANTES).

²²⁴⁵ ICHINO, *Il contratto cit.*, p. 141 A usual exigência, no contexto do CCit., que a impossibilidade revestisse natureza absoluta teria uma consequência prática relevante: não assumindo hipóteses suspensivas várias uma tal natureza, haveria que concluir pela inaplicabilidade, a esses casos, do regime geral da impossibilidade. O que, no contexto da cessação do contrato de trabalho, revestiria importância: à extinção do vínculo, por perda do interesse do credor, conforme o regime geral da impossibilidade temporária ou parcial (atenta a recondução, pela doutrina dominante, a uma de tais variantes), haveria que contrapor regras extintivas próprias, na esfera laboral. É assim que para ICHINO o regime geral da impossibilidade não é apenas inaplicável à suspensão prevista nos arts. 2110 e 2111 do CCit., mas também a outras hipóteses suspensivas, não expressamente referidas – assim se afastando a invocação, pelo empregador, de perda de interesse na prestação, por demora no cumprimento. De assinalar, contudo, que se parte da doutrina exclui, em qualquer hipótese suspensiva, o regime geral extintivo da impossibilidade, ICHINO concebe a aplicação de tais regras a situações de impossibilidade absoluta de prestação do acordado, tal qual em caso de prisão de trabalhadores (pp. 8-9).

exigências pessoais nem sempre representaria, porém, uma situação de incumprimento ou de impossibilidade, nem um conflito de deveres, reforçando, assim, o apelo preferencial à inexigibilidade²²⁴⁶.

III. Consabidamente, o especial envolvimento da personalidade do trabalhador é amiúde convocado como justificativo de particularidades várias do regime laboral²²⁴⁷. No domínio suspensivo, MENGONI recusa, todavia, delimitar a impossibilidade (enquanto não absoluta) em função de tais exigências. Considera não ser correcto inverter o processo lógico e sugerir, consideradas tais circunstâncias, um conceito de impossibilidade diverso (e mais abrangente) que o indicado na regra geral do art. 1218: na falta de base positiva, uma tal dedução traduziria posição arbitrária do intérprete²²⁴⁸. Cremos, porém, estas reservas adequadas apenas caso se perfilhe uma leitura flexível das regras gerais reservadas no CCit. à impossibilidade – que amenize a referência ao carácter absoluto²²⁴⁹ e que, por conseguinte, dispense avaliação distinta dos contornos da impossibilidade na esfera laboral. De outra forma, uma leitura estrita deparar-se-ia, neste âmbito, com obstáculos dificilmente superáveis.

Divergindo daquele entendimento, admitimos que a personalidade do trabalhador assume, aqui – como em tantos outros aspectos do vínculo laboral –, importância incontestável²²⁵⁰. Assinalámos já que, no confronto com a lógica civilística, a inexigibilidade ao trabalhador de execução do acordado não está, afinal, assim tão distante das soluções ali propostas. Dir-se-á, todavia, que, agora, a ausência do trabalhador é justificada, atendendo precisamente à prevalência de exigências atinentes à personalidade do trabalhador, em conflito com o interesse do credor, quanto ao cumprimento do acordado; a preferência por tais valores acompanha a intensificação da tutela do trabalhador na execução do contrato de trabalho: o ordenamento concilia, por esta forma – legitimando a abstenção –, necessidades extralaborais, referentes ao trabalhador²²⁵¹. Veremos, aliás, que a relevância da personalidade do trabalhador acolhe, neste âmbito, outras concretizações, tal qual para a

²²⁴⁶ ICHINO, *Il contratto cit.*, p. 11.

²²⁴⁷ Sobre este aspecto, *v. supra* Parte I, Capítulo VI, § 4.

²²⁴⁸ MENGONI, “Note ...” *cit.*, com itálico nosso. Conforme o art. 1218 do CCit. (“Responsabilità del debitore”), “il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l’inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile”.

²²⁴⁹ Quanto ao carácter absoluto da impossibilidade, admitindo atenuações a uma tal exigência, conforme apelo à inexigibilidade, *v.*, em anotação ao art. 1256 do CCit., Giorgio CIAN e Alberto TRABUCCHI, *Commentario Breve al Codice Civile*, Cedam, 1997, pp. 1149-1150.

²²⁵⁰ *V. supra* Parte I, Capítulo VI, § 4.

²²⁵¹ Naturalmente, uma tal flexibilização tem limites – havendo que considerar igualmente o interesse do credor na execução da prestação. O interesse do empregador releva sobretudo na determinação do carácter temporário ou definitivo do impedimento (*v. infra* Capítulo III).

delimitação precisa da imputação do impedimento ao trabalho – considerada a necessária salvaguarda da esfera privada do trabalhador²²⁵².

IV. Há ainda que correlacionar, de um lado, o apelo à inexigibilidade e a afinação progressiva da suspensão laboral e, de um outro, os avanços do próprio Direito do Trabalho: o enquadramento da suspensão e dos factos justificativos de ausência prolongada ao trabalho é, na verdade, sintomático de mutação maior²²⁵³. Aquando do surgimento do Direito do Trabalho, prevalecia lógica distinta: o vínculo laboral não reconhecia espaço a exigências extralaborais, relevando apenas situações de impedimento em sentido próprio (absoluto) do trabalhador²²⁵⁴. Os primeiros casos de suspensão são, por isso, sobreponíveis à impossibilidade em sentido rigoroso – tal qual o serviço militar, em função da guerra²²⁵⁵, e a maternidade, considerados os períodos mínimos de ausência então admitidos²²⁵⁶. No entanto, a evolução do Direito do Trabalho e a extensão da tutela reconhecida ao trabalhador dita a progressiva multiplicação das situações em que lhe é legítimo recusar o cumprimento da prestação²²⁵⁷ – seja em consideração da saúde, tempos de descanso e de lazer²²⁵⁸; ou atenta a importância reconhecida ao exercício de determinadas actividades extralaborais –, assim promovendo a inevitável extensão do âmbito operativo da suspensão²²⁵⁹. A dignidade do trabalhador enquanto pessoa é reconhecida no desempenho da actividade profissional, impondo não só restrições ao exercício dos poderes do empregador, como a afirmação, em termos progressivamente abrangentes, da autodeterminação do trabalhador – assim se revelando também a configuração da dinâmica marcadamente relacional do contrato de trabalho²²⁶⁰. O que justifica, a par de outras mutações, a crescente

²²⁵² Aspecto resolvido *infra*, Capítulo II.

²²⁵³ Também a este propósito se justificando relembrar que “[p]articularmente sensível às transformações económicas, sociais e políticas, o direito do trabalho é dotado de grande dinamismo, pois constituiu desde sempre, ao longo da sua história, um laboratório para o ensaio de novas construções jurídicas” (JOSÉ JOÃO ABRANTES, *Direito cit.*, p. 14).

²²⁵⁴ ICHINO, *Il contratto cit.*, p. 141.

²²⁵⁵ A guerra e os seus efeitos surgem como justificativo para a operacionalidade da suspensão em domínios diversos. Quanto à concretização de tais casos na jurisprudência francesa, *v. supra* Parte I, Capítulo V, § 1.

²²⁵⁶ JÚLIO GOMES nota, relativamente ao regime actualmente em vigor, que a licença de maternidade “*não representa na sua totalidade um caso de impossibilidade da prestação como resulta da possibilidade de a mãe acordar com o pai numa repartição da parte que excede o mínimo legal; só esse mínimo parece corresponder a uma genuína impossibilidade de executar a prestação*” (*Direito cit.*, p. 855, ênfase nossa).

²²⁵⁷ Como refere JOSÉ JOÃO ABRANTES, “resultado de determinada evolução histórica, o direito do trabalho possui princípios especiais, afastando-se de certos dogmas contratualistas, de modo a proteger a parte contratual mais débil, e tendo como técnica específica a desigualdade jurídica em favor desse contraente” (“A Constituição ...” *cit.*, p. 13).

²²⁵⁸ ICHINO, *Il contratto cit.*, pp. 48-49.

²²⁵⁹ ICHINO, *Il contratto cit.*, p. 49.

²²⁶⁰ JOSÉ JOÃO ABRANTES dá conta que “o conceito constitucional da relação de trabalho assenta na ideia de que o trabalhador é uma pessoa, cuja liberdade e cujos direitos não podem ser totalmente sacrificados aos interesses empresariais, havendo, antes, que encontrar soluções que

atendibilidade de impedimentos pessoais do trabalhador²²⁶¹ – de frequência e duração nem sempre previsíveis – e o consequente alargamento de hipóteses de exercício suspensivo unilateral, pelo trabalhador²²⁶².

V. Por regra, o trabalhador encontra-se “vinculado, *não só a trabalhar, mas a trabalhar em certos dias, a certas horas*”²²⁶³. Do que resulta que, por princípio, a ausência do trabalhador, quando deveria prestar actividade, dite o incumprimento do dever de trabalhar²²⁶⁴, a par dos deveres acessórios acoplados a uma tal obrigação, tal qual o de assiduidade. Atenta a sobreposição funcional entre a suspensão laboral por factos respeitantes ao trabalhador²²⁶⁵ e o elenco dos motivos justificativos das faltas²²⁶⁶ – em especial, o art. 249, n.º 2,

garantam tanto a liberdade de empresa como aqueles direitos dos trabalhadores” (*Direito cit.*, p. 71).

²²⁶¹ Com o passar do tempo, são expectáveis mutações no conjunto de hipóteses suspensivas expressamente previstas – *v.*, nomeadamente, a consagração da suspensão em tutela de vítima de violência doméstica (*v. infra* § 2.3.). Sendo concebível possível extensão de tutela que atenda – a par da reservada à parentalidade – a exigências decorrentes da prestação de assistência a membros mais idosos do agregado familiar, fruto do constatado envelhecimento da população.

²²⁶² Conforme ICHINO, por esta forma, a legislação laboral deu um passo muito relevante para a emancipação do trabalhador no contrato de trabalho, respeitando e afinando a sua autonomia individual (*Il contratto cit.*, p. 144).

²²⁶³ MONTEIRO FERNANDES, “Alguns aspectos ...” *cit.*, p. 19, com itálico nosso.

²²⁶⁴ MONTEIRO FERNANDES, “Alguns aspectos ...” *cit.*, p. 19. Por conseguinte, “em princípio, a falta envolve *incumprimento da obrigação contratualmente assumida pelo trabalhador* – ou, em termos mais precisos, do dever de trabalhar” (p. 20, com itálico nosso). Conforme entendimento frequentemente reiterado na doutrina, MONTEIRO FERNANDES afasta o incumprimento sempre que a falta resulte previamente autorizada pelo empregador (pp. 20-21). Divergimos, porém, desta leitura, por considerarmos que se o trabalhador se ausenta quando devia prestar trabalho incumpe o contrato (cf. art. 248.º, n.º 1). Simplesmente, a autorização do empregador (cf. art. 249.º, n.º 2, i)) justifica o incumprimento, excluindo a ilicitude, não sendo, por conseguinte, de apontar responsabilidade ao trabalhador – porque concorre, afinal, causa de justificação (o consentimento do lesado – art. 340.º, n.º 1, do CC, conforme o qual o “*acto lesivo dos direitos de outrem é lícito, desde que este tenha consentido na lesão*”). Por todos, *v.* ANTUNES VARELA, *Das obrigações cit.*, vol. 1, pp. 560-562, e ALMEIDA COSTA, *Direito cit.*, pp. 576-578.

²²⁶⁵ Fora do âmbito da falta contamos os “casos em que a ausência é devida a facto ligado à empresa (*v.g.*, encerramento por um dia para obras) (...)” (JORGE LEITE, *Direito cit.*, p. 157). Nesta medida, “a ausência ao trabalho só ganha autonomia enquanto tal quando o seu motivo determinante se situe na esfera do trabalhador individualmente considerado, ou seja, para que haja falta é necessário que o motivo determinante da ausência se ligue à *pessoa* do trabalhador” (Jorge LEITE, “As Faltas ao Trabalho no Direito do Trabalho Português”, *RDE*, ano 4, 1978, n.º 2, pp. 417-446, p. 421).

²²⁶⁶ A falta constitui um conceito valorativamente neutro ou descritivo, à qual se associam regimes distintos (JORGE LEITE, “As faltas ...” *cit.*, p. 418). Por esta razão, não subscrevemos o desajuste que se entende que resultaria de eventual assimilação da greve a falta (*v. supra* Parte I, Capítulo III, § 5.). Diversamente, JOSÉ JOÃO ABRANTES, ao assinalar que “a ausência do trabalhador do local de trabalho por motivo de adesão à greve não configura uma falta (nem sequer justificada), porque durante a greve não se mantém o dever de assiduidade” (*Direito cit.*, p. 89, ênfase nossa). Cremos, porém, que o dever de assiduidade subsiste ainda em tais casos, sendo, logo em seguida e por força da greve, neutralizado. À semelhança de outras tantas hipóteses suspensivas – tal qual na doença, no exercício de funções sindicais ou no

d)^{2267/2268} –, importa convocar reflexão doutrinária e jurisprudencial que, embora desenvolvida, sobretudo, a respeito do regime das faltas, transpomos, agora, para o domínio suspensivo.

Dir-se-á, desde logo, que o art. 249.º, n.º 2, d), contraria, em certa medida – considerado o advérbio “nomeadamente” (à semelhança do previsto no art. 296.º, n.º 1, na suspensão) –, a sugerida taxatividade dos motivos justificativos das faltas²²⁶⁹. Em referência a antecedente daquele preceito, JÚLIO GOMES ali identificava, uma “cláusula geral de adequação social”, que incluiria hipóteses em que se afigura[va] *inexigível* (e não tanto *impossível*) a comparência ao serviço²²⁷⁰. A esta luz, a valoração dos motivos justificativos seria feita de acordo com a “consciência social dominante”²²⁷¹, assim se agregando situações muito distintas: a ameaça de ruína de prédio habitado pelo trabalhador²²⁷² ou a falta ao trabalho por prestação de assistência a vítimas de acidente²²⁷³; ou, noutro exemplo, a ausência do trabalhador no dia em que faleceu a pessoa que

cumprimento de obrigações militares –, o exercício da greve justifica o incumprimento, atenta a inexigibilidade da prestação, prevalecente sobre o interesse do credor. É a esta luz que interpretamos o disposto no art. 536.º, n.º 1, onde é mencionado que “a greve suspende o contrato de trabalho de trabalhador aderente”, indicando-se, entre os efeitos associados, a suspensão do dever de assiduidade. O facto de à greve poder corresponder uma ausência de curta duração – e não já uma ausência *prolongada*, como usual na suspensão – deporia, aliás, a favor da qualificação da greve enquanto falta (naturalmente justificada). Cremos, porém, que a referência única ao efeito suspensivo, independentemente da duração que a greve venha a revestir (cf. art. 536.º), não é sintomático do enquadramento jurídico reservado à greve (enquanto falta ou suspensão), mas antes decorrência de evolução própria, registada a propósito de um tal instituto (*v. infra* § 2.5.). Quanto aos efeitos da greve relativamente à (não) atribuição de prémio de assiduidade, *v. supra* Parte I, Capítulo I, Secção V, Subsecção III, § 2.

²²⁶⁷ Que acolhe a justificação da falta “*motivada por impossibilidade de prestar trabalho devido a facto não imputável ao trabalhador, nomeadamente observância de prescrição médica no seguimento de recurso a técnica de procriação medicamente assistida, doença, acidente ou cumprimento de obrigação legal*”. Refere, a este propósito, PALMA RAMALHO que “esta categoria de faltas integra situações diversas, quer de impossibilidade física, quer de impossibilidade legal, que têm em comum a circunstância de a ausência do trabalhador não corresponder a um acto voluntário, constituindo uma novidade do actual Código do Trabalho a referência neste item às ausências do trabalhador no contexto da procriação medicamente assistida” (*Tratado cit.*, II, p. 623).

²²⁶⁸ Conforme lógica transponível para o domínio da suspensão laboral, dir-se-á que “a disciplina jurídica das faltas ao trabalho constitui um desafio permanente para o legislador, pois nesta matéria regista-se uma forte tensão entre os imperativos de carácter económico (combate ao absentismo laboral) e as exigências de cariz social (limitação do constrangimento pessoal representado pela necessidade de comparecer, pontual e assiduamente, ao serviço)” (LEAL AMADO, *Contrato cit.*, p. 293).

²²⁶⁹ No que respeita à imperatividade acolhida no art. 250.º e à autonomia conferida às partes na modelação do regime das faltas e da suspensão, *v. supra* Parte I, Capítulo I, Secção V, Subsecção III, § 2. PALMA RAMALHO identifica, no art. 249.º, n.º 2, d), uma “cláusula aberta de justificação” (*Tratado cit.*, II, p. 624).

²²⁷⁰ “Algumas reflexões ...” *cit.*, pp. 725-726.

²²⁷¹ JÚLIO GOMES, “Algumas reflexões ...” *cit.*, pp. 725-726.

²²⁷² JORGE LEITE, “As faltas ...” *cit.*, p. 437.

²²⁷³ *V. ainda* MONTEIRO FERNANDES, “Alguns aspectos ...” *cit.*, p. 27.

o criou, ainda que inexistindo relação familiar²²⁷⁴. Perante este elenco tornar-se-ia particularmente evidente a flexibilidade com que a referência à “impossibilidade” seria, aqui, considerada – em moldes transponíveis para o domínio suspensivo. Conforme esta lógica, para determinar se certa ausência é (ou não) justificada haveria que aferir se a presença do trabalhador se afigurava exigível, conforme a consciência social dominante²²⁷⁵; e não sendo esse o caso, a falta seria justificada²²⁷⁶. JORGE LEITE sustenta, todavia, interpretação diversa, por considerar que, nas hipóteses descritas, as faltas são, na verdade, injustificadas, uma vez que o motivo que ditou a ausência não participa do elenco restrito da lei²²⁷⁷. Em substância, as duas posições não conduzem, porém, a resultados muito distintos, na medida em que a última construção concede que, nestas circunstâncias, as faltas, embora injustificadas, poderão não

²²⁷⁴ JÚLIO GOMES, “Algumas reflexões ...” *cit.*, p. 725. Todavia, em acórdão da RP, de 6.10.2014, foi decidido que “estando em causa o falecimento do pai da pessoa com quem o trabalhador vivia em comum, a situação não tem enquadramento no disposto no artigo 251.º, pelo que as faltas não podem considerar-se justificadas ao abrigo de tal normativo” (Proc. n.º 433/13.2TTGDM.P1, JOÃO NUNES, Sumário, II, *itálico nosso*). Embora não tendo sido equacionada a recondução do caso à cláusula geral do art. 249.º, n.º 2, d), e havendo, por conseguinte, considerado a falta injustificada, a RP entendeu que a “conduta do trabalhador assum[ia] *escassa relevância disciplinar*, atenta a equiparação das situações [das] uniões de facto à dos cônjuges, seja decorrentes da lei, *maxime* da Lei n.º 7/2001, *seja até de um sentimento social que vai generalizando*, incluindo quanto à utilização nas uniões de facto de denominações próprias das relações de parentesco ou afinidade decorrentes do casamento” (Sumário, IV, *ênfase nossa*). Havendo, por isso, concluído pela não verificação de justa causa e, nesta medida, pela ilicitude do despedimento.

²²⁷⁵ PALMA RAMALHO alerta, porém, para a necessidade de interpretação exigente da impossibilidade, em função do “que seja *exigível ao empregador tolerar como motivo de ausência do trabalhador*”. Nesta medida, “a apreciação do motivo da impossibilidade cabe ao empregador e deve ser exercida dentro dos critérios de razoabilidade, mas adequados ao caso concreto” (*Tratado cit.*, II, p. 625, n. 642, *ênfase nossa*). Por sua vez, MONTEIRO FERNANDES considera que a atendibilidade do motivo justificativo da ausência, “se reconduz à objectivação de um juízo de adequação sobre a «escolha» que o trabalhador manifesta pela «não-comparência»” (“*Alguns aspectos ...*” *cit.*, p. 32).

²²⁷⁶ JÚLIO GOMES entende que a redacção legal incorpora uma noção de inexigibilidade como causa de justificação da falta, em suma “interpretando de modo mais generoso o conceito de «impossibilidade», parece-nos que as faltas genuinamente injustificadas deverão ser consideradas ilícitas e, em regra, culposas, ou seja, constituirão infracção disciplinar” (“*Algumas reflexões ...*” *cit.*, p. 726).

²²⁷⁷ Cf. o art. 351.º, n.º 2, g), constitui justa causa de despedimento, “*faltas não justificadas ao trabalho que determinem directamente prejuízos ou riscos graves para a empresa, ou cujo número atinja, em cada ano civil, cinco seguidas ou 10 interpoladas, independentemente de prejuízo ou risco*”, havendo que considerar igualmente o disposto no n.º 1 daquela disposição. No que respeita a uma tal valoração, *v.* o acórdão da RL, de 23.4.2008, onde se indica que “as faltas dadas pelo autor por ocasião do seu casamento são injustificadas não porque não existisse motivo justificativo e legal [...] mas porque sendo previsíveis não foram comunicadas com a antecedência devida”. É, não obstante, reconhecido que “a gravidade das faltas injustificadas por omissão da sua comunicação atempada é menor que as faltas objectivamente injustificadas, isto é, quando desprovidas de motivo” (Proc. n.º 308/2008-4, PAULA SÁ FERNANDES, Sumário, I).

justificar censura disciplinar²²⁷⁸. Para que tal sucedesse, à falta injustificada – o substrato fáctico e objectivo da infracção – haveria que somar o elemento subjectivo, “revelador de uma atitude negativa do trabalhador perante os seus deveres [...]”. E uma tal censura seria excluída sempre que a ausência “ocorr[esse] em situações que torn[ass]em *socialmente inexigível* a presença do trabalhador na empresa”²²⁷⁹. Subjacente a esta leitura está a ideia de que a falta, apesar de ilícita, não seria, agora, culposa – assim se excluindo infracção disciplinar: teriam, pois, aplicação tão-só os efeitos civilistas indissociáveis do nexó sinalagmático, aqui traduzidos na perda da retribuição e no desconto da antiguidade²²⁸⁰.

Antes aderimos, contudo, à interpretação que considera que as faltas injustificadas sempre constituem infracção disciplinar: nesta medida, revelando-se inexigível ao trabalhador prestar a actividade acordada, a falta é justificada. Concedemos, de resto, que a falta justificada não representa apenas um comportamento não culposos, podendo constituir ainda conduta lícita²²⁸¹.

²²⁷⁸ Daí que para JORGE LEITE não seja evidente que “a falta só po[ssa] ser qualificada como direito ou como infracção” (*Direito cit.*, p. 157): na concepção descrita, haverá casos em que a falta injustificada não constituirá uma infracção. Uma tal alternatividade (direito-infracção) é, no entanto, sustentada por parte da doutrina – assim, LEAL AMADO, que considera que a “natureza jurídica das faltas ao trabalho oscila, portanto, entre o exercício de um direito, quando se trate de uma falta justificada, e o incumprimento contratual, quando a ausência seja injustificada” (*Contrato cit.*, pp. 295-296).

²²⁷⁹ JORGE LEITE, *Direito cit.*, p. 158, ênfase nossa. Considera o Autor que “a lei considera a falta injustificada, no mínimo, como um caso de inadimplemento não imputável, ou seja, não a considera, necessariamente, como um caso de inadimplemento culposos e, muito menos, como um caso de infracção disciplinar” (“As faltas ...” *cit.*, p. 432). JÚLIO GOMES nota que conforme um tal raciocínio, a inexigibilidade funciona como causa de exclusão da culpa para efeitos disciplinares (não obstante a avaliação da falta como injustificada): “quem, ao invés, seja mais exigente na determinação do que é a referida «impossibilidade», concluirá que tais faltas são injustificadas, mas poderá acrescentar que o seu carácter injustificado nada diz quanto à existência e ao grau de culpa do trabalhador, bem podendo suceder que a falta seja então injustificada, mas não haja, apesar disso, qualquer infracção disciplinar dada a ausência de culpa por parte do trabalhador” (“Algumas reflexões ...” *cit.*, p. 726). Diferentemente, para PALMA RAMALHO, “qualquer falta injustificada constitui uma infracção disciplinar, uma vez que se reconduz à violação não justificada de um dever do trabalhador (no caso, o dever de assiduidade)” (*Tratado cit.*, II, p. 650). Refere, a este propósito, MENEZES CORDEIRO, que a falta injustificada pressupõe ilicitude e culpa: “faltando algum desses elementos, ela é justificada”. Quanto à lógica subjacente a um tal regime, a mesma é “muito simples: reside no risco empresarial, que corre pela entidade empregadora e que só cessa perante actividades ilícitas e culposas, praticadas pelo trabalhador” (*Manual cit.*, p. 714).

²²⁸⁰ JORGE LEITE, “As faltas ...” *cit.*, pp. 432-433 e p. 438.

²²⁸¹ Seguimos, no essencial, o entendimento de JÚLIO GOMES, *Direito cit.*, pp. 722-723. Ainda diversamente, *v.*, todavia, RIBEIRO PARREIRA, que refere que a falta justificada constitui sempre um comportamento ilícito do trabalhador, ainda que não culposos. Afinal, “a justificação da falta [...] não representa uma completa e perfeita neutralização da violação contratual que a falta encerra” (“O absentismo ...” *cit.*, p. 278). Não cremos, todavia, que assim seja, por admitirmos haver casos em que, não obstante a ausência do trabalhador, concorrem circunstâncias que excluem a ilicitude: no exemplo de JÚLIO GOMES, “pode o trabalhador faltar pela necessidade de cumprir um dever legal (por exemplo, socorrer um sinistrado que encontre no caminho para o

Por conseguinte, ao invés de aqui vislumbrarmos sempre o exercício de um direito, admitimos, conforme as circunstâncias, a sobreposição de causas de justificação ou de exculpação²²⁸². Concorre, de todo o modo, lógica transversal aos diversos justificativos: estar-se-á perante “interesses que em *qualquer caso* prevalecem sobre os escopos imediatos do dador de trabalho e o interesse da empresa em termos de àquele ser *imposta* a aceitação de tais motivos de não comparência”²²⁸³. Em suma, no contexto das faltas ou da suspensão, a inexigibilidade surge como fórmula abrangente que, obviando ao rigor e às insuficiências do apelo à impossibilidade, atende aos contornos do caso, conforme padrão de diligência média, a valorar em termos objectivos.

Aqui chegados e não obstante as variações acolhidas, resulta evidente a flexibilidade com que a *impossibilidade* deve, neste âmbito, ser considerada. Cumpre, agora, concretizar a lógica assim enunciada em hipóteses suspensivas concretas: por ilustrativo, segue-se menção à suspensão em caso de doença ou acidente, cumprimento de obrigações legais, parentalidade e outras situações inerentes à esfera familiar e pessoal do trabalhador, exercício de funções incompatíveis com a normal execução da actividade profissional e greve.

2.1. A doença ou o acidente

I. A doença e o acidente²²⁸⁴ – exemplos paradigmáticos da suspensão por factos respeitantes ao trabalhador²²⁸⁵ – não reflectem, por regra, uma

emprego de muito maior intensidade que o dever contratual de executar o trabalho” (*Direito cit.*, p. 723, n. 1792).

²²⁸² Assim, JÚLIO GOMES, “Algumas reflexões ...” *cit.*, p. 724, n. 21. Também MENEZES CORDEIRO, indica que “algumas situações são verdadeiras causas de justificação – portanto, correspondem à previsão que delimita negativamente a ilicitude de certo comportamento, como sucede com as faltas por casamento ou por luto – enquanto outras se apresentam como causas de excusa – isto é, equivalem à não emissão de um juízo de censura, a culpa, que, em princípio, deveria surgir, como ocorre em certos casos de «impossibilidade» de prestar trabalho e, designadamente, quando isso suceda para prestar assistência inadiável familiares” (*Manual cit.*, p. 714). Contra, JORGE LEITE, por entender que à falta justificada sempre corresponde – salvo na falta autorizada pelo empregador – o exercício de um direito do trabalhador (“As faltas ...” *cit.*, p. 431).

²²⁸³ MONTEIRO FERNANDES, “Alguns aspectos ...” *cit.*, p. 33.

²²⁸⁴ Referimo-nos à doença e ao acidente não profissional. Certo, porém, que revestindo natureza profissional (v. arts. 283.º e 284.º), a doença e o acidente podem também concretizar hipóteses suspensivas (PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, II, p. 883).

²²⁸⁵ Aqui se evidenciando traços distintivos acentuados entre os Direitos português e inglês. Se, entre nós, a doença constitui exemplo suspensivo ilustrativo, no Direito inglês, atenta a falta de critérios jurisprudenciais apurados, FREEDLAND – embora reconhecendo potencial relevância à doença para uma teoria da suspensão – resigna-se a atestar a complexidade que acompanha uma tal construção (*The personal cit.*, pp. 482-484). Indica o Autor que “the case law in question has not been constructed around the notion of suspension in the way that the case law about lay-off or strike action has been, so the analysis in terms of suspension is not an easy one” (p. 483). Ainda assim, cremos particularmente ilustrativa a jurisprudência construída pelos tribunais ingleses quando chamados a enquadrar a cessação do contrato de trabalho por ausência prolongada do trabalhador, em razão de doença e, em especial, quanto à ocorrência (ou não), em tais casos, de

impossibilidade absoluta para o exercício profissional²²⁸⁶. O que não inviabiliza, porém, a respectiva recondução à “*impossibilidade*” ou ao “*impedimento*” que afecta o trabalhador (cf. arts. 294.º, n.º 1 e 296.º, n.º 1)²²⁸⁷. Importa, pois, delimitar os casos em que, em contexto suspensivo, a doença deve ser ainda considerada “*impossibilidade*” ou “*impedimento*” temporário, daqueles em que assim já não sucede²²⁸⁸. Também aqui, a experiência italiana constitui exemplo ilustrativo, atenta a reflexão dedicada à temática: à semelhança do previsto no Direito português, perante doença ou acidente que não consinta o normal desenvolvimento da prestação de trabalho, o art. 2110 do CCit.²²⁸⁹ reconhece – ainda que tão só no “*periodo di comportamento*”²²⁹⁰ – o direito do trabalhador à conservação do vínculo²²⁹¹. Porém, atendendo aos princípios acolhidos nos arts. 32 e 38 da Constituição italiana²²⁹², a jurisprudência subscreve, neste âmbito, uma noção exigente de doença: ainda que do ponto de vista clínico a doença

“*frustration*” (tema retomado *infra*, Capítulo III, § 4.3.1.). Importa, porém, assinalar ainda a expressa previsão legal da “*suspension from work on medical grounds*” (cf. Secções 64 e 65 do ERA) – em que o trabalhador é dispensado por imposições de saúde e segurança.

²²⁸⁶ V., todavia, ANDIAS GONÇALVES, “A licença ...” *cit.*, p. 147, que reconduz a doença a impedimento absoluto.

²²⁸⁷ Assim, embora no contexto do art. 249.º, n.º 2, d), LUÍS MIGUEL MONTEIRO nota que, “as situações a que a norma alude serão, nuns casos, de *verdadeira impossibilidade física*, quando o trabalhador não reúne, por razões de saúde, as condições necessárias à execução da actividade”. Certo, porém, que “outras vezes, estar-se-á perante situação de *inexigibilidade*, quando o sacrifício pessoal inerente à realização do trabalho não deve ser imposto ao trabalhador, face àquilo que é o padrão de esforço normalmente empregue para realizar o trabalho, ou quando a sujeição à prestação de trabalho coloca em risco bens ou interesses de dignidade superior (v.g., vida ou saúde)” (AA.VV., *Código cit.*, p. 576, *itálico nosso*). Diferentemente, MENEZES LEITÃO indica – igualmente no âmbito do regime das faltas – que “naturalmente que se exige uma situação de *verdadeira impossibilidade*, não bastando uma mera dificuldade ou maior penosidade, como no caso de o trabalhador ter uma simples constipação”. Admite, todavia, que “[e]ssa impossibilidade tem, no entanto, que ser averiguada em relação à *situação concreta do trabalhador*, dado que factores impeditivos em relação a um trabalhador podem permitir o trabalho a outros” (*Direito do trabalho cit.*, p. 323, *ênfase nossa*). Reiterando idêntica exigência no contexto da suspensão, refere ainda que se exige “uma *efectiva impossibilidade*, não bastando o maior incómodo do trabalhador em relação à prestação do trabalho” (p. 386, *itálico nosso*).

²²⁸⁸ A suspensão laboral constitui apenas um dos remédios jurídicos admissíveis, em situação de doença, a par de outras alternativas: eliminação de riscos, alteração de funções, variação do ritmo de trabalho ou até extinção do vínculo, perante impedimento definitivo. Em exemplo indicado por ICHINO, a um trabalhador com funções de estafeta pode não ser exigível que execute funções com a rapidez com que as desempenhava antes de lhe ser diagnosticado um problema cardíaco (*Il contratto cit.*, pp. 64-65).

²²⁸⁹ Tendo, por epígrafe “*Infortunio, malattia, gravidanza, puerperio*”.

²²⁹⁰ Aspecto retomado *infra*, quanto à delimitação da natureza temporária do impedimento.

²²⁹¹ SANTORO-PASSARELLI, *Diritto cit.*, p. 166.

²²⁹² Conforme o art. 32, 1 da Constituição italiana, “*la Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti*”. Por sua vez, o art. 38, 1 prevê: “*ogni cittadino inabile al lavoro e sprovvisto dei mezzi necessari per vivere ha diritto al mantenimento e all'assistenza sociale*”. Dispondo o art. 38, 2 que “*i lavoratori hanno diritto che siano preveduti ed assicurati mezzi adeguati alle loro esigenze di vita in caso di infortunio, malattia, invalidità e vecchiaia, disoccupazione involontaria*”.

possa ser concebida como alteração, ainda que mínima, do estado de saúde²²⁹³, no plano jurídico, o apelo concorrente à impossibilidade/impedimento, convoca um entendimento diverso²²⁹⁴. A doença não é já perspectivada (tão-só) como estado patológico, perigoso para o indivíduo e para terceiros: numerosas doenças (assim classificadas conforme perspectiva clínica), podem ser desprovidas de relevo jurídico²²⁹⁵ – por não revelarem qualquer impedimento ao normal desenvolvimento da prestação²²⁹⁶. Assim se justificando, aliás, que, salvo casos excepcionais – atento o tipo de actividade desempenhada e os riscos associados –, também entre nós, ao empregador não seja, regra geral, lícito, “para efeitos de admissão ou permanência no emprego, exigir a candidato a emprego ou a trabalhador a realização de testes ou exames médicos, de qualquer natureza, para comprovação das condições físicas ou psíquicas” e que, quando autorizados, o profissional que atesta o estado de saúde do trabalhador apenas esteja legitimado a informar o empregador da (in)aptidão do trabalhador para o desempenho da actividade²²⁹⁷.

²²⁹³ É assumidamente complexo, também do ponto de vista clínico, adequada definição de “doença” e de “saúde”, atendendo à constante variação dos conceitos, ao longo dos tempos, em função, não apenas dos avanços da ciência médica, mas também do impacto do específico contexto histórico, económico e social em que os fenómenos são apreendidos. Basta, para tanto, considerar a amplitude que a Organização Mundial de Saúde reserva holisticamente à noção de “saúde”, enquanto “estado de completo bem-estar físico, mental e social”, não traduzível apenas em “ausência de doença ou de enfermidade” (Preâmbulo da Constituição da Organização Mundial de Saúde, adoptada em 19.6.1946, assinada em 22.7.1946, em vigor desde 7.4.1948 – cf. informação disponível em <<http://www.who.int/en/>>). Já a “doença” acolhe, no plano clínico, leituras divergentes, prevalecendo noções também abrangentes, que tendem a identificá-la com patologia que afecta parte ou a totalidade de um organismo e à qual se associam sintomas específicos.

²²⁹⁴ DEL PUNTA considera que quer na doença, quer no acidente, o bem protegido é a saúde do trabalhador, que assume a natureza de um direito fundamental (*ex vi* art. 32 da Constituição) (*Diritto cit.*, p. 503).

²²⁹⁵ Bernardo da Gama Lobo XAVIER observa, por referência aos conceitos adiantados pela Organização Mundial de Saúde (*v. supra*, n. 2299): “[p]arece-nos evidente que esse estado - quase apolíneo - de bem-estar não beneficiará de uma tutela jurídica que prejudique as legítimas expectativas de crédito, como julgamos claro que a situação de doença - só de per si - não constitui o enfermo no direito a não cumprir o contrato de trabalho, ou a faltar justificadamente” (p. 225). Em suma, “não basta que um trabalhador esteja doente para poder faltar justificadamente: é necessário que ele esteja *impossibilitado para o trabalho* [...]” (“Atestado Médico e Controlo Patronal das Faltas por Doença”, *RDES*, ano 24, 1987, n.º 2, pp. 213-244, pp. 225 e 227). Identicamente, *v. Silvano PICCHINO, Le Assenze per Malattia. Gli Effetti sul Rapporto di Lavoro ed il Sistema dei Controlli*, Buffetti Editore, 1986, pp. 3 e ss., e Tomás Sala FRANCO, *La Incapacidad Temporal para Trabajar Derivada de Enfermedad o Accidente*, tirant lo blanch, 2005, pp. 25 e ss. No Direito alemão, *v. BÜHN, Die einseitig cit.*, p. 171, e Achim LEPKE, *Kündigung bei Krankheit. Handbuch für die betriebliche, anwaltliche und gerichtliche Praxis*, 13.ª ed. act., Erich Schmidt Verlag, 2008, pp. 59 e ss.

²²⁹⁶ Assim, perturbações cardíacas menos graves, afectação comum da visão, etc.

²²⁹⁷ Cf. art. 19.º, n.ºs 1 e 3, do CT. Da mesma forma, “o empregador não pode exigir a candidato a emprego ou a trabalhador que preste informações relativas à sua saúde ou estado de gravidez, salvo quando particulares exigências inerentes à natureza da actividade profissional o justifiquem e seja fornecida por escrito a respectiva fundamentação” (art. 17.º, n.º 1, b)). Tal como previsto no art. 19.º,

De assinalar, todavia, que não obstante uma tal depuração, a noção jurídica de doença inclui ainda hipóteses que não participam do conceito clínico: tal qual se o trabalhador se sujeita ao tratamento preventivo de determinada doença, ou sempre que, já restabelecido, se encontra em processo de convalescença ou quarentena²²⁹⁸. É, assim, que GALANTINO assimila à doença o afastamento do trabalho quando imposto por autoridade sanitária, por razões de higiene ou para profilaxia do trabalhador, possível portador de doença infecciosa²²⁹⁹. Surge, neste âmbito, como ilustrativo das dificuldades inerentes ao tema, a reflexão promovida, entre nós, em torno do perigo de contaminação por Gripe A²³⁰⁰:

a) A questão ganhou impacto com o encerramento, por quinze dias, de um colégio em Lisboa, após terem sido confirmados cinco casos de crianças infectadas. Nenhum funcionário ou professor apresentava sintomas, mas não puderam trabalhar. As restantes cerca de duzentas crianças também não foram autorizadas a ir ao colégio, mesmo sem sintomas – assim interferindo com o absentismo dos pais que, sem antecipação, tiveram de assegurar assistência aos filhos. Esta situação foi rapidamente transponível para outras organizações e, com o avanço do contágio, as empresas contabilizaram custos. Quanto aos trabalhadores doentes, não havia dificuldade em reconduzir tais hipóteses ao art. 249.º, n.º 2, d), por se tratar de *“impossibilidade de prestar trabalho devido a facto não imputável ao trabalhador”*. Também não se colocando dúvidas a respeito dos trabalhadores que tivessem de permanecer em casa para assistência a filhos ou outros membros do agregado familiar, afectados pela doença (cf. arts. 249.º, n.º 2, e), 49.º, 50.º e 252.º). Mais difícil se revelava, todavia, a configuração das ausências ditas *“preventivas”*, de trabalhadores não infectados, porém aconselhados a não se deslocarem ao trabalho, para que não fossem alvo de contágio, quando já tivessem sido confirmados casos de infecção na organização; e *“consequentes”*, dos trabalhadores que tivessem de permanecer em casa, para assistência aos filhos (não infectados), cujos estabelecimentos de ensino se encontrassem encerrados, por risco de contágio. Afinal, em regra, *“tem de existir uma incapacidade para o trabalho, o que só se verifica quando o trabalhador está objectivamente fora de condições para realizar a prestação ou quando o*

n.º 3, também aqui é indicado que as informações têm de ser *“prestadas a médico, que só pode comunicar ao empregador se o trabalhador está ou não apto a desempenhar a actividade”* (cf. art. 17.º, n.º 2). De assinalar ainda que o direito à igualdade no acesso a emprego e no trabalho impede que *“trabalhador e ou candidato a emprego seja privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever”*, entre outros motivos, em razão de *“capacidade de trabalho reduzida, deficiência, doença crónica [...]”* (art. 24.º, n.º 1). Importa, no entanto, ter em atenção o art. 84.º e o ali disposto relativamente aos *“Princípios gerais quanto ao emprego de trabalhador com capacidade de trabalho reduzida”* e os arts. 85.º a 88.º, referentes a *“Trabalhador com deficiência ou doença crónica”*.

²²⁹⁸ ICHINO, *Il contratto cit.*, p. 52; v. ainda MAZZONI, *Manuale cit.*, p. 741, n. 19, com menção a decisões judiciais que acolheram este entendimento. Assim também JÚLIO GOMES, *“Algumas reflexões ...” cit.*, p. 720.

²²⁹⁹ *Diritto cit.*, p. 348.

²³⁰⁰ *Influenzavirus A*, subtipo H1N1.

trabalho só poderia ser realizado com o *perigo de piorar ou continuar a situação de doença*". Acrescendo apenas a hipótese de extensão da incapacidade a "quem não pode continuar a trabalhar pelo *risco de infecção para terceiros*"²³⁰¹.

b) Surgiu, então, a dúvida quanto à responsabilidade pelo encargo de tais ausências tipicamente pandémicas – "preventivas" ou "consequentes". Quanto às primeiras, a divergência decorria de leitura do art. 309.º, n.º 1, a) – "*em caso de encerramento temporário ou diminuição temporária de actividade de empresa ou estabelecimento que não respeite a situação de crise empresarial, o trabalhador tem direito [...] sendo devido a caso fortuito ou de força maior, 75 % da retribuição*" – e de possível recondução de tais casos ao encerramento temporário da actividade de empresa por fortuito. Neste cenário, os empregadores seriam responsáveis pelo pagamento de 75% da retribuição, suportando os trabalhadores a perda do remanescente. Era, todavia, discutível a qualificação desta hipótese como fortuito, já que as consequências do agravamento do surto estariam estudadas e descritas pela Direcção-Geral da Saúde, nada havendo, neste contexto, de "inesperado". Disso mesmo eram exemplo os variados planos de contingência que foram implementados pelas empresas – criação de salas de isolamento, aquisição de instrumentos de protecção (luvas, máscaras, etc.), cuidados específicos de limpeza e desinfecção, acções de formação, propostas de teletrabalho etc. Conforme Albino Mendes BAPTISTA, "[n]o caso dos *trabalhadores não infectados* que para evitar o contágio da doença fossem afastados do local de trabalho, fora do contexto do encerramento da empresa ou estabelecimento, não só o art.º 309.º do CT *não podia ser invocado* como não se encontrava qualquer outro mecanismo legal com aptidão para resolver a situação"²³⁰².

c) Por sua vez, quanto às ausências "consequentes", a solução também se afigurava nebulosa, já que as motivações previstas apenas contemplavam ausências para assistência a descendentes, quando estes se encontrassem doentes: a "*assistência inadiável e imprescindível*" enunciada no art. 249.º, n.º 2, e), remete para os arts. 49.º (assistência a filho) e 50.º (assistência a neto) e qualquer destes casos pressupõe situação de "*doença ou acidente*" (cf. art. 49.º, n.º 1, 50.º, n.º 3). Não sendo estas ausências justificadas nos termos do art. 249.º, n.º 2, e), restava o seu enquadramento enquanto "*impossibilidade de prestar trabalho devido a facto não imputável ao trabalhador*" (cf. art. 249.º, n.º 2, d)). Nenhuma das alternativas se afigurava, porém, ajustada aos contornos do caso, constatando-se que "o problema da pandemia da Gripe A não é um problema exclusivo das empresas e dos trabalhadores, [...] diz[endo] respeito a toda a

²³⁰¹ JÚLIO GOMES, "Algumas reflexões ..." *cit.*, p. 720, n. 10, ênfase nossa.

²³⁰² "Os Trabalhadores, as Empresas e a Gripe A", *Revista Pessoal*, 2009, pp. 1-8, p. 3, ênfase nossa. Não cremos, porém, que assim fosse: se a não realização do trabalho decorre do não recebimento do mesmo pelo credor – ainda que não concorra, para tanto, culpa do empregador –, estar-se-á perante a não realização da prestação (pelo trabalhador) por falha na colaboração do empregador.

comunidade e naturalmente ao Estado, enquanto garante da saúde pública, do bem-estar das populações e do interesse colectivo”²³⁰³. A situação viria a reclamar clarificação, por Despacho dos Ministérios do Trabalho e da Solidariedade Social e da Saúde, de 27.8, que equiparou as hipóteses descritas – situações clínicas de perigo de contágio pelo vírus H1N1 – a doença, reconhecida pela autoridade de saúde competente²³⁰⁴. Esta intervenção foi justificada nos termos seguintes: “a Organização Mundial de Saúde (OMS) definiu a actual fase da pandemia de gripe no nível 6. Atingido este nível, o Governo decide tomar um conjunto de acções em termos de planeamento e coordenação de recursos multisectoriais de modo a diminuir os impactes sociais e económicos da mesma. Concretamente, na área social, o Governo entende tomar as medidas adequadas e necessárias para acautelar a protecção social dos *beneficiários que se encontrem impedidos, temporariamente, do exercício da sua actividade profissional, por motivos de encerramento da entidade empregadora, ordenado pela autoridade de saúde, devido a perigo de contágio pelo vírus H1N1 (gripe A), equiparando a situação a doença*. A necessidade desta equiparação resulta do facto de os beneficiários do regime geral de segurança social não poderem ficar desprotegidos nas situações de impedimento temporário para o trabalho relacionadas com *medidas preventivas de saúde pública, decretadas pela autoridade de saúde competente*”²³⁰⁵. E assim se excluindo a aplicação do regime de repartição do risco (da contraprestação) reservado à suspensão por encerramento temporário do estabelecimento por *fortuito* ou por facto *não imputável ao trabalhador*, não fazendo incidir este custo sobre as empresas – já afectadas, em função do absentismo assim provocado – e garantindo aos trabalhadores protecção idêntica à reconhecida em situação de doença²³⁰⁶.

II. Tendo em conta as especificidades aqui verificadas, DEL PUNTA define a doença, para efeitos laborais, como o estado patológico que determina uma incapacidade para o trabalho normalmente realizado²³⁰⁷, considerando-se afectado por doença, não só o trabalhador impedido (em absoluto) de trabalhar, como aquele que não se encontra em condições de o fazer sem apreciável inconveniente ou sofrimento físico ou psíquico ou agravamento do estado de saúde²³⁰⁸ – ao que acrescem as hipóteses de extensão do conceito, tal qual na prevenção de contágio e nos casos em que assim resulte legalmente estatuído²³⁰⁹. Fora deste âmbito ficariam, porém, as situações de doença clínica,

²³⁰³ MENDES BAPTISTA, “Os trabalhadores *cit. ...*”, p. 3.

²³⁰⁴ Despacho n.º 19868-B/2009, publicado no *DR*, 2.ª série, n.º 168, de 31.8.09.

²³⁰⁵ Itálico nosso. A equiparação é ainda alargada a hipóteses de encerramento de estabelecimento de ensino ou equipado, ordenado pela autoridade de saúde (§ 5).

²³⁰⁶ Em situação de doença, e sem prejuízo do regime de protecção social, o empregador é dispensado do pagamento da retribuição (cf. art. 295.º, n.º 1).

²³⁰⁷ *Diritto cit.*, p. 504.

²³⁰⁸ DEL PUNTA, *Diritto cit.*, p. 51. Lógica transponível para o acidente – exigindo, agora, origem traumática (p. 504).

²³⁰⁹ No Direito italiano, foi por algum tempo debatido se a ausência para cura termal seria, neste contexto, reconduzível ao conceito de doença, reclamando idêntico enquadramento jurídico. Tal passou a ser expressamente previsto, sempre que essencial – conforme prescrição oficial de

em que o exercício da prestação não se afigure inexigível. Dir-se-á, por conseguinte, que, atenta esta depuração, o ordenamento espanhol acolhe terminologia mais rigorosa já que, entre as hipóteses suspensivas, não inclui a doença, mas a “incapacidade temporária”^{2310/2311}.

III. Resulta, pois, evidente a dificuldade inerente ao cruzamento da doença e da impossibilidade, embora assim resulte, ainda hoje, proposto na doutrina²³¹². Na verdade, mesmo quem promova uma tal sobreposição, reconhece, por regra, a necessidade de amenizar o apelo à impossibilidade – referindo, a este propósito, uma impossibilidade “relativizada”²³¹³: excluídas as hipóteses de impedimento absoluto, o desempenho profissional por trabalhador atingido por patologia clínica é, com frequência, *possível*²³¹⁴. Dir-se-á que a execução da prestação conflitua, todavia, com a salvaguarda da saúde do trabalhador ou de terceiros²³¹⁵, à qual o ordenamento confere tutela prevalecente, no confronto

médico especialista da “Azienda Sanitaria Locale” ou do “Istituto Nazionale per l'Assicurazione contro gli Infortuni sul Lavoro” – para terapêutica de patologias legalmente identificadas (cf. art. 16, n.º 5, da Legge de 30.12.1991, n.º 412, “Disposizioni in materia di finanza pubblica”, acessível em <<http://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=1991-12-31&atto.codiceRedazionale=091G0460&currentPage=1>>). Quanto às patologias enquadráveis entre os casos de “cure termali”, v. PERA, *Compendio cit.*, p. 233, e GALANTINO, *Diritto cit.*, pp. 348-350. Quanto ao direito do trabalhador, nestes casos, a compensação económica, v. decisão da Corte Costituzionale de 18.12.1987, n.º 559, disponível em <<http://www.giurcost.org/decisioni/index.html>>. Sobre esta hipótese, v. ainda ICHINO, *Il contratto cit.*, pp. 56-58.

²³¹⁰ Cf. art. 45, n.º 1, c) do ET. V., a tal propósito, JÚLIO GOMES, “Algumas reflexões ...” *cit.*, p. 717, n. 1.

²³¹¹ Importa considerar ainda o regime jurídico de protecção social na eventualidade de doença, no âmbito do subsistema previdencial de segurança social, previsto no DL n.º 28/2004, de 4.2, rectificado por Declaração n.º 29/2004, de 23.3, e alterado pelo DL n.º 146/2005, de 26.8, pelo DL n.º 302/2009, de 22.10, pela Lei n.º 28/2011, de 16.6 e pelo DL n.º 133/2012, de 27.6, e o conceito de doença, ali acolhido. Conforme o art. 2.º deste diploma, “*é considerada doença toda a situação mórbida, evolutiva, não decorrente de causa profissional ou de acto da responsabilidade de terceiro pelo qual seja devida indemnização, que determine incapacidade temporária para o trabalho*”. Nestes casos, a atribuição do subsídio de doença “*depende da verificação do prazo de garantia, do índice de profissionalidade e da certificação da incapacidade temporária para o trabalho*” (art. 8.º). Por regra, a atribuição do subsídio de doença é condicionada a um período de espera de três dias (art. 21.º, n.º 1), sendo concedido por um máximo de 1095 dias (art. 23.º, n.º 1). Dispõe ainda o art. 37.º que, “*nas situações de incapacidade temporária que atinjam 365 dias, as instituições podem promover, oficiosamente, a verificação da eventual incapacidade permanente do beneficiário, desde que à data se encontre preenchido o prazo de garantia legalmente estabelecido para a atribuição da pensão de invalidez*”.

²³¹² Como regista ICHINO, *Il contratto cit.*, p. 54.

²³¹³ ICHINO, *Il contratto cit.*, p. 55.

²³¹⁴ Por isso, VIDA SORIA nota que “*la incapacidad de la ley*” deve incluir não apenas “*los casos típicos de incapacidad física estricta*”, mas também “*los supuestos de grave dificultad para la realización del trabajo*” (*La suspension cit.*, p. 115).

²³¹⁵ LAVAGNINI entende que a “doença” deve ser entendida em sentido lato: “*per il rapporto di lavoro è perciò rilevante ogni alterazione dell'organismo che renda impossibile (o particolarmente difficoltosa) oppure pericolosa la prestazione lavorativa*” (*La sospensione cit.*, p. 89).

com o interesse do credor, tornando a prestação *inexigível*²³¹⁶. Assim resultaria, também entre nós, em decorrência do art. 64.º, n.º 1, da CRP²³¹⁷, justificando-se, por isso, aproximação à *inexigibilidade*²³¹⁸, havendo que ajustar uma tal valoração às circunstâncias de cada caso (*v.g.* sector de actividade, funções e responsabilidades do trabalhador)²³¹⁹. Afinal, as ausências em razão de doença convocam a articulação de diferentes interesses: do trabalhador, ao qual “deve ser consentid[a] [...] recuperação física ou/e psicológica adequada”²³²⁰; mas também do empregador, atenta a relevância que as ausências por doença não profissional assumem no contexto do absentismo, considerado o impacto não só de ausências prolongadas, mas, sobretudo, das intermitentes/reiteradas²³²¹. E havendo que considerar ainda o interesse público, tendo em conta que o absentismo afecta não apenas a produtividade nacional, mas também a sustentabilidade do sistema de segurança social²³²².

A dissociação doença/impossibilidade resultaria também por outra via: na maioria dos casos, embora a doença dispense o trabalhador do dever de prestar trabalho, não impõe um dever de ausência²³²³; assim apenas não sucedendo se for claro, conforme padrões objectivos de valoração, que a presença do trabalhador constitui perigo para a organização ou para terceiros. Só então o empregador teria o direito (e o dever) de recusar a prestação de trabalho²³²⁴; nos demais, não sendo a ameaça evidente – embora reunidas condições que justificam a ausência –, o trabalhador pode preferir prestar, sem que ao empregador seja admissível contrariar uma tal pretensão²³²⁵. É também por se tratar de *inexigibilidade* (e não de *impossibilidade*) que, para uma tal

²³¹⁶ ICHINO, *Il contratto cit.*, p. 54.

²³¹⁷ Em que se dispõe que “*todos têm direito à protecção da saúde e o dever de a defender e promover*”.

²³¹⁸ Admitindo uma tal recondução, *v.* JÚLIO GOMES, “Algumas reflexões ...” *cit.*, p. 720.

²³¹⁹ Nesta medida, a mesma doença pode justificar a ausência de um trabalhador, mas não a de um outro (ICHINO, *Il contratto cit.*, p. 53). Refere, a este propósito, JÚLIO GOMES que, “efectivamente, não basta atender à existência em si da doença”, havendo que “correlacioná-la com as características do trabalho, da actividade que se espera daquele trabalhador” (“Algumas reflexões ...” *cit.*, p. 720).

²³²⁰ MENDES BAPTISTA, “Breves observações ...” *cit.*, p. 165.

²³²¹ Uma vez que os instrumentos de resposta previstos no CT (*v.g.*, mobilidade funcional, contratação a termo e temporária) podem não constituir resposta satisfatória à neutralização destas situações.

²³²² MENDES BAPTISTA, “Breves observações ...” *cit.*, p. 166. Abordando problemática idêntica, RIBEIRO PARREIRA assinala que o absentismo “constitui um problema consequente em áreas fundamentais para o futuro do país e com perspectivas pouco animadoras, assumindo por isso uma preocupação constante a nível político, económico e social” (“O absentismo ...” *cit.*, p. 268).

²³²³ Tal qual assinala ICHINO, *Il contratto cit.*, p. 55.

²³²⁴ Caso em que a suspensão, embora por factos respeitantes ao trabalhador, pode ser accionada pelo empregador, ainda que contrariamente à vontade do trabalhador. AAssim decorre das hipóteses jurisprudenciais em que se concebe que o empregador invoque a caducidade de contrato de trabalho com fundamento em impossibilidade de o trabalhador desenvolver a actividade laboral, por risco de contágio de terceiros (*v.g.*, acórdão do STJ, de 24.9.2008, Proc. n.º 07S3793, MÁRIO PEREIRA; sobre tal decisão, *v. infra* § 3.).

²³²⁵ ICHINO, *Il contratto cit.*, pp. 55-56. Não havendo perigo para o empregador, respectiva organização e terceiros e não se encontrando o trabalhador absolutamente incapaz para o trabalho, é muito duvidoso que o empregador tenha legitimidade para recusar a prestação.

valoração, se impõe atender ainda à conduta do trabalhador na escolha – sempre que a tanto corresponda uma opção – do momento em que a ausência ao trabalho tem lugar. Resultando censurável a conduta de trabalhador que opte pela marcação de intervenção médica não urgente em período de manifesta sobrecarga de trabalho – contanto que nada impeça o agendamento daquela intervenção noutra data – ou por deslocação a consulta médica no horário de trabalho, não havendo obstáculo à sua realização, fora de tal período²³²⁶. Ora, assente que doença e impossibilidade resultam (apenas) parcialmente sobreponíveis, também por esta via resulta preferível o apelo à inexigibilidade.

2.2. O cumprimento de obrigações legais

I. A observância concorrente de obrigações legais traduz manifestação evidente de um conflito de deveres – que, assim, exonera o trabalhador do dever de prestar²³²⁷. Ilustrando esta hipótese e referindo a imposição de comparência em tribunal, assinala a RC que “os deveres jurídicos em confronto – *dever de [o trabalhador] comparecer à diligência para que tenha sido devidamente convocado e dever de subordinação à entidade patronal* – não se podem considerar equivalentes e muito menos que este último se sobreponha àquele”. Afinal, “a defesa da ordem jurídica impõe a todos a colaboração com a justiça e essa colaboração, dado o *interesse público* em jogo, *maxime* a defesa do Estado de Direito”, apenas em circunstâncias muito específicas “pode ceder perante *interesses particulares*”²³²⁸. Lógica idêntica se aplicando nos casos em que o trabalhador se encontre detido²³²⁹, em cumprimento de medida cautelar privativa de liberdade ou impeditiva do exercício profissional. Em tais casos, dir-se-á prevalecente a obrigação de dar cumprimento a ordem de autoridade sobre o interesse do empregador à execução da(s) prestação(ões) inviabilizada(s)²³³⁰. Na esfera laboral, dir-se-á, pois, inexigível que o trabalhador

²³²⁶ ICHINO, *Il contratto cit.*, p. 55. Assim também AA.VV., *Código cit.*, p. 576 (anotação LUÍS MIGUEL MONTEIRO).

²³²⁷ Quanto ao conflito de deveres, *v. supra* § 1.4.

²³²⁸ Acórdão de 18.6.2008, Proc. n.º 45/02.6TAVGS-A.C1, (LUÍS RAMOS) Sumário, §§ II e III, *itálico* nosso.

²³²⁹ Art. 28.º da CRP.

²³³⁰ No que respeita à suspensão da contraprestação a cargo do empregador – o pagamento da retribuição – e em concretização do princípio geral acolhido no art. 295.º, n.º 1, em acórdão de 7.6.2011, a RE decidiu nos termos seguintes: estava em causa uma hipótese de suspensão laboral por aplicação de medida de coacção de suspensão do exercício da profissão. Vindo esta medida a ser posteriormente revogada, por se entender inaplicável ao caso, o trabalhador viria a solicitar o pagamento da retribuição que não lhe foi paga, relativamente ao tempo de suspensão. Refere, todavia, a RE que a suspensão da contraprestação retributiva operara adequadamente e que “a posterior cessação da medida de coacção não afecta[ria] este efeito, uma vez que gerando o contrato de trabalho obrigações que se protelam no tempo, ou se se quiser, sendo um negócio jurídico de execução continuada, não é possível repor a situação jurídica ao momento anterior à suspensão no que respeita à prestação da actividade”; [...] não pode, afinal, *a posteriori*, “o trabalhador executar a prestação do trabalho referente ao período em que o

dê, então, cumprimento à obrigação laboral, resultando, assim, exonerado quanto a um tal dever²³³¹.

II. Vimos também que conforme fenómeno transversal a diversos ordenamentos, o apelo da guerra e o cumprimento de obrigações militares esteve na origem das primeiras manifestações da suspensão laboral – assim se contrariando a natural extinção do contrato, atendendo às prolongadas ausências dos trabalhadores: este constitui, aliás, exemplo frequentemente convocado para ilustrar a recondução da suspensão a um conflito de deveres, atento o disposto no art. 276.º, n.º 7 da CRP²³³². De assinalar, no entanto, que a menção, no art. 296.º, n.º 1, à suspensão por “*facto decorrente da aplicação da lei do serviço militar*” – quando o CT 2003 referia, entre os factos determinantes da suspensão, o “*serviço militar obrigatório*” – traduz evolução verificada neste âmbito, atento o fim do sistema de conscrição²³³³ e a sua substituição, desde 2004, por um regime de voluntariado²³³⁴. O que acompanha, aliás, tendência registada igualmente noutros ordenamentos^{2335/2336}.

contrato esteve suspenso”; por conseguinte, “não lhe é devida a contrapartida retributiva” (Proc. n.º 168/10.8TTPTG.E1, JOÃO LUÍS NUNES). Sobre a tendencial irrecuperabilidade do trabalho não prestado, em caso de suspensão, *v. supra* Parte I, Capítulo II, § 3.

²³³¹ Questão distinta respeita, como adiante analisado, à valoração da imputação subjectiva do impedimento ao trabalhador, em tais situações (*v. infra* Capítulo II, Secção III).

²³³² Conforme o qual “*nenhum cidadão pode ser prejudicado na sua colocação, nos seus benefícios sociais ou no seu emprego permanente por virtude do cumprimento do serviço militar ou do serviço cívico obrigatório*”.

²³³³ Refere o STJ, em acórdão de 27.4.1984, que “pela prestação do serviço militar obrigatório, o trabalhador é afastado da vida do emprego; porém, o período de afastamento, aliás temporário, é determinado por via administrativa; compete à entidade militar estabelecer quando finda o serviço militar obrigatório” (Proc. n.º 000669, LICÍNIO CASEIRO, Sumário I, itálico nosso).

²³³⁴ Cf. art. 59.º, n.º 1, da Lei n.º 174/99, de 21.9, alterada pela Lei orgânica n.º 1/2008, de 6.5 (Lei do Serviço Militar de 1999 – “LSM 1999”). Importa, a este propósito, incluir breve nota evolutiva: a Lei n.º 30/87 de 7.7, alterada pelas Leis n.ºs 89/88, de 5.8, 22/91, de 19.6, e 36/95, de 18.8 (Lei do Serviço Militar de 1987 – “LSM 1987”), previa o serviço militar obrigatório (“SMO”), indicando, no art. 1.º, n.º 2, que “o serviço militar, cujo exercício é obrigatório nos termos da presente lei, é o contributo prestado por cada cidadão, no âmbito militar, à defesa da Pátria”. Por sua vez, o art. 4.º, n.º 3, desta lei dispunha que “o serviço efectivo normal compreende a prestação de serviço nas Forças Armadas por cidadãos conscritos ao serviço militar, com início no acto da incorporação e até à passagem à situação de disponibilidade”. Tal obrigatoriedade era, todavia, acompanhada da garantia de que “nenhum cidadão pod[ia] ser prejudicado na sua colocação, nos seus benefícios sociais ou no seu emprego por virtude do cumprimento das obrigações militares estabelecidas por lei” (cf. art. 34.º, n.º 1, da LSM 1987). Mais tarde, a LSM 1999 e o respectivo Regulamento (aprovado pelo DL n.º 289/2000, de 14.11 e alterado pelo DL n.º 52/2009, de 2.3 (“RLSM”)) estabeleceram, na sequência da quarta revisão constitucional, a transição do sistema de conscrição (SMO) para um novo regime, baseado, em tempos de paz, no voluntariado, com a extinção do serviço efectivo normal (cf. art. 1.º, n.º 4, da LSM 1999). Tal transição resulta, aliás, vincada no preâmbulo do RLSM, onde se assinala que “o modelo de conscrição não se revela o mais adequado neste contexto internacional e tem vindo a ser posto em causa na generalidade dos Estados membros da União Europeia, abrindo caminho à evolução para formas profissionalizadas do serviço militar, pelo recurso em tempo de paz a pessoal que se voluntarie para a prestação de serviço por um período limitado de tempo”.

²³³⁵ Em Espanha, o art. 45, n.º 1, e), do ET inclui, entre as circunstâncias suspensivas, o cumprimento de serviço militar ou de prestação social substitutiva. Por sua vez, conforme o art.

Atendendo à base voluntária hoje prevalecente, tais hipóteses não são reconduzíveis ao disposto no art. 296.º, n.º 1: sendo, todavia, mantidas, ainda que a título excepcional, obrigações militares (não voluntárias), *maxime* a convocação e a mobilização²³³⁷, dir-se-á que a referência ao serviço militar em

48, n.º 3, do ET, nestas hipóteses, o trabalhador disporia de um prazo máximo de trinta dias, após o fim de tais obrigações, para retomar o trabalho. Estas disposições devem, todavia, ser articuladas com o regime introduzido pela *Ley Orgánica* n.º 5/2005, de 17.11, sobre Defesa Nacional, cuja Exposição de Motivos prevê que “*el nuevo reclutamiento de nuestros Ejércitos, la desaparición del servicio militar obligatorio y la implantación de un modelo de Fuerzas Armadas profesionales son cambios tan relevantes que reclaman una legislación orgánica de la Defensa adaptada a ellos*”. Adiante se referindo que “*la desaparición del servicio militar obligatorio exige que se prevea con mayor relevancia el derecho y el deber que los españoles tienen de defender a España, según lo establecido en el artículo 30 de la Constitución, para lo que se refuerza y actualiza la posibilidad de incorporación de los ciudadanos, como reservistas, a las Fuerzas Armadas*”. Atento este enquadramento, MARTÍN VALVERDE, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ e GARCÍA MURCIA assinalam que não obstante menção, no art. 30, n.º 2, da Constituição espanhola, ao serviço militar obrigatório (ali se dispondo que “*la ley fijará las obligaciones militares de los españoles y regulará, con las debidas garantías, la objeción de conciencia, así como las demás causas de exención del servicio militar obligatorio, pudiendo imponer, en su caso, una prestación social sustitutoria*”), actualmente tais obrigações não vinculam os espanhóis (*Derecho cit.*, p. 764). Conforme enquadramento anterior, v. CARRO IGELMO, *La suspensión cit.*, pp. 103 e ss., e Odon Francisco MARZAL MARTÍNEZ, “La Suspensión de la Relación Laboral por Causa del Servicio Militar y por Ejercicio de Cargo Público o de Representación Sindical”, *La Suspensión del Contrato de Trabajo* (dir. José María Marín Correa, Consejo General del Poder Judicial, 1994, pp. 223-261, pp. 223-250).

²³³⁶ Também em Itália, em conformidade com a *Legge* 23.8.2004, n.º 226 e o *Decreto legge* de 30.6.2005, n.º 115, cessou a obrigação de cumprimento de “*servizio di leva*”, com a previsão, desde então, do serviço militar profissional, por recrutamento de base voluntária; v. ainda o art. 1929 (“*Sospensione del servizio obbligatorio di leva e ipotesi di ripristino*”) do *Decreto legislativo*, de 15.3.2010, n.º 66 (“*Codice dell'ordinamento militare*”) – versão consolidada acessível em <<http://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legislativo:2010-03-15;66>>. Sobre o tema, v. GIUDICE, MARIANI e IZZO, *Diritto cit.*, p. 411, e SANTORO-PASSARELLI, *Diritto cit.*, p. 165. Ainda assim – porque ilustrativo da função assumida pela suspensão –, tem utilidade recordar o regime anteriormente vigente: sob a epígrafe “Serviço militar”, o art. 2111, 1 do CCit. admitia que o cumprimento do serviço militar ditasse a cessação do contrato de trabalho. Este trecho da norma foi, porém, rapidamente ultrapassado, em função do disposto nos arts. 1 e 3 do *Decreto Legislativo del Capo Provvisorio dello Stato*, de 13.9.1946, n.º 303 (“*Conservazione del posto ai lavoratori chiamati alle armi per servizio di leva*”), onde foi previsto que a “*chiamata alle armi per adempiere il servizio militare di leva*” implicava apenas a suspensão laboral, devendo o trabalhador apresentar-se ao serviço nos trinta dias subsequentes ao termo de tal período, sob pena de o contrato se considerar “*risolto*” (ICHINO, *Il contratto cit.*, pp. 138-139). A suspensão decorria ainda do disposto no art. 52, 2 da Constituição italiana, onde é, ainda hoje, indicado que o serviço militar obrigatório não deve prejudicar a posição laboral do cidadão, nem o exercício dos direitos políticos. Em conformidade, a *Corte Costituzionale* viria a atestar, nestes casos, o direito do trabalhador à conservação do posto de trabalho e ao cômputo da ausência para efeitos de antiguidade (decisão n.º 144, de 16.5.1984, disponível em <<http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>>). De referir, por fim, que ao invés do enquadramento reservado, no art. 2111, 1, ao “*servizio militare di leva*”, o art. 2111, 2 do CCit. associa, de modo expresse, ao “*richiamo alle armi*”, efeito suspensivo – atenta a remissão, para o disposto no art. 2110, 1 e 3.

²³³⁷ Conforme o art. 1.º, n.º 5, da LSM 1999, “o disposto no número anterior” – onde é previsto que “*em tempo de paz, o serviço militar baseia-se no voluntariado*” – “*não prejudica as obrigações dos*

contexto suspensivo, enquanto impedimento temporário não imputável ao trabalhador, resulta limitado a tais casos^{2338/2339}. Por isso se justifica, aliás, que o art. 46.º, n.º 1 da LSM 1999 disponha ainda que *“nenhum cidadão pode ser prejudicado na sua colocação, nos seus benefícios sociais ou no seu emprego em virtude do cumprimento dos deveres militares estabelecidos na presente lei”*²³⁴⁰.

III. Estas notas são, pois, demonstrativas de exemplos suspensivos que reflectem, sob a forma de um conflito de deveres, dispensa do trabalhador quanto ao dever de executar a sua actividade profissional – por não se afigurar lícita a inobservância de obrigação concorrente, imposta pelo ordenamento jurídico e prevalecente, atendendo aos deveres em confronto. A especificidade a apontar, neste âmbito, perante a esfera civilística pode, no essencial, ser assim sintetizada: afigurando-se, em abstracto, viável a opção de execução da actividade laboral – ainda que pressupondo o incumprimento de obrigação legal concorrente (*v.g.*, desobediência a ordem de autoridade) –, a recondução à impossibilidade encontraria, em contexto civil, resistências²³⁴¹; diversamente, no plano laboral, tais hipóteses não oferecem dúvidas, sendo expressamente qualificadas como impedimentos temporários respeitantes ao trabalhador²³⁴².

2.3. A parentalidade e outras circunstâncias inerentes à esfera familiar e pessoal do trabalhador

I. Também as situações de suspensão por parentalidade não constituem, na sua maioria, absoluto impedimento à execução do acordado²³⁴³. Assistimos, todavia, um pouco por toda a parte, à promoção de uma ordem mais

cidadãos portugueses inerentes ao recrutamento militar e ao serviço efectivo decorrente de convocação ou de mobilização, nos termos estatuídos na presente lei”.

²³³⁸ “Saúda-se a alteração da redacção da norma no que se refere ao impedimento prolongado por razões relativas ao serviço militar, relativamente ao texto da norma correspondente do CT de 2003 (art. 333.º, n.º 1), que se referia a serviço militar obrigatório e a serviço cívico, quando no nosso sistema jurídico, o serviço militar é de base voluntária” (PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, II, p. 849, n. 82).

²³³⁹ V. ainda a Lei n.º 7/92, de 12.5, alterada pela Lei n.º 138/99, de 28.8 (“Lei sobre objecção de consciência”), cujo art. 1.º, n.º 2, dispõe que *“o direito à objecção de consciência comporta a isenção do serviço militar, quer em tempo de paz, quer em tempo de guerra, e implica, necessariamente, para os respectivos titulares o dever de prestar um serviço cívico adequado à sua situação”*.

²³⁴⁰ V. ainda, com relevância, o acórdão do TJUE de 8.6.2004, Proc. n.º C-220/02, “*Österreichischer Gewerkschaftsbund, Gewerkschaft der Privatangestellten*” c. “*Wirtschaftskammer Österreich*”, quanto à contabilização, no cálculo da indemnização por despedimento, do tempo inerente à prestação de serviço militar.

²³⁴¹ Vimos que MARIA DE LURDES PEREIRA recusa tomar por impossível “a prestação pela simples circunstância de ser ilícita a conduta nela implicada” (*Conceito cit.*, p. 84). Sobre o tema, *v. supra* § 1.

²³⁴² Cf. arts. 294.º, n.º 1, e 296.º, n.º 1.

²³⁴³ Para além do enquadramento especificamente afecto à parentalidade (arts. 33.º e ss.), *v.* ainda, no âmbito do regime geral das faltas, as justificações previstas no art. 249.º, n.º 2, d), e) e f). Quanto à evolução histórica da licença de maternidade, da LCT 1969 ao CT 2003, *v.* ANDIAS GONÇALVES, “A licença ...” *cit.*, pp. 151 e ss.

equilibrada, renovando-se a relevância da família²³⁴⁴, nas suas múltiplas variantes, atenta a importância de salutar conciliação entre a vida profissional e a vida privada^{2345/2346}. De forma a prevenir e combater práticas discriminatórias, é reservada especial atenção a estes casos –, conforme conjunto de regras que aqui *reforçam*²³⁴⁷ a usual salvaguarda da estabilidade do contrato, em tempo de suspensão²³⁴⁸. Assim resultando particularmente

²³⁴⁴ V. arts. 36.º, 59.º, n.º 1, b), 67.º (*maxime*, n.º 2, h)) e 68.º da CRP. No plano europeu, multiplicam-se as decisões do TJUE que salvaguardam direitos referentes ao exercício da parentalidade – assim, entre muitos outros, v. acórdãos de 13.2.2014, Proc. apensos n.ºs C-512/11 (*Terveys- ja sosiaalialan neuvottelujärjestö (TSN) ry c. Terveyspalvelualan Liitto ry*) e C-513/11, (*Ylemmät Toimihenkilöt (YTN) ry c. Teknologiateollisuus ry, Nokia Siemens Networks Oy*) e de 17.2.2014, Proc. n.º C-588/12 (*Lyreco Belgium NV c. Sophie Rogiers*).

²³⁴⁵ V. os arts. 33.º e ss. Quanto ao sentido inerente a tais normas, no que respeita às trabalhadoras, PALMA RAMALHO assinala três objectivos fundamentais: (i) “garantir a tutela da função genética destas trabalhadoras e da sua saúde na gravidez e no puerpério, para além da protecção do feto e da saúde do recém-nascido”; (ii) “assegurar que a situação de gravidez, puerpério e lactância das trabalhadoras não seja motivo para o seu tratamento discriminatório ou menos favorável relativamente a outros trabalhadores, tanto no acesso ao emprego como na execução do contrato”; por fim, (iii) “promover a conciliação da vida profissional com a vida familiar” (*Tratado cit.*, II, pp. 414-415).

²³⁴⁶ Entre nós, diversas iniciativas têm vindo a ser desenvolvidas, neste âmbito. V., neste contexto, a campanha nacional, lançada pela CITE em 21.10.2013, “Tempo para ter tempo”, em promoção da conciliação da vida profissional e da vida familiar, enquanto instrumento essencial à plena implementação de uma efectiva igualdade de género. Conforme dados recolhidos e divulgados pela CITE, à data, no âmbito da referida campanha (disponíveis em <http://www.cite.gov.pt/pt/destaques/complementosDestqs/Sabia_Que.pdf>): (i) a percentagem de mulheres empregadas em Portugal é de 47,8% e a dos homens de 52, 2% (INE – Censos 2011); (ii) a maioria das mulheres e dos homens, em Portugal, trabalha a tempo inteiro (INE – Inquérito ao Emprego); (iii) cerca de 60% das pessoas licenciadas, actualmente, em Portugal, são mulheres (INE – Censos 2011); (iv) a diferença salarial entre homens e mulheres é, em média, de 18% (Quadros de Pessoal); (v) apenas 1/3 dos cargos de direcção em Portugal são ocupados por mulheres (INE – Inquérito ao Emprego); (vi) não há, em Portugal, nenhuma empresa do PSI20 que tenha mulheres na presidência e apenas 7% dos membros executivos dos conselhos de administração são mulheres (*Database: Women and Men in Decision Making* – DG Justice, CE); (vii) em 2012, dos homens trabalhadores que foram pais, 70,9% gozou a licença parental obrigatória de 10 dias, 60,1% gozou mais 10 dias de licença parental facultativa e apenas 23% partilharam a licença parental com a mãe dos seus filhos, com a duração igual ou superior a 30 dias (Segurança Social); (viii) em 2012, 85% das mulheres que foram mães gozaram licença parental de 120 ou 150 dias, sem qualquer partilha com os pais dos seus filhos; (ix) os homens portugueses despendem, em média, 96 minutos por dia em actividades como cozinhar, limpar ou prestar assistência, sendo a média na OCDE de 131 minutos; (ix) as mulheres portuguesas despendem, em média, 328 minutos por dia nas mesmas actividades, sendo a média na OCDE de 279 minutos. Com especial interesse, v. os dados actualizados em 2015, no âmbito da iniciativa da OCDE “*Better Life Index*”, acessível em <<http://www.oecdbetterlifeindex.org/>>.

²³⁴⁷ O que acolhe manifestações diversas – v., a título de exemplo, o referido a respeito das férias e da atribuição de prémio de assiduidade (*supra*, Parte I, Capítulo I, Secção V, Subsecção III, § 2.).

²³⁴⁸ Ainda a respeito da Directiva 96/34/CE do Conselho, de 3.6.1996, relativa ao Acordo-quadro sobre a licença parental celebrado pela UNICE, pelo CEEP e pela CES, o TJUE assinala que o “referido acordo-quadro permite aos novos pais interromper a sua atividade profissional

evidente em ordenamentos que afectam níveis distintos de protecção ao vínculo, consoante os factos suspensivos em causa: no ordenamento italiano, a tutela da maternidade decorre ainda do disposto nos arts. 31, 2 e 37, 2 da Constituição italiana²³⁴⁹, mas o complexo de normas relativo à tutela da parentalidade resulta, no essencial, do “*Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità a norma dell'articolo 15 della legge 8 marzo 2000, n. 53*” (“TU”)²³⁵⁰, aqui se regulando o exercício, nomeadamente dos direitos de “*congedo di maternità*”, “*congedo di paternità*” e “*congedo parentale*”²³⁵¹. Assume, na verdade, especial relevância o disposto no art. 54, n.º 1 do TU, que veda – salvo nos casos expressamente assinalados²³⁵² – o despedimento da trabalhadora desde o início da gravidez até a criança completar um ano de idade: o despedimento que tenha então lugar não é apenas temporariamente ineficaz (como em situação de doença)²³⁵³, mas nulo²³⁵⁴, resultando, assim, evidente o *plus* de protecção afecto a tais casos. Conforme a Corte Costituzionale, esta salvaguarda reforçada é um *escudo* contra uma perturbação indesejada, associada à comunicação do despedimento, por se entender não bastar adiar a produção dos efeitos extintivos para data posterior ao período tutelado – considerando-se que, para a protecção efectiva de tais interesses, a conservação temporária do vínculo, embora essencial, não é, só por

para se dedicarem às suas responsabilidades familiares, dando-lhes a garantia, consagrada na cláusula 2, n.º 5, desse acordo, de que voltarão para o seu posto de trabalho ou, em caso de impossibilidade, para um trabalho equivalente ou similar, consoante o seu contrato ou a sua relação de trabalho. O Tribunal de Justiça considerou que essa disposição obrigava o regresso ao posto de trabalho no final da licença nas mesmas condições que existiam no momento do seu início” (§ 39 do acórdão do TJUE, de 13.2.2014, *Terveys- ja sosiaalialan neuvottelujärjestö (TSN) ry contra Terveyspalvelualan Liitto ry e Ylemmät Toimihenkilöt (YTN) ry contra Teknologiateollisuus ry e Nokia Siemens Networks Oy*, Proc. n.ºs C-512/11 e C-513/11).

²³⁴⁹ O art. 31 assinala a importância da família e da maternidade. O art. 37, 2 dispõe que “*le condizioni di lavoro devono consentire l'adempimento della sua essenziale funzione familiare e assicurare alla madre e al bambino una speciale adeguata protezione*”. Quanto ao alcance limitado da norma, v. DEL PUNTA, *Diritto cit.*, p. 509.

²³⁵⁰ Decreto Legislativo de 26.3.2001, n.º 151, tendo sido já objecto de diversas alterações – disponível em

<<http://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2001-04-26&atto.codiceRedazionale=001G0200&currentPage=1>>. Quanto às finalidades a prosseguir por via deste conjunto normativo, v. GALANTINO, *Diritto cit.*, pp. 226 e ss.

²³⁵¹ Respectivamente, arts. 16 e ss., 28 e ss., e 32 e ss. No que respeita a um tal enquadramento, v. SANTORO-PASSARELLI, *Diritto cit.*, pp. 167-168, GALANTINO, *Diritto cit.*, pp. 229 e ss., e ICHINO, *Il contratto cit.*, pp. 117 e ss.. No Direito alemão, v. HAGER, *Das ruhende cit.*, pp. 21 e ss. Para este Autor, “*nach einhelliger Auffassung ruht das Arbeitsverhältnis für die Dauer der Elternzeit, da die beiderseitigen Hauptleitungspflichten suspendiert sind*” (p. 24).

²³⁵² Tal qual, justa causa de despedimento, encerramento do estabelecimento, verificação do termo do contrato ou cessação no período experimental (cf. art. 54, n.º 3, do TU) – DEL PUNTA, *Diritto cit.*, p. 513).

²³⁵³ A este propósito, v. *infra* Capítulo III, § 4.3.1.

²³⁵⁴ Cf. art. 54, n.º 5, do TU. Idêntica proibição é aplicada à licença de paternidade (cf. art. 54, n.º 7, do TU). Sobre esta disposição, v. GALANTINO, *Diritto cit.*, pp. 227-228 e 231. Por sua vez, para lá do período que condiciona a cessação, é possível demonstrar que o despedimento resulta ainda do exercício de direitos ligados à parentalidade, caso em que deve ser declarado nulo, por discriminatório (cf. art. 54, n.º 6, do TU) – DEL PUNTA, *Diritto cit.*, pp. 513 e 541-542.

si, suficiente^{2355/2356}. Entre nós, a tutela acrescida reservada a estas hipóteses encontra outras concretizações, como resulta, no essencial, do previsto no art. 63.º do CT (“Protecção em caso de despedimento”), atenta a exigência de parecer prévio da CITE²³⁵⁷, em caso de despedimento de trabalhadora grávida, puérpera ou lactante ou de trabalhador em gozo de licença parental²³⁵⁸, a par do afastamento de oposição à reintegração e da previsão de indemnização agravada, perante um despedimento ilícito^{2359/2360}.

O regime assim acolhido e o intensificar da protecção conferida a tais hipóteses suspensivas participa de programa maior, considerada a especial atendibilidade do interesse do trabalhador, quanto ao pleno exercício da parentalidade. Afinal, conforme o art. 68.º, n.º 2 da CRP, “a maternidade e a paternidade constituem valores sociais eminentes”: é a prevalência de valores estruturantes do ordenamento que motiva desconsiderar a natureza absoluta do impedimento e o operar da suspensão, ainda que em rigor o trabalhador não se encontre impedido de exercer a actividade contratada; dir-se-á, todavia, *inexigível* que o faça, havendo que concluir por cedência do interesse do empregador à regular execução da actividade laboral²³⁶¹.

²³⁵⁵ Sentença de 8.2.1991, n.º 61, p. 3, acessível em <<http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>>, com itálico nosso.

²³⁵⁶ Desde há muito que a legislação laboral espanhola associa à parentalidade hipóteses suspensivas diversas: o disposto no art. 45, n.º 1, d) do ET tem desenvolvimento no extenso art. 48, n.º 4, do ET e em legislação avulsa. Em tutela das situações de risco na gravidez e de amamentação importa atender ainda ao art. 48, n.º 5, do ET, complementado pelas normas de prevenção de riscos laborais e legislação avulsa. A suspensão por paternidade surge, por sua vez, no art. 48 bis do ET. Para maiores desenvolvimentos sobre as hipóteses aqui contempladas, v. MARTÍN VALVERDE, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ e GARCÍA MURCIA, *Derecho cit.*, pp. 759 e ss. Quanto a “permisos”, por razões aproximadas, v. o previsto no art. 37, n.º 3, b) e f) e n.ºs. 4, 4 bis e 6 do ET. Importa, no entanto, assinalar, no plano da protecção contra a extinção, o disposto nos arts. 53, n.º 4, e 55, n.º 5, do ET. No Direito inglês, v. SELWYN, *Selwyn’s Law cit.*, pp. 200-226.

²³⁵⁷ Assumindo este parecer especial importância, atento o disposto no art. 63.º, n.º 6, do CT, onde é indicado que “se o parecer for desfavorável ao despedimento, o empregador só o pode efectuar após decisão judicial que reconheça a existência de motivo justificativo, devendo a acção ser intentada nos 30 dias subsequentes à notificação do parecer”.

²³⁵⁸ Cf. arts. 63.º, n.º 1, e 381.º, d).

²³⁵⁹ Cf. n.º 8 do art. 63.º. V. ainda, o n.º 7 da mesma disposição, onde se indica que “a suspensão judicial do despedimento só não é decretada se o parecer for favorável ao despedimento e o tribunal considerar que existe probabilidade séria de verificação da justa causa”. No que respeita à não renovação de contrato a termo, v. o dever de comunicação, previsto no art. 144.º, n.º 3.

²³⁶⁰ No âmbito da jurisprudência europeia, v., com interesse, acórdão do TJUE de 17.2.2014, Proc. n.º C-588/12, *Lyreco Belgium NV c. Sophie Rogiers*.

²³⁶¹ Ainda à luz do CT 2003 e tratando da suspensão por licença de maternidade, v. ANDIAS GONÇALVES, “A licença ...” *cit.*, pp. 131-186. Refere, a este propósito, que “a existência do direito à licença não pode explicar-se, tão-só, como resultante da incapacidade resultante da incapacidade física da mulher para prestar trabalho. O mais corrente é, até, que tal incapacidade apenas exista durante um breve período de tempo, muito menor do que o previsto legalmente para a duração da licença. Sucede que, para além da mulher grávida ou puérpera, existe uma terceira pessoa que necessita de especiais cuidados – o feto ou o recém-nascido –, gerando-se uma incompatibilidade entre a prestação de trabalho e a prestação de tais cuidados. Fala-se, neste campo, de *impossibilidade moral*” (pp. 158-159). O tema é retomado pela Autora,

II. O que reflecte, aliás, processo de tendencial acentuação: o art. 249.º, n.º 2, d), inclui, desde 2009, entre os motivos justificativos de ausência ao trabalho por “*impossibilidade de prestar trabalho devido a facto não imputável ao trabalhador*”, a “*observância de prescrição médica no seguimento de recurso a técnica de procriação medicamente assistida*”. O não replicar desta hipótese no art. 296.º, n.º 1, entre os factos determinantes da suspensão, decorre do carácter não prolongado das ausências aqui previstas. Importa, todavia, assinalar que também neste caso as ausências não concretizam qualquer impossibilidade absoluta de o trabalhador executar o acordado²³⁶²: simplesmente, o trabalhador é dispensado de prestar por se considerar que tal seria inexigível, contanto que as consultas não possam ter lugar fora do horário de trabalho – tal o limite do sacrifício aqui imposto, neste caso, ao empregador^{2363/2364}.

III. Indicando outras hipóteses que ainda reflectem o progressivo alargar das situações que exoneram (contudo, não impedem) o trabalhador de prestar, por factos respeitantes à sua esfera pessoal, cabe referir a inclusão, em 2009, do disposto no art. 296.º, n.º 2²³⁶⁵. Em tutela de trabalhador vítima de violência doméstica²³⁶⁶, aí se prevê que aquele possa “*suspender de imediato o contrato de*

desenvolvadamente, em *A inexecução cit.*, pp. 60 e ss. Mais recentemente, tratando agregadamente da suspensão por doença e por parentalidade, reserva a tais casos o seguinte enquadramento: “em consequência destas situações, o trabalhador pode ver-se impedido, temporariamente, de prestar a atividade para a qual foi contratado. Da ausência do trabalhador resulta o incumprimento contratual. Contudo, reconhecendo a prioridade da proteção de outros bens jurídicos e da satisfação de outros interesses, relativamente aos do empregador, o legislador identifica os casos em que a ausência do trabalhador assume as vestes de um comportamento lícito, paralisando por isso as consequências disciplinares típicas do incumprimento. A este fenómeno tivemos já a oportunidade de designar de *inexecução do contrato de trabalho*” (ANDIAS GONÇALVES, “Prestações compensatórias ...” *cit.*, p. 392).

²³⁶² Assumindo tal abrangência, LUÍS MIGUEL MONTEIRO assinala que o exigido é que “da prescrição médica justificativa da ausência” resulte “*impossibilidade, inexigibilidade ou incompatibilidade com a prestação de trabalho*” (AA.VV., *Código cit.*, pp. 576-577, *itálico nosso*). Acentuando a importância de uma tal valoração, v. FRAÚSTO DA SILVA, “Alterações ...” *cit.*, pp. 313-314.

²³⁶³ Caso em que deixa de haver qualquer impossibilidade/incompatibilidade com a execução do contrato de trabalho: “na avaliação desta incompatibilidade importa não o mero incómodo ou transtorno do trabalhador, mas a *verdadeira impossibilidade* (v.g., o tratamento médico só poderá ter lugar àquela hora) ou *sacrifício inoportuno* ou *excessivo para o trabalhador* (por exemplo, de forma a receber o tratamento em momento não coincidente com o horário de trabalho, o trabalhador teria de se deslocar várias horas antes do início daquele). Assim é que na determinação daquela incompatibilidade também releva a natureza urgente do tratamento ou da consulta médica” (AA.VV., *Código cit.*, p. 576, anotação LUÍS MIGUEL MONTEIRO, *itálico nosso*).

²³⁶⁴ Aliás, esta a lógica que subjaz ao previsto no art. 46.º, *maxime*, n.ºs 2 e 3.

²³⁶⁵ V., a este propósito, o enunciado *supra* Secção II, § 2.1.6.

²³⁶⁶ Quanto ao bem jurídico tutelado pelo crime de violência doméstica, v., nomeadamente, o acórdão da RP, de 11.6.2014, Proc. n.º 286/12.8PBMTS.P1 (NETO DE MOURA).

trabalho” nos casos enunciados no n.º 1 do art. 195.^o²³⁶⁷, “quando não exista outro estabelecimento da empresa para o qual possa pedir transferência”²³⁶⁸ e, no n.º 2 do art. 195.^o²³⁶⁹, “até que ocorra transferência”²³⁷⁰ – revestindo, então, a suspensão a natureza de um direito potestativo do trabalhador²³⁷¹. Admitimos que o objectivo da norma seja possibilitar o distanciamento da esfera de influência do agressor, contribuindo para o restabelecimento e a reorganização da vida pessoal da vítima²³⁷²; o propósito seria, assim, o de “libertar transitoriamente” a vítima “das adstringências inerentes ao pontual cumprimento das suas obrigações laborais, em ordem a viabilizar” o seu afastamento do centro de vida que a liga ao agressor²³⁷³. Esta opção pode suscitar reservas, atenta a imposição ao empregador de transferência por motivo que resulta, afinal, (em exclusivo) da esfera privada do trabalhador²³⁷⁴ – sob cominação suspensiva. Num ordenamento que condiciona o exercício unilateral da mobilidade geográfica a requisitos vários – *maxime*, interesse empresarial relevante – poderia surpreender a imposição ao empregador de alteração contratual, por razões que

²³⁶⁷ Dispondo, por sua vez, esta norma que “o trabalhador vítima de violência doméstica tem direito a ser transferido, temporária ou definitivamente, a seu pedido, para outro estabelecimento da empresa, verificadas as seguintes condições: a) Apresentação de queixa-crime; b) Saída da casa de morada de família no momento em que se efective a transferência”. V., a este propósito, o indicado no art. 42.º da Lei n.º 112/2009, de 16.9. CATARINA CARVALHO refere, a este respeito, que “neste caso, parece que o(a) trabalhador(a) poderá escolher o estabelecimento que pretende, tendo em conta que a transferência é feita no interesse da vítima e não do empregador”, sem prejuízo das condicionantes indicadas no art. 195.º, n.º 2, do CT (“Reflexões ...” *cit.*, p. 157). Por se tratar de um crime público (art. 152.º do CPenal) desde 2000 (por via de Lei n.º 7/2000, de 27.5), causa perturbação a exigência, no art. 195.º, n.º 1, a) do CT, de “queixa-crime”, aliás, em desarmonia com o art. 42.º da Lei 112/2009 – deve, todavia, “entender-se basta a denúncia, mesmo que não seja apresentada pela vítima, por não se justificar uma diferença de tratamento nestes casos em face da *ratio legis*” (“Reflexões ...” *cit.*, p. 158). É ainda objecto de crítica o previsto no art. 195.º, n.º 1, b) do CT – a necessária “saída da casa da morada de família, no momento em que se afective a transferência –, uma vez que o crime não exige a coabitação entre a vítima e o agressor (p. 159). De referir ainda que, para além do direito à transferência para outro estabelecimento, o trabalhador vítima de violência doméstica tem direito a, verificados os requisitos previstos no art. 195.º, n.º 1, “passar a exercer a actividade em regime de teletrabalho, quando este seja compatível com a actividade desempenhada” (art. 166.º, n.º 2). V. também o disposto nos arts. 41.º (trabalho a tempo parcial/tempo completo), 43.º (faltas justificadas), 44.º (preferência em instrumento de regulamentação colectiva de trabalho) e 48.º (formação profissional) da Lei n.º 112/2009.

²³⁶⁸ Cf. art. 296.º, n.º 2, a).

²³⁶⁹ “Em situação prevista no número anterior, o empregador apenas pode adiar a transferência com fundamento em exigências imperiosas ligadas ao funcionamento da empresa ou serviço, ou até que exista posto de trabalho compatível disponível”.

²³⁷⁰ Cf. art. 296.º, n.º 2, b). No entanto, já o art. 195.º, n.º 3, dispõe que, em tal caso, “o trabalhador tem direito a suspender o contrato de imediato até que ocorra a transferência”.

²³⁷¹ CATARINA CARVALHO, “Reflexões ...” *cit.*, p. 160.

²³⁷² LEAL AMADO, *Contrato cit.*, pp. 262-263.

²³⁷³ LEAL AMADO, *Contrato cit.*, pp. 263-264.

²³⁷⁴ Por esta forma, “o legislador atribui à vítima de violência doméstica um conjunto de direitos que condicionam os poderes directivo e organizativo do empregador, apesar de ele ser alheio ao fenómeno da violência doméstica cuja origem é extralaboral” (CATARINA CARVALHO, “Reflexões ...” *cit.*, p. 155).

apenas respeitam à esfera particular do trabalhador. Dir-se-á, todavia – concretizando princípio comum a outras variantes suspensivas, por factos referentes ao trabalhador –, que à semelhança de outros regimes de tutela, se confere especial protecção a grupo particularmente vulnerável de trabalhadores. Tal qual assinalado²³⁷⁵, não questionamos o mérito da iniciativa, atenta a importância de enquadramento multidireccionado, em resposta a uma situação especialmente dramática – revelada estatisticamente um flagelo social, que urge combater²³⁷⁶; reconhecemos, no entanto, que a solução acolhida suscita dúvidas várias. Desde logo, quanto à duração estimada para um tal impedimento, já que, conforme a essência da suspensão, por regra, a extinção do vínculo apenas não opera enquanto o obstáculo se mantiver transitório²³⁷⁷. Reveste, de facto, especial dificuldade delimitar o instituto nos casos em que o trabalhador vítima de violência doméstica invoca a suspensão – cuja finalidade é, conforme previsto no art. 195.º, possibilitar a sua transferência para um outro estabelecimento²³⁷⁸ –, inexistindo, todavia, um tal estabelecimento alternativo para o qual essa transferência possa ser efectuada (assim decorrendo, porém, do art. 296.º, n.º 2, a)). Ao invés do previsto no art. 296.º, n.º 2, b), agora, à suspensão não corresponde qualquer período de espera que termine com uma decisão de transferência –, não havendo, afinal, qualquer transferência possível. Cria-se, por esta forma, atrofia sem equivalente no regime suspensivo: ainda que se afigure, com frequência, difícil promover adequada delimitação da natureza transitória ou definitiva do impedimento – e, nesta medida, determinação precisa dos limites da suspensão *vs.* extinção do vínculo –, uma tal avaliação obedece, ainda assim, por regra, a critérios que, atendendo à razão que legitima a ausência, viabilizam uma tal avaliação²³⁷⁹. Nesta medida, se a ausência do trabalhador é motivada por doença, é legítimo convocar elementos

²³⁷⁵ *Supra*, n. 2008.

²³⁷⁶ V., a este propósito, Relatório “Estatísticas APAV – Crimes de Violência Doméstica (2000-2012)”, 2014, disponível em <http://apav.pt/apav_v2/images/pdf/Estatisticas_APAV_Violencia_Domestica_2000_2012.pdf>. Apenas quanto ao ano de 2013, v. Relatório “Estatísticas APAV – Violência Doméstica (2013)”, 2014, disponível em <http://apav.pt/apav_v2/images/pdf/Estatisticas_APAV_Violencia_Domestica_2013.pdf>. V. ainda, com particular relevância, o V Plano Nacional de Prevenção e Combate à Violência Doméstica e de Género 2014-2017, aprovado em anexo à Resolução do Conselho de Ministros n.º 102/2013, de 31.12, rectificada pela Declaração n.º 12/2014, de 28.2, com informação adicional disponível em <<http://www.cig.gov.pt>> V. por fim, no plano dos apoios sociais, o *Guia Prático. Apoios Sociais – Vítimas de Violência Doméstica*, 2014, disponível em <http://www4.seg-social.pt/documents/10152/27255/apoios_sociais_vitimas_violencia_domestica>. V. por fim, *supra* n. 2008, no plano do incentivos ao emprego.

²³⁷⁷ Desvios a esta lógica apenas operam pontualmente, tal qual na contratação a termo, admitindo-se, então, que a suspensão opere embora se preveja que o facto suspensivo terá uma duração superior ao termo apostado ao contrato (*v. infra* Capítulo III).

²³⁷⁸ Ou, conforme extensão promovida por MONTEIRO FERNANDES, “que haja (...) outro local, geograficamente diferenciado, em que a empresa exerça actividade, mesmo sem o carácter de estabelecimento” (*Direito cit.*, p. 392, ênfase nossa).

²³⁷⁹ Cf. *infra*, Capítulo III.

vários, que permitem aferir se o impedimento reveste ainda traços de transitoriedade²³⁸⁰. O mesmo não resultando, porém, aqui evidente: conforme o art. 195.º, o trabalhador vítima de violência doméstica pode reclamar a transferência para outro estabelecimento; por conseguinte, a par dos demais requisitos que conformam um tal direito (cf. art. 195.º, n.º 1), identificaríamos como condicionante lógica a existência de (pelo menos) um outro estabelecimento, ao qual o trabalhador possa ser afecto; a tanto sugere, aliás, os n.ºs 2 e 3 do art. 195.º, ao preverem o direito à suspensão se tal estabelecimento alternativo não dispuser de posto de trabalho ao qual o trabalhador possa, no imediato, ser reconduzido. A desarmonia resulta, porém, do art. 296.º, n.º 2, a), que estende a suspensão a situações em que inexistente estabelecimento que possibilite a realocação. Arredada a possibilidade de transferência futura, cumpre, então, perguntar: qual a circunstância que põe termo à suspensão e como aferir da transitoriedade do impedimento? Embora reconhecendo que se prossiga também por esta via, o propósito de assegurar ao trabalhador o necessário distanciamento do centro de influência do agressor, se assumirmos que a subsistência do vínculo assenta, agora, na certeza de retorno ao *mesmo* estabelecimento (por ser o *único* existente), como aferir se a ausência não é já transitória, mas definitiva, autorizando o empregador a concluir pela caducidade do vínculo? A este respeito, LEAL AMADO observa que “o contrato ficará suspenso pelo período que a própria trabalhadora considerar necessário”²³⁸¹. Resta, porém, saber se esta indefinição é compatível com a natureza transitória da suspensão e se os interesses do empregador não devem ser ainda atendidos, no contexto de uma tal delimitação^{2382/2383}.

²³⁸⁰ Aspecto desenvolvido *infra*, Capítulo III, § 4.3.1.

²³⁸¹ *Contrato cit.*, p. 263, n. 365. O Autor mitiga, no entanto, o risco de a suspensão se prolongar por período indefinido, ao convocar um aspecto prático da maior relevância: “em regra, a necessidade económica ditará as suas leis, dado que, durante o período de suspensão, o empregador não lhe terá de pagar a retribuição [...]” (*idem*). Importa apenas advertir que divergimos da referência restritiva, feita à “trabalhadora”, uma vez que o regime acolhido assume solução abrangente, concedendo que a vítima possa ser do sexo masculino – *v.*, aliás, no confronto com a solução espanhola, a nota seguinte.

²³⁸² Em contexto suspensivo, no Direito espanhol, o art. 45, n.º 1, n) do ET admite a suspensão “por decisión de la trabajadora que se vea obligada a abandonar su puesto de trabajo como consecuencia de ser víctima de violencia de género”, sendo expressamente previsto um limite máximo à suspensão, no art. 48, n.º 6, do ET, onde é indicado que a suspensão terá uma duração máxima de seis meses, salvo se a tutela judicial da vítima impuser a continuidade da suspensão. Em tal caso, o juiz poderá prorrogar a suspensão por períodos de três meses, até um máximo de dezoito meses. De assinalar que, ao invés da solução acolhida no ordenamento português, no espanhol, a *Ley Orgánica* n.º 1/2004, de 28.12, sobre as medidas de protecção integral contra a violência de género – versão consolidada disponível em <<http://www.boe.es>> – e as disposições relevantes do ET partem de uma perspectiva de género, tratando “unicamente da violência dos homens contra as mulheres no seio de uma relação conjugal ou similar, presente ou passada” (CATARINA CARVALHO, “Reflexões ...” *cit.*, pp. 145-146). Assente este enquadramento, o art. 40, n.º 3, bis, do ET dispõe, em sede de mobilidade geográfica, que “los trabajadores que tengan la consideración de víctimas de violencia de género [...] que se vean obligados a abandonar el puesto de trabajo en la localidad donde venían prestando sus servicios, para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, tendrán derecho preferente a ocupar otro puesto de trabajo, del

Outras dúvidas se colocam: se, reunidas as condições que possibilitariam a transferência, o empregador não diligencia para que a mesma se efective, a sua omissão é indevida. Dir-se-á, todavia, que, se perante um adiamento legítimo, o direito à suspensão é reconhecido ao trabalhador (cf. arts. 195.º, n.ºs 2 e 3 e 296.º, n.º 2²³⁸⁴), por maioria de razão, sempre que a transferência lhe seja ilicitamente negada, idêntico mecanismo deve ser permitido ao trabalhador – a par de outros instrumentos de salvaguarda que lhe são, em tais circunstâncias, garantidos²³⁸⁵: nesta hipótese, LEAL AMADO configura, aliás, a suspensão como meio de tutela²³⁸⁶.

A doutrina interroga-se ainda quanto ao destino da contraprestação, nos casos contemplados no art. 296.º. Na falta de solução expressa, MADEIRA DE BRITO admite que “o trabalhador tem direito à retribuição durante o período de suspensão até à alteração do local de trabalho”²³⁸⁷. Temos, porém, dificuldade em acompanhar esta solução: afinal, na falta de norma em contrário, tem aplicação a regra geral do art. 295.º, que dita a suspensão da contraprestação²³⁸⁸. cremos, por isso, que a obrigação retributiva apenas deve ser mantida caso a não transferência resulte de comportamento indevido do empregador; distintamente, se exigências imperiosas relativas ao funcionamento da empresa não autorizam a imediata transferência ou se não existe posto de trabalho

*misimo grupo profesional o categoría equivalente, que la empresa tenga vacante en cualquier otro de sus centros de trabajo”. Acrescentando-se que, “en tales supuestos, la empresa estará obligada a comunicar a los trabajadores las vacantes existentes en dicho momento o las que se pudieran producir en el futuro”. Para estas situações, é previsto que “el traslado o el cambio de centro de trabajo tendrá una duración inicial de seis meses, durante los cuales la empresa tendrá la obligación de reservar el puesto de trabajo que anteriormente ocupaban los trabajadores”. Atingido este limite, “los trabajadores podrán optar entre el regreso a su puesto de trabajo anterior o la continuidad en el nuevo. En este último caso, decaerá la mencionada obligación de reserva”. Importa, todavia, ter presente que o art. 45, n.º 1, n) do ET não condiciona o exercício da suspensão à inviabilização da mudança do trabalhador para outro estabelecimento. V. ainda o art. 37, n.º 7, do ET, no que respeita à reorganização do tempo de trabalho. Por fim, no plano da protecção na extinção – reconhecendo a especial vulnerabilidade desta categoria de trabalhadores –, v. o disposto nos arts. 53, n.º 4, b), e 55, n.º 5, b), do ET. Sobre esta temática no Direito espanhol, v., nomeadamente, Paz Menéndez SEBASTIÁN e Teresa Velasco PORTERO, “La Suspensión del Contrato de Trabajo de las Víctimas de Violencia de Género como Medida de Protección Integral. Mucho Ruido y Pocas Nueces”, *Revista Trabajo y Seguridad Social*, 2005, n.º 271, pp. 7-64, em especial, pp. 11 e ss.*

²³⁸³ Quanto à delimitação da natureza temporária ou definitiva do impedimento, retomamos o tema *infra*, Capítulo III.

²³⁸⁴ Hipótese expressamente enquadrada entre os casos de suspensão por facto referente ao trabalhador, embora o enquadramento pleno do instituto exija considerar ainda circunstâncias respeitantes à colaboração do empregador.

²³⁸⁵ Tal qual a interposição de acção judicial de condenação, requerendo a transferência e, sendo o caso, indemnização pelos danos causados ou resolução do contrato com justa causa, nos termos do art. 394.º, n.º 2 – na síntese de LEAL AMADO, *Contrato cit.*, p. 264; no mesmo sentido CATARINA CARVALHO, admitindo aplicação eventual de sanção pecuniária compulsória, cf. o art. 829.º-A do CC (“Reflexões ...” *cit.*, p. 160). Ao que acresce o cometimento de contraordenação grave (art. 195.º, n.º 5).

²³⁸⁶ *Contrato cit.*, pp. 263-264.

²³⁸⁷ AA.VV., *Código cit.*, p. 474.

²³⁸⁸ Quanto à lógica subjacente ao art. 295.º, n.º 1, v. *supra* Parte I, Capítulo I, Secção V, Subsecção III, § 2.

disponível não cremos que, na ausência de expressa menção, seja legítimo impor ao empregador um tal dever – sobretudo se já se atender ao custo inerente à ausência, imposto por tempo indefinido²³⁸⁹.

Em reverso, dir-se-á que não só a transferência poderá ser adiada pelo empregador *sine die*²³⁹⁰, colocando o trabalhador numa situação de suspensão indefinida, como a ausência de retribuição poderá dissuadir o trabalhador de recorrer à suspensão – esvaziando a tutela que este mecanismo pretendia conferir a grupo especialmente vulnerável²³⁹¹. Quanto ao primeiro elemento, reiteramos, todavia, que se o comportamento do empregador for indevido – porque não diligência para que a transferência se efective ou, mais grave, invoca fundamentos falsos para obstar à transferência –, tal conduta deve justificar a aproximação ao regime da suspensão por facto imputável ao empregador, e a pretensão do trabalhador à contraprestação²³⁹². Em termos aproximados convocamos, aliás, o previsto no Direito alemão, no § 14 da “*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*” (“AGG”): caso o empregador não adopte medida adequada à prevenção do assédio, os trabalhadores têm direito a suspender temporariamente a prestação, sem prejuízo da retribuição²³⁹³. Nada havendo, todavia, a apontar ao empregador, não cremos razoável manter, nestas circunstâncias, o dever de retribuição a seu cargo²³⁹⁴ – o que se revelaria, aliás, especialmente oneroso (e mesmo dissuasor do regresso ao trabalho), nas hipóteses suspensivas referidas no art. 296.º, n.º 2, a), em que, tal qual indicado, o fim da suspensão e a delimitação da natureza transitória do impedimento não se afiguram evidentes²³⁹⁵.

Para lá destas referências de maior detalhe, é, todavia, inevitável concluir por recondução das situações suspensivas retratadas ao núcleo da

²³⁸⁹ Valoração, todavia, amiúde desconsiderada, no contexto de outras hipóteses suspensivas – *v.*, a este propósito, *infra* Capítulo III.

²³⁹⁰ Cf. art. 195.º, n.º 2.

²³⁹¹ Assim, JOANA VASCONCELOS, AA.VV., *Código cit.*, p. 652, e CATARINA CARVALHO, “Reflexões ...” *cit.*, p. 161 – indicando, como exemplo, a solução acolhida no ordenamento espanhol, onde se admite, uma vez verificados os requisitos exigidos, o direito a prestações de desemprego (p. 162). No que respeita a tais prestações, *v.* a informação disponibilizada pela Segurança Social, em

<http://www.sepe.es/contenidos/personas/prestaciones/quiero_cobrar_paro/soy_victima_de_violencia_de_genero_o_domestica.html>.

²³⁹² *V. infra* Capítulo II, Secção II.

²³⁹³ Diploma disponível em <http://www.gesetze-im-internet.de/agg/_14.html>, ali se indicando: “Ergreift der Arbeitgeber keine oder offensichtlich ungeeignete Maßnahmen zur Unterbindung einer Belästigung oder sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz, sind die betroffenen Beschäftigten berechtigt, ihre Tätigkeit ohne Verlust des Arbeitsentgelts einzustellen, soweit dies zu ihrem Schutz erforderlich ist. § 273 des Bürgerlichen Gesetzbuchs bleibt unberührt”. Sobre esta disposição, *v. Erfurter cit.*, Rn 1-2 (§ 14).

²³⁹⁴ Tal qual acima assinalado (*supra*, n. 2010), JOANA VASCONCELOS sugere alteração legal que contemple a “assunção, transitória, pela comunidade, do montante dos vencimentos doutro modo perdidos pelo trabalhador” (AA.VV., *Código cit.*, p. 652). No mesmo sentido, *v.* os textos “Sobre a protecção ...” *cit.*, pp. 128-129, e “Protecção ...” *cit.*, pp. 341-342.

²³⁹⁵ Cf. referido *supra*, n. 2009.

inexigibilidade – aqui se extrapolando, mais uma vez, os quadros (estritos) da impossibilidade²³⁹⁶ Quanto à última hipótese analisada (o art. 296.º, n.º 2), as especificidades da suspensão resultam, na verdade, especialmente evidentes, atendendo ainda à operacionalidade imediata da suspensão – não havendo que convocar sequer uma ausência prolongada²³⁹⁷.

2.4. O exercício de funções incompatíveis com a normal execução da actividade profissional

I. Outras hipóteses são ainda reconduzidas a impossibilidade/impedimento, não obstante ao trabalhador se afigurar possível o cumprimento da obrigação assumida perante o empregador: ao trabalhador é, pois, viável – sem que concorra, agora, dever alternativo (*v. supra* § 2.2.) ou situações (tais quais as referidas em §§ 2.1. e 2.3.) de assimilação (mais) evidente à impossibilidade em sentido estrito/absoluto.

Porque nem sempre claramente dissociadas, importa melhor clarificar a hipótese em análise, autonomizando-a de avaliação respeitante à imputação do impedimento ao trabalhador, no plano subjectivo²³⁹⁸. Apelamos, para tanto, ao exemplo de ausência prolongada do trabalhador por cumprimento de pena de prisão efectiva, no seguimento de condenação em sede criminal: ainda que, a tal propósito, subsistam leituras divergentes quanto à imputação do impedimento, não se contesta que a imposição da pena de prisão dite impossibilidade (absoluta ou estrita) de o trabalhador executar a actividade a que se vinculava perante o empregador²³⁹⁹. Diversamente, nos casos agora referidos – tal qual, ausências prolongadas, motivadas pelo exercício de cargo de deputado²⁴⁰⁰ à Assembleia da República ou de funções enquanto membro de gabinete governamental, a par de outras tantas actividades²⁴⁰¹, que imponham o

²³⁹⁶ A propósito de hipóteses idênticas no Direito francês, BERAUD constata: “il est évident qu’il n’existe, dans cet exemple, aucun obstacle matériel à l’exécution du contrat de travail”; do que extrai que “l’impossibilité matériel d’exécution ne peut donc être retenue comme principe fondamental de la suspension du contrat de travail” (*La suspension cit.*, p. 54).

²³⁹⁷ Ali se dispendo que “o trabalhador pode suspender de imediato o contrato de trabalho”.

²³⁹⁸ Cf. o art. 296.º, n.º 5, “o impedimento temporário por facto imputável ao trabalhador determina a suspensão do contrato de trabalho nos casos previstos na lei”. No que respeita à imputação do impedimento ao trabalhador, retomamos o tema adiante (*v. infra* Capítulo II).

²³⁹⁹ Cf. o art. 30.º, n.º 5, da CRP, “os condenados a quem sejam aplicadas pena ou medida de segurança privativas da liberdade mantêm a titularidade dos direitos fundamentais, salvas as limitações inerentes ao sentido da condenação e às exigências próprias da respectiva execução”.

²⁴⁰⁰ Reconduzindo tais hipóteses também à suspensão, *v. ISELE*, “Das suspendierte ...” *cit.*, p. 110.

²⁴⁰¹ *V.*, a este respeito, o disposto no art. 50.º da CRP. A par da suspensão, o art. 249.º, n.º 2, h), considera justificada a falta de “candidato a cargo público, nos termos da correspondente lei eleitoral”. Assim, entre as diversas leis eleitorais vigentes (*v.g.*, quanto à Presidência da República, Assembleias legislativas regionais, órgãos das autarquias locais, Parlamento Europeu), indicamos, a título de exemplo, a Lei n.º 14/79, de 16.5, que regula a eleição de deputados à Assembleia da República (alterada pela Lei n.º 14-A/85, de 10.7, pelo DL n.º 55/88, de 26.2, pelas Leis n.ºs 5/89, de 17.3, 18/90, de 24.7, 31/91, de 20.7, 72/93, 30.11, 10/95, de 7.4 e pelas Leis orgânicas n.ºs 1/99, de 22.6, 2/2001, de 25.8, 3/2010, de 15.12 e 1/2011, de 30.11.), que, no

afastamento do trabalhador, por período prolongado^{2402/2403} –, em rigor, não concorre qualquer impedimento/impossibilidade de o trabalhador cumprir a obrigação a que se vinculou perante o empregador, já que, no limite, lhe é sempre possível optar por tal cumprimento, preterindo a actividade concorrente²⁴⁰⁴. Por conseguinte, à imputação do impedimento – já que o exercício de tais actividades pressupõem, naturalmente, actos livres e intencionais do trabalhador – acrescem, a montante, reservas à qualificação de

art. 8.º, sob a epígrafe “Direito a dispensa de serviço”, dispõe que “*nos treinta dias anteriores a la data das eleições, os candidatos têm direito a dispensa do exercício das respectivas funções, sejam públicas ou privadas, contando esse tempo para todos os efeitos, incluindo o direito à retribuição, como tempo de serviço efectivo*”. No Direito espanhol, também o art. 45, n.º 1, f), do ET refere expressamente a suspensão em razão de “*ejercicio de cargo público representativo*”, incompatível com a prestação de trabalho. A suspensão opera, então, no pressuposto de que o desempenho do cargo não se basta com os “*permisos*” previstos no art. 37, n.º 3, d) do ET, onde se dispõe que “*el trabajador, previo aviso y justificación, podrá ausentarse del trabajo, con derecho a remuneración, por alguno de los motivos y [...] por el tiempo indispensable, para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público*” (cf. d), § 1, 1.ª parte). É certo, todavia, que quando o cumprimento de um tal dever dite “[...] *la imposibilidad de la prestación del trabajo debido en más del veinte por ciento de las horas laborables en un período de tres meses, podrá la empresa pasar al trabajador afectado a la situación de excedencia regulada en el apartado 1 del artículo cuarenta y seis de esta Ley*” (cf. d), § 2) – assim se articulando o regime dos “*permisos*” com o de suspensão. Para além da menor duração, tais “*permisos*” não afectam, em regra, o direito do trabalhador à retribuição; no entanto, no art. 37, n.º 3, d), § 3 do ET é indicado que “*en el supuesto de que el trabajador, por cumplimiento del deber o desempeño del cargo, perciba una indemnización, se descontará el importe de la misma del salario a que tuviera derecho en la empresa*” (sobre o tema, v. MARTÍN VALVERDE, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ e GARCÍA MURCIA, *Derecho cit.*, pp. 617 e ss.). Já em contexto suspensivo, o art. 48, n.º 3, do ET prevê que o trabalhador dispõe do prazo máximo de 30 dias, uma vez findo o exercício do cargo ou função, para retomar o trabalho. Importa, porém, reforçar – até para acentuar a dissonância sistemática verificada, a este propósito – que estes casos são, em simultâneo, reconduzidos ao art. 45, n.º 1, k) do ET, que admite a suspensão por “*excedencia forzosa*” (v. *supra* Secção I, § 1., II). Embora actualmente não se restrinja a tais hipóteses, a “*excedencia forzosa*” surgiu precisamente para tutela do trabalhador que passasse a exercer cargo público representativo. Todavia, sendo assim, dificilmente se compreende a necessidade de previsão autónoma, atento o previsto no art. 45, n.º 1, f) do ET. Constatando a manifesta insuficiência do enquadramento legal, RIVAS VALLEJO assinala: “*la regulación de tales supuestos por el Estatuto de los Trabajadores es uno de los puntos más defectuosos de la normativa referente a suspensión del contrato*” (*La suspensión cit.*, p. 205).

²⁴⁰² Mas não só. Aqui se enquadram ainda ausências prolongadas de praticantes desportivos de alto rendimento, no que respeita ao tempo de preparação e de participação desportivas. Sobre tais hipóteses e respectivo enquadramento legal, v. *supra* Secção II, § 2.1.6. No que respeita a ausências menos prolongadas, v. ainda as faltas autorizadas nos termos do art. 32.º do DL n.º 297/2000, alterado pelo DL n.º 209/2001, de 28.7 e pelo DL n.º 241/2007, de 21.6., quanto à actividade de bombeiro voluntário e as ausências admitidas aos dadores de sangue, indicadas no art. 26.º do DL n.º 294/90, de 21.9, alterado pelo DL n.º 87/97, de 18.4 (o DL n.º 270/2007, de 26.7, tendo suprimido diversas disposições do DL n.º 294/90, não revogou o art. 26.º).

²⁴⁰³ Também o exercício do direito à greve se enquadra neste âmbito. Reservamos, todavia, análise destacada a tal hipótese, atenta a especial conotação que assume, então, o operar da suspensão (v. *infra* § 2.5.).

²⁴⁰⁴ No Direito espanhol, FERNANDEZ DOMINGUEZ constata que, no Direito do Trabalho, “*se equiparan, en cuanto a sus efectos, supuestos estrictos de vis maior y situaciones no involuntarias ni impeditas absolutamente de la posibilidad de prestación, tal es como, por ejemplo, la excedencia forzosa por ejercicio de cargos públicos*” (*La fuerza cit.*, p. 207).

tais situações como impossibilitantes. Vimos, afinal, que para parte da doutrina civilística, para lá do âmbito da impossibilidade (absoluta), subsistindo liberdade fáctica de opção pelo cumprimento, falharia pressuposto da extinção do dever de prestar, estatuída no art. 790.º, n.º 1, do CC²⁴⁰⁵. Atestámos, contudo, que, mesmo em tal domínio, embora afastado o regime da impossibilidade, são testadas outras vias, que justificam a desresponsabilização do devedor²⁴⁰⁶. Dir-se-á, simplesmente, que no domínio laboral o CT assume, sem resistência, a recondução destas hipóteses a impedimento/impossibilidade temporária²⁴⁰⁷.

Assente esta destrinça, importa aferir o que motiva a atendibilidade de tais opções pessoais do trabalhador – que livremente se coloca em tal posição – sobre a normal execução do contrato de trabalho, adstringindo o empregador (credor do trabalho inviabilizado) à subsistência do vínculo, até à finalização da actividade concorrente^{2408/2409}. Não obstante as diversas hipóteses aqui enquadráveis, tomamos como ilustrativo o previsto no art. 249.º, n.º 2, g), ao considerar justificadas as faltas de *“trabalhador eleito para estrutura de representação colectiva dos trabalhadores, nos termos do artigo 409.º”*²⁴¹⁰, prevendo este último preceito que *“a ausência de trabalhador por motivo do desempenho de funções em estrutura de representação colectiva dos trabalhadores de que seja membro, que exceda o crédito de horas, considera-se justificada e conta como tempo de serviço efectivo, salvo para efeito de retribuição”*²⁴¹¹. Dir-se-á que estas disposições

²⁴⁰⁵ Assim, MARIA DE LURDES PEREIRA, *Conceito cit.*, p. 84. V. a este propósito, o referido *supra* § 1. Vimos também que as hipóteses em que o trabalhador promove voluntariamente um conflito de deveres não legitimam, por regra, a exclusão da ilicitude, quanto ao dever preterido (cf. *supra*, § 1.4.).

²⁴⁰⁶ V. *supra* § 1.4.

²⁴⁰⁷ Atendendo ao conjunto de hipóteses reconduzíveis ao art. 296.º, n.º 5.

²⁴⁰⁸ Está, por conseguinte, em causa a dimensão externa do vínculo, a par da inutilização (definitiva) de diversas prestações, que integram o complexo duradouro. Sobre a dinâmica inerente a tais variantes, v. Parte I, em especial, Capítulo I, Secção V, Subsecção III, § 3. e Capítulo II, §§ 1.3. e 1.4.

²⁴⁰⁹ Assinalando tal confronto, em hipóteses similares, refere o STJ, em acórdão de 21.5.2008: *“efectivamente, há que sopesar devidamente o conflito de direitos e deveres que o sistema jurídico, na sua unidade, vai repercutir no trabalhador, quer enquanto tal, quer enquanto cidadão. Por um lado, o direito que lhe assiste em ser candidato às eleições [...]; por outro, o direito a desempenhar, com a máxima assiduidade, as suas funções laborais [...]”* (Proc. n.º 08S606, BRAVO SERRA). Em confronto com as obrigações laborais estariam direitos decorrentes do disposto nos arts. 48.º, n.º 1 (*“Participação na vida pública”*) e 50.º, n.º 1 (*“Direito de acesso a cargos públicos”*) da CRP. Esta última disposição prevendo, no n.º 2, que *“ninguém pode ser prejudicado na sua colocação, no seu emprego, na sua carreira profissional ou nos benefícios sociais a que tenha direito, em virtude do exercício de direitos políticos ou do desempenho de cargos públicos”*. Também no ordenamento espanhol, no que respeita à legitimação destas ausências, RIVAS VALLEJO invoca o disposto no art. 23, n.º 1, da Constituição espanhola (*La suspensión cit.*, p. 203).

²⁴¹⁰ Cf. art. 404.º, *“para defesa e prossecução colectivas dos seus direitos e interesses, podem os trabalhadores constituir: a) associações sindicais; b) comissões de trabalhadores e subcomissões de trabalhadores; c) representantes dos trabalhadores para a segurança e saúde no trabalho; d) outras estruturas previstas em lei específica, designadamente conselhos de empresa europeus”*. No plano constitucional, v. arts. 54.º, n.º 4, e 55.º, n.º 6, da CRP.

²⁴¹¹ Quanto ao crédito de horas, v. o art. 408.º, que dispõe, no n.º 2, que *“os trabalhadores eleitos para as estruturas de representação de trabalhadores têm direito a crédito de horas, qualificado, para todos os efeitos, como prestação efectiva de trabalho”*.

integram conjunto normativo que reforça a tutela do vínculo dos membros das estruturas de representação colectiva dos trabalhadores²⁴¹² – atenta, não só a relevância afecta pelo ordenamento ao exercício de tais funções²⁴¹³, como a maior exposição a que este grupo de trabalhadores se sujeita²⁴¹⁴. Veremos, de resto, que a importância reservada a tais hipóteses tem assumido um papel especialmente destacado na determinação, pela jurisprudência, do carácter transitório do impedimento – no confronto com idêntica avaliação, promovida no contexto de outros factos suspensivos²⁴¹⁵.

Especificamente quanto aos membros de direcção de associação sindical, o art. 468.º, n.º 8, remete para “o regime da suspensão do contrato de trabalho por facto respeitante ao trabalhador”, sempre que “as faltas justificadas se prolong[u]em efectiva ou previsivelmente para além de um mês”^{2416/2417}. Relativamente a normativo antecedente, JORGE LEITE assinalava que “o exercício do cargo de dirigente sindical constitui, nos termos da lei, um facto justificativo das ausências ao trabalho, encontrando-se o trabalhador, por isso mesmo, *exonerado do correspondente dever de prestação*”. E quanto à motivação subjacente, referia tratar-se de “forma de protecção da própria liberdade sindical na medida em que facilita a actividade daqueles através dos quais estas organizações cumprem, em boa parte, os seus fins”²⁴¹⁸. Nesse mesmo sentido se pronuncia, com frequência, a jurisprudência, admitindo que a suspensão se impõe, nestes casos, em extensão da tutela conferida pelo art. 55.º da CRP²⁴¹⁹. Dir-se-á, em suma, que

²⁴¹² E que acolhe outras concretizações, tal qual a protecção que lhes é reservada em caso de procedimento disciplinar ou de despedimento (cf. art. 410.º). V. ainda a tutela em caso de transferência (art. 411.º).

²⁴¹³ Tendo, assim, em vista “assegurar o desempenho das funções que a lei atribui aos delegados sindicais e aos membros das comissões de trabalhadores na empresa” (PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, II, p. 626).

²⁴¹⁴ No Direito alemão, *v.*, quanto à operacionalidade da suspensão nestes casos, HAGER, *Das ruhende cit.*, pp. 33 e ss.

²⁴¹⁵ Tema desenvolvido *infra*, Capítulo III.

²⁴¹⁶ Ressalvado o “[...] disposto em instrumento de regulamentação colectiva de trabalho aplicável, que preveja funções sindicais a tempo inteiro ou outras situações específicas, relativamente ao direito à retribuição de trabalhador”.

²⁴¹⁷ No que respeita à evolução registada a respeito de uma tal hipótese, *maxime* quanto às dúvidas inerentes ao enquadramento suspensivo e delimitação da imputação do impedimento ao trabalhador, *v. infra* Capítulo II, Secção III.

²⁴¹⁸ “O desempenho ...” *cit.*, p. 527, ênfase nossa.

²⁴¹⁹ Assim, acórdão do STJ, de 20.5.2009, Proc. n.º 08S3258 (SOUSA GRANDÃO). Retomamos *infra* a referência a esta decisão, no que toca, quer à delimitação da imputação subjectiva, quer à determinação da natureza transitória/definitiva do impedimento (*v.* Capítulo II, Secção III e Capítulo III). Nesta linha, a RL afirmara já que “o caso de um dirigente sindical que, por força do exercício de tais funções, apresente ausência prolongada ao trabalho, configura uma situação em que o exercício de uma liberdade fundamental, reconhecida no art. 55.º da Constituição, exige, para a sua concretização, condições para o exercício dessa actividade com autonomia e independência e impõe a suspensão do contrato de trabalho e, consequentemente, a suspensão dos direitos que pressuponham a efectiva prestação de trabalho” (acórdão de 20.3.2002, Proc. n.º 006614, FERREIRA MARQUES, Sumário, I, *itálico* nosso). Também em acórdão de 7.4.2008, a RP reitera que “para além da manutenção do vínculo, com o que isso significa, a suspensão serve ainda para

por força dos valores em tensão, o ordenamento *prefere* admitir ao trabalhador o direito a recusar a execução do trabalho, não obstante o sacrifício assim imposto ao empregador^{2420/2421}.

As hipóteses suspensivas ora referidas, retratando situações em que o facto obstativo é intencionalmente criado pelo trabalhador – ditando, assim,

permitir a afirmação de outros valores, designadamente os que se prendem com os direitos fundamentais. No caso em apreço, está em causa ausência para o exercício de funções sindicais”. Sendo certo que a previsão expressa da suspensão, em tais casos, “mais não faz do que colocar o expediente da suspensão ao serviço da liberdade sindical dos representantes eleitos dos trabalhadores. Essa liberdade está consagrada na Constituição da República Portuguesa (art. 55.º) e representa, inequivocamente, a importância que a nossa Lei Fundamental atribui às associações sindicais que passaram a ser consideradas como os centros de referência na defesa de determinados interesses, para os quais a ordem jurídica os dota de meios de acção específicos [...]” (Proc. n.º 0743201, ALBERTINA PEREIRA, itálico nosso).

²⁴²⁰ A respeito desta hipótese, refere JORGE LEITE que “o eventual *conflito* entre os interesses do empregador e os interesses ao serviço dos quais aquela é colocada o resolve a lei, inequivocamente, pela *prevalência* dos segundos” (“O desempenho ...” *cit.*, pp. 535-536, com itálico nosso).

²⁴²¹ Também o art. 46, n.º 4, do ET admite que os trabalhadores que exerçam funções sindicais de âmbito provincial ou superior poderão solicitar a passagem à situação de “*excedencia*” na empresa, – v. ainda o previsto no art. 37, n.º 3, e) do ET, conforme o qual o trabalhador, mediante aviso prévio e justificação, poderá ausentar-se do trabalho, com direito a remuneração, para exercício de actividade de representação dos trabalhadores, nos termos legais ou convencionais estabelecidos. É, no entanto, assinalada a existência de regimes paralelos dispersos, havendo dificuldade em acompanhar a razão para a multiplicação de normas, a este propósito. A complexidade aumenta, já que o art. 46, n.º 4, do ET omite a qualificação da “*excedencia*” como “forçosa” ou “voluntária”, gerando dúvidas quanto à sua natureza – MARTÍN VALVERDE, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ e GARCÍA MURCIA, qualificam, ainda que com dúvidas, a “*excedencia*” como “forçosa” (*Derecho cit.*, p. 769): o art. 48, n.º 3, do ET prevê que, também nesta hipótese, o trabalhador deve retomar o trabalho no prazo máximo de trinta dias após a cessação do cargo ou funções – daqui resultando o direito do trabalhador à reserva do posto de trabalho e assim se indiciando a natureza forçosa da “*excedencia*” (*idem*). No Direito italiano, também o art. 51, 3 da Constituição prevê que “*chi è chiamato a funzioni pubbliche elettive ha diritto di disporre del tempo necessario al loro adempimento e di conservare il suo posto di lavoro*”. V. ainda o art. 31 do *Statuto dei lavoratori* (“*Aspettativa dei lavoratori chiamati a funzioni pubbliche elettive o a ricoprire cariche sindacali provinciali e nazionali*”); acrescem diversos diplomas que enquadram, com maior detalhe, as hipóteses aqui previstas – a tal propósito, v. GALANTINO, *Diritto cit.*, p. 358. Para DEL PUNTA prevalece, a este respeito, o entendimento de que estas ausências revestem a natureza de um direito potestativo e que, nesta medida, o empregador não pode impedir o seu exercício, (*Diritto cit.*, pp. 514-515). Institutos afins, concebidos para situações de duração mais curta e frequentemente retribuídos são as “*permessi*” – v., nomeadamente, os “*Permessi per i dirigenti provinciali e nazionali*” e os “*Permessi ai lavoratori chiamati a funzioni pubbliche elettive*” (cf. arts. 30 e 32 do *Statuto dei lavoratori*). Sobre as variantes de tais “*permessi*”, v. GALANTINO, *Diritto cit.*, pp. 358-359, e DEL PUNTA, *Diritto cit.*, p. 515. Os “*dirigenti sindacali aziendali*” têm também direito a “*permessi*” para o cumprimento do respectivo mandato, nos termos e limites previstos nos arts. 23 e 24 do *Statuto dei lavoratori*. Para referências mais desenvolvidas, v. SANTORO-PASSARELLI, *Diritto cit.*, pp. 169-170, e GALANTINO, *Diritto cit.*, p. 359. No Direito inglês, o ERA reconhece igualmente, ao trabalhador, o direito a “*time-off*” para exercício de certas actividades. Tal o caso de “*time off*” para “*public duties*” (Secção 50) ou reservado a “*public representatives*” (Secção 61). Quanto ao tempo dispensado aos representantes dos trabalhadores para o exercício das suas funções, v. Secção 168 TULR(C)A. Sobre tais hipóteses, v. SELWYN, *Selwyn’s Law cit.*, pp. 228 e ss., e pp. 602 e ss.

dúvidas quanto à linearidade do apelo a “*impedimento*” – acentuam a relevância, nesta esfera, da especial motivação subjacente a tais opções (do trabalhador). É o fundamento invocado que justifica (ou não) valoração positiva do ordenamento, fazendo variar a tutela afecta a cada caso e a respectiva prevalência sobre o direito do credor à pontual execução do acordado²⁴²². Certo, porém, que, em rigor, também aqui, não obstante menção legal a “*impedimento*”²⁴²³, não se está perante *impossibilidade*, pelo menos se entendida em termos absolutos.

2.5. A greve

I. À greve, frequentemente apelidada de “rebelião sem armas”²⁴²⁴, corresponde, no Direito português, um direito fundamental dos trabalhadores (cf. art. 57.º da CRP²⁴²⁵ e arts. 530.º a 543.º do CT), de contornos muito próprios²⁴²⁶, considerado o dano provocado na esfera da contraparte²⁴²⁷,

²⁴²² Daqui resultando, porém, evidente não ser qualquer motivação bastante para desencadear um tal efeito. A equiparação a “*impedimento*”/“*impossibilidade*”, que obsta (legitimamente) ao exercício profissional apenas tem lugar quando as razões para a recusa da prestação encontram fundamentação jurídica adequada. Nesta medida, certos exemplos, referidos na doutrina como hipóteses em que importa concluir pela não imputação do impedimento ao trabalhador, assim se promovendo a respectiva exclusão do âmbito suspensivo – tal qual a ausência, por seis meses, de trabalhador que decide participar em projecto de voluntariado –, não seriam, sequer, reconduzíveis a impedimento, por não ser em tais casos identificável um especial interesse ao qual o ordenamento afecte particular tutela, que justificasse a respectiva prevalência, em detrimento do interesse do empregador, quanto ao cumprimento do acordado. Sobre tais casos, v. *infra* Capítulo II.

²⁴²³ Cf. arts. 294.º, n.º 1, e 296.º, n.ºs 1 e 5.

²⁴²⁴ Cf. António Castanheira NEVES constata “Considerações a Propósito do Direito à Greve”, *Temas de Direito do Trabalho. Direito do Trabalho na Crise. Poder Empresarial. Greves Atípicas. IV Jornadas Luso-Hispano-Brasileiras de Direito do Trabalho*, Coimbra Editora, 1990, pp. 449-452, p. 449.

²⁴²⁵ O art. 57.º, n.º 1, da CRP prevê o direito à greve. Na ausência de noção legal explícita, a greve é usualmente definida como “suspensão colectiva e concertada da prestação de trabalho por um grupo de trabalhadores tendo em vista exercer pressão no sentido da obtenção de uma finalidade ou objectivo comum” (JOSÉ JOÃO ABRANTES, *Direito cit.*, p. 75).

²⁴²⁶ Por meio da greve podem ser prosseguidos fins diversos: “os interesses a defender ou a promover com a greve não se reduzem aos interesses meramente profissionais, não têm que respeitar à relação de trabalho (salários, carreira profissional, etc.). Apenas deverá tratar-se de interesses próprios (mas não necessariamente exclusivos) dos trabalhadores enquanto tais, no sentido de que a situação que se pretende ver alterada ou mantida ou a medida que se visa contestar deverão ser situações ou medidas que afectem a sua condição de trabalhador assalariado. Assim, sob a protecção jurídica da greve inscrevem-se, por exemplo, a greve de solidariedade ou a greve contra o emprego precário ou a redução da protecção no desemprego, etc.” (JOSÉ JOÃO ABRANTES, *Direito cit.*, pp. 76-77).

²⁴²⁷ De assinalar que “o sistema jurídico não só consente nesse comportamento danoso como assegura mesmo uma medida mínima de prejuízos, ao vedar ao empregador a substituição dos trabalhadores grevistas (art. 535.º do CT)”. Em síntese, “o direito de greve envolve um comportamento deliberadamente nocivo e que é, enquanto tal, admitido e protegido pela Ordem Jurídica, o que não tem paralelo noutros domínios” (PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, I, p.

reforçado pelo facto de ao empregador não ser reconhecido direito equivalente, atenta a proibição do “lock-out” (cf. art. 57.º, n.º 4 da CRP e arts. 544.º – *maxime*, n.º 2 – e 545º do CT²⁴²⁸)²⁴²⁹. Perante este enquadramento, é evidente que à não

504; para maiores desenvolvimentos, v. Maria do Rosário Palma RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho. Parte III – Situações Laborais Colectivas*, 2.ª ed. (act.), Almedina, 2015, pp. 423 e ss.). Conforme acórdão da RC de 26.2.2014, “o bem jurídico protegido no tipo de crime dos artigos 535.º, n.º 1, e 543.º, ambos do Código do Trabalho (proibição de substituição de grevistas), é a autonomia e independência sindical”. Mais se referindo, neste contexto, que “a legitimidade dos sindicatos, enquanto estruturas representativas dos trabalhadores, estende-se quer à defesa dos interesses colectivos que representam, quer à defesa colectiva dos interesses individuais dos representados” (Proc. n.º 729/11.8TACBR-A.C1, PAULO VALÉRIO, Sumário, I e II). No Direito espanhol, v. decisão do TCEsp. n.º 123/1992, de 28.9 (disponível, em <http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1992-0123>).

²⁴²⁸ Cf. o art. 544.º, n.º 1, “considera-se lock-out qualquer paralisação total ou parcial da empresa ou a interdição do acesso a locais de trabalho a alguns ou à totalidade dos trabalhadores e, ainda, a recusa em fornecer trabalho, condições e instrumentos de trabalho que determine ou possa determinar a paralisação de todos ou alguns sectores da empresa, desde que, em qualquer caso, vise atingir finalidades alheias à normal actividade da empresa, por decisão unilateral do empregador”. Para além de constituir contra-ordenação muito grave (art. 544.º, n.º 3), o “lock-out” é punido com pena de prisão até dois anos ou pena de multa até duzentos e quarenta dias (art. 545.º). Também no Direito italiano a greve constitui hipótese suspensiva. Conforme o art. 40 da Constituição italiana, “il diritto di sciopero si esercita nell'ambito delle leggi che lo regolano” (v., a este propósito, em termos gerais, PERA, *Compendio cit.*, p. 76, ICHINO, *Il contratto cit.*, pp. 139 e ss., e DEL PUNTA, *Diritto cit.*, pp. 221 e ss.). Enquanto direito, o seu exercício, observados os limites que o condicionam, não pode ser afectado: a participação na greve implica uma mera suspensão, sem que daqui possa resultar prejuízo de qualquer monta (PERA, *Compendio cit.*, p. 89, com itálico nosso). Dando conta dos distintos enquadramentos propostos a respeito do direito à greve e das dúvidas quanto à titularidade do mesmo, v. PERA, *Compendio cit.*, pp. 75-76, 79-80 e 229-230, e DEL PUNTA, *Diritto cit.*, pp. 229-231 e pp. 232-236. Atenta a natureza sinalagmática do contrato e a tendencial corresponsabilidade das obrigações, a greve determina a perda da retribuição (DEL PUNTA, *Diritto cit.*, p. 244). A previsão do direito à greve na Constituição põe, todavia, em evidência (por contraste) o não reconhecimento ao empregador de correspondente direito de “serrata” (DEL PUNTA, *Diritto cit.*, p. 231): no Direito italiano, a “serrata a fini contrattuali”, não constituindo já um delito, também não corresponde a um direito; é uma forma de incumprimento, mantendo-se o empregador vinculado ao pagamento da retribuição (PERA, *Compendio cit.*, p. 98, e DEL PUNTA, *Diritto cit.*, p. 231). A doutrina distingue três variantes de “lock-out”: ofensivo, defensivo e de retaliação. No primeiro, o empregador procuraria impor a sua pretensão aos trabalhadores; no segundo, opor-se-ia a reivindicações dos trabalhadores; por fim, no terceiro (“serrata di ritorsione”), o “lock-out” surgiria em resposta a formas ilegítimas de luta sindical – sendo a propósito desta última hipótese que surgem maiores dúvidas (PERA, *Compendio cit.*, pp. 97-98). São, a este respeito, concebidas posições diversas: parte da doutrina considera, em tal caso, a “serrata” justificada – reacção a incumprimento colectivo ou impossibilidade de dar continuidade à actividade produtiva, atenta a desordem provocada; o substrato que condiciona a prestação ter-se-ia tornado inútil (PERA, *Compendio cit.*, p. 98). É assim que para ICHINO a “serrata” deveria ser expressamente consagrada sempre que o exercício da greve degenerasse em forma violenta de luta colectiva ou tornasse a actividade laboral totalmente inútil (*Il contratto cit.*, pp. 214-215). Não se trata, todavia, de posição unívoca na doutrina (PERA, *Compendio cit.*, pp. 98-99). Já no Direito espanhol, tanto o exercício do direito à greve, como o “cierre patronal” determinam a suspensão laboral. Assim resulta, em termos gerais, do disposto no art. 45, n.º 1, l) e m) do ET, atento o tratamento reservado nos arts. 28.º, n.º 2 e 37, n.º 2, da Constituição espanhola. A este propósito, v. ainda HURTADO ORTEGA, “La suspensión ...” *cit.*, pp. 285-321, SOMOZA ALBARDONEDO e SOMOZA RAMIS, *Suspensiones cit.*, pp. 107 e ss., e Alfredo

execução do acordado não corresponde, considerada a imunidade pressuposta, qualquer incumprimento contratual²⁴³⁰, antes se acolhendo, por previsão legal expressa, efeito suspensivo: o art. 536.º, n.º 1 assume a suspensão enquanto decorrência da adesão do trabalhador, do que resulta a qualificação da greve como hipótese suspensiva por facto respeitante ao trabalhador²⁴³¹, ainda que lhe seja imputável²⁴³² –, sendo o empregador dispensado da contraprestação retributiva^{2433/2434}.

Da relação indissociável greve/exercício de direito fundamental²⁴³⁵ resulta a especial caracterização desta modalidade suspensiva, já que “*totalmente*

Montoya MELGAR *Derecho del Trabajo*, 36.ª ed. rev., tecnos, 2015, p. 725 e ss. Por sua vez, à luz de enquadramento legal anterior, v., quanto à greve, VIDA SORIA, *La suspensión cit.*, pp. 334 e ss; já quanto ao “*cierre patronal*” como circunstância suspensiva, v. BLASCO SEGURA, “*La suspensión ...*” *cit.*, pp. 181-191.

²⁴²⁹ Atendendo ao objecto da dissertação, referimos apenas a dinâmica suspensiva da greve, abstraindo de outros aspectos regimentais.

²⁴³⁰ Para LEAL AMADO, “(...) a adesão do trabalhador a uma greve determina, no plano individual, a suspensão do respectivo contrato de trabalho (art. 536.º do CT). Mas não assim, note-se, em caso de greve ilícita, hipótese em que a ausência do trabalhador será tida como falta injustificada (art. 541.º)” (*Contrato cit.*, p. 341, n. 493). Recusando a recondução da greve aos institutos civis da *exceptio* ou do direito de retenção, v. PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, I, p. 504. Referindo tal problemática, v. ainda JOSÉ JOÃO ABRANTES, *Direito cit.*, pp. 48-49 e p. 84, n. 179.

²⁴³¹ PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, II, p. 847 e ss., em especial, pp. 857-859. Nesta medida, “[o] principal efeito da greve na esfera jurídica do trabalhador aderente é a suspensão do seu dever de prestar trabalho, que a doutrina identifica genericamente como «suspensão do contrato»” (PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, III p. 486).

²⁴³² Cf. art. 296.º, n.º 5. Assim, LEAL AMADO, *Contrato cit.*, p. 341, n. 493.

²⁴³³ Importa, contudo, que o não pagamento da retribuição não traduza sanção encapotada; releva, como critério de aferição dos descontos salariais legítimos, o princípio de não discriminação dos trabalhadores grevistas (HURTADO ORTEGA, “*La suspensión ...*” *cit.*, p. 296). Quanto à relevância do tempo de ausência por greve, para desconto do valor devido a título de prémio de assiduidade, v. o indicado *supra* n. 664. Já quanto às designadas “greves atípicas”, “em que o tempo total de não trabalho é superior ao tempo de paralisação formal, provando-se a intencionalidade grevista do trabalhador quanto ao tempo total, é com base no tempo total que deve ser calculado o desconto salarial” (PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, p. 489, n. 128).

²⁴³⁴ Quanto ao destino da contraprestação (a retribuição), Eduard PICKER reconhece tratar-se, de questão referente à imputação da perturbação da prestação (“*Betriebsrisikolehre und Arbeitskampf*”, JZ 1979, pp. 285-294, p. 290). São, em tal período, mantidos, não só os “*direitos, deveres e garantias das partes que não pressuponham a efectiva prestação do trabalho*”, como “*os direitos previstos em legislação de segurança social e as prestações devidas por acidente de trabalho ou doença profissional*” (art. 536.º, n.º 2). Acresce, por fim, que “*o período de suspensão conta-se para efeitos de antiguidade e não prejudica os efeitos decorrentes desta*” (art. 536.º, n.º 3). Especificamente “no que toca aos acidentes ocorridos em situação de greve, a doutrina e a jurisprudência têm-se pronunciado (apenas com ressalva dos ocorridos na prestação de serviços mínimos) pela sua descaracterização como acidentes de trabalho, ao considerarem que, face à suspensão do contrato como efeito da greve, não se verifica o nexo de causalidade entre o trabalho e o acidente que delimita o conceito” (JOSÉ JOÃO ABRANTES, *Direito cit.*, pp. 89-90, n. 194, ênfase nossa). A este propósito, v. *supra*, n. 329, e LUÍS Gonçalves da SILVA, *A Greve e os Acidentes de Trabalho*, AAFDL, 1998.

²⁴³⁵ Também à luz do ordenamento espanhol, HURTADO ORTEGA refere que a suspensão surge, neste âmbito, como instrumento de tutela de um direito subjectivo fundamental, enquanto direito de incumprir transitoriamente o contrato (“*La suspensión ...*” *cit.*, pp. 288 e 294). Por conseguinte, a ausência de retribuição não surge como sanção – não autorizada perante o

controlada pelo trabalhador, no sentido em que ele pode aderir ou não a uma greve que tenha sido convocada regularmente, assim como é livre de revogar a sua adesão a uma greve em curso”. Nesta hipótese, “bem como quando a greve terminar, cessa o efeito suspensivo”, devendo o trabalhador apresentar-se, de imediato, ao serviço²⁴³⁶. O início e o termo da greve colocam, pois, em evidência tratar-se de um direito individual de exercício colectivo, exigindo a suspensão a sobreposição de duas vontades: a colectiva, concretizada na convocatória da greve, e a individual, traduzida na exteriorização da vontade do trabalhador que, livremente, adere àquela²⁴³⁷. Por regra, a suspensão tem início com a adesão do trabalhador, cessando com o fim da greve no plano colectivo; nem sempre se verifica, porém, coincidência temporal entre a extensão da greve e a suspensão, podendo esta ser inferior àquela, cabendo ao trabalhador decidir o tempo de adesão.

Não obstante as especificidades regimentais que moldam o exercício da greve, interessa, sobretudo, assinalar que, nestes casos, por força da suspensão, o contrato subsiste: “o exercício, em certos termos, da «liberdade» de não cumprir o contrato *não representa violação* deste porque, durante a paralisação colectiva, o trabalhador fica *exonerado do seu débito* perante o empregador”. Dir-se-á que “a lei reconhece a causa da paralisação como apta a *descaracterizá-la enquanto violação contratual*”. Em suma, é, por esta forma, assumida a “*prevalência do interesse do trabalhador sobre o do empregador*, conferindo ao primeiro a faculdade de agir de certo modo: mais do que uma liberdade, trata-se de um verdadeiro *direito*, um direito potestativo, *oponível à contraparte no contrato*, cuja posição se assume como uma *sujeição*, com a necessidade de suportar as modificações assim introduzidas no conteúdo da relação”²⁴³⁸.

Atenta a evolução associada ao reconhecimento do direito à greve, a afectação de natureza suspensiva assume, neste quadrante, conotação própria²⁴³⁹, indissociável da dignidade constitucional inerente a um tal exercício. A greve conta, aliás, com tal efeito (suspensivo) abstraindo da

exercício (lícito) de um direito fundamental – traduzindo decorrência neutra da ausência (p. 296).

²⁴³⁶ Sob pena de incorrer em faltas injustificadas (PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, II, p. 857, ênfase nossa). Conforme o art. 539.º, “a greve termina por acordo entre as partes, por deliberação de entidade que a tenha declarado ou no final do período para o qual foi declarada”.

²⁴³⁷ “A greve é um direito dos trabalhadores individuais, viabilizado pela dimensão colectiva do fenómeno. Para exercer o seu direito (individual) de greve, o trabalhador carece de uma intermediação”. Em suma, a “dimensão individual – o «direito» de fazer greve, em si, que é um «direito» potestativo de adesão à declaração de greve, que suspende as prestações principais do contrato – está legalmente condicionada a uma eventual declaração de greve no sector” (JOSÉ JOÃO ABRANTES, *Direito cit.*, p. 82).

²⁴³⁸ JOSÉ JOÃO ABRANTES, *Direito cit.*, p. 84, ênfase nossa.

²⁴³⁹ A este propósito, Ruth BEN-ISRAEL assinala: “the suspension theory means, in effect, that while the employment relationship continues, the two main obligations of the employer and the employee, the one to pay wages and the other to work, are suspended” (“Strikes, Lockouts and Other Kinds of Hostile Actions”, *International Encyclopedia of Comparative Law*, cap. 15, vol. 15, *Labour Law* (ed. Bob Hepple), J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1997, p. 28). Por meio da suspensão, “participation in strike action by an employee should not in itself be seen as a violation of the central obligations, or as resignation from employment by virtue of absence from work or even abandonment of work” (*idem*).

duração pressuposta – por conseguinte, ainda que não se trate de greve prolongada²⁴⁴⁰. Mais uma vez, não se trata, no rigor dos princípios, de impossibilidade (absoluta) de execução²⁴⁴¹. Retomando interrogação surgida no contexto do caso AA contra UEP – ainda que os contornos fossem, então, muito diversos dos pressupostos no exercício do direito à greve – “como pode ser *juridicamente possível*, para a lei, o sacrificar *interesses superiores que ela mesma (...) se empenha em tutelar a todo o custo [...]*?”²⁴⁴². Dir-se-á, simplesmente, que o exercício do direito à greve prevalece, neste caso, sobre o dever (incompatível) de cumprimento do contratualizado com o empregador – cujo interesse decai, também aqui, perante direito do trabalhador: a greve lícita é, afinal, intrínseca e finalisticamente incompatível com a tutela do direito do empregador ao cumprimento. Nesta medida, se a execução da actividade acordada não se afigura impossível, dir-se-á, certamente, inexigível, havendo que tomar a omissão do trabalhador como justificada, por inerente ao exercício de direito prevalecente²⁴⁴³.

II. A relevância inerente ao reconhecimento, entre nós, de efeito suspensivo à greve²⁴⁴⁴ resulta, na verdade, especialmente acentuada, atento o confronto com ordenamentos em que uma tal associação não resulte evidente. Tendo em conta os avanços e recuos registados neste âmbito, justifica-se, por isso, breve menção ao Direito inglês, uma vez que, quanto à greve, “*the United Kingdom, unlike many other European countries does not have a doctrine of suspension of contract*”²⁴⁴⁵. Como nota prévia, importa, contudo, ter presente que a “*industrial action*”²⁴⁴⁶ e, em

²⁴⁴⁰ V., a este respeito, o referido *supra* Parte I, Capítulo III, § 5.

²⁴⁴¹ “No caso da greve, *v.g.*, ainda que o trabalhador possa decidir continuar a trabalhar no estabelecimento, nem por isso a ordem jurídica deixa de disciplinar, como impossível, o cumprimento da prestação, quanto aos aderentes” (DIAS LOBO, *Responsabilidade cit.*, p. 66, *itálico* nosso).

²⁴⁴² Acórdão do Tribunal Arbitral de 30.5.1944 *cit.*, pp. 251-252. V. *supra* § 1.4.2.

²⁴⁴³ À luz do ordenamento francês, BÉRAUD rejeita, também neste caso, o apelo à impossibilidade: “*certaines suspensions supposent, par leur nature même, la possibilité matérielle d’exécution. Le cas le plus net est sans nul doute celui de la grève*” (*La suspension cit.*, p. 53). Entre nós, LOBO XAVIER observa que, por vezes, “a doutrina se excede um tanto na sua relutância em admitir que a greve constitui uma inobservância ou um não cumprimento do contrato: pela nossa parte consideramos que a greve determina essa inobservância e esse não cumprimento, ainda que em termos lícitos” (*Direito da greve cit.*, pp. 202-203).

²⁴⁴⁴ No Direito alemão, retratando a evolução reservada à greve e a recondução ao fenómeno suspensivo, *v.* ISELE, “Das suspendierte ...” *cit.*, pp. 110 e ss.

²⁴⁴⁵ David BARRETT, Kate EARL e Kevin LYNCH, *The Right to Strike: A Comparative Perspective. A Study of National Law in Six EU States* (ed. Arabella Stewart e Mark Bell), The Institute of Employment Rights, 2008, pp. 97-107, p. 102, disponível em <<http://www.ier.org.uk/system/files/The+Right+to+Strike+A+Comparative+Perspective.pdf>>. V. ainda a informação disponibilizada em <<https://www.gov.uk/industrial-action-strikes/your-employment-rights-during-industrial-action>> e em <<https://www.gov.uk/if-your-business-faces-industrial-action/overview>>.

²⁴⁴⁶ O Direito inglês não acolhe um conceito legal de “*industrial action*” (*Sweet & Maxwell’s Encyclopedia of Employment Law*, Sweet & Maxwell, vol. 1, 2008, 7E-201, n. 2).

particular, a greve²⁴⁴⁷, constitui reconhecidamente um dos temas mais complexos do Direito do Trabalho inglês²⁴⁴⁸ – DEAKIN e MORRIS assinalam, aliás, a “estrutura labiríntica” da matéria²⁴⁴⁹. Actualmente, dir-se-á, em síntese, que “workers are free to strike and employers to lock-out subject to a variety of common law and statutory restrictions. At the individual level strikes and lock-outs may constitute a breach of the contract of employment. At the collective level, those who organise industrial action usually commit a tort, which means that employers and others may seek an «injunction» or «damages»”²⁴⁵⁰. Para compreensão das dificuldades associadas ao regime hoje vigente, há que considerar o enquadramento afecto à greve ao longo dos tempos. Segue, por isso, breve nota evolutiva²⁴⁵¹.

III. Em 1901, a *House of Lords* concluiu, em *Taff Vale Railway v. Amalgamated Society of Railway Servants*²⁴⁵², que um sindicato podia ser condenado no pagamento de indemnização sempre que responsável pela organização de “industrial action” que provocasse danos ao empregador²⁴⁵³. Até tal data, embora se admitisse que ao empregador seria possível intentar uma acção contra os representantes sindicais (“individual union officials”), na prática, tal não ocorria porque estes raramente dispunham de meios adequados ao ressarcimento dos danos. Aquela decisão alterou esta lógica, responsabilizando os sindicatos e obstando significativamente ao exercício da greve – já que, em tais casos, estará (sempre) em causa o cometimento, pelo menos, de dois tipos de “tort” – seja “inducing others to breach their contracts”, seja “conspiring to damage someone’s business”²⁴⁵⁴.

No entanto, ainda que aparentemente contraditório, os efeitos desta decisão – pela contestação e debate político e social então suscitados – revelar-se-iam favoráveis ao exercício da greve, conduzindo à aprovação do *Trade Disputes Act* (1906) e à previsão de um sistema legal de imunidades, a

²⁴⁴⁷ Por referência ao âmbito delimitado pela Secção 235 (5) do ERA, “strike” significa:

(a) the cessation of work by a body of employed persons acting in combination, or

(b) a concerted refusal, or a refusal under a common understanding, of any number of employed persons to continue to work for an employer in consequence of a dispute,

done as a means of compelling their employer or any employed person or body of employed persons, or to aid other employees in compelling their employer or any employed person or body of employed persons, to accept or not to accept terms or conditions of or affecting employment”.

²⁴⁴⁸ TAYLOR e EMIR, *Employment cit.*, p. 550.

²⁴⁴⁹ *Labour cit.*, p. 889. Conforme Brian NAPIER, “workers not infrequently go on strike, and commonly give some advance of their intention to do so. When they behave in this way, what are the legal consequences for their contracts of employment? The answer to this apparently simple and certainly fundamental question takes us into one of the least satisfactory areas of individual employment law” (“Strikes and the Contract of Employment”, *The Cambridge Law Journal*, 1977, vol. 36, pp. 34-37, p. 35).

²⁴⁵⁰ *Sweet & Maxwell’s 2004-2007 cit.*, 7E-201.

²⁴⁵¹ Quanto à evolução histórica do instituto – essencial à compreensão do sentido que assume na actualidade – v. DEAKIN e MORRIS, *Labour cit.*, pp. 894 e ss.

²⁴⁵² [1901] UKHL 1.

²⁴⁵³ Sobre esta decisão, v. DEAKIN e MORRIS, *Labour cit.*, p. 895.

²⁴⁵⁴ TAYLOR e EMIR, *Employment cit.*, p. 551. V. ainda *Sweet & Maxwell’s Encyclopedia of Employment Law*, Sweet & Maxwell, vol. 1, 2008, 7E-203.

reconhecer, verificados determinados requisitos e condições – aos sindicatos e aos representantes sindicais (“*union officials*”)²⁴⁵⁵. Não se previu então (nem se prevê actualmente) um direito à greve; foi acolhida técnica diferente, restringindo os casos – por meio de tal conjunto de imunidades – em que se concebe que o empregador possa ser ressarcido pelos danos resultantes de “*industrial action*”²⁴⁵⁶. Após diversos avanços e recuos na matéria surgiu, em 1992, o *Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act*, ainda em vigor – que mantém o reconhecimento de imunidade aos sindicatos e representantes sindicais, contanto que a greve seja organizada em conformidade com os requisitos legais. Certo, porém, que o facto de a delimitação de tais exigências nem sempre resultar clara²⁴⁵⁷ condiciona o exercício da greve²⁴⁵⁸.

IV. Numa fase inicial, o aviso de greve era assimilado a aviso de cessação do contrato e a reincorporação do trabalhador grevista à celebração de um novo vínculo laboral²⁴⁵⁹. Na década de 60 do século XX, procurou-se desconstruir o paradoxo: o anúncio de greve não representava, na perspectiva dos trabalhadores, aviso de cessação, proposta de celebração de novo contrato ou convite a contratar noutros moldes; por sua vez, o empregador apenas pretendia resistir à greve e não pôr fim aos contratos²⁴⁶⁰. Não existia, por princípio, intenção de extinção, mas simples descontinuidade do trabalho²⁴⁶¹: nesta linha, em *Rookes v. Barnard* (1964), Lord Devlin definiu a greve como “*break the contract by withholding labour but keeping the contract alive for as long as the*

²⁴⁵⁵ A este propósito, v. *The Right to Strike: From the Trade Disputes Act 1906 to a Trade Union Freedom Bill 2006* (ed. Keith Ewing), The Institute of Employment Rights, 2006.

²⁴⁵⁶ Valorando o impacto do não reconhecimento de um direito à greve no Direito inglês, v. TAYLOR e EMIR, *Employment cit.*, pp. 563-565. Quanto à (des)conformidade do enquadramento da greve no Direito inglês com o Direito europeu e internacional, v. DEAKIN e MORRIS, *Labour cit.*, pp. 890-894 e pp. 950-953. V. ainda *Sweet & Maxwell's 2008 cit.*, 7E-201.

²⁴⁵⁷ Num “emaranhado altamente complexo”, na expressão de DEAKIN e MORRIS (*Labour cit.*, p. 889).

²⁴⁵⁸ Quanto ao elenco de tais requisitos e limitações legais, v. Secções 219 e ss. do *Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act* (1992), disponível em <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1992/52/contents>> – importa, todavia, ter presente que as versões disponibilizadas apenas incluem as alterações introduzidas até 2002; após essa data, há que verificar em <<http://www.legislation.gov.uk/changes>> modificações que podem não ter sido ainda integradas. V. ainda DEAKIN e MORRIS, *Labour cit.*, pp. 918 e ss., e TAYLOR e EMIR, *Employment cit.*, pp. 552-555. Tratando de caso mais recente (“*Gate Gourmet*”, 2005) e pondo em evidência as efectivas restrições da tutela conferida aos trabalhadores em greve – *maxime*, no que respeita a “*unofficial strikes e secondary action*” ou greves de solidariedade, v. John HENDY e Gregor GALL, “*British Trade Union Rights Today and the Trade Union Freedom Bill*”, *The Right to Strike: From the Trade Disputes Act 1906 to a Trade Union Freedom Bill 2006* (ed. Keith Ewing), The Institute of Employment Rights, 2006, pp. 247-277, pp. 247-253.

²⁴⁵⁹ KAHN-FREUND, “*Suspension ...*” *cit.*, p. 9. V. ainda FREEDLAND, *The contract cit.*, p. 102.

²⁴⁶⁰ KAHN-FREUND, “*Suspension ...*” *cit.*, p. 10.

²⁴⁶¹ FREEDLAND, *The personal cit.*, p. 480. Admite-se, porém, que, em certos casos – ainda que não os mais comuns – o aviso de greve possa constituir vontade expressa em pôr fim ao contrato (*Sweet & Maxwell's 2008 cit.*, 7E-301, e DEAKIN e MORRIS, *Labour cit.*, pp. 970-972).

employers would tolerate the breach without exercising their right of rescission"²⁴⁶². Excluído o fim do contrato, havia, porém, que optar entre considerar o aviso de greve como anúncio de (i) incumprimento contratual ("*breach of contract*") do trabalhador, tal qual assumido no trecho citado – apenas se admitindo referir a suspensão por referência à contraprestação (do empregador) ou (o que seria o mesmo), enquanto suspensão "ilegal", no sentido em que "*normally a refusal to work is a breach of contract: while it lasts, the employer need not to pay, and in this sense breach by the employee causes a suspension*" ou (ii) suspensão "legal" – rejeitando conceber esta hipótese como incumprimento contratual²⁴⁶³.

Para KAHN-FREUND, reconduzir estes casos a incumprimento é negar aos trabalhadores o direito à greve. Para o Autor, não correspondendo a greve a um período de cessação ou incumprimento contratual, antes deveria constituir, sem hesitações, hipótese suspensiva²⁴⁶⁴, sob a forma de suspensão unilateral legítima: a sugestão de um direito à suspensão assumia, nesta hipótese, grande importância, sendo promissora quanto a desenvolvimentos futuros²⁴⁶⁵. Nesta linha, Lord Denning M. R. havia já sustentado, em *Morgan v. Fry* (1968)²⁴⁶⁶, que aos trabalhadores deveria ser reconhecido um termo implícito à suspensão, em caso de "*industrial action*", afastando qualquer indício de "*breach*" – de contrário, esvaziar-se-ia o direito à greve^{2467/2468}: "*the truth is that neither employer nor workmen wish to take the drastic action of termination if it can be avoided. The men do not wish to leave their work for ever. The employers do not wish to scatter their labour force to the four winds. Each side is, therefore, content to accept a «strike notice» of proper length as lawful. It is an implication read into the contract by the modern law as to trade disputes. If a strike takes place, the contract of employment is not terminated. It is suspended during the strike: and revives again when the strike is over*"²⁴⁶⁹.

Esta construção viria a ser expressamente acolhida na *Section 147* do *Industrial Relations Act* (1971), mas não viria a vingar: *Morgan v. Fry* foi contemporânea da publicação do Relatório *Donovan*, apresentado junto da *Royal Commission on Trade Unions and Employers' Associations* (1965-1968), que – refletindo sobre o enquadramento da greve e o possível reconhecimento de um direito implícito à suspensão²⁴⁷⁰ – concluiu que as dificuldades suplantavam as

²⁴⁶² [1964] AC 1129, 1204. Em termos semelhantes se pronunciou Lord Denning em *Stratford v. Lindley* [1965] AC 269 at 285, *apud Sweet & Maxwell's Encyclopedia of Employment Law*, Sweet & Maxwell, vol. 1, 2005, 7E-301, n. 4.

²⁴⁶³ KAHN-FREUND, "Suspension ..." *cit.*, p. 9.

²⁴⁶⁴ "Suspension ..." *cit.*, pp. 9 e 11.

²⁴⁶⁵ KAHN-FREUND, "Suspension ..." *cit.*, p. 11, com *itálico* nosso.

²⁴⁶⁶ 2 QB 710. FREEDLAND, *The contract cit.*, p. 102.

²⁴⁶⁷ [1968] 2 QB 710 em 725 D-I. Esta perspectiva contraria o enquadramento histórico da matéria: a ideia de um direito à suspensão por greve havia sido expressamente rejeitada pelo *Divisional Court*, em *Parkin v. South Hetton Coal Co. Ltd.* ([1907] 97 L.T. 98) – FREEDLAND, *The contract cit.*, p. 103.

²⁴⁶⁸ FREEDLAND, *The contract cit.*, p. 103, e *The personal cit.*, pp. 480-481. V. também MCCALLUM, "Exploring ..." *cit.*, p. 223.

²⁴⁶⁹ *Morgan v. Fry*, [1968] 2 QB 710, em 728.

²⁴⁷⁰ Cmdn 3623, 1968, § 943. *Minutes of Evidence to the Royal Commission on Trade Unions and Employers Associations* (H.M.S.O. 1965-8) – Day 31 – pp. 1287-9 (Written Evidence) – cf.

vantagens de uma tal construção^{2471/2472}. Por sua vez, em *Simmons v. Hoover Ltd* (1977)²⁴⁷³, *Phillips J.* viria a rejeitar frontalmente a construção sugerida em *Morgan v. Fry*, considerando que o enquadramento proposto por *Lord Denning*, naquela decisão, representava uma revolução jurídica, não mais defensável desde a revogação, em 1974, do *Industrial Relations Act 1971 (Section 147)*²⁴⁷⁴. E, a partir de então, “*restoration of the analysis of strike action as the unlawful suspension of the personal employment contract has not since been departed from in case law and that analysis must be regarded as the prevailing one*”²⁴⁷⁵.

O exercício da greve não constitui, por conseguinte, exercício legítimo da suspensão – salvo se contratualmente prevista²⁴⁷⁶: “*participation in a strike constitutes a breach of the employment contract, and this remains the case even where strike notice has been given unless the notice constitutes notice of termination or the contracts makes provision for suspension*”^{2477/2478}. Assente um tal enquadramento, a doutrina procura definir os limites ao poder de reacção do empregador: (i) regra geral, nas primeiras doze semanas, contadas desde o início da “(official)

FREEDLAND, *The contract cit.*, p. 104, BARRETT, EARL e LYNCH, “*The United ...*” *cit.*, p. 102, e DEAKIN e MORRIS, *Labour cit.*, pp. 896-897.

²⁴⁷¹ Cmnd. 3623, 1968, § 943-52 – FREEDLAND, *The contract cit.*, p. 104. Para John BOWERS, Michael DUGGAN e David READE, um dos obstáculos ao reconhecimento desta construção está no dilema em admitir que um termo implícito possa contradizer um termo expresso – constituindo o dever de trabalhar termo expresso fundamental (*The law of Industrial Action and Trade Union Recognition*, Oxford University Press, 2004, p. 12).

²⁴⁷² Ponderando as vantagens e desvantagens da configuração da greve como forma de suspensão ou de incumprimento contratual, também MCCALLUM se manifesta favorável à última alternativa (“*Exploring ...*” *cit.* p. 225).

²⁴⁷³ ICR 61 (EAT).

²⁴⁷⁴ [1977] ICR 61 (EAT) 77, *apud* FREEDLAND, *The personal cit.*, p. 481. V. ainda MCCALLUM, “*Exploring ...*” *cit.*, p. 224.

²⁴⁷⁵ FREEDLAND, *The personal cit.*, p. 481. Relativamente à jurisprudência, DEAKIN e MORRIS referem: “*the courts have generally assumed that a strike, as a total cessation of work, will always constitute a breach of the contract of employment, regardless of the circumstances which provoke them*” (*Labour cit.*, p. 970).

²⁴⁷⁶ “*As the law now stands a strike would be viewed as suspensory only if there was a contractual term which specifically granted employees the right to suspend in these circumstances*” (DEAKIN e MORRIS, *Labour cit.*, p. 972).

²⁴⁷⁷ *Sweet & Maxwell’s 2008 cit.*, 7E-202 e *Sweet & Maxwell’s 2005 cit.*, 7E-302: “*it is conceivable that a strike notice may have the effect of suspending the contract of employment, but this would require the presence of a term in the contract giving employees the right to suspend*”.

²⁴⁷⁸ Ainda assim, para Keith EWING, considerar a greve como hipótese suspensiva, constituindo um primeiro passo – afastando a qualificação da greve, em certos casos, como incumprimento contratual –, não seria só por si bastante para tutela adequada dos trabalhadores grevistas, se não fosse acompanhada de formas que restringissem a possibilidade de o empregador pôr fim ao contrato (*The Right to Strike*, Clarendon Press, 1991, pp. 142-144). Por conseguinte, “*it could thus be a mistake to exaggerate the practical value of the concept of suspension or continuance to the individual striker. For the fact is that the contract would be suspended only until such time as the employer chose to terminate. The danger is that at best it would secure a right to be dismissed with notice. It is thus not the concept of suspension which protects strikers as much as statutory restrictions on the employer’s power of dismissal*” (p. 143). Não obstante, uma tal tutela já se encontra reforçada no Direito inglês, embora para muitos autores, ainda aquém do desejado.

industrial action”, o despedimento do trabalhador grevista é considerado “*automatically unfair*”^{2479/2480}; (ii) a partir de então, a situação altera-se e a cessação torna-se “*potentially fair*” – o despedimento será fundamentado desde que o empregador actue de forma razoável e não selectiva, tendo encetado esforços para resolver o conflito, considerados os meios ao seu alcance^{2481/2482}.

V. Dir-se-á, por conseguinte, que de acordo com o entendimento dominante, a greve constitui mesmo perante “*official action*”²⁴⁸³, um incumprimento contratual. Nesta medida, a intenção de participação em greve equivale a declaração de que os trabalhadores têm em vista incumprir os respectivos contratos²⁴⁸⁴. É, todavia, assinalado que, a par de outras entorses regimentais, o não reconhecimento da greve enquanto “*lawful suspension*”, estaria em desarmonia com a construção proposta para o “*lock-out*”²⁴⁸⁵: no Direito inglês, o

²⁴⁷⁹ Cf. Secção 238-A (“*Participation in official industrial action*”) do TULR(C)A 1992. Sobre os requisitos aí indicados, v. DEAKIN e MORRIS, *Labour cit.*, pp. 992 e ss. Esta disposição foi introduzida pelo *Employment Relations Act 1999*: até esta data, um trabalhador que participasse em greve “oficial” podia ser despedido, salvo se demonstrasse ter sido selectivamente despedido – i.e., o trabalhador fora despedido, mas um outro trabalhador, que também participara na greve não o havia sido. Daqui resultando que o empregador tinha (apenas) como alternativa: despedir todos os trabalhadores ou nenhum. Tendo, porém, ocorrido casos em que o empregador optou, de facto, por despedir a totalidade dos trabalhadores – assim em 1988, a *P&O European Ferries* despediu mais de 2000 trabalhadores marítimos que haviam participado numa greve (*P&O European Ferries (Dover) Ltd v. Byrne*, [1989] IRLR 254) – foi entendido que esta solução não poderia manter-se, por ilógica e indesejável. Sobre uma tal alteração, v. BARRETT, EARL e LYNCH, “*The United ...*” *cit.*, p. 103, e *Sweet & Maxwell’s 2008 cit.*, 7E-202. Em referência crítica às consequências da greve relativamente à tutela conferida aos trabalhadores anteriormente a 1992 e às diversas propostas de alteração que então se avizinhavam, v. EWING, *The right cit.*, pp. 146-148.

²⁴⁸⁰ Já em caso de “*unofficial action*”, o despedimento é desde logo “*automatically fair*”, independentemente da antiguidade do trabalhador ou de circunstâncias atenuantes (TAYLOR e EMIR, *Employment cit.*, p. 559). O que constitui, no entanto, para parte da doutrina, consequência inaceitável – dando nota de tais críticas, v. *Sweet & Maxwell’s 2008 cit.*, 7E-201.

²⁴⁸¹ Quanto aos critérios que ditam uma tal valoração, v. TAYLOR e EMIR, *Employment cit.*, p. 560. Procura evitar-se que os empregadores incitem deliberadamente à greve, como forma de se subtraírem à obrigação de “*redundancy payments*” – o que se admite ter, por vezes, ocorrido, na década de 80 do século passado (*idem*).

²⁴⁸² Relativamente às consequências da greve na “*continuity of employment*”, v. *supra* Parte I, Capítulo I, Secção V, Subsecção III, § 1.

²⁴⁸³ Quanto à distinção entre “*official*” e “*unofficial action*”, v. TAYLOR e EMIR, *Employment cit.*, p. 557.

²⁴⁸⁴ Legitimando o empregador a não remunerar as horas não trabalhadas, salvo acordo EM sentido diverso: “*the only exception is where some form of strike pay arrangement has been agreed which is contractual*” (TAYLOR e EMIR, *Employment cit.*, p. 559). Sobre tal consequência v. ainda, EWING, *The right cit.*, pp. 144-145, e *Sweet & Maxwell’s 2005 cit.*, 7E-304.

²⁴⁸⁵ Com referência ao âmbito delimitado pela Secção 235 (4) do ERA, “*lock-out* significa:

(a) *the closing of a place of employment,*

(b) *the suspension of work, or*

(c) *the refusal by an employer to continue to employ any number of persons employed by him in consequence of a dispute,*

done with a view to compelling persons employed by the employer, or to aid another employer in compelling persons employed by him, to accept terms or conditions of or affecting employment”.

“lock-out” não é reconhecido aos empregadores, constituindo, na maioria dos casos, “breach of contract” do empregador²⁴⁸⁶. Por conseguinte, regra geral, o aviso de “lock-out” será considerado, tal qual na greve, “notice of intended breach”²⁴⁸⁷ – aliás, nesta linha, o *National Industrial Relations Court* viria, em *Davis Transport Ltd. v. Chattaway*, (1972)²⁴⁸⁸, a qualificar o exercício do “lock-out” como suspensão ilegal do contrato de trabalho²⁴⁸⁹. A dissonância surgiria, todavia, nos anos 80, tendo a jurisprudência reconhecido ao empregador, por diversas vezes, o direito a suspensão legal, em resposta a sério incumprimento ou repúdio contratual dos trabalhadores: em *British Telecommunications plc v. Ticehurst*, a *Court of Appeal* terá decidido que, em tais circunstâncias, o empregador estaria autorizado a promover a suspensão, pelo tempo em que fosse mantida a ameaça de “industrial action”²⁴⁹⁰. A divergência de critérios derivaria de o mesmo regime não ser aplicável, em circunstâncias idênticas, ao trabalhador (i.e., perante sério incumprimento ou repúdio contratual do empregador), já que, em tais casos, “although the judgement of Philips J in *Simmons v. Hoover Ltd* left open the possibility that a strike in those circumstances might not be regarded as repudiatory of the contract, it still seems to assert that it is in breach of contract”. Para FREEDLAND, esta disparidade na valoração da suspensão no contexto da “industrial action”, consoante a iniciativa provenha do empregador ou do trabalhador “remains obtrusively unresolved”²⁴⁹¹. O diferente tratamento reservado à greve e ao “lock-out” assume, na verdade, manifestações diversas, sendo comum observar que “as far as most statutory provisions are concerned, [...] the even-handed approach to strikes and lock-outs operates to the detriment of employees”²⁴⁹².

VI. Registadas estas notas, cremos ajustado concluir que o distinto enquadramento reservado à greve nos ordenamentos português e inglês – *maxime*, o efeito suspensivo que lhe é, entre nós, associado e o incumprimento, afecto, por regra, no Direito inglês, a comportamento similar (excluindo, por

²⁴⁸⁶ Em *Sanders v. Ernest A. Neale* é assumido que o “lock-out” representa “breach of contract” do empregador ([1974] ICR 565). Em termos semelhantes, *v. Chappell v. Times Newspapers Ltd* ([1975] ICR 145). No entanto, em *Express and Star Ltd v. Bunday*, a *Court of Appeal* assinala que o “lock-out” poderá nem sempre constituir “breach of contract” ([1987] IRLR 422). V., todavia, DEAKIN e MORRIS, *Labour cit.*, pp. 980-981.

²⁴⁸⁷ Segundo DEAKIN e MORRIS, determinar se um tal incumprimento assume gravidade suficiente para ser qualificado de repúdio contratual depende das circunstâncias de cada caso, admitindo-se que a duração do “lock-out” possa, para tanto, assumir particular importância (*Labour cit.*, p. 981).

²⁴⁸⁸ [1972] ICR 267 at 271, *apud* FREEDLAND, *The personal cit.*, p. 482.

²⁴⁸⁹ FREEDLAND, *The personal cit.*, p. 482. No caso, o empregador procurava compelir os trabalhadores a aceitar termos e condições de trabalho diversos dos existentes.

²⁴⁹⁰ [1992] ICR 383, cf. FREEDLAND, *The personal cit.*, p. 482.

²⁴⁹¹ FREEDLAND, *The personal cit.*, p. 482.

²⁴⁹² *Sweet & Maxwell's 2008 cit.*, 7E-203 e 2005, 7E-401. V. ainda Harry SMITH, “How Far does UK Labour Law Provide for the Effective Exercise of a Right to Strike?”, *The Student Journal of Law*, n.º 6, 2014, disponível em <<http://www.sjol.co.uk/issue-6/how-far-does-uk-labour-law-provide-for-the-effective-exercise-of-a-right-to-strike>>.

consequente, a verificação de “*lawful suspension*”) – torna evidente a diversa valoração do comportamento abstensivo do trabalhador, em idênticas circunstâncias. Reforçando-se, também por esta via, a relevância da suspensão, como instrumento de estabilização do contrato de trabalho em vínculo marcadamente relacional²⁴⁹³.

2.6. Ponto de ordem

No que respeita a factos suspensivos referentes ao trabalhador, importa, pois, concluir que o apelo a “impossibilidade” ou a “impedimento” – *v.g.*, nos arts. 249.º, n.º 2, d), 253.º, n.º 4, 294.º, n.º 1, 296.º, n.ºs 1 e 3 a 5, 297.º – não traduz a leitura estrita perfilhada, em paralelo, no CC, quanto à impossibilidade. Assim, para além de hipóteses (circunscritas) em que se encontra, de facto, impedido (em absoluto) de prestar, ao trabalhador é, com frequência, reconhecida a liberdade de optar pelo não cumprimento de obrigação assumida perante o empregador. Vimos, todavia, que na esfera civilística subsistindo liberdade fáctica quanto ao (in)cumprimento, falharia o pressuposto lógico da extinção do dever de prestar, estatuída no art. 790.º, n.º 1, do CC²⁴⁹⁴.

Dir-se-á que por razões várias o trabalhador *prefere*, frequentemente, o cumprimento de dever alternativo ou o exercício de direito concorrente, não comparecendo ao trabalho. E o ordenamento afasta os efeitos, por regra, associados, a um tal incumprimento, excluindo a responsabilidade do trabalhador. Para tanto, a esfera laboral simplifica a teia civilista, admitindo motivos atendíveis de contornos vários, que agrega descomplexadamente sob a fórmula “impedimento” ou “impossibilidade”. Em rigor, à maioria destes casos corresponderá leitura flexível/relativa de impossibilidade, que, retratando situações distintas, exclui, ora a ilicitude, ora a culpa e, por conseguinte, a responsabilidade do trabalhador pelo incumprimento contratual. Aqui se enquadram hipóteses em que a comparência ao serviço traduziria o incumprimento de um dever prevalecente (conflito de deveres) – tal qual se o trabalhador se encontra adstrito a comparência judicial ou à observância de obrigações militares; ou em que a prestação da actividade laboral prejudicaria um direito concorrente, ao qual se afecta tutela prevalecente. Assim, perante condicionamento da saúde – aqui se incluindo diversas situações de doença/acidente, que retratam, na verdade, uma impossibilidade (tão-só) relativa –, mas também na hipótese de exercício voluntário de actividades extralaborais, que, atendendo à natureza duradoura do vínculo, ao forte comprometimento relacional (atenta a importância que assume, neste contexto, o livre desenvolvimento da personalidade do trabalhador) e à relevância que a prossecução do contrato assume para o ordenamento – *v.g.*, parentalidade, exercício de cargos públicos ou de representação de trabalhadores²⁴⁹⁵, a par de

²⁴⁹³ *V. supra* Parte I, Capítulo I, Secção V, Subsecção I.

²⁴⁹⁴ *Cf. supra*, § 1.1.

²⁴⁹⁵ *V. ainda*, no contexto das faltas justificadas, a ausência por observância de prescrição médica, no seguimento de recurso a técnica de procriação medicamente assistida (art. 249.º, n.º

factos inerentes à esfera pessoal do trabalhador aos quais é afectada especial tutela, atenta a particular vulnerabilidade do trabalhador (v.g., vítima de violência doméstica) – se sobrepõem ao interesse do empregador, cujo crédito resulta, em relação ao período de inexecução, por regra, (em definitivo) frustrado²⁴⁹⁶. Acresce o exercício do direito à greve, geneticamente incompatível com o cumprimento da obrigação de trabalhar, e que se considera válido impedimento ao exercício profissional. Por fim, outros casos, ainda referentes à esfera pessoal do trabalhador, reconduzíveis à fórmula aberta (à “impossibilidade” ou ao “impedimento”) prevista nos arts. 249.º, n.º 2, d), 294.º, n.º 1 e 296.º, n.º 1, poderão – em concreto e conforme avaliação objectiva – impor concluir pela inexigibilidade ao trabalhador de comportamento diverso, por esta via se abarcando outras hipóteses de justificação e de escusa. O fundamento invocado convoca (ou não) valoração positiva do ordenamento, fazendo variar a tutela afectada a cada caso e a prevalência sobre o direito do credor à execução pontual do acordado: tal como o trabalhador se sujeita, não raras vezes, em função das necessidades da empresa, a certa *flexibilidade* ou *elasticidade*, também ao empregador é exigível a continuação do contrato, atenta a sobreposição de interesses do trabalhador, especialmente atendíveis²⁴⁹⁷.

Referimo-nos, em suma, a cláusula geral de valoração, que reconduzimos à inexigibilidade²⁴⁹⁸, conforme leitura (flexível) da impossibilidade, enquanto elemento agregador de institutos diversos no âmbito do Direito comum e que aqui se apresenta como conceito operativo fundamental²⁴⁹⁹. Quanto ao modo de entender a impossibilidade, dir-se-á, pois, que se no Direito Civil, a força vinculativa do contrato e o princípio *pacta sunt servanda* tendem a prevalecer sobre a boa fé, obstando a leitura flexível do conceito²⁵⁰⁰, no Direito do Trabalho, *maxime*, em contexto suspensivo – tendo presente forte acentuação da componente relacional –, esta lógica é invertida, havendo que concluir por dispensa do dever de prestar, ainda que o trabalhador não seja condicionado por uma qualquer impossibilidade (absoluta) de cumprimento. Importa, todavia, assinalar que, mesmo em contexto extintivo, o apelo, no âmbito da caducidade, à “*impossibilidade absoluta*”, merece reservas, sob pena de

2, d)). Acrescem outros motivos justificativos, que legitimam ausências diversas, indicados em legislação avulsa. Concluimos que o manifesto carácter voluntário – por ser o trabalhador que cria o obstáculo e porque em abstracto lhe era possível optar pela execução do trabalho – não trava que o CT qualifique tais circunstâncias como “impedimentos” que dispensam o trabalhador da prestação laboral.

²⁴⁹⁶ Sobre este aspecto, v. *supra* Parte I, Capítulo II, § 3.

²⁴⁹⁷ No Direito alemão, identificando situações de contornos distintos, desencadeadoras da suspensão por factos respeitantes ao trabalhador, HAGER nota que “*das Grundverhältnis bleibt erhalten, während das Erfüllungsverhältnis vorübergehend entfällt*” (*Das ruhende cit.*, p. 7).

²⁴⁹⁸ Aliás, o modo de activação da suspensão dificilmente se harmonizaria – tendo em conta a frequente natureza relativa do impedimento – com a extinção automática do dever de prestar, pressuposta no regime geral da impossibilidade.

²⁴⁹⁹ Sem prejuízo da relevância da *exceptio*, bem como das modalidades de suspensão convencional.

²⁵⁰⁰ V. *supra* § 1.1.

desarmonia dos institutos suspensivo e extintivo. Justifica-se, pois, breve menção a uma tal articulação.

3. A impossibilidade (absoluta) de o trabalhador prestar trabalho enquanto condicionante da caducidade do vínculo laboral

I. Dispõe o art. 343.º, b) que “o contrato de trabalho caduca nos termos gerais, nomeadamente, por impossibilidade superveniente, absoluta e definitiva, de o trabalhador prestar o seu trabalho ou de o empregador o receber”²⁵⁰¹. Concorre, todavia, também neste âmbito (extintivo), pouca clareza quanto à concretização do carácter “absoluto” da impossibilidade que, atingindo o trabalhador, legitima o fim do contrato²⁵⁰². Diz-se, com frequência, que a jurisprudência tem vindo a promover leitura particularmente estrita de uma tal natureza absoluta²⁵⁰³. O tema releva no âmbito da dissertação por duas razões: desde logo, porque as (maiores ou menores) exigências que se entendam justificadas no que respeita à operacionalidade da caducidade, ditarão maior ou menor facilidade em pôr fim ao contrato de trabalho – avaliação que não deve abstrair do regime restritivo que enquadra a cessação unilateral do vínculo, pelo empregador²⁵⁰⁴; mas, sobretudo, atenta a depuração procurada, em contexto suspensivo, quanto à natureza absoluta/relativa do impedimento que entrava a execução contratual²⁵⁰⁵. A problemática reveste interesse acrescido por considerarmos que a jurisprudência tem, neste âmbito, sustentado apelo indevido ao carácter absoluto da impossibilidade.

II. Antes de maiores desenvolvimentos, importa alertar para os contornos específicos que a valoração do carácter absoluto ou relativo do impedimento reclama, no contexto preciso da extinção do vínculo laboral. Tal qual

²⁵⁰¹ Regra idêntica era prevista no art. 387.º, b) do CT 2003, no art. 4.º, b) da LCCT, no art. 8.º, n.º 1, b) do DL n.º 372-A/75, de 16.6, e no art. 100.º, n.º 1, c) da LCT.

²⁵⁰² Trata-se de caducidade em sentido impróprio. Considerando a “caducidade” designação terminológica infeliz, já que “normalmente empregue a propósito da repercussão do tempo nas relações jurídicas (arts. 298.º e ss.)”, v. LOBO XAVIER, “A repercussão ...” *cit.*, pp. 9-10, n. 14. A caducidade em sentido próprio surge regulada nos arts. 328.º a 333.º do CC. Constituindo “uma forma de repercussão do tempo nas situações jurídicas que, por lei ou por contrato, devam ser exercidas dentro de certo termo”. Por conseguinte, “[e]xpirado o respectivo prazo sem que se verifique o exercício, há extinção” (MENEZES CORDEIRO, *Tratado cit.*, V (Parte geral), p. 207). Sobre a caducidade (em sentido estrito), v. ainda José Dias MARQUES, *Teoria Geral da Caducidade*, Tipografia da Empresa Nacional de Publicidade, 1953, VAZ SERRA, “Prescrição ...” *cit.*, Aníbal de CASTRO, *A Caducidade na Doutrina, na Lei e na Jurisprudência (Caducidade Resolutiva)*, s.e., 1962, e António Menezes CORDEIRO, “Da Caducidade no Direito Português”, *O Direito*, ano 136, 2004, n.º 5, pp. 819-841. Refere, a este propósito, ROMANO MARTINEZ que “esta extinção recíproca das prestações contratuais, nos termos do art. 795.º do CC designa-se por caducidade no preceito em análise” (*Apontamentos cit.*, p. 38; v. ainda p. 26). Distinguindo os institutos v. ainda PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, II, pp. 919-920.

²⁵⁰³ PALMA RAMALHO nota, a este propósito, que “o requisito da impossibilidade que suscita mais dificuldades é o da exigência do seu carácter *absoluto*” (*Tratado cit.*, II, p. 920, ênfase nossa).

²⁵⁰⁴ Aspecto referido *supra*, Parte I, Capítulo VI, § 1.

²⁵⁰⁵ *Supra*, § 2.

oportunamente registado, em regra, no Direito Civil, a determinação da natureza absoluta ou relativa releva, sobretudo, para aferir da subsistência ou dispensa do dever de prestar (a respeito do devedor impossibilitado) – e, nesta medida, por princípio, o devedor terá interesse em demonstrar o carácter absoluto do impedimento²⁵⁰⁶. Assim se justificando a afirmação de que “só a superveniente *impossibilidade absoluta* de cumprimento da obrigação constitui causa justificativa do seu não cumprimento, *libertando, consequentemente, o devedor*” e que “a *impossibilidade relativa*, que se traduz na simples dificuldade ou onerosidade da prestação, não justifica o *incumprimento da obrigação*”²⁵⁰⁷.

Referindo-nos, todavia, a obstáculo que afecta o trabalhador, o carácter absoluto do impedimento determina não apenas a dispensa do dever de prestar (com possível convocação do regime suspensivo, contanto o impedimento seja temporário²⁵⁰⁸), mas também a possível invocação, pelo empregador²⁵⁰⁹, da extinção do vínculo, sem os constrangimentos inerentes a outras formas de cessação unilateral do contrato de trabalho. O que motiva, por sua vez, que o trabalhador tenda a *contrariar* a suposta caducidade – argumentando que o contrato é *ainda* passível de execução, porque o impedimento não reveste, afinal, os traços para tanto necessários –, assim se justificando a frequente conclusão de que à referida caducidade corresponde, afinal, um despedimento ilícito²⁵¹⁰. Em suma, o interesse do trabalhador na manutenção do vínculo motiva que procure esvaziar os pressupostos da caducidade, *maxime*, a natureza absoluta do impedimento.

Por conseguinte, às regras que enquadram, no CC, o regime da impossibilidade superveniente da prestação e ao previsto no art. 343.º, b) do CT subjazem lógicas diversas: no primeiro caso, o devedor tende a demonstrar a natureza absoluta de impedimento que o condiciona, assim se desonerando da obrigação assumida; no segundo, o trabalhador procura contrariar uma tal dimensão absoluta, por forma a desautorizar a extinção do vínculo. Nesta medida, embora o art. 343.º do CT refira que “o contrato de trabalho caduca nos termos gerais” – assim convocando o enquadramento geral da impossibilidade,

²⁵⁰⁶ *Supra*, § 1.

²⁵⁰⁷ Acórdão do STJ de 5.5.1987, Proc. n.º 074380 (MAGALHÃES BAIÃO), itálico nosso.

²⁵⁰⁸ Vimos, todavia, que também um impedimento relativo legitima a invocação, pelo trabalhador, da suspensão (*supra*, § 2.).

²⁵⁰⁹ Conquanto verificados os demais requisitos exigidos para o efeito.

²⁵¹⁰ Cf., entre muitos outros, acórdãos do STJ, de 24.9.2008, Proc. n.º 07S3793 (MÁRIO PEREIRA), e de 14.4.2010, Proc. n.º 36/07.0TTCSC.L1.S1 (PINTO HESPAHOL). Conclui a RL, em 29.9.1999, que “a comprovada recusa da R. em aceitar o autor, quando o mesmo ali se apresentou para trabalhar, em 31.5.1995 (dia seguinte ao da alta), não lhe permitindo – apesar de ter recebido o boletim de alta – que o mesmo ocupasse o seu posto de trabalho, comunicando-lhe que continuava a considerar o contrato extinto por caducidade, *configura uma atitude que consubstancia um verdadeiro despedimento*, o qual por não haver justa causa e não ser precedido de processo disciplinar deve ser declarado ilícito [...]” (Proc. n.º 4119, FERREIRA MARQUES, CJ, ano 24, 1999, t. 4, pp. 171-173, p. 173). V. ainda acórdão do STJ de 5.11.1997, Proc. n.º 97S115 (ALMEIDA DEVEZA).

previsto nos arts. 790.º e ss. do CC²⁵¹¹ –, a importação para o domínio laboral (*maxime*, extintivo) daquele regime reclama particular ajustamento. Não cremos, na verdade, adequado acolher, sem crivo ou depuração, a valoração usualmente promovida, em contexto obrigacional, a respeito da dispensa (ou não) do dever de prestar, para o âmbito da extinção, por caducidade, do contrato de trabalho: e referimo-nos, em particular, à transposição, para este domínio, de exigência inerente às regras gerais da impossibilidade no CC, nomeadamente, que a impossibilidade seja absoluta (e não relativa).

Tivemos oportunidade de verificar que tradicionalmente a doutrina civilística tende a concluir pela dispensa do dever de prestar tão-só nos casos em que o devedor se encontre absolutamente impedido de o fazer. Mesmo que se conceda nesta premissa²⁵¹², não cremos, todavia, que uma tal lógica deva ser acolhida no domínio do art. 343.º do CT. Divergimos, pois, da *ratio* que subjaz à maioria das decisões judiciais nesta matéria e da posição usual na doutrina, que convoca, para o âmbito que nos ocupa, o referido enquadramento civilístico – ainda que por referência ao dever de prestar. Assim, ROMANO MARTINEZ, que assinala que o regime previsto no CT “tem de ser enquadrado nos parâmetros constantes dos arts. 790.º e ss. do CC; ou seja, a impossibilidade de cumprimento de uma prestação emergente do contrato de trabalho é entendida nos mesmos moldes dos contratos em geral”²⁵¹³, subscrevendo a aplicação, para efeitos de caducidade do vínculo de trabalho, das exigências feitas, no CC, quanto à dispensa do dever de prestar²⁵¹⁴. Também o STJ acolhe, com

²⁵¹¹ Subscrevendo este entendimento, v. Madalena Moreira dos SANTOS, “A Caducidade do Contrato de Trabalho por Impossibilidade Superveniente, Absoluta e Definitiva de o Trabalhador Prestar o seu Trabalho. Comentário ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 24 de Setembro de 2008”, *PDT*, 2011, n.º 90, pp. 145-165, p. 148, com indicação de jurisprudência no mesmo sentido – v.g., acórdão da RP de 17.1.2005, Proc. n.º 0415859 (FERREIRA DA COSTA). Em acórdão do STJ de 14.4.2010, Proc. n.º 36/07.0TTCSC.L1.S1 (PINTO HESPAÑOL), ainda por referência a disposição equivalente do CT 2003, é expressamente indicado que “a impossibilidade a que se refere a alínea b) do artigo 387.º deve ser entendida nos termos gerais, isto é, em moldes similares ao regime comum da impossibilidade do cumprimento não imputável ao devedor constante nos artigos 790.º e seguintes do Código Civil, designadamente no artigo 795.º do Código Civil, para que remete o artigo 387.º e à luz do qual essa impossibilidade é caracterizada como *superveniente, absoluta e definitiva*” (ênfase nossa). V. ainda, acolhendo idêntica orientação, o acórdão da RL, de 29.9.1999 *cit.*, pp. 171-173, o acórdão do STJ de 20.5.2009, Proc. n.º 08S3258 (SOUSA GRANDÃO), e o acórdão da RP de 24.2.2014, Proc. n.º 361/12.9TTMTS.P1 (JOÃO SOUSA).

²⁵¹² Sobre o tema, v. o referido *supra* § 1.

²⁵¹³ *Apontamentos cit.*, p. 38.

²⁵¹⁴ ROMANO MARTINEZ nota, a este propósito, que as exigências feitas, no CC, quanto à impossibilidade (superveniente, absoluta e definitiva) devem ser acolhidas identicamente no Direito do Trabalho (*Apontamentos cit.*, p. 39). Referindo que “a impossibilidade absoluta pressupõe que a prestação não pode, de todo, ser efectuada, não bastando uma *difficultas praestandi*” e concluindo que “na hipótese de se verificar um agravamento ou uma excessiva onerosidade para o devedor efectuar a prestação, esta não se extingue, excepto se se puder recorrer ao regime da alteração das circunstâncias” (p. 38). No mesmo sentido, MOREIRA DOS SANTOS, que assinala, a este propósito, que “a *difficultas praestandi* não determina a caducidade do contrato de trabalho, na medida em que, em Portugal, não tem acolhimento legal a teoria do limite do sacrifício, a qual defende que o devedor deverá ser desonerado do dever de cumprir a obrigação, caso o seu cumprimento implique prestar mais do que aquilo que lhe é

frequência, idêntica orientação, assinalando que “a impossibilidade a que se refere o citado artigo do Código do Trabalho tem que ser *superveniente* – a caducidade do contrato pressupõe a prévia constituição e desenvolvimento de uma relação laboral válida – *definitiva* – em contraposição a impossibilidade temporária, uma vez que, neste caso, apenas pode haver lugar à suspensão do contrato de trabalho – e *absoluta* – no sentido de que não pode corresponder a uma situação de mera dificuldade na prestação da actividade laboral ou do seu recebimento”²⁵¹⁵.

Diferentemente, entendemos que se quanto à operacionalidade da suspensão o impedimento que afecta o trabalhador não tem de revestir natureza absoluta²⁵¹⁶, também em contexto extintivo a caducidade não pressupõe conceito estrito de impossibilidade: o mesmo impedimento, com idênticos traços – *maxime*, execução (tão-só) inexigível – poderá motivar a caducidade do vínculo. Concretizando: a doença do trabalhador, enquanto razão justificativa para a invocação, por este, da suspensão, não tem de revestir natureza absolutamente impeditiva; a suspensão opera mesmo em circunstâncias em que se revele (tão-só) inexigível ao trabalhador o exercício laboral²⁵¹⁷. Por conseguinte, também para efeitos extintivos (por caducidade), tal doença não terá de resultar agravada, transfigurando-se em absoluta incapacidade para o trabalho. Se os contornos do impedimento (de novo, doença – ainda que não absolutamente incapacitante) foram bastantes para justificar a suspensão, caso a patologia venha a revelar-se definitiva, o contrato deve cessar: a pedra de toque não está, pois, no carácter relativo/absoluto do impedimento, mas na natureza temporária/definitiva do mesmo²⁵¹⁸. Solução diversa redundaria, no limite, em disfunção sistemática: ao trabalhador não seria mais exigível a prestação da respectiva actividade (por força da suspensão); ao empregador não seria, porém, admissível a invocação da caducidade (porque o impedimento não seria, afinal, absoluto). O vínculo subsistiria, todavia, sem razão que o justificasse, por desarmonia dos institutos suspensivo e extintivo.

III. Para além de não acompanharmos a lógica que subjaz à orientação subscrita pela jurisprudência²⁵¹⁹ – transposição, para o domínio da cessação do contrato de trabalho, por caducidade, do entendimento civilístico, referente aos

razoavelmente exigível, à luz dos princípios da boa fé, e, consequentemente, se o cumprimento da obrigação exigir um sacrifício desproporcionado ou exagerado pelo devedor, este fica desonerado de cumprir a obrigação” (“A caducidade ...” *cit.*, pp. 149-150, ênfase nossa).

²⁵¹⁵ Acórdão de 25.1.2012, Proc. n.º 344/07.OTTEVR.E1.S1 (SAMPAIO GOMES), *itálico* nosso.

²⁵¹⁶ Tal qual *supra*, § 2. e aceite pela doutrina e jurisprudência sem especiais resistências.

²⁵¹⁷ Cf. *supra*, § 2.1.

²⁵¹⁸ Quanto a uma tal avaliação, v. *infra* Capítulo III.

²⁵¹⁹ A título de exemplo, o acórdão do STJ de 8.3.1994, Proc. n.º 004140 (DIAS SIMÃO), indica que “a mera impossibilidade relativa ou económica – *difficultas praestandi* – traduzida na simples dificuldade ou onerosidade de prestar o trabalho ou de o receber não extingue o contrato de trabalho” (Sumário, III).

requisitos relativos à dispensa do dever de prestar –, rejeitamos ainda a leitura feita, a respeito do art. 343.º, b), quanto a tal natureza absoluta. A jurisprudência tende a densificar a exigência do carácter absoluto do impedimento, para efeitos de caducidade do contrato, por apelo a requisito adicional: a possível reafecção do trabalhador a diferente ocupação^{2520/2521}. Refutamos, porém, semelhante entendimento. cremos, na verdade, que a aceitação de uma tal obrigação – se procedente – deve acrescer aos contornos da impossibilidade, limitando a caducidade: o impedimento (e seus traços definitórios) respeita ao trabalhador; já o dever de reafecção – caso se entenda admiti-lo, como condicionante da caducidade –, vincula o credor da prestação (o empregador). Por conseguinte, condicionar (também) a este elemento a verificação de uma impossibilidade absoluta implicaria que a valoração da impossibilidade incidisse, em simultâneo (e não em alternativa), sobre trabalhador e empregador²⁵²².

O entendimento que sustentamos não significa, porém, admitir a caducidade ainda que seja possível reafectar o trabalhador a outra actividade; implica apenas reposicionamento do problema: no limite, a impossibilidade pode ser total, absoluta e definitiva, mas, perante tarefas diversas, às quais é ainda possível realocar o trabalhador, a extinção do contrato não opera, por se entender adequado impor ao empregador modificação do objecto contratual. O que poderá justificar-se por prevalência de interesse do trabalhador particularmente caro ao Direito do Trabalho: a estabilidade do emprego. Trata-se, porém, de exigência exterior à caracterização do impedimento que atinge o trabalhador e que não lhe respeita; traduz um *plus*, uma acomodação da dinâmica organizacional, que condiciona, nestes casos, a extinção por caducidade – ao que entendemos, aliás, ajustar-se referência usual de que a caducidade (também aqui, a par de outros casos) não opera automaticamente, carecendo de declaração do empregador²⁵²³.

²⁵²⁰ Assim, entre outros, *v.* o acórdão de 7.3.2007, Proc. n.º 06S4277 (FERNANDES CADILHA), no qual o STJ assinala que “a jurisprudência tem vindo a interpretar a impossibilidade absoluta como sendo uma incapacidade *para todo o tipo de trabalho*, de tal modo que se a entidade patronal puder colocar o trabalhador a exercer outras funções, o contrato não caduca” (ênfase nossa).

²⁵²¹ Subjacente a este enquadramento estaria uma perspectiva particularmente exigente da impossibilidade, enquanto pressuposto da caducidade do vínculo laboral, ainda que respeitante ao trabalhador. Conforme a RL, “tal orientação funda-se, acima de tudo, nos direitos dos trabalhadores à segurança no emprego e ao trabalho, consagrados, respectivamente, nos arts. 53.º e 58.º da Constituição da República Portuguesa, e a sua aplicação tem impedido, praticamente, a verificação daquela causa de caducidade, salvo quando ocorre a morte do trabalhador e outras situações extremas” (acórdão de 29.9.1999 *cit.*, p. 172).

²⁵²² Aproximando-se desta lógica, MOREIRA DOS SANTOS, assinala que nos termos do art. 343.º, b), a impossibilidade respeita ou ao trabalhador ou ao empregador, mas não a ambos, em simultâneo: “exigir da entidade empregadora o cumprimento de um dever de requalificação do trabalhador para que o contrato caduque *seria exigir a cumulação das impossibilidades* que na redacção legal se apresentam como alternativas” (“A caducidade ...” *cit.*, p. 156, *itálico* nosso).

²⁵²³ Em desvio ao automatismo que caracteriza, por regra, a caducidade. Neste sentido, indica o STJ que “a cessação do contrato de trabalho por impossibilidade superveniente do trabalhador prestar a sua actividade *não é automática mas depende de uma declaração negocial do empregador que*

IV. Ilustramos o entendimento prevalecente na jurisprudência com referência a acórdão do STJ, de 24.9.2008²⁵²⁴. Estava em causa a caducidade do contrato por inaptidão atestada pelo médico do trabalho²⁵²⁵, de trabalhador portador do

de algum modo exteriorize a sua posição. Só o empregador pode esclarecer, por exemplo, se em caso de incapacidade do trabalhador para o exercício da sua função habitual *não existe outro posto de trabalho compatível com a sua capacidade residual*, que possa evitar a caducidade do contrato” (acórdão de 7.3.2007, Proc. n.º 06S4277, FERNANDES CADILHA, *itálico nosso*). V. também o acórdão do STJ de 20.5.2009, Proc. n.º 08S3258 (SOUSA GRANDÃO), onde é assinalado que “embora, em regra, a caducidade do contrato de trabalho opere automaticamente, não necessitando de ser invocada por qualquer das partes, no processo pelo qual o contrato de trabalho caduca intervêm sempre, de uma maneira ou de outra, momentos *volitivos* que se exprimem através de declarações ou manifestações com carácter para-negocial” (Sumário, III, ênfase nossa). Neste sentido, v. Júlio Manuel Vieira GOMES, “Da Inobservância dos Procedimentos na Caducidade por Encerramento Total e Definitivo da Empresa”, *Direito do Trabalho + Crise = Crise do Direito do Trabalho? – Actas do Congresso de Direito do Trabalho* (coord. Catarina Carvalho e Júlio Gomes), Coimbra Editora, 2011, pp. 421-440, p. 433, e MONTEIRO FERNANDES, *Direito cit.*, p. 489. Por sua vez, refere a RL, em acórdão de 29.9.1999 *cit.*, que “o contrato cai, por si, por força da lei, em consequência de um mero facto jurídico *sem necessidade de qualquer declaração de vontade* tendente a esse resultado”; concede, todavia, que, “em certas circunstâncias deve haver uma declaração que exteriorize o apuramento da situação conducente à caducidade, mas, nesses casos, tratar-se-á de uma declaração que atesta ou comprova uma situação de facto e não uma declaração de vontade extintiva” (p. 172, com *itálico nosso*). A propósito da remissão, no art. 296.º, n.º 4, para a cessação por caducidade, FURTADO MARTINS considera que o fim contratual opera “automaticamente, por força da própria lei, independentemente da vontade das partes” (*Cessação cit.*, pp. 41-42, com *itálico nosso*). Reconhece, porém, que, o automatismo usualmente associado à caducidade pode não dispensar, nalgumas circunstâncias, uma declaração. Afinal, “se, por exemplo, a fábrica for destruída por um incêndio, o trabalhador não sabe se cessa a actividade económica ou se será reconstruída a fábrica, suspendendo-se entretanto as relações de trabalho, sem se extinguirem”; da mesma forma, “se o edifício for expropriado por utilidade pública, a simples declaração de expropriação não faz cessar a actividade, que pode mudar para outro local”; por fim, “se por decisão administrativa ou judicial, a empresa for obrigada a cessar a actividade, a cessação só se verifica de facto quando o empresário o determinar” (RAÚL VENTURA, “Extinção ...” *cit.*, p. 236). Todavia, tal declaração exteriorizaria, tão-só, a extinção, não constituindo em si mesma “uma declaração de vontade negocial no sentido de pôr termo ao contrato de trabalho” (LOBO XAVIER, “A repercussão ...” *cit.*, pp. 10-11). Nesta perspectiva, “não ser[ia] necessário mais qualquer acto (no sentido de facto voluntário lícito) para a resolução, denúncia ou dissolução do contrato” (*ob. cit.*, p. 10). O tema é retomado *infra*, n. 2732, a propósito de impedimento que afecta a capacidade de colaboração do empregador.

²⁵²⁴ Proc. n.º 07S3793 (MÁRIO PEREIRA).

²⁵²⁵ Joana Nunes VICENTE e Milena Silva ROUXINOL questionam a legitimidade do médico do trabalho para declarar, a título definitivo, a inaptidão do trabalhador para o exercício das funções que habitualmente lhe competiam (“Entre o Direito à Saúde e o Direito a Estar Doente – Comentário ao Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 29 de Maio de 2007”, *QL*, ano 15, 2008, n.º 31, pp. 89-114, p. 105). Sustentando idênticas reservas, v. acórdão do STJ de 7.3.2007, Proc. n.º 06S4277 (FERNANDES CADILHA), onde foi decidido que “não constitui fundamento da caducidade do contrato de trabalho a simples referência genérica, constante da ficha de aptidão elaborada pelo serviço de medicina do trabalho, de que o trabalhador é «inapto» e que “«não preenche o critério médico para o exercício da função»” (Sumário, I). Afinal, “os exames médicos que o empregador deverá promover no âmbito das actividades de segurança, higiene e saúde no trabalho destinam-se a assegurar a vigilância da saúde dos trabalhadores em função

vírus VIH²⁵²⁶, a quem cabia desempenhar funções de cozinheiro, em estabelecimento de hotelaria. O Tribunal concluiu pela caducidade do vínculo, por impossibilidade superveniente, absoluta e definitiva da prestação de trabalho²⁵²⁷. Tratava-se de situação de impossibilidade legal, não decorrente de simples diagnóstico respeitante ao estado de saúde do trabalhador – que abstractamente reunia as condições para a preparação de alimentos –, mas de avaliação dos riscos de contágio, que se considerou verificados, em razão da actividade a prestar pelo trabalhador, para colegas e terceiros²⁵²⁸. O impedimento para o trabalho resultou, assim, da prevalência de outros bens jurídicos – tal qual a tutela da saúde dos demais trabalhadores e de clientes do hotel – sobre a protecção reconhecida ao trabalhador, quanto à estabilidade do vínculo laboral^{2529/2530}.

dos riscos a que se encontram expostos no local de trabalho e não poderão ser utilizados, em princípio, para declarar a caducidade do contrato por inaptidão para o exercício profissional” (Sumário, II, *itálico* nosso). V. ainda, no mesmo sentido, acórdão do STJ de 25.2.2009, Proc. n.º 08S2460 (PINTO HESPANHOL) e da RL de 18.6.2014, Proc. n.º 403/12.8TTFUN.L1-4 (SERGIO ALMEIDA). Contra, MOREIRA DOS SANTOS, para quem “a medicina do trabalho (ou medicina ocupacional) é uma especialidade médica que se ocupa da promoção e da preservação da saúde do trabalhador e que tem por objectivo avaliar e acompanhar clinicamente a aptidão de um trabalhador para exercer uma determinada função” (“A caducidade ...” *cit.*, p. 152).

²⁵²⁶ António Bernardo COLAÇO alerta que “o estar infectado pelo VIH não constitui «um estatuto» para efeitos de benemerência, nem uma «fase» de incapacitação existencial. Ser-se infectado pelo VIH constitui, isso sim, um «estado» de latência não patogénica, que mantém a potencialidade laboral e a capacidade produtiva normal até à constatação da enfermidade terminal – a SIDA” (“O Infectado de VIH: A Aguardar Cidadania Plena em Sede Laboral (Resenha Jurisprudencial; Pistas para uma Solução Jurídica”, *RMP*, ano 24, 2003, n.º 93, pp. 101-112, p. 111).

²⁵²⁷ Decidiu o STJ que “resultando dos factos apurados pelas instâncias [...], que o A. é portador de HIV positivo, que esta é uma doença infecto-contagiosa crónica que o torna inapto para o exercício das funções de cozinheiro, dado ter de manipular alimentos e de utilizar objectos cortantes e que o vírus respectivo existe no sangue, saliva, suor e nas lágrimas e pode ser transmitido no caso de haver derrame dos mesmos sobre alimentos servidos em cru consumidos por quem tenha na boca uma ferida mucosa de qualquer espécie, é de entender que se verifica uma impossibilidade superveniente (porque surgida posteriormente à contratação do A.) e definitiva de o A. prestar à R. as suas funções de cozinheiro” (Sumário, § II). Cumpre advertir que, atento o objecto da análise, não trataremos da exactidão das premissas fácticas que sustentaram esta conclusão.

²⁵²⁸ NUNES VICENTE e MILENA ROUXINOL, indicam que “quando deva considerar-se existir um risco de contágio que justifique o afastamento do trabalhador, a impossibilidade de prestar trabalho resultará do facto de o empregador não estar em condições de, licitamente, desenvolver a respectiva actividade produtiva, por não poder cumprir os imperativos de tutela da saúde de trabalhadores e terceiros, que a ordem jurídica lhe dirige” (“Entre o direito ...” *cit.*, p. 91).

²⁵²⁹ Também no Direito alemão, a infecção pelo VIH não constitui, em si mesma, motivo extintivo legítimo (“*ordentliche Kündigung*”, cf. o § 1, 2 da KSchG), se não impedir o trabalhador de executar o trabalho. Solução diversa seria contrária à boa fé (cf. § 242 BGB – “*Leistung nach Treu und Glauben*”). A cessação apenas é admissível: (i) nos termos em que uma incapacidade em razão de doença autoriza o fim do contrato, *maxime* se considerada a sua extensão; ou (ii) se concorrerem riscos efectivos de contágio para o empregador e/ou terceiros (cf. comentário de Klemens DÖRNER e Reinhard VOSSEN, *Kündigungsrecht* (coord. Reiner Ascheid, Ulrich Preis e Ingrid Schmidt), 4.^a ed., 2012, Beck, “Aids”, Rn 224-227, Rn 224-226; v. ainda, LEPKE, *Kündigung*

Impunha-se, porém, verificar se o juízo de inaptidão para o exercício das funções que habitualmente cabiam ao trabalhador autorizava concluir pela caducidade do contrato – por impossibilidade absoluta de o trabalhador prestar o seu trabalho²⁵³¹.

V. Tal qual anunciado, temos por incorrecto o apelo à impossibilidade absoluta (por confronto com a relativa), sempre que tal valoração pressuponha avaliação da extensão (e não tanto da intensidade) do impedimento. Não acompanhamos, por conseguinte, o entendimento que alicerça a qualificação da impossibilidade como absoluta ou relativa, em função do confronto impedimento *vs.* conjunto funcional para o qual o trabalhador mantenha aptidão²⁵³². No caso acima indicado, o impedimento afectava o trabalhador; por conseguinte, o apelo à impossibilidade absoluta ou relativa apenas se justificava no respeitante ao trabalhador e ao objecto funcional acordado e não já – como sugerido – à maior ou menor extensão do dever de colaboração do empregador, *maxime*, quanto à respectiva alocação a tarefas diversas das contratadas²⁵³³.

Noutras palavras, a referência, nestes casos, à natureza absoluta ou relativa deve respeitar apenas ao *vigor* do impedimento e não já à sua

cit., pp. 378 e ss.). Retratando situação idêntica, indicamos decisão do Tribunal de Nápoles, de 7.9.1998: o trabalhador era portador do vírus de hepatite B, incluindo a sua actividade profissional a manipulação de carne pré-confeccionada. Concluiu o tribunal pela prevalência de tutela do interesse público (a saúde dos consumidores), no confronto com a protecção reservada ao trabalhador, quanto à estabilidade do emprego, não obstante o risco de propagação do vírus por manipulação dos alimentos fosse muito reduzido. Procedeu, pois, a invocada impossibilidade superveniente da prestação, assim se admitindo o “licenziamento” por justificado motivo objectivo (LOMBARDI, *La risoluzione cit.*, pp. 54-55).

²⁵³⁰ NUNES VICENTE e MILENA ROUXINOL criticam a decisão por considerarem que as funções de cozinheiro não integram o conjunto de profissões de “risco qualificado” – as únicas em que seria legítima a realização de testes de despistagem do VIH. O afastamento do trabalhador fora, nesta perspectiva, injustificado, por desproporcionado (“Entre o direito ...” *cit.*, pp. 94 e 103).

²⁵³¹ Quanto à natureza temporária ou definitiva do impedimento – *maxime*, quanto à essencialidade da natureza irreversível do impedimento –, *v. infra* Capítulo III, as referências feitas a esta decisão.

²⁵³² É, todavia, frequente, a confusão entre os termos. Reafirmando a sobreposição da natureza absoluta e total, *v. acórdão da RL*, de 29.9.1999 *cit.*, p. 172. Também ROMANO MARTINEZ sugere identificação dos qualificativos – absoluta e total – no que respeita à impossibilidade: “não se encontrando o trabalhador incapacitado para a realização de *todo e qualquer* trabalho, poder-se-á questionar se, em tal caso, a *impossibilidade é absoluta*”. Assim, “se o condutor de camiões perdeu uma perna em consequência de um acidente, poderá ter ficado com uma incapacidade absoluta para a realização da sua actividade, sendo, contudo, a incapacidade para o trabalho *relativa*, pois ele pode efectuar *outras tarefas* (p. ex., porteiro)” (*Apontamentos cit.*, p. 43, ênfase nossa).

²⁵³³ A densificação do carácter absoluto da impossibilidade por referência a um dever de afectação do trabalhador a outras funções foi também promovida no acórdão em análise. É a dada altura indicado que “a ré provou que não tinha funções disponíveis que pudesse atribuir ao A. O que vale por dizer que – independentemente da posição que se perfilhe sobre a noção e conteúdo da figura da impossibilidade definitiva e absoluta para a prestação do trabalho, como requisito da caducidade do contrato de trabalho – *sempre tal requisito é de ter como verificado*, no caso dos autos” (acórdão do STJ de 24.9.2008 *cit.*, itálico nosso).

amplitude, atento o contexto organizativo de que o trabalhador participa²⁵³⁴. A natureza absoluta ou relativa da impossibilidade pressupõe parâmetros diversos de avaliação, havendo que determinar, em cada caso, se o trabalhador se encontra – conforme designação por vezes considerada pleonástica²⁵³⁵ – *absolutamente impedido* de executar a actividade, tal qual, expressivamente, se tivesse sofrido paralisia que o impedisse de manobrar utensílios de cozinha e de manejar alimentos, *ou* se a execução de tais tarefas se revela afinal apenas mais difícil, mas não impossível (na perspectiva do trabalhador), ainda que, porventura, menos eficiente (do ângulo do empregador)²⁵³⁶, tal qual em caso de lesão que embora particularmente incomodativa não obstasse ao exercício do acordado. Apenas a esta luz consideramos adequado ajuizar do carácter absoluto ou relativo do impedimento.

VI. Certo, porém, que mesmo conforme uma tal leitura, não cremos que se justifique, por regra, impor natureza absoluta à impossibilidade que atinge o trabalhador. Para tanto, concorrendo elementos vários:

(i) Desde logo, a tendência flexibilizadora que ainda na esfera civilística – onde as exigências referentes à natureza absoluta da impossibilidade encontram, desde há muito, seguidores –, tem procurado, por vias diversas, temperar o rigor da impossibilidade, no que aos arts. 790.º e ss. do CC respeita²⁵³⁷;

(ii) Acresce a densificação, em contexto laboral suspensivo, da impossibilidade que atinge o trabalhador, por apelo frequente à impossibilidade relativa – em desvio ao regime padrão da impossibilidade civilística, tal qual comumente entendida. Vimos que a impossibilidade que afecta o trabalhador legitima a invocação da suspensão, ainda que aquela não obste, em absoluto, ao exercício profissional: basta que o dificulte seriamente, tornando-o inexigível. Tal resultando, conforme oportunamente analisado, da relevância reconhecida pelo ordenamento a interesses pessoais do trabalhador, que prevalecem com frequência sobre o direito do empregador ao cumprimento²⁵³⁸.

²⁵³⁴ No rigor dos princípios, este juízo melhor se acomodaria a valoração da natureza total ou parcial do impedimento. Veremos, todavia, que a determinação da extensão do impedimento tem por referência o objecto contratado – *i.e.*, a actividade contratada – devendo o dever de realocação ser equacionado para lá de tais limites, reafectando o trabalhador a funções que extravasam aquele âmbito.

²⁵³⁵ Conforme observação usual na civilística (*v. supra* n. 2114).

²⁵³⁶ Cumpre novamente assinalar que, nesta sede (laboral), admitida a dispensa do dever de prestar (pelo trabalhador), tal autoriza, em simultâneo, que o empregador possa pôr fim ao contrato, sem as limitações inerentes a outras formas extintivas. Atento o regime particularmente restritivo da cessação, quando promovida pelo empregador, o facto de o impedimento que afecta o trabalhador revestir natureza absoluta (ou relativa), mais do que determinar (ou não) a dispensa do dever de prestar (pelo trabalhador), revela, sobretudo, na medida em que pode autorizar o empregador a pôr fim ao contrato, por caducidade.

²⁵³⁷ *Supra*, § 1.4.

²⁵³⁸ *Supra*, § 2.

(iii) Reiteramos, por fim, a desarmonia sistemática que de outra forma teria lugar: numa fase inicial, o impedimento do trabalhador (ainda que não absolutamente incapacitante) bastaria para desencadear a suspensão; porém, persistindo o evento obstativo por tempo indefinido, sem perspectivas de superação (espelhando natureza definitiva), seria possível ao trabalhador contrariar a caducidade do contrato, por considerar que o impedimento não é, afinal, absolutamente incapacitante – assim protelando indefinidamente a situação suspensiva. Por conseguinte: (a) se o ordenamento acolhe interpretação flexível da impossibilidade que atinge o trabalhador, admitindo o accionar da suspensão e a dispensa de prestar sempre que a execução do acordado se revele inexigível – e impondo, correlativamente, ao empregador, a subsistência do vínculo, pelo tempo de suspensão; (b) caso essa ausência se prolongue ao ponto de não ser mais sustentável conceber a natureza temporária do impedimento – havendo que qualificar a impossibilidade como definitiva²⁵³⁹ –, não temos por razoável que o trabalhador invoque, então, a natureza relativa do impedimento e a insuficiência (nesses termos) da impossibilidade (por não absoluta), para contrariar caducidade. Com frequência, a jurisprudência tende, porém, a distanciar-se deste entendimento²⁵⁴⁰.

VII. Procurando clarificar a posição que sustentamos, há que referir a situação distinta: o trabalhador A é afectado por doença não profissional que, embora

²⁵³⁹ Aspecto desenvolvido *infra*, Capítulo III.

²⁵⁴⁰ Em acórdão de 5.2.2009, Proc. n.º 08S2596 (PINTO HESPANHOL), o STJ excluiu a caducidade, por considerar não verificada impossibilidade *absoluta* e *definitiva* de o trabalhador prestar actividade, embora demonstrado que a perturbação psiquiátrica que o afectara de 1984 a 2002 – e bastante para, nesse período, autorizar a suspensão laboral – não tivesse cura. Não é refutado que a incapacidade para o exercício profissional constituísse fundamento legítimo para a suspensão. Mas o protelar indefinido de uma tal situação não legitimava, no entender do Tribunal, a extinção do vínculo. O STJ nota que embora a doença não tivesse cura, os respectivos sintomas (depressão e ansiedade) poderiam, ainda assim, ser eliminados, mediante tratamento clínico adequado – quanto à natureza temporária ou definitiva do impedimento, *v. infra* Capítulo III. Concluindo, por isso, não verificada impossibilidade absoluta e definitiva que legitimasse o fim do contrato. É, a este propósito, referido: “provou-se que o autor sofr[ia] de perturbação da personalidade que o pod[ia] impedir, *temporariamente*, de trabalhar”. Cumpre, no entanto, assinalar, quanto à natureza temporária do impedimento, que o trabalhador mantinha longos períodos de ausência (tal qual, entre 1984 e 2000). Confirmando, aliás, o Tribunal, que a “perturbação de que padec[ia] [o trabalhador] não t[inha] cura”. Acrescenta, porém, que “os respectivos sintomas (depressão e ansiedade) pod[ia]m ser remidos, se tive[ss]em tratamento clínico adequado” – razão bastante para excluir a natureza absoluta e definitiva da impossibilidade e, por conseguinte, a caducidade (p. 12, § 3.3). A argumentação afigura-se-nos contraditória, perpetuando a vinculação do empregador a um contrato cuja plena execução não se afigurava minimamente expectável, em tempo razoável: embora o trabalhador contrariasse a natureza absoluta e definitiva da impossibilidade, da factualidade descrita e, em especial, de animosidade clinicamente registada contra o empregador – de resto, enquanto manifestação da patologia – resultava evidente que aquele não tencionava regressar ao trabalho. Não só discordamos da análise feita, a respeito da natureza temporária ou definitiva do impedimento, como entendemos que uma tal avaliação não deveria influir na avaliação do impedimento como absoluto – não se afigurando, pois, relativo, como propugnado, na decisão.

não impedindo, em absoluto, a execução da actividade para que foi contratado, torna o respectivo desempenho irreversivelmente mais moroso. Consequentemente, o empregador invoca a caducidade do contrato, por “*impossibilidade superveniente, absoluta e definitiva, de o trabalhador prestar o seu trabalho*”, apelando à conveniência de interpretação flexível da impossibilidade, para efeitos extintivos. Neste exemplo, com sacrifício pessoal, despendendo mais tempo e ainda que tal se revele menos eficiente ou satisfatório para o credor, o trabalhador comparece ao serviço e mantém a execução do contrato. Não concorre, pois, ausência ao trabalho – elemento que consideramos essencial à operacionalidade do regime das faltas, da suspensão e que agora estendemos ao da caducidade, por impossibilidade de o trabalhador prestar trabalho. Por esta razão – e não tanto por apelo à necessária natureza absoluta do impedimento²⁵⁴¹ –, excluímos, nesta hipótese, o fim do vínculo, por caducidade.

Solução diversa conflituaria, aliás, com o regime do despedimento por inadaptção, que inclui precisamente os casos de “*inadaptção superveniente do trabalhador ao posto de trabalho*”²⁵⁴². Desde as modificações incluídas, neste âmbito, pela Lei n.º 23/2012, de 25.6, que esta forma extintiva passou a ser viável ainda que nenhuma alteração tenha sido introduzida no posto de trabalho²⁵⁴³. Conforme o art. 375.º, n.º 2, a), o despedimento pode ter lugar perante “*modificação substancial da prestação realizada pelo trabalhador, de que resultem, nomeadamente, a redução continuada de produtividade ou de qualidade, avarias repetidas nos meios afetos ao posto de trabalho ou riscos para a segurança e saúde do trabalhador, de outros trabalhadores ou de terceiros, determinados pelo modo do exercício das funções e que, em face das circunstâncias, seja razoável prever que*

²⁵⁴¹ Tal, porém, o enquadramento proposto por ROMANO MARTINEZ, que refere que “se o trabalhador, em razão da incapacidade, passar a desempenhar a sua actividade com menor produtividade não está preenchido o pressuposto da impossibilidade absoluta, pois a situação enquadrar-se-ia no agravamento ou na maior onerosidade da prestação (*difficultas praestandi*)” (*Apontamentos cit.*, p. 44). Atendendo às razões já expostas, não acompanhamos a transposição da lógica civilística referente à dispensa do dever de prestar – e, nesse contexto, a recusa de eficácia liberatória à onerosidade excessiva – para os casos que tratamos, em que, embora o trabalhador se depare com maiores dificuldades no cumprimento, tem em vista manter o vínculo; sendo, por regra, o credor de tal prestação (o empregador) quem promove a extinção, por caducidade.

²⁵⁴² Cf. art. 373.º, sem prejuízo da “*proteção conferida aos trabalhadores com capacidade de trabalho reduzida, deficiência ou doença crónica*” (cf. art. 374.º, n.º 4). Também ROMANO MARTINEZ reconhece que “a diminuição de rendimento ou a não obtenção de objetivos fixados não se enquadram na caducidade do contrato, podendo, quando muito, determinar a possibilidade de recorrer à cessação do contrato por inadaptção” (“Caducidade ...” *cit.*, p. 707).

²⁵⁴³ Divergindo das alterações introduzidas neste âmbito, por considerar que, por esta forma, o despedimento por inadaptção resulta descaracterizado e transmutado num despedimento “por inaptidão”, v. José João Nunes ABRANTES, “A Jurisprudência Constitucional Recente em Matéria Laboral (Algumas Notas)”, *Para Jorge Leite. Escritos Jurídico-Laborais* (coord. João Reis, Leal Amado, Liberal Fernandes e Regina Redinha), vol. 1, Coimbra Editora, 2014, pp. 1-20, pp. 14 e ss. Acolhendo outra leitura, v. Maria do Rosário Palma RAMALHO, “O Olhar do Tribunal Constitucional sobre a Reforma Laboral – Algumas Reflexões”, *Para Jorge Leite. Escritos Jurídico-Laborais* (coord. João Reis, Leal Amado, Liberal Fernandes e Regina Redinha), vol. 1, Coimbra Editora, 2014, pp. 737-778, pp. 768-769.

tenham carácter definitivo"²⁵⁴⁴. Por conseguinte, desde 2012 que esta forma de despedimento passou a abranger a inadaptação dissociada de modificação externa ao trabalhador. Em exemplo indicado por PALMA RAMALHO, concretiza uma hipótese de inadaptação, não só a hipótese de telefonista que não se ajusta às alterações tecnológicas introduzidas no seu posto de trabalho, como a de telefonista que, "por força do uso continuado de drogas, pass[e] a atender metade das chamadas por hora ou [deixe] de ser capaz de tomar nota dos recados ou de os transmitir"²⁵⁴⁵. Indicando-se, a tal propósito, que a caducidade não é, nestas situações, forma adequada de cessação, "já que o que está aqui em causa não é uma *impossibilidade de desenvolver a prestação* mas antes a diminuição significativa da aptidão do trabalhador para a função (*i.e.*, no fundo uma *redução grave da qualidade do trabalho prestado*)". Acresce que por não se tratar de episódio transitório, "o carácter *permanente* desta inaptidão superveniente torna *inexigível ao empregador a continuação do vínculo*"^{2546/2547}.

VIII. Certo, porém, que conforme leitura frequentemente acolhida na doutrina e na jurisprudência, a delimitação dos contornos da impossibilidade respeitante ao trabalhador (natureza absoluta ou relativa) exigiria verificar os esforços impostos ao empregador quanto à manutenção do vínculo. A colocação do problema nestes termos desloca, contudo, a avaliação do limite do sacrifício imposto ao trabalhador para a aferição do máximo de esforços exigidos ao empregador, quanto ao reajustar do contrato, em função de impedimento que atingiu a contraparte. Do que resultaria não só um desvio à lógica própria do regime da impossibilidade e da avaliação ali pressuposta, mas também margem considerável de indefinição quanto à amplitude dos deveres que impendem neste âmbito, sobre o empregador. Concretizando: o trabalhador A sofre lesão que impossibilita o exercício da actividade contratada; todavia, o desempenho do acordado seria, ainda assim, viável caso o empregador contratasse outros trabalhadores, para apoio permanente a A; ou mediante a aquisição de equipamento tecnológico de ponta para auxílio mecânico a A, no exercício das respectivas tarefas. Em qualquer destas hipóteses, impor-se-ia averiguar, conforme a lógica descrita, se concorria para efeitos de caducidade e por referência ao comportamento *exigível ao empregador*, impossibilidade absoluta "de o trabalhador prestar o seu trabalho"²⁵⁴⁸.

²⁵⁴⁴ Assinalando as dificuldades inerentes a tais casos no Direito alemão, v. Klemens DÖRNER e Reinhard VOSSEN, "Mangelnde Eignung des Arbeitnehmers", *Kündigungsrecht* (coord. Reiner Ascheid, Ulrich Preis e Ingrid Schmidt), 4.ª ed., 2012, Beck, Rn 245-252, Rn 248.

²⁵⁴⁵ *Tratado cit.*, II, p. 1075, n. 482.

²⁵⁴⁶ *Tratado cit.*, II, p. 1075, *itálico* nosso.

²⁵⁴⁷ Reiteramos, porém, o entendimento de que não é tanto por não concorrer impossibilidade absoluta que a caducidade não opera, mas, sobretudo, porque a extinção não decorre, agora, de ausência prolongada do trabalhador, em razão de incapacidade para o trabalho.

²⁵⁴⁸ Cf. art. 343.º, b).

Discordamos, no entanto, deste ângulo de análise²⁵⁴⁹. Não se justifica, em qualquer das hipóteses referidas, avaliação de sacrifício adicional a impor ao credor da prestação inviabilizada. Para efeitos de caducidade, a verificação de impossibilidade “*de o trabalhador prestar o seu trabalho*” exige aferir (tão-só) se o trabalhador se encontra apto ao desempenho do acordado²⁵⁵⁰, não havendo que associar, a uma tal avaliação, novos deveres a impor ao empregador – e que, no limite, podem anular o impedimento que atingiu o trabalhador. Se o obstáculo respeita ao trabalhador (porque o afecta directamente), a caracterização da impossibilidade tem por referência apenas o trabalhador e a sua capacidade para o exercício do definido.

IX. Daqui resultando clara divergência face a delimitação da impossibilidade como absoluta ou relativa, por apelo à abrangência (maior ou menor) do dever de colaboração do credor (do empregador) – *i.e.*, aferindo se o empregador tem (ou não) possibilidade de atribuir ao trabalhador novas funções, no seio da organização²⁵⁵¹. O problema deve ser equacionado noutros termos. Se o ordenamento jurídico impuser uma tal obrigação ao empregador – de reafecção do trabalhador perante impossibilidade absoluta de exercício da actividade acordada –, haverá que concluir que, uma vez identificado posto de trabalho alternativo, a caducidade não opera, por condicionamento externo à delimitação da impossibilidade. O que não desvirtua o carácter absoluto do impedimento, já que as funções antes executadas não resultam, em diante, apenas dificultadas: a reafecção do trabalhador a funções distintas e a posto de trabalho diverso – para o qual se mantenha apto – não justifica requalificar a impossibilidade que atinge o trabalhador como relativa (e não já absoluta).

Rejeitamos ainda reposicionamento desta avaliação, por apelo à extensão (total ou parcial) do impedimento, já que uma tal amplitude é determinada atendendo ao objecto contratado, que assume, neste âmbito, por referência, a actividade laboral acordada^{2552/2553}. Dispõe o art. 115.º, n.º 1, que “*cabe às partes*

²⁵⁴⁹ Também a jurisprudência italiana acolhe, por vezes, perspectiva da qual dissentimos. Teorizando as diferenças apontadas à “*sopravvenuta inidoneità del lavoratore*” – que legitimaria o despedimento – e à “*mera difficultas praestandi*”, que não autorizaria o fim do contrato, a *Cassazione* tende a considerar não verificada a impossibilidade de execução da actividade laboral se o impedimento físico for superável mediante alterações ergonómicas que possibilitem a adaptação física do trabalhador, exigíveis ao empregador *ex vi* art. 2087 do CCit. (“*Tutela delle conduzioni di lavoro*”), cf. LOMBARDI, *La risoluzione cit.*, p. 396.

²⁵⁵⁰ Esta a interrogação fundamental que se coloca em termos idênticos no Direito alemão: aferir se determinado trabalhador se encontra capaz para o desempenho profissional pressupõe confrontar as exigências inerentes à ocupação daquele posto de trabalho e a capacidade do trabalhador (DÖRNER e VOSSEN, “*Mangelnde ...*” *cit.*, Rn 245).

²⁵⁵¹ Na síntese de PALMA RAMALHO, “a jurisprudência tem interpretado o requisito da impossibilidade *absoluta* em moldes restritivos, considerando que tal impossibilidade não se verifica quando as qualidades do trabalhador se limitem a diminuir e desde que possa ser-lhe atribuída outra função no seio da organização do empregador” (*Tratado cit.*, II, p. 921, ênfase nossa).

²⁵⁵² Enquadrando o tema da afectação do trabalhador a outras funções (diversas das contratadas) no âmbito da impossibilidade total *vs.* parcial (e não já absoluta *vs.* relativa), *v.* o acórdão do STJ de 9.11.1994, Proc. n.º 004227 (CARVALHO PINHEIRO), onde é referido que “a caducidade do contrato de trabalho [...] verifica-se em termos gerais de direito”, em face de

determinar por acordo a actividade para que o trabalhador é contratado”²⁵⁵⁴. Os contornos da actividade resultam, todavia, concretizados por via do art. 118.º, que, sob a epígrafe “Funções desempenhadas pelo trabalhador”, prevê, no n.º 1, que “o trabalhador deve, em princípio, exercer funções correspondentes à actividade para que se encontra contratado, devendo o empregador atribuir-lhe, no âmbito da referida actividade, as funções mais adequadas às suas aptidões e qualificação profissional”²⁵⁵⁵. Ao que acresce extensão, promovida no n.º 2, conforme a qual “a actividade contratada, ainda que determinada por remissão para categoria profissional de instrumento de regulamentação colectiva de trabalho ou regulamento interno de empresa, compreende as funções que lhe sejam afins ou funcionalmente ligadas, para as quais o trabalhador tenha qualificação adequada e que não impliquem desvalorização profissional”^{2556/2557}. Atento este enquadramento e por força do princípio da invariabilidade da prestação, dir-se-á que para além do objecto acordado – no sentido amplo assinalado²⁵⁵⁸ –, por regra, o empregador nada de

uma “impossibilidade superveniente, absoluta e definitiva de o trabalhador prestar o seu trabalho ou de a entidade empregadora o receber, sendo indicado que “essa impossibilidade tem de ser total e não apenas parcial”, assim sucedendo se “o trabalhador, por doença, ficar definitivamente impossibilitado de prestar o seu trabalho habitual ou qualquer outro” (Sumário, I, ênfase nossa). V. ainda acórdão do STJ de 8.3.1994, Proc. n.º 004140 (DIAS SIMÃO): “no caso de o trabalhador ficar absoluta e definitivamente impossibilitado de prestar o trabalho ajustado, mas se pode desempenhar funções integradas noutra categoria profissional, a impossibilidade é parcial, e impõe-se a modificação contrato, colocando o trabalhador na categoria cujas funções ele tiver capacidade para exercer” (Sumário, VI, *itálico* nosso).

²⁵⁵³ Sem descurar a proximidade linguística e as referências, nem sempre evidentes, à “actividade”, à “categoria”, à “função”, ao “cargo”, ao “posto de trabalho” e à “carreira”. Dir-se-á que, atento o enquadramento actual, “a categoria não tem, à luz do CT, um papel delimitador do trabalho exigível ao trabalhador” e que “o conceito fundamental é, hoje, o de actividade contratada”, o qual “pode abarcar tarefas ou funções integráveis em várias categorias – e, simultaneamente, não abranger todas as que em cada uma delas se compreendem” (MONTEIRO FERNANDES, *Direito cit.*, p. 196; v. ainda pp. 183-184).

²⁵⁵⁴ Sem prejuízo do disposto nos n.ºs 2 e 3 desta disposição.

²⁵⁵⁵ Na falta de melhor concretização, dir-se-á que, em termos materiais, a “função” é um conceito intraempresarial, que traduz a delimitação das tarefas do trabalhador por via do poder determinativo da função. O que explica, aliás, “o facto de uma função nominalmente idêntica em duas empresas poder corresponder materialmente a um conjunto de tarefas não totalmente coincidentes em cada uma dessas empresas” (PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, II, p. 460).

²⁵⁵⁶ A propósito deste último requisito, PALMA RAMALHO nota não parecer resultar “a proibição, pura e simples, da exigência ao trabalhador de funções que correspondam a uma categoria inferior à sua”; procurar-se-á apenas obstar “à exigência de tarefas que diminuam significativamente o estatuto do trabalhador no seio da empresa, designadamente perante os colegas” (*Tratado cit.*, II, p. 466).

²⁵⁵⁷ Ao que acresce o disposto no n.º 3, conforme o qual, “para efeitos do número anterior e sem prejuízo do disposto em instrumento de regulamentação colectiva de trabalho, consideram-se afins ou funcionalmente ligadas, designadamente, as funções compreendidas no mesmo grupo ou carreira profissional”. Estas hipóteses, reguladas nos n.ºs 2 e 3 do art. 118.º, correspondem “às situações conhecidas, no âmbito do regime anterior à codificação laboral, como as situações de polivalência funcional” (PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, II, p. 463).

²⁵⁵⁸ E com prevalência da função efectiva sobre a nominal.

diverso deve exigir ao trabalhador²⁵⁵⁹. A variação unilateral, em desvio ao princípio geral do cumprimento exacto²⁵⁶⁰, é admitida apenas pontualmente e por período limitado por razões gestionárias relevantes, por recurso à mobilidade funcional²⁵⁶¹.

X. Há que intersectar esta delimitação com o tema que nos ocupa. O desempenho de funções que extravasam o programa contratual – sem afinidade ou funcionalidade quanto ao mesmo – traduz uma modificação do acordado²⁵⁶². Conforme FURTADO MARTINS, a impossibilidade de execução da prestação laboral é reportada “à actividade contratualmente devida”²⁵⁶³. De assinalar, todavia, que ainda que em termos práticos a impossibilidade não atinja todas as funções ali pressupostas, caso se verifique afectação do núcleo essencial acordado, haverá que concluir por descaracterização do objecto contratual, devendo a impossibilidade ser qualificada como total (e não já parcial). Nesta medida, “a circunstância de o trabalhador poder realizar *algumas tarefas residuais*, mesmo que estas se contenham dentro do género de trabalho para que

²⁵⁵⁹ Em suma, “o empregador não pode, unilateralmente, subverter a estrutura da actividade contratualmente devida pelo trabalhador” (MONTEIRO FERNANDES, *Direito cit.*, p. 198).

²⁵⁶⁰ V. MONTEIRO FERNANDES, *Direito cit.*, pp. 200-201.

²⁵⁶¹ O tradicionalmente designado *jus variandi*. MONTEIRO FERNANDES adianta os seguintes exemplos: “doença ou outro impedimento temporário de um trabalhador que exerce funções de continuidade imprescindível ao funcionamento da empresa; necessidade da fiscalização da obra de construção de uma nova fábrica por um engenheiro da empresa interessada, o qual trabalha normalmente no departamento de controlo de qualidade na mesma empresa; acréscimo, súbito e temporário, de trabalho numa secção da empresa, requerendo a deslocação de trabalhadores de outra subocupada” (*Direito cit.*, p. 201, n. 3). O regime do *jus variandi* é previsto no art. 120.º, do CT. Para nota evolutiva do instituto, v. PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, II, pp. 469 e ss. Se necessário para garantir a ocupação do trabalhador em conformidade com a sua capacidade residual, é ainda equacionável a aplicação do regime da diminuição de categoria, indicado no art. 119.º do CT, que pressupõe, todavia, o acordo das partes. A tal respeito se referindo que “[o]s casos de *estrita necessidade do trabalhador* são, especialmente, aqueles em que a própria manutenção do contrato, com a qualificação inicial, se torna impossível ou duvidosa: por exemplo, o caso de uma telefonista que começa a ficar surda ou um contabilista que sofre um esgotamento nervoso” (MONTEIRO FERNANDES, *Direito cit.*, p. 185, n. 2).

²⁵⁶² FURTADO MARTINS, *Cessação cit.*, pp. 77-78. Segundo ROMANO MARTINEZ, para a caducidade do contrato de trabalho por impossibilidade superveniente, absoluta e definitiva de o trabalhador prestar o seu trabalho, há que considerar “a actividade para que este foi contratado ou que desempenha ao abrigo da designada «categoria real»” (*Apontamentos sobre a cessação do contrato de trabalho à luz do Código do Trabalho*, 1.ª reimp., AAFDL, 2005, p. 44). Por conseguinte, se o trabalhador não reúne condições para execução das “actividades contratualmente devidas”, impor-se-ia concluir que “o contrato caduca, pois não há um dever genérico de o empregador modificar o objecto negocial em função das limitações do trabalhador” (p. 45, ênfase nossa). Neste sentido, v. o acórdão do STJ de 19.12.2007, Proc. n.º 07S3389 (SOUSA PEIXOTO), conforme o qual “a impossibilidade não deixa de ser absoluta pelo facto de o trabalhador poder exercer outro tipo de funções, uma vez que a atribuição de novas funções *passaria por uma alteração do contrato, a que a entidade empregadora não está obrigada, por não existir disposição legal que tal imponha*” (Sumário, IV, itálico nosso).

²⁵⁶³ *Cessação cit.*, p. 78.

foi contratado, *não afasta a impossibilidade*²⁵⁶⁴. Conforme a mesma lógica, por entendermos que passar a desempenhar, a título principal, actividades que, até então, eram tão-só acessórias²⁵⁶⁵, constitui alteração contratual²⁵⁶⁶, há que concluir que mantendo o trabalhador capacidade apenas para o desempenho de funções afins – ainda integrantes da actividade contratada, nos termos do n.º 2 do art. 118.º –, a impossibilidade tenderá a ser considerada total e não apenas parcial²⁵⁶⁷. Certo, porém, que embora o impedimento se afigure total, absoluto e definitivo, tal poderá não ser bastante para a extinção, caso se entenda condicionar a caducidade a nova exigência – tal qual a inexistência de posto de trabalho alternativo²⁵⁶⁸ adequado à capacidade residual do trabalhador: se

²⁵⁶⁴ FURTADO MARTINS, *Cessação cit.*, pp. 78-79, com itálico nosso. Para o Autor, esta avaliação corresponde à transposição para a esfera laboral da lógica que subjaz ao art. 793.º do CC: haverá, por conseguinte, “que apurar se a diminuição das qualidades do trabalhador o impede de executar aquele *núcleo de funções* que, atentas as circunstâncias do negócio, deve ser qualificado como *imprescindível* [...]”. Se assim for e uma vez que “irremediavelmente comprometida a missão produtiva no empreendimento patronal”, o contrato termina (p. 79).

²⁵⁶⁵ Refere, a este propósito, MONTEIRO FERNANDES que a acessoriedade de tais funções implica que ocupem, “no horário de trabalho, menos tempo do que a principal” (*Direito cit.*, p. 198).

²⁵⁶⁶ No entender de PALMA RAMALHO, o art. 118.º, alarga o conteúdo nuclear da actividade laboral (cf. no n.º 1) às funções afins ou funcionalmente ligadas indicadas no n.º 2. No entanto, estas funções não devem ser exercidas a título principal ou substitutivo, já que, num tal cenário, embora “formalmente ambas as actividades integrem o objecto do contrato, substancialmente há uma alteração daquilo que foi acordado pelas partes como actividade laboral, o que não se coaduna com o princípio geral *pacta sunt servanda* (art. 406.º, n.º 1, do CC)” (*Tratado cit.*, II, p. 467).

²⁵⁶⁷ V., a este propósito, acórdão da RE, de 6.4.2010, Proc. n.º 131/07.6TTFAR.E1 (CHAMBEL MOURISCO).

²⁵⁶⁸ Inexiste definição legal abrangente de “posto de trabalho”, sobreponível a todas as indicações normativas. A tal propósito, v., a respeito da sucessão de contratos a termo, o acórdão da RP, de 14.10.2013, Proc. n.º 369/12.4TTVNF.P1 (EDUARDO PETERSEN SILVA) e, na doutrina, Joana Nunes VICENTE, “O Fenómeno da Sucessão dos Contratos a Termo”, *QL*, ano 16, 2009, n.º 33, pp. 7-36, pp. 33-34, e Francisco Liberal FERNANDES, “A Directiva n.º 1999/70/CE e a Celebração do Primeiro Contrato a Termo”, *Congresso Europeu de Direito do Trabalho* (coord. José João Abrantes), Almedina, 2014, pp. 27-36, p. 32. Transpondo a noção de posto de trabalho sugerida por esta Autora, mas agora no âmbito de reocupação do sinistrado em caso de incapacidade por acidente de trabalho, v. acórdão do STJ, de 28.5.2014, Proc. n.º 1051/11.5TTSTB.E1.S1 (ANTÓNIO LEONES DANTAS). Por sua vez, na busca de um conceito abrangente, António Nunes de CARVALHO reconduz a noção de “posto de trabalho” a “uma posição numa concreta organização produtiva, que é desenhada pelo titular desta e está sujeita às suas opções de gestão, posição que implica um certo conteúdo funcional, requer determinada qualificação profissional e/ou aptidão, envolve certos meios, equipamentos e riscos, pode ter associado um conjunto de condições de trabalho (designadamente, em termos de esquema temporal de realização da prestação) e à qual o trabalhador é afecto pelo empregador no quadro da execução do contrato de trabalho” (“Reflexões sobre o Conceito Legal de Posto de Trabalho”, *Para Jorge Leite. Escritos Jurídico-Laborais* (coord. João Reis, Leal Amado, Liberal Fernandes e Regina Redinha), vol. 1, Coimbra Editora, 2014, pp. 119-141, p. 132). Já FURTADO MARTINS entende que, na falta de uma noção unívoca, “posto de trabalho” significa “a função ou o conjunto de tarefas localizado organizacionalmente – isto é, numa concreta organização produtiva, que é fruto do modo como o respectivo titular decide organizar e dividir o trabalho necessário ao funcionamento da empresa – de cuja execução é encarregue um trabalhador” (*Cessação cit.*, p.

assim se concluir, resulta imposto dever adicional, de reafecção do trabalhador. No acórdão em análise e a respeito, especificamente, do disposto no art. 118.º, n.º 2, o STJ rejeita este entendimento, por considerar que aquela disposição confere ao empregador o *direito* – mas não o *dever* – de afectar o trabalhador ao exercício de funções afins ou funcionalmente ligadas às contratadas²⁵⁶⁹. Quem acolha esta perspectiva – considerando não existir um dever de realocação do trabalhador a tais funções (embora ainda compreendidas na actividade contratada) –, rejeitará também, por maioria de razão, idêntica obrigação no que respeita a funções que extravasam o contratado, sem conexão com as antes executadas²⁵⁷⁰.

Não temos, todavia, por certo que a faculdade conferida ao empregador, no art. 118.º, n.º 2 não deva, em casos limite como os retratados, justificar que o trabalhador possa exigir do empregador uma modificação contratual, passando a desempenhar, a título principal, funções que, até então, apenas acessoriamente lhe competiam²⁵⁷¹: nesta medida, assumida uma tal variação, a caducidade operaria apenas se a ocupação do trabalhador implicasse a criação de um novo posto de trabalho. Importa, afinal, não esquecer estarmos perante funções compreendidas na actividade contratada – ainda que na sua vertente

251). Ao delimitar uma tal noção no âmbito preciso do despedimento por extinção de posto do trabalho – em especial quanto ao dever de realocação do trabalhador a posto de trabalho alternativo, “*compatível com a categoria profissional do trabalhador*” (cf. art. 368.º, n.º 4) – considera aqui pressuposta uma modificação contratual compatível com a categoria normativa ou estatutária, que exige o acordo do trabalhador (pp. 293-296; v. ainda as pp. 309-310, no plano da selecção dos trabalhadores).

²⁵⁶⁹ Não seria, pois, admissível “retirar desse artigo a conclusão de que o trabalhador possa exigir que o empregador lhe atribua funções afins ou funcionalmente ligadas às que foram contratadas, caso se verifique a impossibilidade superveniente e definitiva de continuar a executar estas últimas e o empregador esteja em condições de lhe proporcionar aquelas outras”. O que se justifica “porque tal preceito *se limita a consagrar um direito (faculdade) do empregador, não se vislumbrando possível extrair dele a consagração do dever do empregador de atribuir tais funções afins ou funcionalmente ligadas às contratadas*” (ênfase nossa). No mesmo sentido, MOREIRA DOS SANTOS, “A caducidade ...” *cit.*, p. 164: “consideramos pois que o disposto no n.º 2 do artigo 118.º do Código do Trabalho mais não é do que uma *mera faculdade* conferida à entidade empregadora com vista a flexibilizar a sua estrutura organizativa, *não decorrendo do mesmo qualquer dever de alteração do contrato*” (itálico nosso).

²⁵⁷⁰ Assim, MOREIRA DOS SANTOS, “A caducidade ...” *cit.*, pp. 158-159. V. ainda acórdão da RP de 24.2.2014, Proc. n.º 361/12.9TTMTS.P1 (JOÃO NUNES). FURTADO MARTINS assinala, a este propósito, que “verificada a impossibilidade definitiva para realizar o trabalho devido, a cessação do vínculo laboral daí resultante só será evitada se se entender que o empregador está obrigado a propor a modificação da categoria, sob pena de não poder invocar a caducidade do contrato de trabalho” (*Cessação cit.*, p. 79); rejeita, todavia, uma tal leitura (pp. 79-81).

²⁵⁷¹ Em sentido diverso, considerando que uma tal hipótese implicaria uma modificação contratual que sempre pressupõe o acordo das partes, v. acórdão do STJ, de 14.4.2010, Proc. n.º 36/07.0TTCSC.L1.S1 (PINTO HESPAHOL). Em tal caso, a trabalhadora havia sido contratada para leccionar psicologia, em estabelecimento escolar. Verificada impossibilidade superveniente de exercício futuro de funções docentes, foi questionado se seria exigível ao empregador a recondução da trabalhadora a outras funções não docentes, enquanto psicóloga escolar, no gabinete de Psicologia. Entendeu o STJ que tal apenas seria exigível ao empregador caso o respectivo posto de trabalho se encontrasse disponível e sempre dependendo, de todo o modo, do acordo das partes – por estar em causa alteração do objecto contratual.

alargada – e para as quais a admissão daquele trabalhador foi equacionada. Uma tal solução constituiria, na verdade, nova concretização (entre outras) da cedência alternada dos interesses das partes, pressuposta na execução do contrato de trabalho: a tutela do interesse do trabalhador (condicionado na sua capacidade laboral) e a inerente conservação do vínculo devem, em tais circunstâncias, prevalecer sobre o sacrifício imposto ao empregador, por via do ajuste assim alcançado. Justificar-se-á, porém, questionar esta lógica, se estiver já em causa cenário diverso: a atribuição ao trabalhador de funções distintas das contratadas (não se tratando sequer de funções afins daquelas) – inexistindo obrigação expressa (condicionante da caducidade) de o empregador reafectar o trabalhador a outra actividade, ainda que disponível na empresa –, a par dos casos em que a ocupação do trabalhador pressuponha a criação de um novo posto de trabalho, ajustado à capacidade residual²⁵⁷².

Diversos argumentos obstariam ao reconhecimento de um direito do trabalhador à realocação a funções que extravasam a delimitação operada no art. 118.º, n.ºs 1 e 2. Desde logo, o princípio *pacta sunt servanda*, conforme o qual, salvo nas hipóteses expressamente indicadas, não deve uma das partes ter-se por adstrita à observância superveniente de objecto contratual diverso. Acresce que uma tal obrigação foi expressamente acolhida em situações concretas – como em acidente de trabalho e doença profissional^{2573/2574}. Por conseguinte, na

²⁵⁷² No caso dos autos, constava, entre a matéria de facto provada, a inexistência de posto de trabalho alternativo disponível (acórdão do STJ de 24.9.2008 *cit.*, p. 11). É, todavia, adiantado que ainda que se reconhecesse a existência de um tal dever de reajuste contratual, seria sempre excessivo exigir do empregador a criação de posto de trabalho de que não necessita (p. 9). O STJ acabaria por concluir pela verificação da caducidade do contrato de trabalho, por “impossibilidade superveniente, absoluta e definitiva do trabalhador prestar o seu trabalho” (Sumário, § IV). Também em acórdão de 14.4.2010, Proc. n.º 36/07.0TTCSC.L1.S1 (PINTO HESPAÑOL), o STJ assinala que o empregador não se encontra obrigado “a criar um posto de trabalho que não tenha a ver com a actividade contratada, pois isso implicaria uma alteração contratual só possível mediante acordo das partes, por não existir normativo legal que a impusesse” (Sumário, II). No mesmo sentido, indica o TC, em acórdão de 14.3.2001, Proc. n.º 320/00 (GUILHERME DA FONSECA), que, para efeitos de caducidade do vínculo laboral, “não se pode exigir que a empresa aguarde por uma oportunidade de criação de uma outra actividade para atribuir à trabalhadora” (ênfase nossa).

²⁵⁷³ Cf. art. 283.º, n.º 8, “o empregador deve assegurar a trabalhador afectado de lesão provocada por acidente de trabalho ou doença profissional que reduza a sua capacidade de trabalho ou de ganho a ocupação em funções compatíveis”, havendo que considerar também os arts. 44.º e 154.º e ss. da Lei n.º 98/2009, de 4.9, que regulamenta o regime de reparação de acidentes de trabalho e de doenças profissionais, articulando estas normas com o disposto no DL n.º 143/99, de 30.4, em especial nos arts. 42.º, 54.º e 55.º. De acordo com o art. 155.º, n.º 1, da Lei n.º 98/2009, “o empregador é obrigado a ocupar o trabalhador que, ao seu serviço, ainda que a título de contrato a termo, sofreu acidente de trabalho ou contraiu doença profissional de que tenha resultado qualquer das incapacidades previstas no artigo anterior, em funções e condições de trabalho compatíveis com o respectivo estado, nos termos previstos na presente lei”. Sendo, a este respeito, indicado que “ao trabalhador referido no número anterior é assegurada, pelo empregador, a formação profissional, a adaptação do posto de trabalho, o trabalho a tempo parcial e a licença para formação ou novo emprego, nos termos previstos na presente lei” (cf. art. 155.º, n.º 2). Acresce que nos termos do art. 158.º, n.º 5, do mesmo diploma, “a concessão da licença para formação ou novo emprego determina a suspensão do contrato de trabalho, com os efeitos previstos no n.º 4 do artigo 317.º do Código do Trabalho. V. ainda

falta de um dever genérico expresso e para lá dos desvios pontualmente assinalados, uma tal obrigação não vincularia o empregador, condicionando a caducidade. Este o entendimento de FURTADO MARTINS, para quem, fora os casos expressamente identificados na lei, “*não haverá fundamento suficiente para construir uma obrigação geral – inerente a todas as situações jurídicas de trabalho subordinado – de modificação do contrato a cargo da entidade empregadora*”²⁵⁷⁵. A tanto obstaria, aliás, a natureza infungível da obrigação laboral e o tendencial *intuitus personae* forte que caracteriza a escolha do trabalhador²⁵⁷⁶, e que respeita ao objecto contratual e não a um qualquer posto de trabalho a ocupar no seio da empresa. Uma tal alteração tenderia, pois, a reclamar o acordo das partes²⁵⁷⁷. De

acórdão de 25.1.2012, Proc. n.º 344/07.OTTEVR.E1.S1 (SAMPAIO GOMES), conforme o qual “resultando provado que a trabalhadora contraiu doença profissional que, definitiva e absolutamente, a impediu de desempenhar as tarefas para as quais foi contratada e resultando apurado que a entidade empregadora não dispunha de outros postos de trabalho onde a pudesse colocar ou de postos de trabalho onde não estivesse sujeita aos riscos que, justamente, lhe determinaram a doença profissional que padecia, é de concluir pela caducidade do seu contrato de trabalho” (Sumário, V).

²⁵⁷⁴ V. também o disposto no art. 19.º (“Reclassificação do trabalhador”) do RCTPE, onde o n.º 1 dispõe que “*se o trabalhador perder, superveniente e definitivamente, a aptidão para a realização da actividade artística para que foi contratado, por motivo decorrente das características da própria actividade, o empregador, mediante parecer fundamentado de uma comissão, deve atribuir-lhe, sem perda de retribuição, outras funções compatíveis com as suas qualificações profissionais, mesmo que não incluídas no objecto do contrato de trabalho, devendo-lhe assegurar a formação profissional adequada*”. Para este efeito, uma tal comissão “*é constituída por um representante do empregador, um representante do trabalhador e um representante indicado por acordo das partes*” (n.º 2). Certo, porém, que se “*o trabalhador não aceitar a reclassificação proposta pelo empregador*” ou se “*não existirem outras funções compatíveis com as suas qualificações profissionais, o contrato de trabalho caduca*” (n.º 3). Mais se referindo, ainda por referência ao CT de 2003, que a caducidade “*confere o direito à compensação prevista no artigo 401.º do Código do Trabalho, salvo se o trabalhador recusar injustificadamente a reclassificação*” (n.º 4). A este propósito, v. JÚLIO GOMES, “Da fábrica ...” *cit.*, pp. 229-230. Por conseguinte, “a previsão de um regime específico para os artistas de espectáculos permite [...] dissipar uma dúvida que se coloca a propósito da aplicação da al. b) do art. 343.º do Código do Trabalho, que é a de saber se no caso de impossibilidade superveniente, absoluta e definitiva, de o trabalhador prestar a sua actividade, tem o empregador obrigação de reclassificar o trabalhador num posto de trabalho disponível, incumbindo-o de tarefas que, ainda que não estejam incluídas no seu objecto de trabalho, sejam compatíveis com as suas qualificações e aptidões” (MARGARIDA PORTO, “Regime ...” *cit.*, p. 754).

²⁵⁷⁵ FURTADO MARTINS, *Cessação cit.*, p. 80, *itálico* nosso. Por conseguinte, “quando a impossibilidade para trabalhar afete toda a *atividade contratada*, haverá caducidade do contrato” (*idem*). Também neste sentido, ROMANO MARTINEZ, ao assinalar que a impossibilidade tem de se reportar às actividades contratualmente devidas: se “o trabalhador não se encontra em condições de as executar, o contrato caduca, pois não há um dever genérico de o empregador modificar o objecto negocial em função das limitações do trabalhador” (“Caducidade ...” *cit.*, p. 708, com *itálico* nosso). PALMA RAMALHO indica ainda que “se o trabalhador foi contratado para um posto de trabalho determinado e deixa de poder desempenhar a função correspondente, o contrato perde a sua razão de ser e deverá caducar” (*Tratado cit.*, II, p. 921).

²⁵⁷⁶ V. *supra* Parte I, Capítulo VI, § 3.

²⁵⁷⁷ Em acórdão do STJ, de 19.12.2007, constatada a não inscrição das trabalhadoras na respectiva ordem profissional e impedidas, em diante, do exercício de enfermagem e de “todas as funções *inerentes àquela profissão* [...]”, embora se reconhecendo que tal não as impedia da execução de outras funções, foi entendido que “a *ré não era obrigada a dar-lhes outras tarefas, pois*

assinalar, de resto, que uma alteração definitiva do trabalhador para categoria inferior, ainda que por motivos que a este respeitam, carece, nos termos do art. 119.º, de acordo, devendo “*ser autorizada pelo serviço com competência inspetiva do ministério responsável pela área laboral no caso de determinar diminuição de retribuição*”²⁵⁷⁸.

Certo, porém, que os desvios ao princípio *pacta sunt servanda* são, no domínio laboral, frequentes, sempre que assim o imponha a prevalência, ora de relevantes interesses pessoais dos trabalhadores, ora de atendíveis interesses gestionários do empregador²⁵⁷⁹. Por outro lado, quanto ao previsto no art. 119.º, sempre se poderá argumentar que atendendo a que ali se prevê uma diminuição de categoria – contendendo com a garantia referida no art. 129.º, n.º 1, e)²⁵⁸⁰ –, a norma pretende, em primeira linha, que uma tal alteração nunca ocorra à margem do consentimento do trabalhador, e não tanto do empregador²⁵⁸¹, ainda que a modificação proceda de necessidade premente

isso implicaria uma alteração contratual só possível mediante o acordo das partes, por não existir normativo legal que a imponha” (Proc. n.º 07S3389, SOUSA PEIXOTO, ênfase nossa). Sintetizando a divergência verificada a este respeito, o STJ indica, noutra hipótese (em acórdão de 14.11.2007, Proc. n.º 07S2913, SOUSA PEIXOTO) que “o que se poderia perguntar é se a impossibilidade da autora voar é suficiente para acarretar a caducidade do contrato de trabalho, uma vez que aquela incapacidade *não é definitiva e absoluta para todo e qualquer trabalho, mas apenas para o trabalho habitual*”. Sendo, a este propósito, assinalado que parte da doutrina entende que a caducidade só opera “quando a incapacidade for absoluta *para todo e qualquer trabalho* ou, quando sendo absoluta apenas para o trabalho habitual, o empregador não disponha de posto de trabalho compatível com a redução da capacidade do trabalhador ou este não aceite a sua reconversão profissional”. Havendo, todavia, quem sustente “que a incapacidade absoluta para o trabalho habitual é suficiente para desencadear a caducidade do contrato, uma vez que «[c]om a referência ao carácter *absoluto* da impossibilidade pretende-se afastar o simples agravamento da prestação, ou a excessiva onerosidade do cumprimento, como causa da caducidade do contrato e não exigir a demonstração da inviabilidade de execução de *toda e qualquer* função ou actividade»”. Conforme esta perspectiva “a impossibilidade absoluta tem de ser reportada às actividades contratualmente devidas e se o trabalhador não se encontra em condições de as executar, o contrato caduca, pois *não há um dever genérico de o empregador modificar o objecto negocial em função das limitações do trabalhador*, embora nada obste a que, *por acordo*, se proceda a uma reclassificação do trabalhador incapacitado, alterando-se o contrato de trabalho, de molde a permitir a subsistência da relação laboral”. V. ainda o já referido acórdão do STJ de 14.4.2010, Proc. n.º 36/07.0TTCSC.L1.S1 (PINTO HESPAHOL).

²⁵⁷⁸ Acresce que se, nos termos do art. 120.º, n.º 1, esta possibilidade é admitida, a título transitório, com base em motivação gestionária, poderia afigurar-se forçado estender a aplicação da norma a casos em que a motivação respeite ao trabalhador, por tempo indefinido. A prevalência dos interesses do trabalhador conhece, porém, não raras vezes, especial tutela, quando comparada com a reservada aos interesses do empregador – v. o referido *supra* § 2.3., no âmbito da suspensão por vítima de violência doméstica.

²⁵⁷⁹ Sobre este aspecto, v. *supra* Parte I, Capítulo VI, § 4.

²⁵⁸⁰ “É proibido ao empregador mudar o trabalhador para categoria inferior, salvo nos casos previstos neste Código”.

²⁵⁸¹ Assim resultava especialmente claro na redacção antes prevista no art. 313.º, n.º 1, do CT 2003, onde se dispunha que “o trabalhador só pode ser colocado em categoria inferior àquela para que foi contratado ou a que foi promovido quando tal mudança, imposta por necessidades prementes da empresa ou por estrita necessidade do trabalhador, seja por este aceite e autorizada pela Inspeção-Geral

daquele: assim o impondo a necessária tutela da posição do trabalhador, justificando a intervenção do serviço com competência inspectiva do ministério responsável pela área laboral, atenta a vulnerabilidade associada a tais casos, sobretudo quando a retrogradação seja acompanhada de diminuição retributiva. Em suma: a norma procura, no essencial, obviar a degradação injustificada da posição do trabalhador na empresa²⁵⁸². Não obstante, ainda que (sempre) se considere necessário o acordo do empregador – mesmo que a mudança para categoria inferior decorra de necessidade premente do trabalhador –, tendemos a rejeitar a exigência de uma tal concordância se a situação que atinge o trabalhador e que justifica a alteração, implicar, se não atendida, a extinção do contrato, por caducidade, em razão de “impossibilidade superveniente, absoluta e definitiva, de o trabalhador prestar o seu trabalho”²⁵⁸³. Na verdade, ainda que a aplicação da norma sempre pressuponha motivo ponderoso ou interesse sério – a “necessidade premente” –, o âmbito da norma não coincide (é mais amplo) com o das situações que podem ditar a caducidade do contrato de trabalho. O art. 119.º não tem aplicação apenas nos casos em que a despromoção surge – consideradas as circunstâncias que condicionam o trabalhador – como única alternativa à extinção²⁵⁸⁴: “o trabalhador poderá, muito simplesmente, ter interesse em desempenhar funções menos exigentes, em termos de profissionalidade ou de disponibilidade, muito embora lhe seja possível desempenhar as tarefas a que correspondem à categoria contratualmente definida”²⁵⁸⁵. Por conseguinte, sempre que, em razão de circunstancialismo superveniente, a subsistência do vínculo é ameaçada e a caducidade do vínculo concebida, admitimos, em função dos valores em presença – salvaguarda da estabilidade no emprego *vs.* restrição da liberdade de gestão do empregador –, desvio ao princípio *pacta sunt servanda*, impondo ao empregador um tal reajuste, contanto que viável, no contexto da organização existente.

Há, todavia, que contar com argumento sistemático, que dificultava a sustentação de um dever de realocação do trabalhador. A Lei n.º 23/2012, de 25.6, eliminara do âmbito do despedimento por extinção de posto de trabalho e do despedimento por inadaptação, exigência que antes condicionava a cessação: a reafectação do trabalhador a posto de trabalho alternativo. Anteriormente a tal diploma, o art. 368.º, n.º 4, exigia, entre os requisitos da extinção de posto de trabalho, que “o empregador não disp[usesse] de outro compatível com a categoria profissional do trabalhador”. Daqui resultando que “a impossibilidade prática da subsistência da relação de trabalho assenta[va] na demonstração de

do Trabalho”. Era, assim, acentuada a relevância de concordância do trabalhador e não tanto do acordo das partes. No mesmo sentido, *v.* o art. 23.º da LCT.

²⁵⁸² “Esta disposição não cobre os casos de promoção, nem os de deslocação horizontal, esgotando-se na despromoção” (MÁRIO PINTO, FURTADO MARTINS e NUNES DE CARVALHO, *Comentário cit.*, p. 116). Sustentando a necessidade de acordo do trabalhador também em caso de promoção, quando implique alteração das funções essenciais (salvo, por conseguinte, as promoções automáticas), *v.* MONTEIRO FERNANDES, *Direito cit.*, p. 185.

²⁵⁸³ Cf. art. 343.º, b).

²⁵⁸⁴ Tal qual, no caso paradigmático da telefonista que perde a audição.

²⁵⁸⁵ MÁRIO PINTO, FURTADO MARTINS e NUNES DE CARVALHO, *Comentário cit.*, p. 117, ênfase nossa.

factualidade que revel[asse] que, extinto o posto de trabalho em apreço, inexist[ia] outro compatível com a categoria do trabalhador, competindo a prova dessa circunstância ao empregador”²⁵⁸⁶. Também o art. 375.º, n.º 1, d), fazia depender o despedimento por inadaptção da não existência “na empresa de outro posto de trabalho disponível e compatível com a qualificação profissional do trabalhador”²⁵⁸⁷. Em cumprimento das obrigações assumidas pelo Estado português com o Fundo Monetário Internacional, a União Europeia e o Banco Central Europeu, vertidas no *Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica*²⁵⁸⁸, a referida Lei n.º 23/2012, suprimiu na extinção de posto de trabalho e no despedimento por inadaptção, o dever de realocação do trabalhador²⁵⁸⁹. Desde cedo, a doutrina questionou a adequação de uma tal opção, atendendo aos interesses em confronto e ao sacrifício imposto (porventura, não excessivo), por esta forma, ao empregador. De facto, afigurava-se razoável concluir pela prevalência, nesta hipótese, da tutela do trabalhador quanto à manutenção do emprego, em face da restrição assim operada ao interesse gestor do empregador²⁵⁹⁰. FURTADO MARTINS considerava mesmo que, não obstante a eliminação, em 2012, de referência expressa a um tal dever, a obrigação subsistia, condicionando, aliás, não apenas a extinção de posto de trabalho, mas também o despedimento colectivo – única interpretação compatível, no seu entender, com a leitura do despedimento enquanto *ultima ratio*²⁵⁹¹. cremos, todavia, que, afectando algum sentido à

²⁵⁸⁶ Assim, acórdão do STJ de 29.5.2013, Proc. n.º 1270/09.4TTLSB.L1.S1 (FERNANDES DA SILVA), itálico nosso.

²⁵⁸⁷ Quanto ao âmbito do dever de realocação, no contexto de grupo de empresas, assinala o STJ, em acórdão de 29.10.2013, Proc. n.º 298/07.3TTPRT.P3.S1 (MÁRIO BELO MORGADO), que “a avaliação da impossibilidade de subsistência da relação de trabalho, por não dispor o empregador de posto de trabalho compatível com a categoria do trabalhador, está circunscrita à estrutura empresarial do empregador, ainda que esteja este inserido num grupo de empresas, a menos que se justifique o levantamento da personalidade colectiva por a mesma ter sido usada de modo ilícito ou abusivo para prejudicar terceiros” (Sumário, III, ênfase nossa).

²⁵⁸⁸ Reflexo da Medida 4.5. iii) do *Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica* (versão de 17.5.2011, acessível em <http://www.portugal.gov.pt/media/371372/mou_pt_20110517.pdf>).

²⁵⁸⁹ Sobre o tema, v. David Carvalho MARTINS e Canas da SILVA “Despedimento por Extinção de Posto de Trabalho – A Revisão de 2012 e o Acórdão do Tribunal Constitucional de 2013”, *Para Jorge Leite. Escritos Jurídico-Laborais* (coord. João Reis, Leal Amado, Liberal Fernandes e Regina Redinha), vol. 1, Coimbra Editora, 2014, pp. 509-548, pp. 535 e ss.

²⁵⁹⁰ Concretizada em obrigação de realocação do trabalhador a posto de trabalho diverso no seio da organização. Não identificando motivo razoável que tenha justificado esta opção, v. PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, II, p. 1056-1057 e 1077-1078; v. ainda “O olhar ...” *cit.*, pp. 765-766.

²⁵⁹¹ Concluindo, em síntese, que “dificilmente se aceitará que o despedimento – seja por extinção de posto de trabalho, seja coletivo – é admissível quando o empregador necessita de recrutar novos trabalhadores para prover ao preenchimento de postos de trabalho vagos que tem na sua organização e que, atentas as qualificações dos trabalhadores a despedir, podiam por estes ser ocupados” (*Cessação cit.*, p. 298). Por conseguinte, se uma empresa dispõe de estabelecimentos diversos, a redução do número de trabalhadores afectos a um deles pode impor a recondução dos mesmos a um outro estabelecimento, contanto que ali exista um posto de trabalho disponível (em sentido distinto, v., todavia, acórdão do STJ, de 26.5.2015, Proc n.º 1174/13.6 TT PRT. P1).

supressão de um tal dever, afigurava-se difícil sustentar a subsistência do mesmo, após a referida alteração legal. De todo o modo, o TC viria a declarar a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, “por violação da proibição de despedimentos sem justa causa, consagrada no artigo 53.º da Constituição”, do art. 368.º, n.º 4 do CT, na redacção conferida pela Lei n.º 23/2012, de 25.6, bem como do art. 9.º, n.º 2 daquela Lei, na parte em que procedera à revogação do art. 375.º, n.º 1, d) do CT. No respeitante à extinção de posto de trabalho, refere o TC que “o regime anterior *compatibilizava* a satisfação do interesse do empregador [...] com a segurança no emprego, pois a extinção de tal posto não acarretava automaticamente a cessação do vínculo laboral”, conforme argumentação estendida ao despedimento por inadaptação²⁵⁹². Concluindo que “ao desobrigar o empregador da proposta de um posto alternativo disponível, o novo regime *lesa desnecessária e excessivamente o direito à segurança no emprego, sendo, por isso, inconstitucional*”²⁵⁹³. Considerados os efeitos da inconstitucionalidade assim declarada, havia que concluir pela repristinação das normas anteriormente vigentes – e da obrigação de realocação antes prevista²⁵⁹⁴. Quanto à extinção de posto de trabalho, a PL n.º 207/XII²⁵⁹⁵ viria a recuperar, expressamente e em termos sobreponíveis, a redacção anterior²⁵⁹⁶; já quanto ao despedimento por inadaptação, o dever de realocação foi previsto em termos ligeiramente diversos, face ao previsto na Lei n.º 7/2009, uniformizando os termos de uma tal realocação nos despedimentos por extinção de posto de

Tal, afinal, no entender de FURTADO MARTINS, a única interpretação consentânea com a ideia do despedimento como *ultima ratio* (pp. 297-299). Todavia, tal não seria confundível com um dever de criação de novos postos de trabalho ou um dever de reconversão profissional, na medida em que “o empregador não está obrigado a oferecer a colocação em postos de trabalho diferentes”, enquanto “postos de trabalho que, por terem diferente conteúdo funcional, impliquem proporcionar aos trabalhadores excedentários as habilitações e qualificações profissionais indispensáveis para que possam ocupá-los”. Nem se diga que tal conflituaria com o previsto no art. 361.º, n.º 1, c), já que tais medidas (reconversão e reclassificação profissional) surgem, nesse âmbito, enquanto alternativas ao despedimento, a negociar com os representantes dos trabalhadores, o que não seria confundível com qualquer dever jurídico imposto ao empregador nesse sentido (pp. 300-301).

²⁵⁹² Acórdão n.º 602/2013, de 20.9, Proc. n.º 531/12 (PEDRO MACHETE), itálico nosso. Não se afigurando ajustado concluir que “o trabalhador inadaptado a um determinado posto de trabalho que sofreu modificações, seja despedido quando haja outro posto de trabalho disponível e compatível com a sua qualificação e aptidão profissional” (acórdão *cit.*).

²⁵⁹³ Ênfase nossa.

²⁵⁹⁴ Conforme o disposto no art. 282.º, n.º 1, da CRP, “a declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e determina a repristinação das normas que ela, eventualmente, haja revogado”.

²⁵⁹⁵ Apresentada pelo Governo na Assembleia da República, em 13.2.2014. Texto da PL disponível em <http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=38239>.

²⁵⁹⁶ Retomando a redacção que antes previa que, “para efeito da alínea b) do n.º 1, uma vez extinto o posto de trabalho, considera-se que a subsistência da relação de trabalho é praticamente impossível quando o empregador não disponha de outro compatível com a categoria profissional do trabalhador”.

trabalho e por inadaptção²⁵⁹⁷. A Lei n.º 27/2014, de 8.5, viria a formalizar estas alterações, passando o art. 368.º, n.º 4, a indicar que *“uma vez extinto o posto de trabalho, considera-se que a subsistência da relação de trabalho é praticamente impossível quando o empregador não disponha de outro compatível com a categoria profissional do trabalhador”*, e o art. 375.º, n.º 1, d), que o despedimento por inadaptção só pode ter lugar contanto que *“não exista na empresa outro posto de trabalho disponível e compatível com a categoria profissional do trabalhador”*.

Certamente o retorno à menção expressa do dever nestas hipóteses não implica a inevitável transposição desta lógica para o domínio da caducidade. É, afinal, sustentável que esta obrigação resulte imposta ao empregador apenas em situações de despedimento – naturalmente, por razões objectivas –, em que a extinção é promovida por decisão unilateral do empregador. Atendendo à prevalência, em tais casos, da lógica gestonária que motiva a vontade extintiva, afigura-se legítimo exigir ao empregador que afira possível alocação do trabalhador a posto de trabalho diverso. Dir-se-ia, assim, possível autonomizar estas hipóteses da extinção por caducidade, sobretudo, considerando: (i) a sugestão de não se estar, na caducidade, perante acto voluntário de extinção, promovido pelo empregador e (ii) porque, nas situações em apreço – ao invés dos despedimentos acima referidos –, a extinção procede ainda de razões referentes ao trabalhador. No que respeita ao primeiro argumento, há, todavia, que assinalar a artificialidade que, no âmbito da distinção entre despedimento colectivo e caducidade por impossibilidade de o empregador prestar a necessária colaboração, conduziram à irrelevância de um tal elemento diferenciador – o da concorrência (ou não) de decisão extintiva do empregador –, em prol de outros critérios, mais rigorosos, como seja o da abrangência do efeito extintivo²⁵⁹⁸; também aqui – embora a caducidade opere por factos referentes ao trabalhador –, consideramos este critério pouco expressivo, sobretudo se atendermos às variantes que a cessação do contrato assume, nestas circunstâncias, à luz dos diversos ordenamentos, atenta a recondução frequente a um despedimento²⁵⁹⁹. O segundo justificativo teria, contudo, maior pertinência, pressupondo restringir o dever de realocação do trabalhador a situações de extinção por motivação gestonária. Fora estes casos, apenas nas hipóteses em que uma tal obrigação resultasse expressa seria legítimo concluir pela necessária reafectação do trabalhador, no contexto empresarial²⁶⁰⁰. Não

²⁵⁹⁷ O art. 375.º, n.º 1, d) do CT, na redacção conferida pela Lei n.º 7/2009, previa, enquanto requisito do despedimento por inadaptção, que *“não exist[isse] na empresa outro posto de trabalho disponível e compatível com a qualificação profissional do trabalhador”* – e não já com a *“categoria profissional do trabalhador”*, como disposto relativamente à extinção de posto de trabalho. A PL n.º 207/XII passa a acolher idêntica redacção no despedimento por inadaptção, ao exigir que *“não exista na empresa outro posto de trabalho disponível e compatível com a categoria profissional do trabalhador”*.

²⁵⁹⁸ Sobre tal ponto, *v.*, com maior desenvolvimento, *infra* Secção IV, § 2.2.

²⁵⁹⁹ Sobre este aspecto, *v. supra* Secção I, § 1.

²⁶⁰⁰ Neste sentido, MOREIRA DOS SANTOS, que considera que uma tal obrigação de recolocação apenas existirá quando expressamente prevista. Em caso de acidente de trabalho, um *“tal dever emerge da especial protecção que é dada ao trabalhador sinistrado, pelo facto de ter visto*

cremos, todavia, que assim seja. Na verdade, independentemente da forma de cessação em causa – despedimento ou caducidade – e quer a motivação extintiva respeite ao trabalhador ou ao empregador, a cessação deve operar *ultima ratio*. A lógica idêntica obedece, aliás, o despedimento disciplinar – que apenas deve ter lugar se sanções menos gravosas, conservatórias do vínculo, não se mostram adequadas à gravidade do comportamento censurado. Não vemos, pois, por que não estender obrigação simétrica à caducidade, quer esta resulte de impossibilidade de o empregador prestar ao trabalhador a necessária colaboração²⁶⁰¹, quer de impossibilidade de o trabalhador prestar trabalho – sobretudo se considerarmos o modo particularmente expedito como, entre nós, a cessação opera, por esta via, no confronto com outras formas extintivas²⁶⁰². Assim resulta ainda, segundo cremos, de ponderada conformação dos interesses das partes: estabilidade do emprego *vs.* livre gestão da organização, afigurando-se legítimo e proporcionado o sacrifício exigido ao empregador, quanto à realocação a posto de trabalho diverso, existente no seio da organização e para o qual o trabalhador reúna as necessárias qualificações; e admitindo, pois, que se o trabalhador a tanto aceder, ao empregador deva ser imposta uma tal recondução²⁶⁰³. Se o empregador assim não proceder, a impossibilidade – embora total, absoluta e definitiva – não autoriza a extinção, salvo se a reafecção exigir a criação de novo posto de trabalho, bem como se o empregador tiver de promover a reconversão ou a requalificação do trabalhador ou se as funções disponíveis exigirem especial confiança, incompatível com uma tal realocação. Acompanhando leitura exigente do tema, presente em algumas decisões judiciais²⁶⁰⁴, também JÚLIO GOMES sustenta um

diminuída a sua capacidade de trabalho e de ganho em virtude de acidente ocorrido ao serviço da entidade empregadora” (“A caducidade ...” *cit.*, p. 155).

²⁶⁰¹ Aspecto retomado *infra*, Secção IV, § 2.2.

²⁶⁰² JÚLIO GOMES constata, de resto, que na esfera laboral “a caducidade tem sido uma figura que tem visto o seu campo de aplicação entre nós ampliar-se, em termos que já nem sempre são paralelos com o direito civil” (“Da inobservância ...” *cit.*, p. 433).

²⁶⁰³ E mesmo que a tanto corresponda retrocesso profissional, se inexistirem funções compatíveis com a categoria do trabalhador.

²⁶⁰⁴ Também ROMANO MARTINEZ nota que, com frequência, a jurisprudência interpreta a impossibilidade legitimadora da caducidade “no sentido de *incapacidade absoluta para todo o tipo de trabalho*, pelo que se o trabalhador se encontra tão-só incapacitado de desempenhar a sua actividade habitual, *podendo prestar outras tarefas*, o contrato não caduca” (“Caducidade ...” *cit.*, p. 707, com *itálico* nosso). Acolhendo um tal sentido, o STJ assinala, em acórdão de 7.3.2007, que “a impossibilidade superveniente susceptível de determinar a caducidade do contrato é, nos termos da lei, uma impossibilidade *absoluta* e definitiva e, portanto, deverá traduzir-se numa *incapacidade total e irreversível para todo e qualquer trabalho dentro da empresa*” (Proc. n.º 06S4277, FERNANDES CADILHA, com *itálico* nosso). Em acórdão de 25.1.1995, Proc. n.º 004140 (DIAS SIMÃO), refere o STJ que “no caso de o trabalhador ficar absoluta e definitivamente impossibilitado de prestar o trabalho ajustado, mas se pode desempenhar funções integradas noutra categoria profissional, *a impossibilidade é parcial, e impõe-se a modificação contrato, colocando o trabalhador na categoria cujas funções ele tiver capacidade para exercer*” (Sumário, VI, com *itálico* nosso). V. ainda MENEZES CORDEIRO, *Manual cit.*, p. 793, que identifica nesta tendência jurisprudencial “uma manifestação, pela positiva, do princípio da igualdade, que permite favorecer os mais fracos”. Tal qual exposto, rejeitamos, todavia, concluir que, nestes casos, a impossibilidade não seja “total” e “absoluta”.

dever de o empregador modificar o contrato, em caso de incapacidade do trabalhador, promovendo a recondução deste último a posto de trabalho diverso – assim condicionando a licitude da extinção, por caducidade²⁶⁰⁵. Ao empregador seria, nesta medida, exigível que se certificasse, antes de tomar o contrato por terminado, da inexistência de posto de trabalho alternativo. Negar um tal dever seria não tomar em “devida conta que existe um dever de lealdade de ambas as partes e que o princípio da boa fé na execução do contrato tanto vincula o empregador, como o trabalhador”^{2606/2607}.

Vimos, aliás, que, no Direito alemão, embora um impedimento respeitante ao trabalhador possa constituir motivo “*socialmente justificado*” do despedimento (cf. § 1, 2 da KSchG)²⁶⁰⁸, a “justificação social” falhará se o despedimento descure o crivo da proporcionalidade. Assim sucedendo se o fim do vínculo não surge como *ultima ratio* – sendo, neste âmbito, expressamente exigido que o empregador não disponha de posto de trabalho alternativo, ainda que tal reclame formação adicional e mesmo que à oferta alternativa correspondam condições menos favoráveis ao trabalhador (cf. § 1, 2, 1, b) e § 2

²⁶⁰⁵ “Ora não se deverá afirmar que o princípio da boa fé numa matéria tão importante como a da cessação do contrato de trabalho *e, demais a mais, estando em jogo uma caducidade sem qualquer indemnização ou compensação*, impõe que o empregador, antes de invocar esta caducidade, se certifique de que não existe outro posto de trabalho em que possa «aproveitar» o trabalhador?” (“Algumas reflexões ...” *cit.*, p. 747, ênfase nossa).

²⁶⁰⁶ “Algumas reflexões ...” *cit.*, p. 747. Subjacente a esta posição está o entendimento de que a caducidade do contrato de trabalho deve ser interpretada restritivamente, “sob pena de minar toda a coerência do sistema e de se converter numa fácil, expedita (porque não procedimentalizada) e económica alternativa ao despedimento com justa causa” (p. 718). Também no Direito inglês, Richard FENTIMAN regista a preocupação da doutrina em evitar a aplicação da “*doctrine of frustration*”, em prejuízo da cessação por “*dismissal*”, atenta a protecção que este regime confere ao trabalhador: a invocação da “*frustration*” surge como uma forma expedita para o empregador excluir a tutela pressuposta na valoração de “(un)fair dismissal”, devendo, por isso, ser desencorajada (“Frustration of Contract of Employment”, *Industrial Law Journal*, 1986, vol. 15, n.º 1, pp. 54-56, p. 55). Para o mesmo alerta David HOWARTH, “Frustration for Labour Lawyers”, *Cambridge Law Journal*, 1987, vol. 46, n.º 1, pp. 47-49, p. 49.

²⁶⁰⁷ NUNES VICENTE e MILENA ROUXINOL indicam também o dever de modificação do objecto contratual como condição prévia à cessação do contrato por caducidade: a impossibilidade de prestar trabalho “apenas se verificará quando o trabalhador for inapto a ocupar não só o seu posto de trabalho habitual, mas qualquer outro dos existentes na empresa, de modo que a inaptidão para o cumprimento das funções habituais imponha ao empregador um dever de modificação do objecto negocial” (“Entre o direito ...” *cit.*, p. 112, com itálico nosso). E assim, no essencial, por três razões: (i) por sustentarem uma leitura exigente da impossibilidade laboral, por força do princípio da segurança do emprego; (ii) por uma tal solução ser mais conforme com os princípios subjacentes às regras de cessação do contrato, no Direito português – em especial, atendendo às limitações com que o empregador se defronta no que respeita à extinção do vínculo; (iii) por fim, porque o nosso ordenamento, mantém a caducidade como expediente não procedimentalizado e sem custos – daqui decorrendo especial exigência na verificação dos seus pressupostos (pp. 112-114). Conforme assinalado, embora coincidindo no resultado, perspectivamos, todavia, o dever de realocação como uma imposição externa à caracterização da impossibilidade.

²⁶⁰⁸ Cf. *supra*, Secção I, § 1.

da KSchG)²⁶⁰⁹. Lógica aproximada é também acolhida no Direito italiano, caso o impedimento que atinge o trabalhador venha a revelar-se definitivo, antes do decurso do “*periodo di comporta*”²⁶¹⁰. Opera, nestes casos, leitura articulada das regras gerais da impossibilidade e das reservadas à cessação do contrato de trabalho por “*motivo giustificato obiettivo*” – cf. art. 3, 2.^a parte da *Legge* de 15.7.1966, n.º 604²⁶¹¹. Aqui se repetindo a ideia de que embora impedimentos pessoais do trabalhador legitimem o despedimento, a extinção é justificada em função da (grave) perturbação que a ausência provoca na esfera do credor – e não tanto em resultado da ausência, em si mesma. Assim se justificando o enquadramento, entre os casos de “*giustificato motivo oggettivo*”, não apenas de factos que afectam directamente a organização, mas de outros tantos que, embora atingindo, em primeira linha, a capacidade do trabalhador para o desempenho da actividade, prejudicam, consequentemente, o regular funcionamento da estrutura – aqui se identificando a razão essencial para o fim do contrato. Não obstante, jurisprudência e doutrina condicionam a extinção a elemento adicional: a inexistência de posto de trabalho equivalente ao qual o trabalhador possa ser afecto – ou de posto de trabalho a que corresponda posicionamento inferior, contanto que com o consentimento do trabalhador²⁶¹².

A existência de um tal dever é, assim, reconhecida em ordenamentos diversos²⁶¹³. Admitimos que também entre nós esta obrigação – reafecção do

²⁶⁰⁹ “The employee only can be dismissed if he or she cannot be employed on another (comparable) workplace in the same establishment or in another establishment of the same company; the same applies to dismissals if the employee can be transferred to another workplace with changed working conditions after a retraining for reasonable costs. Moreover, the principle of last resort demands that the employer first declares a dismissal to change working conditions («Änderungskündigung») before terminating the employment contract by dismissal” (SEIFERT e FUNKEN-HÖTZEL, “Wrongful dismissals ...” cit., p. 7).

²⁶¹⁰ A este respeito, v. *infra* Capítulo III.

²⁶¹¹ V. *supra* Secção I, § 1.

²⁶¹² Assim se impondo, atenta a configuração do despedimento como *extrema ratio*, não se exigindo, todavia, a criação de um novo posto de trabalho, mas tão-só a reafecção do trabalhador no âmbito da organização existente (DEL PUNTA, *Diritto* cit., p. 534). Retomamos o tema adiante, reflectindo sobre a hipótese de incapacidade definitiva que atinge o trabalhador antes do decurso do “*periodo di comporta*”, indicando, então, a evolução jurisprudencial registada a este respeito (Capítulo III).

²⁶¹³ Em França, formulado juízo de “*inaptitude*” após ausência por doença, o empregador deve propor ao trabalhador um novo posto de trabalho, ajustado às suas capacidades, ainda que a tanto corresponda “*obligation de reclassement*” (cf. art. L 1226-3). Conforme o art. L 1226-2 do *Code du travail*, “lorsque, à l'issue des périodes de suspension du contrat de travail consécutives à une maladie ou un accident non professionnel, le salarié est déclaré inapte par le médecin du travail à reprendre l'emploi qu'il occupait précédemment, l'employeur lui propose un autre emploi approprié à ses capacités”. Mais se referindo que “cette proposition prend en compte les conclusions écrites du médecin du travail et les indications qu'il formule sur l'aptitude du salarié à exercer l'une des tâches existantes dans l'entreprise”. E, por fim, que “l'emploi proposé est aussi comparable que possible à l'emploi précédemment occupé, au besoin par la mise en oeuvre de mesures telles que mutations, transformations de postes de travail ou aménagement du temps de travail”; caso o trabalhador aceite a realocação, opera modificação contratual. No Direito inglês, no contexto de “*fair dismissal*”, a jurisprudência considera essencial aferir a “*reasonableness*” da extinção: “*simply ask whether or not the action taken by the employer could be construed as being that of a reasonable employer*” (ob. cit., p. 269). Especificamente no “*dismissal on grounds of ill health*”, é indicado que em face de longas ausências, a não oferta ao trabalhador de emprego alternativo pode tornar evidente que a

trabalhador a outro posto de trabalho, disponível na organização e compatível com a respectiva capacidade residual, contanto que ajustado ao seu perfil profissional, nos moldes descritos – impende sobre o empregador, condicionando a extinção do contrato, por caducidade.

Aqui chegados, diremos, pois, que não só na suspensão por factos respeitantes ao trabalhador, mas também na extinção por caducidade, por razões idênticas, a impossibilidade não tem de revestir natureza absoluta, bastando que ao trabalhador seja inexigível a execução do acordado²⁶¹⁴.

extinção não é apenas “unfair”, como constitui ainda “disability discrimination”. Nestas situações, “the employer is under a duty to see whether any «reasonable adjustments» could be made to working practices and or policies in order that an incapacitated employee could return to work. This might well include changing hours of work, adjusting job content, altering the place at which some or all of the work is carried out and redeploying staff into jobs without requiring them to compete with others for a role which they could carry out. Dismissing without first giving full and serious consideration to the possibility of «reasonable adjustment» or failing to make such adjustments when they could be made is likely to mean that the organization is both unfairly dismissing and breaching disability discrimination law” (ob. cit., p. 282).

²⁶¹⁴ Veremos, adiante, que também a impossibilidade de o empregador prestar colaboração imprescindível ao cumprimento não tem, para efeitos de caducidade, de revestir carácter absoluto (infra, Secção IV, § 2.2.).

SECÇÃO IV

A IMPOSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO POR FACTO RESPEITANTE AO EMPREGADOR

A falta de cumprimento da obrigação de pagamento da retribuição – obrigação principal do empregador²⁶¹⁵ – não determina qualquer impossibilidade de cumprimento: afinal, tem sido sustentado que *genus numquam peri*²⁶¹⁶. Por conseguinte, quanto às diversas hipóteses suspensivas por razões relativas ao empregador, o comportamento em falta não respeita à obrigação principal do empregador, mas à aceitação do trabalho ou à necessária colaboração para o cumprimento²⁶¹⁷. Conforme este ângulo, a frustração respeita tão-só à cooperação – essencial ao desenvolvimento, pelo trabalhador, da actividade laboral: se a afectação superveniente de tal colaboração assume carácter transitório, a suspensão pode operar; se resulta inviabilizada em definitivo, poderá revestir relevância extintiva²⁶¹⁸.

Dir-se-á, nesta medida – conforme fenómeno sobreponível a outros contratos –, que também no vínculo de trabalho, o credor (o empregador) pode ser responsável pelo retardamento (ou, em termos mais precisos, inutilização, por referência à perspectiva interna do vínculo²⁶¹⁹) da actividade laboral: embora o trabalhador se encontre, para tanto, disponível, o empregador não presta a colaboração exigida, impossibilitando, em definitivo, a(s) prestação(ões) não realizada(s). Pois bem, qual a disciplina jurídica reservada a tais casos?²⁶²⁰

²⁶¹⁵ Cf. o art. 11.º, “contrato de trabalho é aquele pelo qual uma pessoa singular se obriga, mediante retribuição, a prestar a sua actividade a outra ou outras pessoas, no âmbito de organização e sob a autoridade destas” (v. ainda o art. 127.º, n.º 1, b)). Numa perspectiva dogmática, assim resulta da superação das construções comunitário-pessoais do vínculo laboral e da assumida patrimonialidade do contrato de trabalho. Neste sentido, v. PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, II, p. 656.

²⁶¹⁶ Raúl VENTURA, “Extinção ...” *cit.*, p. 233. Conforme o STJ, “o inadimplemento por falta absoluta de meios pecuniários não libera o devedor” (acórdão de 13.12.1977, Proc. n.º 066907, ACACIO CARVALHO). No vínculo de trabalho, apenas a obrigação do trabalhador pode impossibilitar-se, o mesmo não sucedendo com a obrigação que impende sobre o empregador: pecuniária, genérica e fungível (GIUDICE, MARIANI e IZZO, *Diritto cit.*, p. 413). RADOUANT indica igualmente que um género praticamente ilimitado como o dinheiro é excluído de qualquer juízo de impossibilidade (*Du cas fortuit cit.*, p. 18, p. 45), concluindo que a frequência da impossibilidade é proporcional ao grau de individualização do objecto da obrigação (p. 46). Também a *Cassazione* assinala que “in nessun caso potrebbe parlarsi, nei confronti del datore di lavoro, debitore dell’obbligo retributivo, di impossibilità esoneratrice da responsabilità giacchè, com riferimento all’oggetto della prestazione datoriale (denaro), «genus nunquam perit»” (decisão de 17.7.1990, n.º 7302, *apud* LOMBARDI, *La risoluzione cit.*, p. 421). No Direito alemão, neste sentido, v. HAGER, *Das ruhende cit.*, p. 36.

²⁶¹⁷ BALLETTI, “La risoluzione ...” *cit.*, p. 487.

²⁶¹⁸ O art. 343.º, b), inclui, entre as causas de caducidade do contrato de trabalho, a impossibilidade superveniente, absoluta e definitiva, não só “de o trabalhador prestar o seu trabalho”, como “de o empregador o receber”.

²⁶¹⁹ Cf. *supra*, Parte I, Capítulo I, Secção V, Subsecção III, § 3.

²⁶²⁰ “O termo não cumprimento imputável ao credor poderá causar – seguramente causará – alguma *perplexidade*: pode o não cumprimento ser imputável ao credor?; àquele que tem direito à prestação?; àquele que tem interesse na prestação? Contra as aparências, a resposta é – deve

A par das especificidades reclamadas no domínio civil, importa ter em conta que, no Direito do Trabalho, a falta de colaboração assume traços próprios, que associamos, sobretudo: (i) à natureza vinculada da decisão que conduz à suspensão e (ii) ao efeito preclusivo da actividade laboral. Se o primeiro elemento resulta (ainda) de garantia reconhecida ao trabalhador, o segundo apela, mais uma vez, à natureza continuada do contrato de trabalho.

1. A natureza vinculada da decisão que determina a suspensão

I. No Direito português, a suspensão por motivos relativos ao empregador sempre prevê o pagamento de determinado valor, pelo empregador, ainda que variável, consoante os factos que motivam a suspensão²⁶²¹. Há, no entanto, que ter em conta que, neste domínio, mesmo na designada suspensão por facto imputável ou por motivo de interesse do empregador, não é consentida recusa não motivada da prestação de trabalho²⁶²²: a falta de colaboração deve, pois, sempre assentar em razões objectivas, de escopo empresarial²⁶²³. Para JORGE LEITE assim resulta, desde logo, da tutela constitucional reservada à segurança no emprego (cf. art. 53.º da CRP), que garante também que a “suspensão, com ou sem perda de salário, porque se traduz num acto condicionador ou restritivo de [um tal] direito, só é legítima se se fundar em motivos reais e sérios”²⁶²⁴. A recusa de

ser – uma resposta positiva” (PINTO OLIVEIRA, *Princípios cit.*, p. 451). Também no Direito italiano esta referência é comum; nota, a este propósito, LOMBARDI que poderá “*verificarsi la particolare ipotesi di impossibilità della prestazione che alla caratteristica dell’inimputabilità al debitore vi aggiunga quella dell’imputabilità al creditore [...]*” (*La risoluzione cit.*, p. 310).

²⁶²¹ Assim, em situação de crise empresarial é devido o pagamento de “compensação retributiva”; no encerramento ou diminuição temporária da actividade da empresa ou estabelecimento, é assegurado o pagamento, pelo empregador, de 75% (perante caso fortuito ou força maior) e de 100% (se decorrente de facto imputável ao empregador ou por motivo de interesse deste) da retribuição – cf. arts. 303.º, n.º 1, a), 305.º, n.ºs 3 e 4, e 309.º, n.º 1.

²⁶²² “O art. 309.º, n.º 1, b), consagra uma lata faculdade de disposição, por parte do empregador, relativamente à continuidade do processo de laboração da empresa ou estabelecimento. E, perante o teor do preceito, fica-se com a ideia de que a motivação do encerramento é insusceptível de controlo externo, excepto para o efeito de se determinar a modalidade de regime de suspensão aplicável. *Mas não é assim*” (MONTEIRO FERNANDES, *Direito cit.*, p. 463, ênfase nossa). Recusando igualmente uma decisão que, de modo imotivado e infundado, desencadeie uma situação suspensiva, v. no Direito alemão, SÖLLNER, “*Ohne Arbeit ...*” *cit.*, p. 57, acompanhando, a este propósito, ISELE, “*Das suspendierte ...*” *cit.*, pp. 117 e ss.

²⁶²³ Para maiores desenvolvimentos, v. MÁRIO PINTO, FURTADO MARTINS e NUNES DE CARVALHO, *Comentário cit.*, p. 237, e MONTEIRO FERNANDES, *Direito cit.*, pp. 463-465.

²⁶²⁴ “Direito de exercício ...” *cit.*, pp. 22-23, ênfase nossa. Indiciando divergir deste entendimento, Pedro Furtado MARTINS refere que “a segurança no emprego relaciona-se com a temática dcomo claramente se retira da letra do preceitoA Relevância dos Elementos Pessoais na Situação Jurídica do Trabalhador Subordinado. Considerações em Torno de uma Manifestação Típica: O Dever de Ocupação Efectiva”, *RMP*, ano 12, 1991, n.º 47, pp. 35-53, p. 49Em acórdão n.º 372/91, de 17.10.1991, Proc. n.º 406/91 (SOUSA BRITO), o TC assinala que “se o sentido do artigo 53.º fosse, exclusivamente, a proibição de determinados despedimentos, o legislador constituinte não teria nele consagrado a garantia de segurança no emprego”. Sendo

suspensão unilateral desvinculada encontra, aliás, concretização paralela na proibição do “lock-out”²⁶²⁵: a paralisação, ainda que temporária, é admissível apenas se por tal via (suspensiva) se prosseguirem finalidades (ainda) relativas “à normal actividade da empresa”²⁶²⁶. Assim se evidenciando os traços próprios da dinâmica laboral – que conferem à falta de colaboração do empregador contornos precisos, no confronto com o enquadramento civilístico.

II. Na esfera civil, atento o regime reservado à *mora credendi*²⁶²⁷, a doutrina tende a rejeitar configurar a colaboração do credor como um dever – multiplicando-se resistências ao reconhecimento de um direito do devedor ao cumprimento^{2628/2629} –, sendo preferida a referência a um ónus de cooperação²⁶³⁰. Conforme este entendimento, salvo nos casos em que norma

incompatível com uma tal garantia, nomeadamente, norma que autorizasse a suspensão laboral sem quaisquer fundamentos e por livre iniciativa do empregador: “se pudessem ser decretadas arbitrariamente, a suspensão do contrato de trabalho e a redução do horário normal de trabalho iludiriam qualquer proibição de despedimentos, eximindo o empregador de efectuar – no todo ou em parte – a prestação principal a que está adstrito (retribuição), e até teriam o efeito perverso de manter o trabalhador vinculado aos deveres acessórios emergentes do contrato – *maxime*, o de lealdade”. Ainda em acórdão do TC n.º 581/95, de 31.10.1995, Proc. n.ºs 407/88 e 134/89 (ASSUNÇÃO ESTEVES), é indicado que a segurança no emprego dita a excepcionalidade do regime da suspensão laboral, não obstante a centralidade da proibição dos despedimentos sem justa causa. Reitera-se que o vínculo laboral não pode ficar dependente de mera funcionalização do trabalho aos interesses do empregador. Por sua vez, em acórdão n.º 423/99, de 30.6.1999, Proc. n.º 1094/98 (BRAVO SERRA), é referido que a suspensão no âmbito de um procedimento disciplinar não prejudica a garantia da segurança do emprego, *contanto que proporcional, necessária, adequada e procedimentalmente regulada*.

²⁶²⁵ V., a este propósito, acórdão da RP, de 21.12.2005, Proc. n.º 0540974 (ANTÓNIO GAMA).

²⁶²⁶ Cf. art. 544.º, n.º 1, *in fine*.

²⁶²⁷ Cf. arts. 813.º e ss. do CC.

²⁶²⁸ Recusando a vinculação do credor à colaboração, v. RIBEIRO DE FARIA, *Direito cit.*, p. 478. Não reconhecem, por regra, a existência de um semelhante direito ao cumprimento, entre outros, ANTUNES VARELA, *Das obrigações cit.*, vol. 2, p. 162, n. 1, e Rita Lynce de FARIA, que indica: “o que a lei protege é apenas o interesse do devedor no não agravamento da sua prestação e não o seu interesse no cumprimento”. Concluindo, em conformidade, que “a tutela daquele interesse não determina que a lei vá ao ponto de conferir um direito subjectivo ao cumprimento” (*Mora do Credor*, Lex, 2000, pp. 70-72, ênfase nossa). Identificando perspectivas divergentes quanto à natureza da *mora creditoris*, v. MENEZES CORDEIRO, *Tratado cit.*, IX (*Direito das Obrigações*), pp. 130-133 (com referência à literatura alemã sobre o tema, v. pp. 127-128, n. 266 e 267).

²⁶²⁹ Em balanço das alterações introduzidas em 2001/2002 no BGB, ZIMMERMAN regista: “the rules on *mora creditoris* [...] have only very slightly been adjusted by the reform of the law of obligations. As under the old law, the creditor is not obliged to receive performance but only entitled to do so. Unlike the creditor in the case of *mora debitoris*, the debtor in the event of *mora creditoris* does not have a right to sue for damages or to terminate the contract: by not accepting performance the creditor does not commit a breach of contract. The rules on *mora creditoris* are merely designed, in certain respects, to relieve the position of a debtor who has done whatever the law expects him to do” (“Breach ...” *cit.* – acesso electrónico).

²⁶³⁰ No que respeita à destriça entre “ónus” e “dever” e quanto aos efeitos associados à respectiva inobservância, v. JORGE LEITE, “Direito de exercício ...” *cit.*, p. 12 e ainda pp. 32-33. A recusa de um dever de colaboração seria ainda decorrência da concepção do direito de crédito como um direito subjectivo, em sentido próprio: “o direito subjectivo propriamente dito consiste no poder jurídico de livremente exigir ou pretender de outrem um determinado

especial o disponha ou as partes assim o determinem²⁶³¹, a colaboração revestiria (tão-só) a forma de ónus do credor, que assume os efeitos (negativos), decorrentes da sua inobservância²⁶³². Nesta perspectiva, uma vez que a “um ónus não pode contrapor-se um direito subjectivo”, ao devedor caberia, no limite, “a mera expectativa de que o credor desenvolv[esse] a colaboração que para tal é necessária”, não se lhe reconhecendo qualquer direito ao cumprimento^{2633/2634}. Ao invés de uma sanção, a mora do credor seria assimilável a remédio que traçaria o limite para lá do qual o devedor não deveria suportar as consequências inerentes ao subsistir da obrigação: a

comportamento; o titular de um direito subjectivo é livre de o exercer ou de não o exercer; logo, o credor, enquanto titular de um direito subjectivo, é livre de o exercer ou de deixar de o exercer, de aceitar ou de deixar de aceitar a prestação, de praticar ou de deixar de praticar os actos de cooperação necessários ao cumprimento” (PINTO OLIVEIRA, *Princípios cit.*, p. 184).

²⁶³¹ Por conseguinte, mesmo os autores que rejeitam, por regra, a existência de um dever de colaboração, admitem excepções. Assim, embora ANTUNES VARELA recuse, por princípio, uma obrigação de cooperação – “o hóspede que marcou lugar no hotel tem o direito, mas não o dever, de ocupar o quarto; o turista que se inscreveu no cruzeiro tem o direito, mas não a obrigação de participar nele” –, concede num tal dever sempre que assim decorra do acordado entre as partes: o que sucede na hipótese de “artista contratado para participar num espectáculo de renome, que também interessa à sua propaganda artística” (*Das obrigações cit.*, vol. 2, p. 162; v. ainda n. 1). Perfilhando este entendimento, como princípio geral – não transponível, todavia, para o domínio laboral – v. FURTADO MARTINS, *A relevância ... cit.*, pp. 37-38

²⁶³² GALVÃO TELLES, *Direito cit.*, pp. 314-315. O Autor não associa a *mora accipiendi* a um acto ilícito e culposo. Na sua perspectiva, “o credor não tem a obrigação propriamente dita de aceitar a prestação ou, de uma maneira geral, de praticar os actos necessários ao cumprimento. Não é devedor desses actos”. Por conseguinte, “deixando de receber a prestação ou de fazer o mais necessário de seu lado, não viola uma obrigação, desrespeita um ónus. E por isso se sujeita aos efeitos desfavoráveis que a lei associa à sua mora, como inobservância desse ónus” (pp. 314-315).

²⁶³³ É assim que CUNHA DE SÁ sintetiza a justificação invocada pela doutrina que nega reconhecer um direito ao cumprimento (*Direito cit.* pp. 31-33, com itálico nosso).

²⁶³⁴ Em termos aproximados, também no Direito italiano Giovanni CATTANEO considera, a propósito do art. 1206 do CCit. – aí se dispondo que o credor incorre em mora “quando, senza il motivo legittimo, non riceve il pagamento offertogli nei modi indicati dagli articoli seguenti o non compie quanto è necessario affinché il debitore possa adempiere l’obbligazione” –, que, não sendo decifrável tutela do interesse do devedor ao cumprimento, não lhe é assistido um qualquer direito a exigir do credor a colaboração necessária à libertação da sua obrigação (“Della Mora del Creditore. Artt. 1206-1207”, *Commentario del Codice Civile* (org. Antonio Scialoja e Giuseppe Branca), UTET Giuridica, 1973, p. 47). A inexistência de um semelhante direito decorreria ainda do previsto no art. 1180, 2 do CCit., que, ao regular o cumprimento por terceiro, dispõe que o credor pode recusar um tal cumprimento, caso o devedor lhe tenha transmitido a sua oposição. Constituindo esta recusa apenas uma possibilidade, não proíbe o credor de aceitar o cumprimento – o que não é, todavia, nestas circunstâncias, privado de efeitos (CATTANEO, “Della mora ...” *cit.*, p. 49). No Direito português, v., a este propósito, o disposto no art. 767.º e no art. 768.º, n.º 2, *in fine*, do CC, conforme o qual “a oposição do devedor não obsta a que o credor aceite validamente a prestação”. Enunciando os diversos entendimentos sustentados a este respeito na doutrina e jurisprudência italianas, v. LOMBARDI, *La risoluzione cit.*, pp. 326 e ss.

cooperação constituiria, nesta medida, ónus necessário ao cumprimento; o devedor não disporia, porém, de qualquer direito à libertação²⁶³⁵.

Outra leitura é defendida por MENEZES CORDEIRO: recusando a existência de um direito ao cumprimento, admite um dever de cooperação do credor²⁶³⁶. Nesta perspectiva, este dever decorreria, desde logo, da boa fé²⁶³⁷. Ao que haveria que somar não só a circunstância de “todas as sanções implícitas nos efeitos da *mora creditoris* traduz[irem], inequivocamente, um desvalor jurídico que recai sobre o comportamento do credor em mora”, como ainda o confronto do disposto nas alíneas a) e b) do art. 841.º do CC²⁶³⁸. No entanto, um direito ao cumprimento apenas existiria “se o devedor tive[sse] uma permissão normativa de aproveitamento de um bem”. Sucede que, “até ao momento do cumprimento”, o devedor é apenas “destinatário de normas de obrigação”. Concluindo, por conseguinte, que “a mora do credor, sendo ilícita, não traduz a lesão de um direito subjectivo do devedor mas tão-só a violação de disposições legais que tutelam os seus interesses”²⁶³⁹. Prescindindo, de momento, de referências mais alongadas, dir-se-á que às divergências registadas, em contexto civil, importa contrapor o regime acolhido, a este respeito, no domínio laboral: aqui, a colaboração do credor assume as vestes de um dever (do empregador) e de uma garantia (do trabalhador), concretizada na proibição de aquele “*obstar injustificadamente à prestação efectiva de trabalho*”²⁶⁴⁰.

III. Em contexto laboral, a colaboração do credor reveste um “carácter ainda mais essencial (no plano do conteúdo típico do vínculo)”²⁶⁴¹: mais do que um ónus, constitui um dever; sendo, em regra, reconhecido ao trabalhador, em tutela da profissionalidade, um direito à ocupação laboral²⁶⁴². Em síntese, “o

²⁶³⁵ Perspectiva distinta é sufragada, entre nós, por CUNHA DE SÁ, que admite um direito (do devedor) ao cumprimento (*Direito cit.*).

²⁶³⁶ *Tratado cit.*, IX (*Direito das Obrigações*), pp. 131-133.

²⁶³⁷ Que impõe “a necessidade jurídica de todos os intervenientes, com inclusão do credor, de uma correcta colaboração intersubjectiva, incompatível, naturalmente, quer com o agravamento da posição do devedor, quer com embaraços levantados à sua natural actividade jurídica” (*Tratado cit.*, IX (*Direito das Obrigações*), p. 131).

²⁶³⁸ MENEZES CORDEIRO, *Tratado cit.*, IX (*Direito das Obrigações*), pp. 131-132.

²⁶³⁹ MENEZES CORDEIRO, *Tratado cit.*, IX (*Direito das Obrigações*), pp. 132-133.

²⁶⁴⁰ Cf. art. 129, n.º 1, b).

²⁶⁴¹ MONTEIRO FERNANDES, “A suspensão do ...” *cit.*, p. 113; v. ainda JORGE LEITE, “Direito de exercício ...” *cit.*, pp. 10-11. Na verdade, “além da sua «extensão», a cooperação do empregador caracteriza-se também pela grande diversidade e complexidade das condutas que lhe são exigidas”. Basta, afinal, pensar que aqui se incluem “actos tão diferentes como a possibilidade de acesso ao local de trabalho, o fornecimento das matérias primas e dos instrumentos necessários à realização do trabalho, a determinação dos serviços ou tarefas que em cada momento o trabalhador deve realizar, ou a determinação temporal da prestação” (FURTADO MARTINS, “Despedimento ...” *cit.*, p. 173, n. 408; v. também, do mesmo Autor, *A relevância ...* *cit.*, p. 36, n. 3).

²⁶⁴² Há, todavia, autores que mesmo no domínio laboral nivelam distintamente a colaboração do empregador. PALMA RAMALHO parece autonomizar a ocupação efectiva da falta de cooperação creditória, tal qual se o empregador não disponibiliza ao trabalhador os meios necessários à execução da actividade – cf. art. 813.º, *in fine*, do CC (*Tratado cit.*, II, p. 427).

problema do direito de ocupação efectiva põe-se nos seguintes termos: pelo contrato de trabalho, o trabalhador adquire o direito à remuneração devendo, em contrapartida, prestar os seus serviços sob a direcção do empregador. Pergunta-se agora se, mercê desse poder de direcção, o empregador pode manter o trabalhador inactivo, desde que o remunere²⁶⁴³. Não obstante a formulação negativa, o art. 129.º, n.º 1, b), prevê, na linha do consagrado no CT 2003, um direito e um dever (conforme o ângulo de análise²⁶⁴⁴) geral de ocupação efectiva²⁶⁴⁵. Daqui resultando “a proibição de manutenção arbitrária

²⁶⁴³ MENEZES CORDEIRO, “Da cessação ...” *cit.*, p. 392.

²⁶⁴⁴ É, pois, acolhido, desde 2003, “sem reservas no ordenamento laboral o habitualmente denominado «dever de ocupação efectiva» (ou, visto de outro prisma, «direito à ocupação efectiva») já admitido em termos doutrinários e jurisprudenciais” (AA.VV., *Código cit.*, p. 343, anotação ROMANO MARTINEZ/MADEIRA DE BRITO/GUILHERME DRAY). Em suma, “visto do lado do seu titular activo, o problema consiste em saber se ao trabalhador, sem dúvida devedor da prestação contratualmente devida, assiste igualmente o direito de exercer a prestação contratualmente assumida, isto é, o direito de exigir da entidade empregadora a criação das condições da sua viabilização” (JORGE LEITE, “Direito de exercício ...” *cit.*, p. 11).

²⁶⁴⁵ Na falta de referência expressa na LCT, a solução não era pacífica. A maioria da jurisprudência e parte relevante da doutrina admitia a existência de um direito à ocupação efectiva, ainda que a sua fundamentação variasse (*v.* acórdãos do STJ, de 4.7.2011, Proc. n.º 342/09.0TTBCL.P1, MACHADO DA SILVA, e de 13.7.2011, Proc. n.º 105/08.0TTSNT.L1.S1, GONÇALVES ROCHA, com síntese do entendimento doutrinário e jurisprudencial, em data anterior ao CT 2003; *v.* ainda acórdãos da RL, de 25.1.2006, Proc. n.º 8769/2005-4, RAMALHO PINTO, e de 9.5.2007, Proc. n.º 1254/2007-4, MARIA JOÃO ROMBA). JÚLIO GOMES, ainda à luz do CT de 2003, dá conta que “o direito à ocupação efectiva corresponde actualmente à visão dominante ou, pelo menos, é hoje partilhada por um sector significativo da doutrina, e na nossa opinião, tal direito encontrou acolhimento expresso no Código do Trabalho, mais precisamente no seu artigo 122.º, al. b)” (*Direito cit.*, p. 554). Quanto às diversas motivações invocadas, a este propósito, *v.* MONTEIRO FERNANDES, *Direito cit.*, pp. 261 e ss., e PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, II, pp. 428-429. Reconheciam ainda a existência de um tal direito, embora convocando justificativos nem sempre coincidentes, nomeadamente, MENEZES CORDEIRO, *Manual cit.*, pp. 654-658, e “Da cessação ...” *cit.*, pp. 392-395 – referindo, a este propósito, que o empregador “tem, pois, o dever de conservar o trabalhador condignamente ocupado. E nesse sentido, deverá actuar com o esforço exigível ao bom empregador, de acordo com as concepções sociais dominantes, e colocado na posição do empregador concreto” (p. 395) –, JORGE LEITE, “Direito de exercício ...” *cit.*, pp. 9-34. Contra a existência de um direito geral à ocupação, *v.* NUNES DE CARVALHO, “Sobre o dever ...” *cit.*, pp. 326-327. Qualificando a colaboração do empregador como um ónus e recusando a identificação de um direito do trabalhador, *v.* Lobo Xavier, “A repercussão ...” *cit.*, pp. 18-19; *v.* ainda, do mesmo Autor, “Recusa da Prestação de Trabalho por Não Uso de Fato Apropriado. Suspensão. Despedimento Disciplinar” (Anotação ao Acórdão da RP de 28.1.1991), *RDES*, ano 33, 1991, n.ºs 3 e 4, pp. 329-367, pp. 355-358. Não obstante as razões então convocadas para alicerçar o reconhecimento de um tal dever, actualmente, atenta a expressa consagração legal, o seu fundamento “passa a residir no presente preceito, sem margem para dúvidas” (AA.VV., *Código cit.*, p. 343, anotação ROMANO MARTINEZ/MADEIRA DE BRITO/GUILHERME DRAY). De assinalar que no Direito espanhol este direito é expressamente reconhecido no art. 4, n.º 2, a) do ET: entre os “*Derechos laborales*”, ali se acolhe o direito “*a la ocupación efectiva*”. Indicando, porém, limitações ao respectivo exercício, perante factores que podem justificar a paralisação do trabalho, *v.* MARTÍN VALVERDE, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ e GARCÍA MURCIA, *Derecho cit.*, pp. 707-708. Referindo os diferentes posicionamentos acolhidos, a este propósito, na doutrina italiana e, sobretudo, a evolução registada na doutrina e jurisprudência germânicas, *v.* FURTADO MARTINS, *A relevância ...” cit.*, pp. 40 e ss. Com interesse, *v.* ainda acórdão do TC n.º 481/94,

do trabalhador numa inactividade funcional” ou, o mesmo é dizer, em “suspensão injustificada”²⁶⁴⁶, ainda que remunerada: a consagração de um tal dever é “corolário da orientação político-jurídica segundo a qual o direito à ocupação é mais do que uma mera salvaguarda da retribuição”²⁶⁴⁷ – assim se clarificando a forma como o ordenamento perspectiva o trabalho, para lá da dimensão patrimonial²⁶⁴⁸.

onde, quanto ao Direito italiano, é indicado que “com a publicação do *Statuto dei Lavoratori*, grande parte da doutrina italiana [passa a] afirma[r] a existência de um dever geral de ocupação do trabalhador como manifestação do princípio da tutela da sua profissionalidade”. Ainda se adiantando, quanto à experiência alemã, que “originariamente, só se reconhecia o direito do trabalhador à execução do trabalho em casos excepcionais, derivando-se o direito à ocupação do princípio da boa-fé”. No entanto, “posteriormente a 1960, passou a afirmar-se a existência de um dever geral de ocupação quer ligado à tutela dos elementos personalizantes da relação laboral quer decorrente dos princípios do Estado de direito ou ainda derivado dos princípios gerais do direito obrigacional”. No que respeita ao reconhecimento de um tal dever geral de ocupação e acentuando a importância da sua compreensão para a delimitação da suspensão, v. ISELE, “Das suspendierte ...” *cit.*, pp. 118 e ss., e HAGER, *Das ruhende cit.*, pp. 189 e ss.

²⁶⁴⁶ Acórdão do STJ, de 13.7.2011, Proc. n.º 105/08.0TTSNT.L1.S1 (GONÇALVES ROCHA). Noutro contexto, valorando a aplicação de suspensão preventiva (cf. art. 354.º), FURTADO MARTINS conclui que “em casos extremos de patente injustificação ou excessivo prolongamento do afastamento do trabalhador”, estar-se-á perante violação da garantia prevista no art. 129.º, n.º 1, b) e contraordenação muito grave. Em certos casos, tais circunstâncias poderão fundamentar a resolução do contrato com justa causa (cf. art. 394.º, n.º 2, b)) e a desobediência (lícita) (*Cessação cit.*, p. 214). Quanto a um tal caso, refere o STJ que a “suspensão preventiva do trabalhador, indevidamente aplicada por não ter sido precedida da instauração de processo disciplinar e da entrega da nota de culpa, apenas poderá justificar a rescisão do contrato de trabalho com justa causa se tiver implicado a violação do direito à ocupação efectiva do trabalhador, ou seja, se a situação de desocupação com que o trabalhador se deparou não tiver qualquer justificação plausível” (acórdão de 19.10.2004, Proc. n.º 04S1141, FERNANDES CADILHA, Sumário, II). Identicamente, v. acórdão da RL, de 9.2.2011, Proc. n.º 678/03.3TTLSB.L1-4 (LEOPOLDO SOARES). Também o TC já se pronunciou sobre o tema. Em acórdão n.º 951/96, de 10.7.1996, Proc. n.º 481/94 (VÍTOR NUNES DE ALMEIDA), estava em causa aferir se a suspensão preventiva do trabalhador, após instaurado o processo disciplinar, porém antes do envio da nota de culpa, infringia o princípio da segurança no emprego, “na dimensão respeitante ao direito de ocupação efectiva do trabalhador”. A este respeito se entendendo que “a suspensão surge, nas circunstâncias do presente caso, funcionalizada ao exercício de poderes legítimos do empregador, que foram indubitavelmente postos em prática, e não como expressão de um poder absoluto e arbitrário”. Reiterando-se que, “em situações de conflito a ponderação das posições relativas torna-se obrigatória. A suspensão do trabalhador antes da nota de culpa, com manutenção da retribuição determinada no âmbito de um procedimento disciplinar e com vista à prossecução das finalidades visadas por esse procedimento constitui uma solução normativa que, no quadro dos valores em confronto, não merece censura por excessiva ou desequilibrada” (ênfase nossa).

²⁶⁴⁷ MONTEIRO FERNANDES, *Direito cit.*, p. 264. Dir-se-á “corresponde[r] a uma visão simplista do problema considerar a não ocupação do trabalhador como uma falsa questão, com base no argumento de que o trabalhador mantém o direito à retribuição sem ter que trabalhar” (PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, II, p. 427).

²⁶⁴⁸ Assinala, a este propósito, JORGE LEITE que “o que está em jogo é mais do que a tutela do direito ao salário imediato que a mera inactividade pode não pôr sequer em causa; o que está em jogo é também a tutela desse específico interesse que só a actividade profissional é idónea a satisfazer” (“Direito de exercício ...” *cit.*, p. 18, com itálico nosso). Também no Direito italiano, não é admitida decisão arbitrária que dite a suspensão, ainda que a retribuição seja mantida: o pleno exercício da profissionalidade assim o impede (ICHINO, *Il contratto cit.*, p. 47). Já no Direito

IV. A ocupação do trabalhador reveste, pois, os contornos de garantia (geral) inerente à celebração de contrato de trabalho²⁶⁴⁹. O que não prejudica, todavia, que, mesmo neste âmbito, a sua coloração assuma intensidade variável, consoante o momento de execução contratual – tal qual no período experimental, atenta a particular importância aí reservada à avaliação mútua das partes²⁶⁵⁰; ou em função da actividade do trabalhador – já que a ocupação efectiva pode, em certos casos, assumir maior relevância do que noutros^{2651/2652}.

inglês, dir-se-á que um tal “*duty to provide work*”, a par da obrigação de pagamento da retribuição, é, por regra, reconhecido sempre que a inactividade dite um prejuízo claro à profissionalidade – como particularmente evidente em certas profissões (tal qual quanto aos artistas, conforme exemplo usual também na doutrina inglesa): em *Herbert Clayton and Jack Waller Ltd v. Oliver*, estando em causa a situação de actor de comédia musical, que fora contratado para o desempenho de papel principal, tendo-lhe sido, afinal, atribuído um papel secundário, ainda que sem diminuição da retribuição, foi sustentado que uma tal alteração constituía “*breach of contract*”, já que “*the nature of the work was as important as the salary to be paid*” ([1930] AC 209, 99 LJB 165 – cf. SELWYN, *Selwyn’s Law cit.*, p. 300). As mesmas reservas têm lugar sempre que o exercício profissional seja essencial à progressão profissional – assim se restringindo a admissibilidade de cláusulas de “*garden leave*”. De assinalar, todavia, o crescente reconhecimento da obrigação de atribuir ocupação ao trabalhador, para além de tais hipóteses: “*times had moved on from the days when only musicians, actors etc. were perceived as requiring regular exercise of their skills and public performances in order to keep their reputation. All employees with specific skills are entitled to exercise those skills, even during notice periods, provided that there is work to be done*” (SELWYN, *Selwyn’s Law cit.*, p. 300).

²⁶⁴⁹ Articulando a inactividade do trabalhador e a possibilidade de o empregador proceder à extinção de posto de trabalho, nota o STJ que “é de considerar verificada a violação do direito à ocupação efectiva quando a entidade patronal coloca o trabalhador num quadro de excedentários, por um longo período de tempo, a pretexto de que não dispõe de um cargo compatível com a sua categoria profissional, *sem que entretanto tenha adoptado qualquer dos mecanismos legais de extinção do posto de trabalho*” (acórdão de 17.1.2007, Proc. n.º 06S2709, FERNANDES CADILHA, Sumário, I, ênfase nossa). Adiante se explicitando que o “não exercício dessa faculdade tem pressuposta a ideia de que o empregador poderia encontrar a breve trecho um posto de trabalho adequado para o trabalhador inactivo e, em todo o caso, cria na esfera jurídica da entidade patronal o dever de atribuir uma ocupação efectiva ao trabalhador”.

²⁶⁵⁰ Cf. art. 111.º, n.ºs 1 e 2. Por sua vez, conforme o art. 113.º, n.º 2, “*não são considerados na contagem os dias de falta, ainda que justificada, de licença, de dispensa ou de suspensão do contrato*”. Afinal, conforme a RL, “*o período experimental corresponde à fase inicial de execução do contrato e destina-se a permitir, a ambas as partes, aferirem, na prática, do seu interesse na prossecução e manutenção do vínculo contratual, podendo em caso negativo fazê-lo cessar sem necessidade de prévio aviso ou de invocação de justa causa, não havendo direito a qualquer indemnização*” (Proc. n.º 685/12.5TTLS.L1-4, Sumário, I, SEARA PAIXÃO, *itálico nosso*).

²⁶⁵¹ PALMA RAMALHO reconhece que não obstante a formulação genérica do dever, “a categoria do trabalhador ou a função que, em concreto, desempenhe poderá ser relevante, designadamente para efeitos de avaliação dos danos que para ele decorram da situação de inactividade” (*Tratado cit.*, II, p. 430).

²⁶⁵² Tal qual em actividade artística ou desportiva, em que a prática profissional condiciona acentuadamente a valorização profissional. Certo, porém, que “[o] reconhecimento do direito à ocupação efectiva nesses casos não oferece, de há muito, quaisquer dificuldades teóricas, mesmo no quadro de uma concepção adversa, em linha de princípio, à existência de uma tal posição jurídica do trabalhador em geral” (MONTEIRO FERNANDES, *Direito cit.*, p. 259, n. 1). Ainda assim, o reforço de um tal dever resulta, então, particularmente evidente, atento o previsto no

Atenta a tutela reservada à dignidade profissional do trabalhador²⁶⁵³ é, por esta via, precludida a hipótese de o empregador “deliberada e independentemente de qualquer causa objectiva ligada à actividade empresarial, nada lhe d[ar] para fazer” –, assim se evidenciando a ilicitude de práticas frequentemente retratadas na jurisprudência, de progressivo esvaziamento de funções²⁶⁵⁴. Acresce que a existência de um dever do empregador à ocupação efectiva²⁶⁵⁵ – e não já de um ónus²⁶⁵⁶ – dita que a sua inobservância injustificada²⁶⁵⁷ seja não só “reconduz[ível] a um incumprimento

art. 11.º, n.º 3, do RCTPE, que, entre os “Direitos e deveres *especiais* do trabalhador artista de espectáculos”, indica a ocupação efectiva também quanto às actividades preparatórias do cumprimento. Assim se estendendo o dever de ocupação efectiva “à realização de ensaios e demais actividades preparatórias do espectáculo público”, não podendo o trabalhador “ser excluído destas actividades sem justificação”. No que respeita ao contrato de trabalho dos profissionais de espectáculos, *v.*, nomeadamente, Albino Mendes BAPTISTA “Subsídios para a Criação de um Regime Jurídico do Contrato de Trabalho do Profissional de Espectáculo”, *Estudos Jurídicos em Homenagem ao Professor Doutor António Motta Veiga* (coord. António José Moreira), Almedina, 2007, pp. 27-58, sendo, então, assinalada a conveniência de um futuro regime incluir uma norma que espelhasse a importância, neste âmbito, da ocupação efectiva: “à semelhança do que ocorre no contrato de trabalho desportivo, aqui o dever de ocupação efectiva é verdadeiramente estruturante. O profissional de espectáculo procura naturalmente prestígio, reconhecimento, fama, já para não aludir às contrapartidas económicas estabelecidas em função da intervenção no espectáculo” (p. 47, ênfase nossa). *V.* ainda JÚLIO GOMES, “Da fábrica ...” *cit.*, pp. 226-227, e MARGARIDA PORTO, “Regime ...” *cit.*, p. 751. Também o art. 12.º, a) do RJCTPD considera dever da entidade empregadora desportiva “proporcionar aos praticantes desportivos as condições necessárias à participação desportiva, bem como a participação efectiva nos treinos e outras actividades preparatórias ou instrumentais da competição desportiva” – correlativamente, *v.* o dever de o trabalhador “participar nos trabalhos de preparação” (art. 13.º, b)). Sobre este ponto, *v.* Albino Mendes BAPTISTA, “Grupo Normal de Trabalho. Equipas B e Dever de Ocupação Efectiva do Praticante Desportivo”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura* (coord. José de Oliveira Ascensão, Ruy de Albuquerque, Martim de Albuquerque e Pedro Romano Martinez), vol. 2, Coimbra Editora, 2003, pp. 819-832, pp. 822-824.

²⁶⁵³ Afinal, “sendo a actividade laboral inseparável da pessoa do trabalhador, o relevo dos elementos de pessoalidade no contrato de trabalho demonstra a importância do exercício, de facto, da actividade laboral e, também, as consequências danosas que podem advir para o trabalhador da frustração desse exercício” (PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, II, p. 430).

²⁶⁵⁴ *V.*, nomeadamente, acórdão do STJ, de 7.5.2009, Proc. n.º 09S0156 (PINTO HESPAÑHOL). Articulando este comportamento com a proibição de assédio moral, contemplada do art. 29.º, *v.* PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, II, p. 430.

²⁶⁵⁵ Na classificação de MENEZES LEITÃO, o dever de ocupação efectiva constitui um “dever de prestação secundária”. A tais deveres acresce o dever de prestação principal (o pagamento da retribuição) e os deveres acessórios do empregador, tal qual a protecção da segurança e saúde, personalidade e autonomia técnica do trabalhador (*Direito do trabalho cit.*, pp. 333 e ss.). Para FURTADO MARTINS, estar-se-á perante dever acessório de conduta (“Despedimento ...” *cit.*, p. 191).

²⁶⁵⁶ Para quem assim configure, por regra, a colaboração do credor, no Direito comum.

²⁶⁵⁷ Já “em caso de cumprimento defeituoso, o empregador pode recusar receber a prestação, sem que tal constitua violação do dever de ocupação efectiva. Tal a hipótese de recusa da prestação de trabalhador que desobedeça a ordem legítima, que, por razões de segurança, impunha o uso de fardamento adequado. Não se está, então, perante sanção disciplinar de suspensão, mas legítima recusa da prestação. A consequente inutilização da prestação é imputável ao trabalhador, concretizando hipótese de falta injustificada (LOBO XAVIER, “Recusa da ...” *cit.*, pp. 354-355).

contratual, dando assim azo a uma tutela positiva, podendo o trabalhador reclamar o exercício da actividade contratada”, convocando igualmente tutela negativa, legitimando o direito a ressarcimento “pelos danos patrimoniais e não patrimoniais que a inactividade lhe tenha causado”²⁶⁵⁸. Concretiza-se, por esta via, na esfera laboral, excepção à regra de que a colaboração do credor não reveste, por princípio, os traços de um dever: a respeito de tais hipóteses, LYNCE

²⁶⁵⁸ Acórdão do STJ, de 13.7.2011, Proc. 105/08.0TTSNT.L1.S1 (GONÇALVES ROCHA), onde se conclui pela verificação de justa causa de resolução do contrato, pelo trabalhador. Na síntese de NUNES DE CARVALHO, a assimilação da ocupação efectiva a um *dever geral* – entendimento, à data, não subscrito pelo Autor – teria as seguintes consequências: (i) obrigação de o empregador indemnizar o trabalhador pelos prejuízos causados pela inactividade, em sede de responsabilidade civil contratual; (ii) possibilidade de o trabalhador pôr fim ao contrato, com justa causa; (iii) recurso ao disposto no art. 829.º-A do CC e a condenação do empregador na ocupação (“Sobre o dever ...” *cit.*, p. 281; v. ainda FURTADO MARTINS, “Despedimento ...” *cit.*, p. 192). Dir-se-á, na verdade, que, “tendo em atenção os seus fundamentos, o dever de ocupação, no caso de ser violado, envolve mais do que um problema de risco – implica a responsabilização do empregador pelos prejuízos emergentes para o trabalhador” (MONTEIRO FERNANDES, *Direito cit.*, p. 260). Também em acórdão de 2.10.2000, a RP indica que “a violação do dever de ocupação efectiva dá ao trabalhador direito a indemnização por danos morais” (Proc. n.º 0040315, CÉSAR TELES, Sumário, IV). No entanto, a fronteira que demarca a inactividade face a um “despedimento de facto”, assume, por vezes, contornos ténues. Em acórdão de 9.7.2014, refere o STJ que o “despedimento de facto terá de extrair-se de atitudes do empregador que revelem, inequivocamente, ao trabalhador, enquanto declaratório normal, colocado na posição do real declaratório, a vontade do empregador de fazer cessar o contrato de trabalho” (Sumário, I). No entanto, “se na pendência do contrato de trabalho outorgado, a R. empregadora: (i) deixa de atribuir quaisquer funções ou cargos ao trabalhador; (ii) não renova o aluguer da viatura e cancela o telemóvel, que, no âmbito do mesmo contrato, lhe havia atribuído; (iii) cancela os seguros de saúde, contrariando o acordado no sentido de que tal cancelamento só ocorreria no caso de denúncia do contrato pelo trabalhador ou de despedimento com justa causa pela empregadora; (iv) retira-lhe todas as parcelas da retribuição que auferia, tais atitudes revelam, com o grau de inequivocidade decorrente de um «critério prático inspirado nos usos da vida e naquele grau de probabilidade que basta na prática para as pessoas sensatas tomarem as suas decisões», um despedimento de facto” (Proc. n.º 2934/10.5TTLSB.L1.S1, MELO LIMA, Sumário, III, *itálico* nosso). Já em acórdão de 4.7.2011, Proc. n.º 355/10.9TTGDM.P1 (PAULA LEAL DE CARVALHO), a RP reconhece que “o despedimento constitui um negócio jurídico unilateral receptício, que pressupõe a intenção do empregador pôr termo ao contrato de trabalho, *intenção essa que se poderá manifestar de forma expressa ou tácita*, mas, neste caso, desde que tal resulte de forma inequívoca do comportamento do empregador” (Sumário, I, *itálico* nosso). Logo em seguida se referindo, porém, que “a suspensão ilegal de funções ou a violação injustificada do dever de ocupação efectiva *não podem ser confundidas com o despedimento tácito*” (Sumário, II, *itálico* nosso). Concluindo que “se foi comunicado ao trabalhador que o contrato de trabalho se encontra suspenso e que deverá aguardar em casa por carta de advogado, o subsequente comportamento do empregador que, num período de cerca de 15 dias, não permite que o trabalhador (que se apresentou ao trabalho por três vezes) o reinicie e se este, perante a ambiguidade desse comportamento, não solicitou ao empregador o esclarecimento da sua situação sob pena de, nada lhe sendo dito, o interpretar como constituindo um despedimento, *não se poderá concluir, de forma inequívoca ou segura, que o empregador haja pretendido fazer cessar o contrato e, por consequência, que haja despedido tacitamente o trabalhador*” (Sumário III, *itálico* nosso). V. ainda acórdão da RL, de 11.2.2015, Proc. n.º 3600/10.7TTLSB.L2-4 (ALDA MARTINS).

DE FARIA nota, aliás, que “o credor incorre em verdadeira *mora debendi*, na medida em que incumprir um dever jurídico”²⁶⁵⁹.

V. Importa, no entanto, considerar os casos em que a desocupação se afigura justificada²⁶⁶⁰, assim excluindo a responsabilidade do empregador²⁶⁶¹. Atenta a

²⁶⁵⁹ Para a Autora, agora, “já se justifica falar de ilicitude, de culpa, de responsabilidade civil pelos danos causados ao devedor e de resolução do contrato por incumprimento” (LYNCE DE FARIA, *Mora cit.*, p. 76).

²⁶⁶⁰ Há, assim, que “ponderar as situações de não ocupação também na óptica das necessidades de gestão e de direcção da empresa, e não apenas olhando para os interesses do trabalhador” (FURTADO MARTINS, “Despedimento ...” *cit.*, p. 190). Concorrem hipóteses em que “não se coloca o problema da ocupação efectiva do trabalhador, porque a sua inactividade é justificada objectivamente em razões de gestão” (PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, II, p. 426). Dir-se-á, por conseguinte, que “[i]mporta apurar, caso a caso, se a não atribuição ao trabalhador de uma ocupação efectiva é ou não, à luz da boa fé, justificável, o mesmo é dizer, se estamos perante uma situação em que a não atribuição de uma ocupação tem em vista causar prejuízos ao trabalhador ou pressioná-lo em termos inaceitáveis, ou se, pelo contrário, ela se justifica por resultar de um facto não imputável ao empregador” (AA.VV., *Código cit.*, p. 343, anotação ROMANO MARTINEZ/MADEIRA DE BRITO/GUILHERME DRAY). Também a jurisprudência reconhece “não se trata[r] dum direito absoluto do trabalhador, pois pode existir uma desocupação do trabalhador que seja justificada, cabendo naturalmente ao empregador o ónus da prova do circunstancialismo em que se fundamenta” (acórdão do STJ, de 13.7.2011, Proc. 105/08.0TTSNT.L1.S1, GONÇALVES ROCHA); *v.*, no mesmo sentido, acórdão do STJ, de 15.2.2012, Proc. 678/03.3TTLSB.L1.S1 (PINTO HESPANHOL). Refere ainda a RL que “ao direito de valorização e dignificação profissional dos trabalhadores contrapõe-se o princípio da liberdade da iniciativa económica das empresas, também consagrado constitucionalmente, de tal forma que a existência de um dever de ocupação efectiva decorre, em primeira linha, de um princípio de igualdade entre os trabalhadores da mesma empresa; os trabalhadores devem estar sempre numa situação de igualdade quer quanto à ocupação quer quanto à execução do trabalho, e daí que a violação do dever de ocupação efectiva se deva reconduzir a um problema de boa fé” (acórdão de 9.2.2011, Proc. n.º 678/03.3TTLSB.L1-4, LEOPOLDO SOARES, *italico* nosso).

²⁶⁶¹ Por conseguinte, “pode o empregador alegar a ausência de culpa na situação de não atribuir qualquer trabalho, que pode fundar-se nomeadamente em situações transitórias de escassez de matérias-primas, de redução de encomendas e outras situações próprias de períodos de crise da economia” (acórdão do STJ, de 13.7.2011, Proc. 105/08.0TTSNT.L1.S1, GONÇALVES ROCHA). Mas não só, tal qual ilustrado em acórdão do STJ de 8.10.2014: após uma ausência prolongada ao serviço, em razão de doença, por grave acidente de viação (em 2008), uma vez esgotado o período de atribuição do subsídio de doença (1095 dias), o trabalhador requereu a passagem à situação de reforma por invalidez (2011). Havendo um tal pedido sido indeferido, o trabalhador manifestou, em Setembro de 2011, disponibilidade para retomar o trabalho. Sucede que havendo recusado apresentar-se aos exames de medicina do trabalho agendados, o empregador não admitira o seu retorno ao trabalho. Em Dezembro de 2011, o trabalhador promoveu a resolução do contrato, invocando justa causa, atendendo ao não pagamento da retribuição e à não ocupação entre Setembro e Dezembro de 2011. Concluiu, porém, o STJ que, naquelas circunstâncias o empregador “não era obrigad[o] a prestar a remuneração, nem a dar-lhe ocupação efectiva, obrigações que se encontravam suspensas, e, por isso, o trabalhador não tinha direito de resolver o contrato com justa causa como consequência do incumprimento dessas obrigações” (Proc. n.º 1113/12.1T4AVR.C1.S1, PINTO HESPANHOL, Sumário, I). O Tribunal concluiu que a suspensão por impedimento prolongado não tinha terminado com a carta que o trabalhador enviara ao empregador em Setembro de 2011, informando a recusa da Segurança Social quanto à atribuição de pensão de invalidez – do que o trabalhador depreendera um atestado de capacidade para retomar o trabalho.

existência de um dever de colaboração do empregador, a suspensão não poderá resultar de uma decisão imotivada, havendo, também aqui, que promover a concordância prática de interesses contrapostos²⁶⁶²: embora mantendo o pagamento da retribuição, ao empregador não é lícito, salvo motivo justificado, promover a inactividade do trabalhador – e a tais hipóteses se reconduzindo a recusa de colaboração do empregador, em contexto suspensivo²⁶⁶³. O que encontra, aliás, expressão em FREEDLAND, que admitindo um direito do trabalhador à ocupação para lá do direito à retribuição, assinala – no contexto de reflexão tecida em torno da imposição, pelo empregador, de “*garden leave*”²⁶⁶⁴ – que importa, sobretudo, aferir se o exercício da suspensão é ou não admissível, em conformidade com parâmetros claros e objectivos, e verificar se a suspensão (ou, noutra perspectiva, a privação de actividade) é razoavelmente imposta, conforme padrão de lealdade^{2665/2666}.

O que exige atender à motivação que sustenta a ausência de colaboração no contrato de trabalho. E desde já se antecipando que não obstante o apelo (expresso) à *impossibilidade* em contexto suspensivo (agora por factos referentes ao empregador)²⁶⁶⁷, à semelhança do verificado no contexto da suspensão por factos respeitantes ao trabalhador²⁶⁶⁸, também aqui – não se tratando, salvo casos pontuais, de factos que entravam, em absoluto, o credor de prestar

²⁶⁶² Transpondo a lógica exposta por LOBO XAVIER, em análise reservada ao despedimento colectivo, dir-se-á que, também aqui, reveste particular importância o apelo “a normas constitucionais que legitimam as opções empresariais no sentido do dimensionamento da organização e da gestão do respectivo pessoal (iniciativa económica privada, liberdade de empresa) e as que tutelam, a este propósito, os trabalhadores (direito ao trabalho, segurança de emprego)” (*O despedimento cit.*, p. 261).

²⁶⁶³ “O trabalhador não pode ser privado de entrar nas instalações do empregador, ocupar o seu posto de trabalho e exercer a atividade contratada, salvo nos casos previstos na lei, como será, por exemplo, o recurso legítimo à figura da suspensão do contrato de trabalho” (Ana LAMBELHO e Luísa Andias GONÇALVES, *Manual de Direito do Trabalho. Da Teoria à Prática*, Coimbra Editora, 2014, p. 165).

²⁶⁶⁴ Período em que, por decisão do empregador, o trabalhador permanece inactivo até à extinção do vínculo. Tem por fim acautelar interesses empresariais sérios face ao possível início de actividade concorrente pelo trabalhador, subsequentemente ao fim do contrato (FREEDLAND, *The personal cit.*, p. 485). Para o Autor, a afectação de natureza suspensiva a tais hipóteses implica a sua recondução a modo de “*sub-employment*” e a respectiva demarcação perante estados de “*full employment*” e de “*post-employment*” (p. 485). Perspectiva, assim, a “*garden leave*” como período suspensivo, operando a cessação (apenas) no seu termo – a “*garden leave*” assumiria, pois, a designação funcional de “*terminatory suspension with pay on managerial grounds*” (pp. 486-487). A “*garden leave*”, resultaria de termo contratual implícito, que garantisse ao empregador a imposição (unilateral) da suspensão, em período antecedente à cessação (p. 487).

²⁶⁶⁵ FREEDLAND, *The personal cit.*, pp. 489-490.

²⁶⁶⁶ Concorrem, na jurisprudência, muitos exemplos que densificam a razoabilidade da inactividade imposta ao trabalhador. V. acórdão de 25.11.2014, Proc. n.º 284/11.9TTTVD.L1.S1, GONÇALVES ROCHA.

²⁶⁶⁷ Tal qual no art. 294.º, n.º 1.

²⁶⁶⁸ V. *supra* Secção III, § 2.

colaboração –, importa renovar o apelo à inexigibilidade²⁶⁶⁹: estar-se-á perante situações em que se revela, afinal, inexigível ao empregador prestar colaboração imprescindível à execução do acordado²⁶⁷⁰. Atenta a indefinição pressuposta em semelhante valoração, atestamos o esforço de delimitação dos casos em que um tal esvaziamento se afigura legítimo: PALMA RAMALHO apela, para tanto, aos critérios de aferição de legitimidade do recurso ao *jus variandi* – em especial, a verificação de um interesse objectivo da empresa e à transitoriedade da desocupação. O que assume por premissa estarmos perante uma variação (imposta) do devido pelo trabalhador – a actividade laboral²⁶⁷¹ – também por esta forma se contrariando a recondução da obrigação do trabalhador a uma lógica de disponibilidade²⁶⁷².

VI. Há, na verdade, que considerar a variedade de hipóteses que podem motivar a falta de cooperação creditória do empregador. Embora uma tal diversidade seja transversal a outros domínios, o regime laboral regista, como elemento distintivo, enquadramentos regimentais próprios, consoante a recusa de colaboração decorra de crise empresarial, encerramento ou diminuição da actividade da empresa ou estabelecimento por caso fortuito ou força maior, por facto imputável ao empregador ou por motivo do seu interesse. Por conseguinte, ao regime unitário da mora do credor²⁶⁷³ sucedem, no contrato de trabalho, variações de relevo, conforme a motivação subjacente à recusa de colaboração – com concretização nas particularidades reservadas às diversas situações suspensivas. Mas não só. Se na suspensão por factos respeitantes ao trabalhador, a suspensão constitui ainda efeito individual (empregador-trabalhador²⁶⁷⁴), tratamos, agora, de condicionalismo que, atingindo o empregador e a sua organização, condiciona a gestão da organização e, potencialmente, uma pluralidade de trabalhadores. E uma tal dimensão colectiva conforma (inevitavelmente) a compreensão do fenómeno²⁶⁷⁵.

No “*lay-off*” – cf. arts. 294.º, n.º 2, a) e 298.º e ss.²⁶⁷⁶ –, a suspensão constitui um mecanismo “*indispensável para assegurar a viabilidade da empresa e a*

²⁶⁶⁹ Assim, ISELE, “Das suspendierte ...” *cit.*, p. 118.

²⁶⁷⁰ Conforme MONTEIRO FERNANDES, “a questão vem, assim, a colocar-se no plano da *exigibilidade*: não se pode deixar de reconhecer como atendíveis as situações em que o empregador esteja objectivamente impedido de oferecer ocupação ao trabalhador, assim como aquelas em que se esteja *em presença de interesses legítimos do mesmo empregador na colocação do trabalhador em estado de inactividade* (por razões económicas, disciplinares ou outras)” (*Direito cit.*, p. 263, ênfase nossa). É, a este propósito, criticada, a ocasional “*injustificável radicalidade*” da jurisprudência quanto à verificação de infracção da ocupação efectiva (*idem*).

²⁶⁷¹ *Tratado cit.*, II, p. 431.

²⁶⁷² Tema retomado *infra*, § 2.3.1., II.

²⁶⁷³ Previsto nos arts. 813.º e ss. do CC. Ou mesmo da impossibilidade, nos arts. 790.º e ss. do CC, atenta a convocação concorrente de um tal regime em circunstâncias em que a colaboração do credor resulta inviabilizada (*v. infra* § 2.).

²⁶⁷⁴ Não obstante a greve assumir, neste âmbito, traços próprios (*v. supra* Secção III, § 2.5.).

²⁶⁷⁵ Reflexão idêntica é convocada por LOBO XAVIER, no contexto do encerramento definitivo de estabelecimento (“*A repercussão ...*” *cit.*, p. 1).

²⁶⁷⁶ A este propósito, *v. o referido supra* Parte I, Capítulo I, Secção V, Subsecção III, § 2.

manutenção dos postos de trabalho”²⁶⁷⁷. Enquanto expediente de salvaguarda do emprego, a suspensão surge como alternativa a medida extintiva²⁶⁷⁸: a legislação laboral antevê a superveniência e (re)define o equilíbrio contratual perante contingências em que a imutabilidade do acordado se afiguraria desajustado, perigando a execução futura do vínculo²⁶⁷⁹. Atenta a motivação subjacente à recusa de colaboração e admitindo que o empregador poderá não se encontrar (absolutamente) impossibilitado de receber o trabalho, é renovada a aproximação à impossibilidade relativa e à inexigibilidade²⁶⁸⁰ – assim se convocando um regime especial de afectação do risco, em função da superveniência²⁶⁸¹. De resto, a referência autónoma, no elenco dos factos suspensivos, à impossibilidade e à crise empresarial²⁶⁸² sinaliza a dissociação dos institutos²⁶⁸³: enquanto meio de adaptação contratual, a suspensão surge, aqui, como “fenómeno de emergência”²⁶⁸⁴ – em resposta à crise que atinge a estrutura do empregador.

Por sua vez, os arts. 294.º, n.º 1 e 309.º e ss. enquadram a suspensão por encerramento ou diminuição da actividade de empresa ou estabelecimento, por caso fortuito ou força maior ou por facto imputável ao empregador ou motivo do seu interesse^{2685/2686}. Dir-se-á, em suma, que “a impossibilidade da prestação de trabalho pode, nestes casos, ter base voluntária (por parte do empregador, como é óbvio)”, sendo certo que “a própria cessação da impossibilidade depende objectivamente de uma atitude positiva do empresário”²⁶⁸⁷. Por conseguinte, a tais situações, concretizadoras do disposto no n.º 1 do art. 294.º – “impossibilidade temporária [...] de prestação de trabalho por facto relativo [...] ao

²⁶⁷⁷ Cf. art. 298.º, n.º 1, *in fine*.

²⁶⁷⁸ LOBO XAVIER, *Manual cit.*, p. 702. V. ainda RIBEIRO DOS SANTOS, “Procedimentos ...” *cit.*, p. 257.

²⁶⁷⁹ V., a este respeito, *supra* Parte I, Capítulo I, Secção V, Subsecção III, § 1.

²⁶⁸⁰ Atenta a formulação do art. 298.º, n.º 1 (“o empregador pode [...]”), RIBEIRO DOS SANTOS, qualifica o “lay-off” como situação jurídica activa, a exercer unilateralmente (“Procedimentos ...” *cit.*, pp. 253-254). Por sua vez, para NUNES DE CARVALHO, o “lay-off” constitui um “instrumento ligado à gestão da organização produtiva, assente num juízo de conveniência, por parte do respectivo titular, no âmbito da liberdade de empresa, ainda que sujeito a um quadro motivacional pré-determinado e à observância de rigorosos requisitos procedimentais” (“Suspensão ...” *cit.*, p. 128). Admitindo que o relevo prático da caracterização do exercício da suspensão como direito subjectivo, faculdade ou poder é, no quadro que aqui nos ocupa, de importância reduzida, não aprofundaremos a destriça entre estas três situações jurídicas activas.

²⁶⁸¹ V. *supra* Parte I, Capítulo I, Secção V, Subsecção III, §§ 1. e 2 e Parte II, Capítulo I, Secção II, § 2.

²⁶⁸² Respectivamente, no n.º 1 e no n.º 2, a) do art. 294.º.

²⁶⁸³ É neste sentido que MONTEIRO FERNANDES qualifica esta hipótese suspensiva de “atípica”, desde logo, por “não pressupor a impossibilidade material da prestação de trabalho (pois a empresa pode continuar em funcionamento)” (*Direito cit.*, p. 469, ênfase nossa).

²⁶⁸⁴ LOBO XAVIER, *Manual cit.*, p. 708.

²⁶⁸⁵ Subsiste, assim, tratamento unitário de situações muito diversas. Criticando uma tal solução agregada, v. LOBO XAVIER, *Manual cit.*, pp. 707-708.

²⁶⁸⁶ A este propósito, v. também o referido *supra* Capítulo I, Secção II, § 2.

²⁶⁸⁷ MONTEIRO FERNANDES, *Direito cit.*, p. 463.

empregador” –, também nem sempre corresponderá, no rigor dos princípios, qualquer impossibilidade absoluta de colaboração²⁶⁸⁸.

2. O apelo à “impossibilidade”

2.1. A impossibilidade (absoluta) de o empregador prestar colaboração como condicionante da suspensão laboral

I. O exposto quanto à natureza vinculada da suspensão por factos respeitantes ao empregador indicia como o apelo à impossibilidade é, também aqui, não raras vezes, mal compreendido e desvirtuado – assumindo, porventura em razão de tais hesitações, leituras diversas. Excluímos, desde logo, a “impossibilidade” de o empregador cumprir a obrigação retributiva²⁶⁸⁹. Assinalámos, porém, igual desadequação ao apelo frequente à impossibilidade, por referência à colaboração do empregador^{2690/2691}, por retratar visão incompleta dos factos que condicionam, neste âmbito, a cooperação do empregador: o enquadramento reservado no Direito português às hipóteses suspensivas que afectam, em primeira linha, a colaboração do empregador e que redundam em impossibilidade da prestação de trabalho decorrem não só de factos impeditivos (impossibilidade absoluta), como de situações em que ao empregador pode revelar-se (tão-só) particularmente difícil (inexigível) desenvolver uma tal colaboração, culminando em decisão de não cooperação²⁶⁹². Por conseguinte, à semelhança do que vimos suceder com o

²⁶⁸⁸ Aspecto desenvolvido *infra*, § 2.1.

²⁶⁸⁹ Em reflexão dedicada ao encerramento definitivo do estabelecimento, v. LOBO XAVIER, “A repercussão ...” *cit.*, p. 5.

²⁶⁹⁰ Sintetizando esta perspectiva, LOBO XAVIER refere que segundo uma tal perspectiva, “afinal o que se torna impossível não é a obrigação principal do empresário (retribuição) nem sequer directamente a prestação do trabalhador”. Nesta hipótese, seria afectado “o dever acessório do empresário de cooperar na execução da prestação do trabalho e este efeito arrastaria o tratamento do problema para outra sede – a da *mora credendi* (“A repercussão ...” *cit.*, p. 7, *itálico* nosso). V. ainda MONTEIRO FERNANDES, “A suspensão do ...” *cit.*, pp. 115 e 125.

²⁶⁹¹ Lógica que resulta também acolhida na jurisprudência: “no caso de a suspensão do contrato resultar de facto respeitante ao empregador, a lei, ao mesmo tempo que permite ao empregador suspender a prestação do trabalho, confere ao trabalhador o direito a auferir uma prestação mensal, à qual a própria lei atribui natureza retributiva, fixando, para o efeito, valores mínimos [...], compreendendo-se que assim seja porque a situação não é de indisponibilidade do trabalhador para executar a sua prestação – a disponibilidade mantém-se – mas, de impossibilidade de o empregador a receber” (acórdão do STJ de 24.10.07, Proc. n.º 07S1045, VASQUES DINIS, *itálico* nosso).

²⁶⁹² No Direito espanhol, admitindo a recondução frequente das hipóteses suspensivas indicadas no art. 47 do ET (“*Suspensión del contrato o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor*”), a “*supuestos de excesiva onerosidad sobrevenida*” – aqui se incluindo situações tão distintas quanto o “*cierre forzoso del centro de trabajo por incumplimiento de normativa administrativa*” ou a “*reorganización productiva que obliga a realizar obras de remodelación e impede toda actividad en las instalaciones de la empresa*”, v. RIVAS VALLEJO, *La suspensión cit.*, pp. 195-196. Também RAMÍREZ MARTÍNEZ nota que “*junto con las causas más tradicionales de suspensión del contrato, que suponen imposibilidad de prestación laboral por parte del trabajador, han aparecido otras, en que el trabajo no se presta por causas que se refieren no*

trabalhador²⁶⁹³, também agora, no que respeita à obrigação de cooperação, não se exige uma impossibilidade absoluta, sendo suficiente – contanto que verificados determinados condicionalismos – (mera) impossibilidade relativa ou juízo de inexigibilidade (de colaboração). Identificamos, pois, em conflito com o direito do trabalhador à ocupação efectiva, interesses legítimos do empregador, atenta a titularidade do complexo organizacional que o trabalhador integra, assumindo, neste âmbito, especial relevância o enquadramento constitucional reservado à iniciativa económica e ao direito à propriedade privada (arts. 61.º, n.º 1 e 62.º, n.º 1 da CRP): a suspensão participa de lógica transversal a diversos mecanismos de salvaguarda de interesses gestionários, que legitimam, no âmbito de execução contratual duradoura, desvios transitórios ao que foi acordado^{2694/2695}. O que justifica, de resto, que alguns autores tendam a perspetivar a suspensão como mecanismo co-natural ao desenvolvimento do contrato de trabalho: ICHINO refere a suspensão enquanto evento previsto no contrato e coerente com a sua causa, autorizando a prevalência de interesses de gestão/empresariais²⁶⁹⁶. Diremos, pois, que ainda que a decisão que dita a suspensão se apresente sempre vinculada²⁶⁹⁷ – e, nesta medida, ilegítima se imotivada/arbitrária –, é dispensável que a cooperação creditória se afigure impossível (em termos absolutos); conclusão que se mantém, quer na origem da suspensão esteja uma situação de crise empresarial ou um encerramento ou diminuição de actividade, ditados por fortuito ou por facto imputável ao empregador ou no seu interesse. Em qualquer caso, a decisão que culmina na suspensão pode resultar de juízo do empregador quanto à (in)viável continuação da cooperação creditória – conforme valoração reconduzível aos poderes gestionários de que é titular²⁶⁹⁸.

tanto a la persona cuanto a la organización productiva del empresario” (“Naturaleza ...” cit., pp. 19-20).

²⁶⁹³ No que respeita aos impedimentos referentes ao trabalhador, v. *supra* Secção III, § 2.

²⁶⁹⁴ V. *supra* Parte I, Capítulo VI, § 4.2. Assim, nomeadamente a respeito da mobilidade funcional e quanto à necessária ausência de “*modificação substancial da posição do trabalhador*” (cf. art. 120.º, n.º 1, *in fine*), é reclamada ponderação do interesse objectivo da empresa em face do sacrifício que a variação representa para o trabalhador. Em moldes em certa medida transponíveis para as hipóteses suspensivas em apreço, diremos que “o interesse objectivo de gestão, que justifica o *jus variandi*, pode configurar-se como uma situação de necessidade, que permite a violação de um direito alheio (no caso, o direito do trabalhador à invariabilidade da prestação) para prossecução de um interesse superior (no caso, o interesse de evitar os prejuízos que podem advir para o empregador de não proceder à variação)”, em obediência ao crivo da proporcionalidade (PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, II, p. 474).

²⁶⁹⁵ Este raciocínio evidencia a importância que reveste o “princípio laboral fundamental dos interesses de gestão” e sua eventual prevalência sobre o acordado, na caracterização da lógica singular do contrato de trabalho (PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, II, p. 480).

²⁶⁹⁶ *Il contratto cit.*, p. 23. Divergimos, todavia, do entendimento subscrito pelo Autor, já que qualificámos a suspensão como fenómeno anómalo e, nesta medida, reflexo de vicissitude contratual (v. *supra* Parte I, Capítulo III, § 5.).

²⁶⁹⁷ Cf. *supra*, § 1.

²⁶⁹⁸ Questão distinta respeita aos efeitos de juízo de imputação subjectiva e às regras de repartição do risco – aspecto retomado *infra*, Capítulo II.

A respeito do “*lay-off*”, é particularmente evidente que o recurso a um tal mecanismo surge por decisão do empregador²⁶⁹⁹, perante alternativas que, numa lógica gestonária, se perfilam²⁷⁰⁰: uma motivação comum²⁷⁰¹ pode, conforme determinado plano de gestão, ditar soluções várias, conservatórias²⁷⁰² ou extintivas. Afinal, “às mesmas situações, ainda a critério do empregador, podem aplicar-se diversas medidas: a opção entre o despedimento colectivo e o *lay-off* é paradigmática”, acrescentando, todavia, outras vias, “*v.g.*, a de instituir ou não um sistema de externalização de serviços (*outsourcing*), a de procurar tentar

²⁶⁹⁹ A ênfase do momento decisório justifica, segundo LOBO XAVIER – embora no contexto do despedimento colectivo – a artificialidade do apelo a institutos de matriz civilística, como a onerosidade excessiva, a alteração das circunstâncias ou a força maior (*O despedimento cit.*, pp. 710-711). Tais explicações “contratualísticas, centradas no equilíbrio das prestações e no desaparecimento do interesse do credor” acomodam-se, todavia, mal à circunstância de estarmos, afinal, perante um “acto de gestão do próprio empregador, *ele próprio directamente autor*, as mais das vezes, da decisão geradora da redundância da prestação de trabalho” (p. 711, *italico* nosso). Na verdade, “tudo se passa num processo em que há soluções alternativas (ainda que, porventura, não suficientemente económicas), em que existe fatalmente um momento de selecção dos trabalhadores individuais a despedir, que se realiza através de *opções voluntárias de cessação* (negócios jurídicos extintivos) e não de factos jurídicos de outro tipo” (pp. 279-280, n. 65, *ênfase* nossa). Releva, por isso, a necessária observância de um procedimento legal, que patenteia, afinal, o processo interno de decisão (*v. pp.* 403-404). Jorge Manuel da Silva LOUREIRO identifica, aliás, no despedimento colectivo (em termos de certo modo transponíveis para o “*lay-off*”) uma cadeia de decisões interrelacionadas: (i) “decisão gestonária inicial”; (ii) “decisão organizativa intermédia; de extinção dos postos de trabalho e de selecção dos trabalhadores a abranger pelo despedimento” e, por fim, (iii) “decisão terminal de despedimento” (“O Controlo Jurisdicional da Decisão de Despedimento Colectivo”, *PDT*, 2011, n.º 90, pp. 107-114, p. 108).

²⁷⁰⁰ O regime do “*lay-off*” enquadra, no essencial, “perturbações no funcionamento das unidades produtivas, quer envolvam decisões gestonárias (correntes ou de emergência) dos titulares das empresas, quer resultem de caso fortuito ou de força maior” (MONTEIRO FERNANDES, *Direito cit.*, p. 475).

²⁷⁰¹ Importa, todavia, que concorra “*crise da empresa, i.e., uma afectação grave do seu funcionamento que ponha em risco a sua viabilidade*” e a “*indispensabilidade*” da suspensão “para assegurar a viabilidade da empresa e a manutenção dos postos de trabalho” (PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, II, pp. 833-834). Também LOBO XAVIER sublinha o carácter de emergência, “em que se prescreve uma *dupla* fundamentação (não só da conveniência técnico-económica, mas de subsistência dos postos de trabalho)” (*O despedimento cit.*, p. 483). Diversamente, o despedimento colectivo, não constitui, entre nós, “um despedimento *expediente* (*i.e.*, como expediente de crise), ou, nem sequer, como limite de sacrifício de empresa arruinada ou em insolvência”. Em suma, “trata-se de um despedimento eficiente destinado a dimensionar a empresa em termos de eficácia de gestão, para – conduzindo-a à prosperidade – evitar exactamente o despedimento em crise” (Bernardo da Gama Lobo XAVIER, “O Despedimento Colectivo”, *Congresso Europeu de Direito do Trabalho* (coord. José João Abrantes), Almedina, 2014, pp. 141-163, p. 145).

²⁷⁰² No âmbito do “*lay-off*” foi, no passado, fixada uma precedência lógica entre as medidas de redução e suspensão: “a suspensão só ser[ia] autorizada nos casos em que a redução dos períodos normais de trabalho se mostr[asse] inadequada ou insuficiente para assegurar a viabilidade da empresa e a manutenção dos postos de trabalho” (art. 5.º, n.º 3, da LSCT – cf. *supra*, Secção II, § 2.1.4.). A aplicação subsidiária da suspensão em relação à redução não é mais prevista, por se entender que cabe ao empregador avaliar a situação da empresa e, nesse âmbito, optar pela solução mais adequada (PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, II, p. 835, n. 63; sustentando idêntica conclusão, *v.* RIBEIRO DOS SANTOS, “Procedimentos ...” *cit.*, p. 251). Em sentido diverso, *v.* JÚLIO GOMES, *Direito cit.*, p. 864.

outras hipóteses de mercado”. Tratamos, pois, de decisões de gestão, que podem resultar em desfechos tão diversos como a subsistência ou o fim do vínculo²⁷⁰³. Assim decorre, desde logo, do disposto no art. 361.º, n.º 1, a) e b), que, entre as alternativas ao despedimento colectivo, prevê a “suspensão de contratos de trabalho” e a “redução de períodos normais de trabalho”²⁷⁰⁴. Sendo a inversa também verdadeira: por vezes, “as empresas acolhem-se ao sistema de *lay-off* e, depois, concluindo que não é possível a manutenção dos postos de trabalho, desencadeiam o procedimento de despedimentos colectivos”²⁷⁰⁵. Importa, pois, promover, neste como noutros domínios, cuidada articulação da liberdade de gestão da empresa e da segurança no emprego²⁷⁰⁶, conforme procedimento que garanta transparência e objectividade à decisão. Sendo certo que, à semelhança do que se constata a respeito do despedimento por razões objectivas, também o detalhe da fundamentação que motiva o “*lay-off*” conhece evidentes limitações. É por isso, também neste âmbito questionado: “a que nível se exige um «discurso fundamentador»”²⁷⁰⁷? Ao que se sobrepõe outra questão a jusante: até que ponto, são (devem ser), estas decisões escrutinadas judicialmente? É, com frequência, assinalada a falta de vocação e de preparação dos tribunais e as dificuldades com que se deparam, quando lhes é solicitada a valoração de opções técnicas, económicas e gestionárias²⁷⁰⁸. No que respeita, em concreto, ao controlo material da decisão empresarial, é assumido que o juiz não deve “substituir os critérios de gestão da empresa pelos seus critérios pessoais, se actuasse como gestor: cumpre-lhe sempre respeitar a discricionariedade do empregador”. Operam, naturalmente, limites, mas “apenas nos casos de gestão inadmissível ou grosseiramente errónea poderão ser postos em causa os critérios observados”²⁷⁰⁹. Neste exercício, importa não

²⁷⁰³ LOBO XAVIER, *O despedimento cit.*, p. 406.

²⁷⁰⁴ Sendo que a aplicação alternativa do “*lay-off*” prescinde, nesse âmbito, das comunicações, informações e negociações pressupostas naquele procedimento (cf. art. 361.º, n.º 2).

²⁷⁰⁵ LOBO XAVIER, *O despedimento cit.*, p. 342, n. 267. Referindo o “*lay-off*” como frequente antecâmara do despedimento, v. NUNES DE CARVALHO, “Suspensão ...” *cit.*, p. 153.

²⁷⁰⁶ LOBO XAVIER, *O despedimento cit.*, p. 406.

²⁷⁰⁷ Afinal, este pode revestir “diversíssimos graus de pormenorização e chegar a uma esgotante descrição dos factos, das intenções, das avaliações e de determinados juízos de prognóstico, todos eles, porventura, interessando a uma decisão final sobre a diminuição do emprego” – indagação referente ao despedimento por razões objectivas, que transpomos para o domínio do “*lay-off*” (LOBO XAVIER, *O despedimento cit.*, p. 342, n. 441,).

²⁷⁰⁸ LOBO XAVIER, *O despedimento cit.*, p. 567.

²⁷⁰⁹ LOBO XAVIER, *O despedimento cit.*, p. 590. Em síntese, o julgador deve, por princípio, respeitar os juízos de gestão do empregador, salvo se “desproporcionados, incongruentes ou irrelevantes para o fim tido em vista (v.g., o empregador despede para mais facilmente transmitir um estabelecimento – ou parte deste – cujo transmissário está interessado na aquisição sem pessoal)” (p. 652). Ainda a respeito do despedimento colectivo a mesma lógica é perfilhada por ROMANO MARTINEZ, que considera “não cabe[r] ao tribunal apreciar o mérito de tais decisões, porque o empresário é livre de empreender um caminho ruinoso; o tribunal só tem de verificar se o empregador não está a agir em abuso de direito ou se o motivo não foi ficticiamente criado” (AA.VV., *Código cit.*, p. 763). A este propósito, v., com especial interesse, o Relatório da *European Labour Law Network, Dismissal – particularly for business reasons – and Employment Protection*, 2011,

descurar o propósito do controlo, que se reduz, no essencial, à tutela dos trabalhadores frente à medida em causa²⁷¹⁰, ao que se soma a necessidade de adequada afectação de recursos públicos, atenta a comparticipação assumida pela segurança social.

II. Por conseguinte, entre nós, no “*lay-off*”, a suspensão resulta imposta (unilateralmente) pelo empregador, contanto que a motivação (vinculada) se revele adequada a fundamentar a desocupação temporária. Nessa condição, torna-se, no entanto, despiciendo indagar se a cooperação creditória se afigura (absolutamente) impossibilitada ou se, embora possível, traduz um sacrifício excessivo, inexigível ao empregador²⁷¹¹. E ainda que esta lógica se revele

disponível em <<http://www.labourlawnetwork.eu/publications/prm/73/0/index.html>>, sobretudo, pp. 59-64, onde é analisada a abrangência reconhecida à “*managerial prerogative*”. Para uma perspectiva evolutiva da jurisprudência, quanto ao controlo das decisões gestionárias do empregador no âmbito do despedimento colectivo, v. SILVA LOUREIRO, “O controlo jurisdicional ...” *cit.*, pp. 110-111. V. ainda o acórdão do STJ, de 19.11.2014, Proc. n.º 3193/09.8TTLSB.L1.S1 (MELO LIMA).

²⁷¹⁰ Assim, no que respeita à tutela dos trabalhadores em caso de despedimento colectivo, v. LOBO XAVIER, *O despedimento cit.*, p. 596. Considerados os interesses em conflito, há que ter sempre presente que “o trabalhador não é assimilável a um meio de produção como qualquer outro, que seja lícito ao empregador afectar ou desafectar: é alguém que tem direito ao esclarecimento da sua situação. Alguém que não pode ser dispensado por motivo fútil, arbitário ou subjectivo” (p. 597). No âmbito preciso de extinção de posto de trabalho por circunstâncias objectivas, refere a RP, em acórdão de 16.6.2014, que “a legalidade da extinção do posto de trabalho deverá ser perspectivada *de acordo com critérios empresariais utilizados pelo empregador*, competindo unicamente ao tribunal aferir da existência dos motivos económicos ou de mercado, tecnológicos ou estruturais *que foram invocados* e a existência de nexo causal entre esses motivos e a extinção do posto de trabalho, de forma a que possa concluir que aqueles eram adequados à redução de pessoal” (Sumário, II, Proc. n.º 840/11.5TTVFR.P1, JOÃO NUNES, *itálico* nosso).

²⁷¹¹ Na doutrina italiana, é, contudo, não raras vezes, renovado o apelo à destriça entre a impossibilidade absoluta e a relativa – enquanto critério adequado à selecção do bloco normativo aplicável aos casos em que o empregador não presta colaboração essencial à execução do trabalho: sendo o impedimento à cooperação absoluto, teriam aplicação as regras enquadradoras da impossibilidade da prestação (não imputável) e, nesta medida, o empregador encontrar-se-ia desonerado da obrigação principal, no que respeita ao pagamento da retribuição; tratando-se, porém, de simples dificuldade de colaboração, haveria que convocar a mora do credor, com consequente sujeição do empregador a uma tal obrigação. É assim que LAVAGNINI, acentuando a importância da colaboração creditória do empregador indica que tanto a impossibilidade como o incumprimento do empregador quanto à cooperação assumem particular importância, sobretudo quando inviabilizam a prestação da actividade, pelo trabalhador. Conclui, todavia, que apenas a impossibilidade superveniente, definitiva, absoluta e total justifica suprimir a colaboração creditória: fora tal caso, estar-se-á perante *mora accipiendi* (*La sospensione cit.*, pp. 157 e 159). TREU nota também que a impossibilidade pressuporia, neste contexto, interpretação estrita, com recondução a casos extremos de força maior (como o incêndio das instalações ou o seu encerramento por decisão de autoridade pública) e não incluindo, por regra, circunstâncias relacionadas com a empresa, ainda que não decorrentes (sequer) de negligência do empregador: “*the traditional rule is that an employer must continue to pay his employee if the suspension «depends on him», whereas he is free from any obligation if it depends on supervening impossibility to receive the employee’s performance*” (“Italy ...” *cit.*, p. 97). Atenta esta lógica, GALANTINO distingue, no âmbito da “*sospensione del rapporto per motivi attinenti*

melhor ajustada à decisão que justifica o “lay-off”, é igualmente transponível para hipóteses de encerramento ou diminuição de actividade – na sua maioria,

all’organizzazione produttiva”, as hipóteses de impossibilidade superveniente da prestação e de mera dificuldade em receber o trabalho (tal qual, situações de mercado, crise empresarial, reestruturação ou reconversão produtiva) (*Diritto cit.*, p. 334). cremos, porém, que o apelo à impossibilidade absoluta de colaboração, para além de não representativo da realidade dos factos – já que, segundo cremos, na maioria das situações, a falta de cooperação decorre de uma decisão do empregador –, decorre de uma leitura imprecisa dos conceitos: procurando, no essencial, solucionar um problema de repartição do risco (ditando sobre quem deve, afinal, recair o risco, confunde a delimitação da impossibilidade (enquanto absoluta ou relativa) com a determinação da imputação do obstáculo à cooperação (enquanto decorrência de fortuito, de acto culposo do empregador ou de circunstância ainda reconduzível à “esfera de risco do credor”). Assim resulta, contudo, do facto de o regime da impossibilidade não ser, no Direito italiano, dissociável da não imputação subjectiva do impedimento (sobre o tema, *v. supra* Parte I, Capítulo II). Concretizando esta lógica, refere a *Cassazione* que “*deve ritenersi che la sola impossibilità oggettiva che è suscettibile di escludere la mora accipiendi del datore di lavoro sia quella della stessa prestazione lavorativa per un fatto impossibilitante che esprima l’assenza di colpa del datore e colpisca il substrato aziendale della prestazione lavorativa (es. casi di alluvione, di terremoto, e simili, factum principis) di talchè, venendo a mancare il substrato aziendale, la prestazione lavorativa risulta impossibile; la mora credendi del datore di lavoro è esclusa e l’obbligo retributivo rimane sospeso*”. Diversamente, “*la mera difficultas del datore di lavoro, dovuta a fatti contingenti di carattere económico, non tali da rendere in sè impossibile la recezione della prestazione lavorativa, non integra i sopradetti estremi dell’impossibilità sopravvenuta*” (decisão de 17.7.1990, n.º 732, *apud* LOMBARDI, *La risoluzione cit.*, p. 421). Certo, todavia, que em qualquer hipótese a suspensão opera – ainda que a cooperação se afigure tão-só onerosa ou dificultada. Seria, no entanto, afastada a aplicação, nestes últimos casos, do regime reservado à impossibilidade, com consequente exclusão da exoneração do empregador quanto ao pagamento da retribuição. Esta construção assume, não obstante, reduzido alcance prático, já que em boa parte das hipóteses em que não concorre impossibilidade absoluta de cooperação, contanto que justificada a intervenção da CIG, o empregador é dispensado do pagamento da retribuição (ICHINO, *Il contratto cit.*, p. 46). Também LOMBARDI assinala que, com frequência, a suspensão opera por opção do empregador ou por razões ainda condicionadas por decisões de gestão – em tais casos, não se estaria perante circunstâncias reconduzíveis a (absoluta) impossibilidade de cooperação, antes traduzindo eventos supervenientes que convocam, não raras vezes, aplicação sectorial do regime do despedimento colectivo e do despedimento individual por motivo justificado objectivo (*La risoluzione cit.*, p. 422). Por conseguinte, ou o empregador faz cessar tais contratos – contanto que concorra motivo bastante – ou, subsistindo o vínculo laboral, manter-se-ia obrigado ao pagamento da retribuição (por não concorrer *impossibilitas accipiendi*, mas *mora credendi*), salvo intervenção da CIG (pp. 423 e 433). Em referência à CIGO e CIGS, *v. supra* n. 1658 e 1659. Por ora, importa, sobretudo, assinalar que esta lógica assenta em premissas dificilmente transponíveis para o enquadramento previsto no CC português: entre nós, o impedimento pode resultar ou não de facto imputável ao credor, não sendo a imputação subjectiva excludente da aplicabilidade do regime da impossibilidade. Embora não raras vezes doutrina e jurisprudência não procedam a adequada autonomização, tratamos de juízos distintos, ainda que sobreponíveis – dando conta da orientação comum na doutrina italiana, que acaba por privar a noção de impossibilidade absoluta de autonomia perante a não imputação subjectiva, *v. LOMBARDI, La risoluzione cit.*, p. 85. Atento o regime suspensivo entre nós vigente, não cremos, pois, adequado o apelo à natureza absoluta ou relativa do obstáculo à colaboração para determinar o destino da contraprestação: na esfera laboral, a específica afectação do risco resulta, em última instância, de avaliação da imputação ao empregador da recusa de colaboração – o que (importa, mais uma vez, assinalar), não se confunde com a natureza absoluta ou relativa da circunstância que condiciona a cooperação.

precedidas de uma decisão do empregador. Por conseguinte, a suspensão por factos referentes ao empregador opera ainda que concorra tão-só um juízo de inexigibilidade quanto à cooperação^{2712/2713}. Questão distinta respeita à valoração da imputação subjectiva de tais circunstâncias obstativas ao empregador – condicionante do específico regime suspensivo aplicável e, nesta medida, do previsto quanto ao destino da contraprestação²⁷¹⁴. Cremos, pois, que à luz do enquadramento vigente, reveste pouco interesse aferir se à suspensão subjaz uma lógica de impossibilidade ou de inexigibilidade quanto à (des)ocupação do trabalhador. Dir-se-á, aliás, que mesmo em contexto extintivo o apelo – agora já expresso, atento o previsto no art. 343.º, b) – à natureza absoluta do obstáculo à cooperação suscita, mais uma vez, sérias reservas: atenta a simetria do apelo à impossibilidade de cooperação, enquanto hipótese suspensiva e extintiva, há, pois, também aqui, que considerar os termos em que uma tal exigência deve, ainda na cessação, ser considerada.

2.2. A impossibilidade (absoluta) de o empregador prestar colaboração como condicionante da caducidade do contrato de trabalho

I. Retomamos exercício idêntico ao acima registado – quanto à impossibilidade de prestação do trabalho por facto respeitante ao trabalhador²⁷¹⁵ –, mas, agora, relativamente à cooperação do credor, em contexto não já suspensivo, mas extintivo. Dispõe o art. 343.º, b), que o “*contrato de trabalho caduca nos termos gerais*”, aqui se incluindo a extinção “*por impossibilidade superveniente, absoluta e definitiva*”, não só de “*o trabalhador prestar o seu trabalho*”, como de “*o empregador o receber*”. À semelhança do referido a propósito da caducidade por motivos referentes ao trabalhador, estando em causa razões que respeitam ao empregador, também a “*maior onerosidade para o empregador receber a prestação de trabalho*” é frequentemente arredada do âmbito da extinção por caducidade^{2716/2717}. Cremos, todavia, que, a menção à

²⁷¹² Leitura que mantemos ainda que o confronto dos n.ºs 1 e 2, a) do art. 294.º, pudessem sugerir que às hipóteses de encerramento sempre corresponderia uma situação de impossibilidade (absoluta), sendo apenas o “*lay-off*” compatível com um juízo de inexigibilidade.

²⁷¹³ Também no Direito alemão, Eduard PICKER assinala o desacerto de tentativa de contraposição de um conceito mais estrito ou flexível de impossibilidade de cooperação, com a pretensão de daí extrair consequências diversas (“*Arbeitsvertragliche Lohngefahr und Dienstvertragliche Vergütungsgefahr. Zur Wiederannäherung von Arbeits- und Zivilrecht*”, *Festschrift für Otto Rudolf Kissel zum 65. Geburtstag*, Beck, 1994, pp. 813-854, p. 848).

²⁷¹⁴ *Infra*, Capítulo II.

²⁷¹⁵ *Supra*, Secção III, § 3.

²⁷¹⁶ ROMANO MARTINEZ, *Direito do trabalho cit.* pp. 924-925, ênfase nossa. Conforme o STJ, tal impossibilidade “será absoluta quando não se trate de uma simples dificuldade ou onerosidade da prestação ou da aceitação do trabalho, mesmo que extraordinária ou excessiva, mas quando se verifique que a entidade empregadora está verdadeiramente impedida de receber o trabalho [...]” (acórdão de 27.10.1999, Proc. n.º 99S071, SOUSA LIMA, Sumário, II, ênfase nossa). Entendimento reiterado em acórdão de 9.5.2007, onde o STJ indica que “*não basta a verificação de um agravamento da situação da entidade empregadora ou uma maior onerosidade para ela na manutenção do contrato de trabalho. Não basta, assim, que tão somente se poste uma situação de mera dificuldade*

impossibilidade absoluta merece, mais uma vez, reservas, devendo ser reconsiderada. À semelhança do que sucede em contexto suspensivo, também aqui (no plano extintivo), não obstante a redacção legal, o apelo à impossibilidade apenas é rigoroso no que respeita à “*prestação de trabalho*”²⁷¹⁸: a inutilização do trabalho ocorre, afinal, não só quando o trabalhador não mais o pode desenvolver, como quando o empregador não mais o pode receber. Há, pois, que verificar como aferir os termos em que a referida “*impossibilidade*” de cooperação deve ser avaliada e em que medida tal pode ditar o fim do contrato, por caducidade.

II. O CT concretiza hipóteses de caducidade do contrato por factos referentes ao empregador. Numa única disposição, o art. 346.º trata da caducidade por morte do empregador, por extinção da pessoa colectiva empregadora²⁷¹⁹ e, por fim, em caso de encerramento total e definitivo de empresa. Sendo o empregador pessoa singular, importa, de todo o modo, que sobrevenha o encerramento da empresa ou do estabelecimento²⁷²⁰. E também a “*extinção de pessoa colectiva empregadora*” opera a caducidade²⁷²¹ contanto que não se

na aceitação do trabalho, antes sendo necessária a ocorrência de uma real não continuação da actividade empresarial da entidade empregadora que inviabilize, absoluta e totalmente, a relação laboral, o que o mesmo é dizer, [...], a impossibilidade absoluta não se confunde com a difficultas praestandi ou a difficultas agendi” (Proc. n.º 07S818, BRAVO SOUSA, itálico nosso).

²⁷¹⁷ FURTADO MARTINS refere que embora o art. 437.º do CC se aplique ao contrato de trabalho, importa ter presente “que certas formas de despedimento cobrem já (aliás em termos mais amplos) situações que seriam susceptíveis de enquadramento na alteração das circunstâncias”, referindo-se, em especial, “aos despedimentos por eliminação de emprego” (*Cessação cit.*, pp. 74-75, n. 55). No âmbito do RJCTSD, v. as hipóteses de caducidade indicadas no art. 28.º, n.º 1, c) e d).

²⁷¹⁸ Cf. *infra*, § 2.3.

²⁷¹⁹ Sobre esta hipótese e dificuldades associadas, v. Manuel Cavaleiro BRANDÃO, “Algumas Notas (Interrogações) em Torno da Cessação de Contratos de Trabalho em Caso de «Encerramento da Empresa» e de «Insolvência e Recuperação de Empresa»”, PDT, 2010, n.º 87, pp. 203-218, pp. 207-208.

²⁷²⁰ Dispõe o art. 346.º, n.º 1, que “a morte de empregador em nome individual faz caducar o contrato de trabalho na data do encerramento da empresa, salvo se o sucessor do falecido continuar a actividade para que o trabalhador se encontra contratado, ou se verificar a transmissão da empresa ou estabelecimento”. Conforme acórdão do STJ de 29.1.1990, “a morte da entidade patronal não determina a caducidade da relação laboral, verificando-se antes a sua transmissão para o adquirente do estabelecimento onde o trabalhador exerça a sua actividade” (Proc. n.º 002723, SOUSA MACEDO, Sumário, II, itálico nosso). Refere, a este respeito, JÚLIO GOMES que, “enquanto a herança permanecer indivisa teremos assim uma situação em que o «empregador» passa a ser um património autónomo, dotado de personalidade judiciária e fiscal, mas não de personalidade jurídica propriamente dita” (*Direito cit.*, p. 926, n. 2244).

²⁷²¹ Ilustramos este caso com referência à jurisprudência do STJ, ainda que à luz de regime anteriormente vigente (referenciando primeiramente os acórdãos mais recentes):

- Acórdão de 2.10.1996: “a extinção da CTM - Companhia Portuguesa de Transportes Marítimos, EP, pelo DL 137/85, de 3 de Maio, implicou necessariamente a caducidade dos contratos de trabalho que mantinha com vista ao desenvolvimento da sua actividade empresarial (artigo 8.º, n.º 1, alínea b) do DL 372-A/75, de 16 de Julho)” (Proc. n.º 96S264, CARVALHO PINHEIRO, com itálico nosso. A este propósito, v. a anotação discordante de António Nunes de CARVALHO, quanto ao

verifique transmissão²⁷²². Por conseguinte o que importa é o desaparecimento do substrato que justifica a execução laboral: “os contratos de trabalho celebrados pelo titular do estabelecimento nascem para o funcionamento deste, transmitem-se com este, logo devem extinguir-se quando este desaparece”²⁷²³. Acresce o previsto no art. 346.º, n.º 3 conforme o qual “o encerramento total e definitivo de empresa determina a caducidade do contrato de trabalho [...]”^{2724/2725}.

acórdão do TC n.º 162/95, proc. n.ºs 206/94 e 241/94 (BRAVO SERRA) (“Extinção de Empresa Pública e Cessação dos Contratos de Trabalho”, ano 37, 1995, RDES, n.ºs 1, 2, 3, 1995, pp. 189-214).

- Acórdão de 10.2.1993: “extinta a CNP - Companhia Nacional de Petroquímica, E.P., pelo Decreto-Lei n.º 209-A/86, de 28 de Julho, os contratos de trabalho por ela celebrados cessam ope legis, por caducidade por determinar impossibilidade superveniente, absoluta e definitiva, de a empresa receber a actividade profissional dos seus trabalhadores” (Proc. n.º 003743, DIAS SIMÃO, ênfase nossa). Dir-se-á que, “nos termos dos arts. 790.º e seguintes do Código Civil, estaremos perante casos de extinção das obrigações das partes por impossibilidade, intervindo como facto gerador da impossibilidade um «facto do príncipe»” (Bernardo da Gama Lobo XAVIER e António Nunes de CARVALHO, “Anotação a Acórdão da RL de 3.7.1991 - Um Caso Especial de Caducidade: Extinção de Empresas Públicas. Indemnização aos Trabalhadores”, ano 34, 1992, RDES, n.ºs 1, 2 e 3, pp. 67-111, pp. 86-87).

- Acórdão de 13.11.1989: “extinta a entidade patronal por via legislativa, tornou-se, absoluta e definitivamente impossível a manutenção do contrato de trabalho entre aquela e o trabalhador, caducando, assim, o contrato” (Proc. n.º 002580, PRAZERES PAIS, com itálico nosso).

- Acórdão de 17.1.1989, com itálico nosso: “são constitucionais o Decreto-Lei n.º 30689, de 27 de Agosto de 1940 e a Portaria do Ministro das Finanças de 19 de Novembro de 1986, pela qual a segunda, ao abrigo do primeiro, retirou à Caixa Económica Faialense a autorização para o exercício do comércio bancário e ordenou a sua imediata liquidação”. Tal extinção “implicou a caducidade dos contratos de trabalho dos que ali operavam”, (Proc. n.º 002642, BARBIERI CARDOSO).

- Acórdão de 12.7.1985: “[...] a extinção, por via legal, do Grémio dos Armadores de Pesca de Arrasto provocou a caducidade dos respectivos contratos de trabalho [...]” (Proc. n.º 001030, DIAS DA FONSECA, apenas Sumário disponível, com itálico nosso).

²⁷²² Cf. art. 346.º, n.º 2. FURTADO MARTINS nota que “nestas hipóteses, o verdadeiro facto extintivo não reside na morte ou extinção da pessoa do empregador, mas sim no encerramento definitivo da empresa de que aquele era titular” (Cessação cit., p. 86).

²⁷²³ Alberto de Sá e MELLO, “Extinção de Contratos de Trabalho por Dissolução da Pessoa Colectiva Empregadora”, ano 39, 1997, RDES, pp. 369-400, p. 375.

²⁷²⁴ Ainda que estes casos quadrem mal no contexto da caducidade, a opção legal é de recondução destas hipóteses a esta forma extintiva. Referindo o desajuste de uma tal solução, v., JÚLIO GOMES, *Direito cit.*, p. 926, n. 2243.

²⁷²⁵ Ao que importa somar os casos em que a insolvência vem também a dar lugar ao encerramento do estabelecimento (cf. art. 347.º, n.º 3). Para CAVALEIRO BRANDÃO não se colocam grandes dúvidas relativamente a esta solução: “a cessação do contrato de trabalho como consequência de um encerramento definitivo num quadro de insolvência, preenche legalmente uma situação de impossibilidade superveniente, absoluta e definitiva, de o empregador receber o trabalho do seu colaborador e configura, por conseguinte, uma situação de caducidade” (“Algumas ...” cit., p. 212). Já no que respeita aos contratos de trabalhadores “cuja colaboração não seja indispensável ao funcionamento da empresa” e que poderão cessar antes do encerramento definitivo, por iniciativa do administrador da insolvência (cf. art. 347.º, n.º 2) e, em especial, quanto às hesitações relativas à qualificação de uma tal cessação, JÚLIO GOMES conclui que se está perante uma “solução verdadeiramente paradoxal”, operando a caducidade por “decisão do administrador de insolvência, mesmo antes do encerramento da empresa” (*Direito cit.*, p. 930). Já PALMA RAMALHO identifica, nesta situação, “uma nova e autónoma causa de

III. A jurisprudência reitera desde há muito – conforme construção que não acompanhamos – o apelo à natureza absoluta do impedimento que afecta o empregador, condicionando a operacionalidade da caducidade a leitura exigente de um tal requisito²⁷²⁶. Conforme acórdão do STJ, de 5.7.1989²⁷²⁷, “a impossibilidade de dar continuidade à relação laboral é [...] *absoluta quando não representa uma simples dificuldade, a onerosidade excessiva para qualquer das partes, exigindo-se que o seja em termos de se impor universalmente [...]*”²⁷²⁸. Por ilustrativo, indicamos algumas decisões que concretizam, no entender do STJ, impossibilidade absoluta de o empregador receber o trabalho, para efeitos de caducidade do vínculo:

(i) Acórdão de 6.12.1989: “a *expropriação* do local de trabalho, importando o *encerramento da empresa* com carácter definitivo, *impossibilitando[-a]* de receber o trabalhador por forma *absoluta*, objectiva e definitiva [...], tipifica uma situação de *cessação dos contratos de trabalho por caducidade*”²⁷²⁹.

(ii) Acórdão de 5.4.2006²⁷³⁰: “*não sendo renovado o alvará de exploração de actividade radiofónica* da entidade empregadora e tendo sido selado o respectivo equipamento de emissão, por decisão da autoridade competente, aquela ficou *impossibilitada de exercer a única actividade a que se dedicava e, concomitantemente, de receber a prestação laboral* do autor, devendo considerar-se essa *impossibilidade* como superveniente e *absoluta [...]*”²⁷³¹. Concorre ainda

despedimento no contexto da insolvência – o despedimento com base na dispensabilidade dos trabalhadores para o funcionamento da empresa” (*Tratado cit.*, II, p. 932; v. ainda Maria do Rosário Palma RAMALHO, “Aspectos Laborais da Insolvência: Notas Breves sobre as Implicações Laborais do Regime do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas”, ano 12, 2005, *QL*, n.º 26, pp. 145-163, pp. 157-158 [=Estudos em Memória do Professor Doutor José Dias Marques, Almedina, 2007, pp. 687-705]). Por sua vez, para FURTADO MARTINS, a cessação opera por “recurso aos meios comuns de extinção dos vínculos laborais, ou seja, mediante a celebração de acordos ou através da realização de despedimentos por eliminação de emprego, tanto na modalidade de despedimento coletivo como na de despedimento por extinção de posto de trabalho” (*Cessação cit.*, p. 109, *itálico* nosso). V. ainda JOANA VASCONCELOS, “Insolvência ...” *cit.*, pp. 383-403.

²⁷²⁶ Também na doutrina e à luz do enquadramento legal então vigente – o art. 113.º da LCT já havia sido revogado, tendo aplicação, à data, o disposto no art. 6.º da LCCT – SÁ E MELLO, manifestava a sua divergência quanto ao entendimento que dispensava a indagação da natureza absoluta e definitiva da prestação nos casos de desaparecimento do substrato laborativo. Referia, a tal propósito, que “*não parece escamoteável a indagação da verificação dos pressupostos da impossibilidade objectiva, absoluta e definitiva do cumprimento em caso de encerramento definitivo do estabelecimento empresarial, sobretudo se este resulta de facto voluntário, de livre iniciativa do empresário [...]*” (*Extinção ... cit.*, p. 380, *itálico* nosso).

²⁷²⁷ Proc. n.º 002468 (SOUZA MACEDO).

²⁷²⁸ Sumário, II.

²⁷²⁹ Proc. n.º 002193 (MÁRIO AFONSO), com *itálico* nosso.

²⁷³⁰ Proc. n.º 05S4144 (PINTO HESPAHOL).

²⁷³¹ Sumário, II, *ênfase* nossa. Quanto à natureza transitória ou definitiva do impedimento, v. *infra* Capítulo III.

referência à operacionalidade da caducidade – *maxime*, ao seu automatismo – e à relevância reservada, neste âmbito, a declaração do empregador²⁷³².

IV. Para delimitação precisa do tema, importa, todavia, convocar questão diversa, com esta relacionada. Até 2003, o facto de se tratar de um encerramento programado ou imprevisto – relevando, nesta medida, a motivação subjacente ao mesmo – constituía, conforme apelo frequente da doutrina e da jurisprudência, elemento importante para determinar a forma extintiva adequada: despedimento por razões objectivas ou caducidade^{2733/2734}. Perante

²⁷³² A tal propósito, entendeu o STJ que “para que se verifique a caducidade do contrato de trabalho, não basta a ocorrência de facto que gere a impossibilidade superveniente, absoluta e definitiva da entidade empregadora receber a prestação laboral, *sendo ainda necessária uma manifestação de vontade daquela entidade*, com vista a definir a extensão e o alcance da situação de facto surgida, momento volitivo esse que não configura uma declaração de vontade extintiva da relação laboral, antes se limita a comprovar uma situação conducente à caducidade (encerramento definitivo da empresa)” (Sumário, V, *itálico nosso*). Refere o Tribunal que, por regra, “a caducidade do contrato de trabalho opera automaticamente, não necessitando de ser invocada por qualquer das partes”. É, todavia, admitido que, em certos casos, pode ser exigida declaração que “exterioriza o apuramento da situação conducente à caducidade (*v.g.*, declaração de encerramento da empresa a título definitivo ou uma declaração de invalidez definitiva do trabalhador): tratar-se-á, contudo, de uma declaração que atesta ou comprova uma situação de facto e não uma declaração de vontade extintiva” (*ênfase nossa*). A esse respeito, LOBO XAVIER nota que “[...] a defesa do estado de ignorância do trabalhador apenas poderá impor que o encerramento definitivo lhe seja de algum modo patenteado, e nem isso será necessário quando o facto for óbvio ou transparente. Em outros casos, impor-se-á, talvez uma *declaração de encerramento*, ou coisa que o valha, mas essa declaração não terá carácter de denúncia, nem será uma declaração de vontade negocial no sentido de pôr termo ao contrato de trabalho. Tal declaração valerá não como negócio jurídico mas como acto que se destina a patentear o encerramento da empresa” (“A repercussão ...” *cit.*, pp. 10-11, *itálico nosso*). Para MONTEIRO FERNANDES, o automatismo da caducidade seria uma noção destituída de rigor, por considerar que sempre exigirá uma declaração ou manifestação de vontade. Especificamente sobre a caducidade por impossibilidade do empregador receber o trabalho indica: “a fábrica encerra – facto determinante da impossibilidade superveniente da prestação do trabalho. Mas que impossibilidade? Temporária ou definitiva? Só nesta última hipótese, como se sabe, poderá produzir-se a cessação *ope legis* do contrato. Mas, em primeiro lugar, só o empregador sabe ou pode prever, normalmente, se o encerramento será permanente ou provisório; é necessário que o exteriorize ou manifeste, através de comunicação adequada (um aviso colocado à porta da fábrica, por exemplo). [...] A caducidade opera, pois, nestes casos, de modo atípico: não basta a mera situação objectiva, é necessário um comportamento declarativo da parte em cuja esfera ela surge” (*Direito cit.*, p. 490). Ainda a respeito de disposição equivalente no âmbito da LCT, ALMEIDA POLICARPO e MONTEIRO FERNANDES indicavam já “não bastar, para que o contrato ce[ssasse] automaticamente, a ocorrência da situação de facto em causa”. Afinal, “a impossibilidade resulta, nesses casos, da inviabilidade da colaboração creditória que, muitas vezes, só é do conhecimento da entidade patronal”. Por conseguinte, “a caducidade só ocorre (e neste sentido se dirá também que a impossibilidade só se verifica, isto é, exterioriza ou manifesta) mediante comunicação da parte impossibilitada ao outro contraente, pelo menos quando se trate de impedimento ligado à empresa” (*Lei cit.*, p. 215). V. também JÚLIO GOMES, *Direito cit.*, p. 927, n. 2245. Já quanto ao automatismo da caducidade, mas na hipótese de impedimento que afecta o trabalhador, v. o referido *supra* n. 2523.

²⁷³³ V., à luz de enquadramento legal anterior ao CT de 2003, Pedro Furtado MARTINS, *Cessação do Contrato de Trabalho*, 2.^a ed., Principia, 2002, pp. 47 e ss.; já em edição posterior ao CT 2009, v.

um despedimento programado, o empregador teria sempre e, como assinalado na doutrina, independentemente das razões subjacentes a uma tal decisão²⁷³⁵ – o que, só por si, se harmonizava deficientemente com a exigência, prevista no art. 16.º da LCCT, de fundar a extinção em motivos estruturais, tecnológicos ou conjunturais²⁷³⁶ – de observar as regras previstas para o despedimento colectivo. Não concorreria, afinal, em tais casos, absoluta impossibilidade de

Cessação cit., pp. 90 e ss. Assinalando as distintas posições sustentadas na doutrina, a este respeito, no âmbito da LCCT, v. SÁ E MELLO, “Extinção ...” *cit.*, pp. 392-394.

²⁷³⁴ No entanto, desta destrição não resultam hoje relevantes efeitos práticos, uma vez que, salvo quanto às microempresas (cf. art. 346.º, n.º 4), o art. 346.º, n.º 3, estende ao encerramento total e definitivo o procedimento previsto para o despedimento colectivo – quanto às hesitações relativas às adaptações a introduzir, nesse caso, v., porém, CAVALEIRO BRANDÃO, “Algumas ...” *cit.*, pp. 210-211. Neste contexto e pela importância então assumida, v. o acórdão do TJUE, de 12.10.2004, Proc. n.º C-55/02, *Comissão c. República Portuguesa* e, em crítica a uma tal decisão, nomeadamente, LOBO XAVIER, “O despedimento colectivo ...” *cit.*, pp. 147-149. No seguimento do que foi decidido, FURTADO MARTINS nota que “uma vez que as exigências do Direito comunitário nesta matéria se centram nos aspectos procedimentais do despedimento coletivo, a forma encontrada para as satisfazer nas situações de encerramento definitivo da empresa que não correspondem ao conceito de despedimento seguido no Direito nacional *consistiu em aplicar o procedimento próprio do despedimento coletivo quando a caducidade dos contratos de trabalho ainda possa ser enquadrada no conceito de despedimento acolhido na Diretiva 95/59/CE*” (*Cessação cit.*, p. 94, ênfase nosso). Todavia, no que respeita às sanções associadas ao desrespeito de um tal procedimento, indica o STJ, em acórdão de 20.5.2009, que a sua inobservância “não torna ineficaz a caducidade do contrato de trabalho” (Proc. n.º 08S3258, SOUSA GRANDÃO, Sumário, XIII). Assumindo que perante “a inobservância do referido procedimento, o empregador poderá incorrer em responsabilidade civil pela correspondente omissão, ou até por factos que provocaram a cessação do contrato de trabalho por caducidade, *mas não propriamente por esta*” (Sumário XIV, *italico* nosso). Divergindo da solução perfilhada pelo STJ e admitindo, em tal caso, a verificação de um despedimento ilícito, v. JÚLIO GOMES, “Da inobservância ...” *cit.*, pp. 421-440. Em sentido algo diverso, v., porém, PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, II, p. 926. Para além de aplicação das regras procedimentais reservadas ao despedimento colectivo (cf. 346.º, n.º 3), é também reconhecido ao trabalhador o direito a compensação (cf. art. 346.º, n.º 5). Já se o encerramento resultar de insolvência do empregador, v. o art. 347.º, n.º 3, sendo a compensação devida ao trabalhador, quer a cessação decorra de decisão do administrador de insolvência, prévia ao encerramento definitivo do estabelecimento (art. 347.º, n.ºs 2 e 5), ou por ocasião do encerramento (art. 346.º, n.º 5). A este propósito, v. JOANA VASCONCELOS, “Insolvência ...” *cit.*, pp. 384-385.

²⁷³⁵ Assim, FURTADO MARTINS, que à luz de enquadramento anterior ao CT de 2003, entende que “por exemplo, se o empregador decidi[sse], *por qualquer motivo*, não prosseguir a actividade a que se vinha dedicando e, em consequência, pretende[sse] encerrar definitivamente o estabelecimento, haver[ia] espaço para aplicar o regime do despedimento coletivo”. E, entre tais motivações, havia que contar não apenas razões de ordem económica, “mas também motivos de natureza estritamente pessoal, como no caso de o empregador decidir passar a viver dos rendimentos proporcionados pelo património que a actividade empresarial lhe permitiu acumular” (*Cessação cit.*, p. 92, n. 103, ênfase nossa).

²⁷³⁶ Na verdade, “o despedimento colectivo tem obrigatoriamente como fundamento os motivos de mercado, estruturais ou tecnológicos enunciados no art. 359.º, n.º 2, enquanto a caducidade do contrato de trabalho por impossibilidade atinente ao empregador assenta necessariamente na extinção da entidade empregadora ou no encerramento total e definitivo da empresa, que se pode dever a este tipo de factores, como uma catástrofe natural ou, *simplesmente, a decisão de não continuar o negócio*” (PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, II, p. 927, *italico* nosso).

colaboração, por ser, na verdade, possível ao empregador, ainda que por via de sacrifícios adicionais, manter ou reabrir o estabelecimento – razão bastante para arredar tais hipóteses do âmbito da caducidade. Já no encerramento imprevisto, imposto por eventos exteriores – por conseguinte, mais consentâneo com a essência da caducidade – haveria que concluir pela extinção do vínculo laboral, por esta via. Neste contexto se enquadram, entre outras, as seguintes decisões²⁷³⁷:

(i) Em 22.9.1993, a RL entendeu que “a situação da Ré não [era] de impossibilidade absoluta, mas de mera impossibilidade relativa ou *difficultas praestandi*”. No caso, uma discoteca, já com reduzida procura e graves dificuldades financeiras, encerrou. Foi, não obstante, referido pela RL que “a Ré não est[ava] impedida de *voltar a abrir* a sua discoteca, desde que consegu[uisse] arranjar um novo financiamento e, eventualmente, proced[esse] a obras e [...] à sua modernização, no sentido de tornar o estabelecimento mais atraente, agradável e convidativo”. Uma vez que, na perspectiva da RL, apenas concorria impossibilidade relativa de retorno à exploração, não havia que considerar verificada a caducidade do contrato de trabalho²⁷³⁸.

(ii) Também em acórdão de 21.6.2000²⁷³⁹, a RL concluiu que, embora o estabelecimento tivesse encerrado, a caducidade não operara, por não apresentação do empresário a concurso, para nova concessão. O Tribunal entendeu não estar perante impossibilidade que legitimasse a caducidade, já que o encerramento havia sido ditado, no limite, por uma decisão do empregador. A RL apela à necessidade de a impossibilidade “ser *independente da vontade* extintiva da parte a que respeite”²⁷⁴⁰, concluindo que, ao *optar* por não se apresentar como candidato a concurso público para renovação da concessão, bem como, no limite, ao *decidir* não adquirir ou arrendar novo espaço para prosseguir actividade, não podia o empregador invocar a perda de concessão e o subsequente encerramento como fundamento para a caducidade dos vínculos laborais^{2741/2742}.

²⁷³⁷ Também na doutrina o conflito de normas era assim resolvido: num caso, “a cessação produz-se *inapelavelmente* (ao impossível ninguém pode ser obrigado); no outro, está, normalmente, subjacente ao encerramento, corporizando-o, uma *decisão do empresário*, legítima se fundada em certas circunstâncias, mas *sempre voluntária*” (LOBO XAVIER e NUNES DE CARVALHO, “Anotação a acórdão ...” *cit.*, p. 90, ênfase nossa).

²⁷³⁸ Proc. n.º 8656 (CARLOS HORTA), CJ, ano 18, 1993, t. 4, pp. 171-174, p. 173.

²⁷³⁹ Proc. n.º 590/4/97 (MANUELA GOMES), CJ, ano 25, 2000, t. 3, pp. 173-174.

²⁷⁴⁰ P. 173, *itálico* nosso.

²⁷⁴¹ No entender da RL, devia ter tido lugar um despedimento colectivo, o qual, não tendo ocorrido, ditava a ilicitude da cessação. Considerando que tais decisões traduzem uma interferência indevida na liberdade de gestão do empregador, *v.* ROMANO MARTINEZ, *Apontamentos cit.*, pp. 47-48, n. 81.

²⁷⁴² Diferentemente, em acórdão de 9.12.1999, o STJ concedeu que a perda de concessão da exploração operasse a caducidade dos contratos de trabalho (Proc. n.º 99S181, JOSÉ MESQUITA). As instâncias inferiores haviam afastado um tal desfecho, considerando que não “ocorre[ra] impossibilidade absoluta e definitiva”, uma vez que “a Ré não estava impedida de concorrer a um próximo concurso de concessão, sendo certo que o seu objecto social não tinha prazo limitado”. Refutando esta lógica, o STJ decidiu pela caducidade: “dizer-se que, não tendo havido extinção, a Ré não está impedida de concorrer a um próximo concurso para concessão”, não faria, na

(iii) Nesta linha, enquadrando hipótese de cessação de contrato de trabalho no seguimento de incêndio que destruíra por completo o único estabelecimento do empregador, o STJ refere, em acórdão de 17.12.1998²⁷⁴³, que “não cabe confundir a situação verificada” com as hipóteses que “podem conduzir ao despedimento colectivo por encerramento definitivo do estabelecimento, desde logo porque, no caso, estamos perante a perda do estabelecimento comercial da Ré devida a caso fortuito, o incêndio, para a qual a Ré não concorreu, apresentando-se-lhe o encerramento como uma fatalidade, ao passo que o encerramento que pode levar ao despedimento colectivo é normalmente *da iniciativa da entidade patronal* e o despedimento ocorre sempre *por decisão* dela, observados os requisitos legalmente exigidos visando o respectivo controle. Em suma: à objectividade que desencadeia *ope legis* a caducidade, contrapõe-se no despedimento colectivo a *vontade da empregadora de despedir*”²⁷⁴⁴.

Certo, porém, que mesmo à luz de enquadramento legal anterior (ao CT 2003), o apelo a um tal critério de destrinça afigurava-se, em certa medida, forçado. Afinal, a qualquer encerramento subjaz uma decisão de encerramento: mesmo em caso de incêndio por fortuito, que inutilize todo o espaço e instrumentos de trabalho, no limite, ao empregador é sempre possível decidir recuperar as instalações e retomar a actividade – sendo, por conseguinte, artificial excluir a caducidade sempre que para o encerramento concorra um acto volitivo do empregador. Refere, a este propósito, JÚLIO GOMES – embora já à luz do regime introduzido em 2003 –, que o encerramento da empresa não reclama motivação específica, “podendo tratar-se simplesmente da decisão do empregador de mudar de ramo de actividade ou de não prosseguir a sua actividade ou, até de reformar-se”²⁷⁴⁵. É, na verdade, difícil não vislumbrarmos, também nos casos de encerramento que autorizam a caducidade, uma opção do empregador, no sentido da extinção. A fragilidade do elemento volitivo como critério delimitativo do âmbito operativo da caducidade/despedimento por razões objectivas, encontra, aliás, reflexo nos esforços feitos pela doutrina na identificação de níveis diferenciados de autonomia decisória. Era, assim, sustentado que caso o encerramento resultasse imposto por factos alheios – tal qual incêndio fortuito que destrísse integralmente as instalações da empresa –, a decisão subsequente de não retoma da actividade (e que cabe, em exclusivo,

verdade, “qualquer sentido, ao menos em termos de exequibilidade prática e de normalidade das coisas” (itálico nosso).

²⁷⁴³ Proc. n.º 99S145 (MANUEL PEREIRA).

²⁷⁴⁴ Ênfase nossa.

²⁷⁴⁵ *Direito cit.*, p. 928. No mesmo sentido, embora já após o CT 2009, CAVALEIRO BRANDÃO reconduz à caducidade, por encerramento total, quer hipóteses de “encerramento como consequência de uma decisão administrativa (p. ex. cassação definitiva de licença de que dependa a continuação da laboração), ou por caso de força maior (com efeitos física, técnica ou economicamente irreversíveis)”, como outras situações de encerramento, tal qual as que decorrem de “*iter* decisório do empregador, onde o fecho [é] consequência de uma opção, livre e voluntária, do empregador” (“Algumas ...” *cit.*, pp. 211-212).

ao empregador), não poria em causa a natureza externa do encerramento (por se tratar de decisão mediata/decorrente de tais elementos); por conseguinte, nessas situações, a extinção operava por caducidade^{2746/2747}. A falta de clareza quanto ao regime acolhido terá motivado o legislador, em 2003, a fazer acompanhar a previsão expressa do encerramento enquanto causa de caducidade – tal qual hoje previsto no art. 346.º, n.º 3 – da exigência da verificação de um encerramento total (da empresa)²⁷⁴⁸. Assim se revelando um novo critério que, para lá da motivação subjacente ao encerramento, se revela de mais fácil operacionalização: se o encerramento for total, os contratos com os trabalhadores ao seu serviço caducam – independentemente da razão que justifica um tal desfecho; o encerramento total constitui, só por si e sem mais indagações (salvo comportamento abusivo ou simulado), razão justificativa para o encerramento²⁷⁴⁹; tratando-se, porém, de encerramento (tão-só) parcial²⁷⁵⁰, têm aplicação as regras do despedimento coletivo²⁷⁵¹ ou do

²⁷⁴⁶ Assim, ainda à luz de enquadramento anterior ao CT 2003, FURTADO MARTINS assinalava a necessidade de distinguir “os casos em que a *decisão* do empregador tem por objecto o encerramento do estabelecimento, sendo *causa directa do mesmo*, das hipóteses em que cabe ao empregador decidir da reabertura ou reactivação de um estabelecimento cujo encerramento se ficou a dever a um facto estranho à sua vontade”. No primeiro caso, com aplicação das regras referentes ao despedimento colectivo e no segundo das que respeitam à caducidade. Nesta última hipótese, “a decisão patronal integra a situação à qual a lei associa a caducidade do contrato, formada pelo facto determinante do encerramento e pela decisão patronal no sentido de não reactivar o estabelecimento” (*Cessação cit.*, 2.ª ed., pp. 50-51). Ainda no âmbito de regime anterior ao CT, ROMANO MARTINEZ indicava – evidenciando a concorrência incontornável de um acto volitivo do empregador – que, “se o empregador considera que, por motivos conjunturais, deve encerrar o estabelecimento, terá de recorrer ao mecanismo do despedimento colectivo (arts. 16.º e segs. da LCCT), mas, se, em consequência de um incêndio, considera não ser economicamente viável a reconstrução das instalações, haverá caducidade” (“Caducidade ...” *cit.*, p. 710).

²⁷⁴⁷ E já à luz do critério hoje acolhido dir-se-á que a “*morte do empregador*, ressalvados os casos de suicídio, não se ficará normalmente a dever a vontade deste (ou até frequentemente a um comportamento imputável a este), a *extinção da pessoa colectiva* pode ou não ser voluntária, enquanto o *encerramento da empresa* resultará frequentemente de uma *decisão voluntária*, não podendo sequer afastar-se que, apesar da *decisão* de encerramento, o *estabelecimento fosse inteiramente viável*. O legislador decidiu, contudo, subsumir todas estas situações à figura da caducidade, em decisão claramente oposta à de outros ordenamentos” (JÚLIO GOMES, *Direito cit.*, p. 926, ênfase nossa).

²⁷⁴⁸ Por conseguinte, “o legislador de 2003, em vez de incluir na noção de despedimento colectivo os casos de encerramento da empresa tanto por opção do empregador como por motivos independentes da vontade deste – uma diferença que, aliás, nem sempre é fácil no caso concreto – optou [...] por incluir tais situações no conceito de caducidade, reservando a noção de despedimento colectivo para os casos em que se não procede a um encerramento total e definitivo da empresa” (JÚLIO GOMES, “Da inobservância ...” *cit.*, pp. 432-433).

²⁷⁴⁹ Nesta medida, “a decisão de encerramento vale em si mesma como justificação para a cessação dos contratos de trabalho, sendo irrelevantes os motivos que estão na base dessa decisão empresarial. Por isso se diz que a decisão de encerramento é uma decisão de gestão, que, em si mesma, não pode ser sindicada, nem mesmo judicialmente, exceto para garantir os trabalhadores contra situações de encerramento simulado ou abusivo” (FURTADO MARTINS, *Cessação cit.*, p. 95).

²⁷⁵⁰ Ou seja, “*encerramento de uma ou várias secções ou estrutura equivalente ou redução do número de trabalhadores*” (cf. art. 359.º, n.º 1), rejeitando-se interpretação restritiva da norma que apenas

despedimento por extinção de posto de trabalho²⁷⁵². A razão subjacente ao encerramento deixou, por conseguinte, de constituir elemento essencial, antes havendo que verificar a extensão/amplitude da extinção. O que traduz, na verdade, solução mais consentânea com o princípio da liberdade de iniciativa económica privada, reconhecendo-se “que os empresários são livres de decidir se pretendem ou não criar uma nova unidade produtiva”, tendo “liberdade para decidir em sentido oposto, encerrando as unidades de que são titulares e cessando definitivamente a sua actividade”²⁷⁵³. Estranhamente, a jurisprudência mais recente mantém, no entanto, não raras vezes – ainda que indevidamente – o anterior critério distintivo: refere o STJ, em acórdão de 25.11.2014, que para efeitos de caducidade, “na perspectiva de impossibilidade de receber a prestação de trabalho”, importa que “a impossibilidade não decorra da vontade das partes, nomeadamente da empregadora”²⁷⁵⁴.

V. Dir-se-á, todavia, que o elemento volitivo não se revelava apenas inadequado à destinação caducidade *vs.* despedimento (por razões objetivas), mas também à qualificação da natureza absoluta/relativa da impossibilidade que inviabiliza a colaboração do credor²⁷⁵⁵. Condicionar a natureza

legitimasse o despedimento quando necessário à viabilização da empresa (FURTADO MARTINS, *Cessação cit.*, pp. 271-272). Esta conclusão não é beliscada pelo facto de a suspensão no “lay-off” apenas operar perante crise empresarial, enquanto medida “indispensável para assegurar a viabilidade da empresa e a manutenção dos postos de trabalho” (art. 298.º, n.º 1, *in fine*). Entre as razões que justificam a diferente perspectiva, FURTADO MARTINS assinala o facto de a suspensão ser, em tais casos, “acompanhada de uma transferência parcial do risco pela contraprestação retributiva para a Segurança Social, a quem cabe suportar 70% da comparticipação devida ao trabalhador”, nada disto sucedendo “no despedimento por eliminação de emprego, em que cabe ao empregador suportar os custos da aplicação da medida, pagando as compensações devidas pela cessação do contrato de trabalho”.

²⁷⁵¹ Nesta linha, JÚLIO GOMES assinala que “a lei dispõe agora que o encerramento total e definitivo da empresa determina a *caducidade* do contrato de trabalho. A *caducidade* só ocorrerá, pois, se o encerramento for *total* e não apenas *parcial* (hipótese em que haverá que lançar mão do *despedimento colectivo*) e definitivo e não apenas temporário (hipótese em que normalmente se verificará a suspensão dos contratos de trabalho ou em que pode ocorrer uma situação de mora do credor)” (*Direito cit.*, p. 927, ênfase nossa). Reafirmando este entendimento, o STJ indica, em acórdão de 20.5.2009: “no Código do Trabalho 2003, ao contrário da LCCT, a distinção entre a cessação do contrato de trabalho por despedimento colectivo ou por caducidade deixou de basear-se na diferença entre o *encerramento programado*, por vontade do empregador, e o *encerramento imprevisto* ou *por facto estranho à vontade do empregador*, para passar a assentar na distinção entre o *encerramento total* ou *parcial* do estabelecimento: assim se o encerramento do estabelecimento é *total* e *definitivo*, há *caducidade* do contrato de trabalho; se, ao invés, o encerramento é *parcial*, pode recorrer-se à resolução do contrato com fundamento em *despedimento colectivo*” (Proc. n.º 08S3258, SOUSA GRANDÃO, Sumário XI, *itálico* nosso).

²⁷⁵² FURTADO MARTINS, *Cessação cit.*, p. 277.

²⁷⁵³ FURTADO MARTINS, *Cessação cit.*, p. 95.

²⁷⁵⁴ Proc. n.º 284/11.9TTTVD.L1.S1 (GONÇALVES ROCHA). No caso, a caducidade, de facto, não operara, mas por outras razões, que se distinguem do enquadramento assim indicado.

²⁷⁵⁵ O entendimento oposto encontra, porém, frequente acolhimento na jurisprudência. Assim, em acórdão de 18.11.2013, a RP decidiu que “em caso de encerramento parcial *não há uma impossibilidade absoluta e definitiva do empregador receber a atividade profissional dos trabalhadores*”.

absoluta/relativa do impedimento a factos extrínsecos ou intrínsecos à vontade do empregador é, neste caso, artificial e impreciso: antes diremos que, desaparecido o substrato laborativo (a empresa ou o estabelecimento), o empregador não presta (não pode prestar) colaboração indispensável à execução, pelo trabalhador, da actividade acordada. Frustrada tal condição, não é mais possível ao empregador dar observância a dever de colaboração, *maxime* a ocupação do trabalhador. Diremos, pois, que a impossibilidade de cooperação é, em qualquer hipótese de encerramento, incontestável: ao empregador não é, em tais casos, viável ocupar o trabalhador, ainda que por via de esforços adicionais, mais ou menos abrangentes. E esta conclusão não é prejudicada pelo facto de subjacente ao encerramento estar uma decisão livre do empregador, que opta por não prosseguir aquela actividade, encerrando a empresa, ou, ao invés, se assim decorre de imposição externa – tal qual no encerramento ditado por autoridade pública ou pelo deflagrar de incêndio, que destrói, por completo, as instalações. No limite, admitida a imprecisão do apelo a uma impossibilidade absoluta de cooperação – atenta a margem de autonomia sempre reconhecida quanto ao destino final da organização – dir-se-á que, também aqui (no plano da colaboração), deve ter lugar apelo preferencial à inexigibilidade.

Diversamente, constituem hipóteses que não legitimam a caducidade aquelas em que, embora subsistindo o substrato laborativo – por conseguinte, não verificado o encerramento de empresa ou estabelecimento –, a observância, pelo empregador, da cooperação creditória, se revela onerosa. Nesta medida, “as dificuldades da empresa em pagar aos seus trabalhadores não constituem fundamento de caducidade dos contratos de trabalho”²⁷⁵⁶. Lógica idêntica se aplicando em caso de maiores dificuldades decorrentes da perda de clientes: em acórdão do STJ de 24.3.1993 é assinalado que “a circunstância de um consórcio ter decidido suspender o contrato de assistência técnica celebrado com a Recorrente não é susceptível de determinar aquela impossibilidade” exigível ao

afetos aos setores encerrados, mas, quando muito, uma *dificuldade agravada nesse recebimento*” (Proc. n.º 1029/11.9TTVCT.P1, JOÃO DIOGO RODRIGUES, Sumário, I, itálico nosso). Constatamos, na verdade, que também neste âmbito – o da impossibilidade por circunstâncias que afectam o empregador –, a densificação da natureza absoluta da impossibilidade resulta, não raras vezes, de aproximação à impossibilidade total (atestando fenómeno idêntico, no contexto de impossibilidade respeitante ao trabalhador, *v. supra* n. 2532). Diz-se, agora, que a impossibilidade, “além de superveniente, [deve ser] *absoluta e definitiva, isto é, [...] total*, não ficando a entidade empregadora em condições de receber *algum* trabalho, e definitiva, ou seja que, numa perspectiva previsível e normal, o recebimento do trabalho se apresente como *irreversivelmente* inviável” (acórdão do STJ, de 21.10.1998, Proc. n.º 98S064, SOUSA LAMAS, ênfase nossa). Também a RL, em acórdão de 1.4.1998, indica que a “impossibilidade será *absoluta* quando seja *total*, isto é, quando o trabalhador ou a entidade empregadora não estejam em condições de, respectivamente, prestar ou receber *sequer parte do trabalho*” (Proc. n.º 838/98, DINIS ROLDÃO, CJ, 33, t. 2, pp. 179-181, p. 180). Rejeitamos, no entanto, a recondução também destes conceitos, por entendermos que a sua densificação obedece a valorações distintas. *V. também*, acórdãos do STJ de 3.3.1989, Proc. n.º 001955 (GAMA VIEIRA), de 20.10.1997, Proc. n.º 98S070 (SOUSA LAMAS), de 27.10.1997, Proc. n.º 98S064 (SOUSA LAMAS), de 27.10.1997, Proc. n.º 98S087 (SOUSA LAMAS), e de 13.10.1998, Proc. n.º 98S068 (PADRÃO GONÇALVES).

²⁷⁵⁶ Acórdão do STJ, de 21.10.1998, Proc. n.º 98S064 (SOUSA LAMAS), itálico nosso.

operar da caducidade”^{2757/2758}. Por fim, em acórdão de 15.5.2000²⁷⁵⁹, o STJ afastou a caducidade, por não verificação de natureza absoluta do impedimento, referindo que “para que a obrigação se extinga, não basta que, por alteração das circunstâncias, quer por caso fortuito, de força maior, ou por acção do homem, a prestação se torne extraordinariamente onerosa ou difícil”²⁷⁶⁰. Concretizando: “se, por causa de um incêndio numa unidade fabril/têxtil, todos os «contínuos» ficaram inutilizados, mas é possível substituí-los por outros de mais recente construção e mais aperfeiçoados tecnicamente, tal destruição não justifica a caducidade dos contratos de trabalho do pessoal da secção fabril onde tais aparelhos existiam, pois que apenas implica uma reorganização do processo produtivo desse sector”²⁷⁶¹. Admitimos, na verdade, que, nestas hipóteses, a caducidade não opere. Divergimos, porém, da argumentação: poderá concorrer, nos casos descritos, impossibilidade absoluta de colaboração do credor, a respeito de cada trabalhador cujos instrumentos de trabalho resultam destruídos. Assim sucederá caso o empregador *opte* por, em decorrência do sucedido, não reinvestir ou recuperar a maquinaria destruída, não viabilizando a reocupação daqueles cujos postos de trabalho foram atingidos. É, por conseguinte, diversa a razão que identificamos para afastarmos, neste caso, a operacionalidade da caducidade: no exemplo referido, embora o impedimento atinja directamente o substrato laborativo, não o inviabiliza integralmente. Para tal acontecer teria que concorrer uma decisão de encerramento, o que não sucede: destruídos os instrumentos de trabalho essenciais ao desenvolvimento da actividade a prestar por cada trabalhador, cabe ao empregador decidir o destino da organização. Estando disposto a reinvestir e a recuperar o que se perdeu, aquela é mantida, não concorrendo a cessação dos vínculos. Diversamente, caso conclua pela inviabilidade de tal solução, poderá *optar* por extinguir os postos de trabalho atingidos: se tal for acompanhado de encerramento *total*, a cessação dar-se-á por caducidade; se, tudo ponderado, o empregador decide tão-só reduzir o número de trabalhadores ao serviço, deve lançar mão de um despedimento por razões objectivas. Certo, todavia, que em qualquer das situações descritas, atenta a destruição provocada nas instalações, quer o empregador *opte* por uma redução do número de trabalhadores (por via do despedimento por razões objectivas), quer decida encerrar a empresa (operando, então a caducidade), a impossibilidade de colaboração deve ser assimilada a absoluta, no que respeita a cada trabalhador cujo contrato é afectado.

Por conseguinte, o carácter voluntário ou casual do encerramento, não só não se apresenta como critério apto a delimitar o âmbito operativo da

²⁷⁵⁷ Proc. n.º 003766, Sumário, II (CARVALHO PINHEIRO).

²⁷⁵⁸ Importa, todavia, atender à possibilidade de ter sido celebrado contrato de trabalho a termo incerto para execução de projecto definido, caso em que a cessação opera nos termos indicados no art. 345.º.

²⁷⁵⁹ Proc. n.º 99S081 (DINIZ NUNES).

²⁷⁶⁰ Sumário, III.

²⁷⁶¹ Sumário, IV.

caducidade *vs.* despedimento por razões objectivas, como não constitui elemento adequado à qualificação da impossibilidade (de colaboração do credor) como absoluta ou relativa. Um tal escrutínio poderia assumir importância caso se justificasse distinguir se o encerramento decorre de factos imputáveis ou não imputáveis ao empregador. Sucede que, em contexto extintivo, ao invés do que sucede no domínio suspensivo – em que tal importa para efeitos de repartição do risco, pelo tempo de encerramento²⁷⁶² –, semelhante critério não releva, já que, só por si, não condiciona o fim ou a subsistência do vínculo²⁷⁶³.

Distanciamo-nos, assim, de entendimento frequentemente subscrito na jurisprudência quanto ao carácter absoluto ou relativo do impedimento: em acórdão de 27.10.1999, o STJ decidiu que a destruição, por incêndio, de conjunto específico de máquinas de uma fábrica, de impossível reposição, e a consequente inviabilização do esquema de produção anteriormente seguido não determinava a impossibilidade: “tal situação apenas poder[ia] originar *grande dificuldade* ou *excessiva onerosidade* de a empresa continuar a receber ao seu serviço todos os trabalhadores que laboravam nessa parte da fábrica, mas não impossibilita[va], de modo *absoluto* e definitivo, a continuação das relações laborais”. Na verdade, “tendo o incêndio destruído apenas 2000 metros quadrados, dos 12000 metros quadrados da área total da fábrica e *sendo possível* a reconstituição com máquinas diferentes e a adopção de um método organizativo diferente, não há motivo legal para caducarem os contratos de trabalho, mesmo apenas os de alguns dos trabalhadores que laboravam nessa parte da fábrica”^{2764/2765}. Mais uma vez, a não qualificação da impossibilidade como absoluta não se afigura linear. Para SÍLVIA GALVÃO TELES resulta assim clara a confusão entre impossibilidade absoluta e impossibilidade total, constatando, aliás, a frequência com que a jurisprudência sobreporia os termos: seriam vários “os arestos que afirmam que, não sendo a impossibilidade de prestar ou de receber a prestação *total*, estar-se-[ia] perante um caso “de *dificuldade* de prestar e não de verdadeira *impossibilidade* de prestar ou receber”²⁷⁶⁶. cremos, todavia, que, na situação descrita, a impossibilidade afigurava-se total e absoluta, no que concerne a cada trabalhador afecto ao equipamento destruído: um evento externo à vontade do empregador destruiu equipamentos indispensáveis à actividade de diversos trabalhadores e sem tal maquinaria – para mais, tal qual

²⁷⁶² Cf. *infra*, Capítulo II.

²⁷⁶³ É, aliás, com reservas que vislumbramos referência expressa à culpa do empregador no âmbito do despedimento por extinção de posto de trabalho. Sobre este aspecto *v. infra* n. 3229.

²⁷⁶⁴ Proc. n.º 99S071 (SOUSA LAMAS), Sumário, §§ 3 e 4, ênfase nossa. Na verdade foi decidido que, embora a “reconstituição da parte da fábrica ardida [*fosse*] possível com maquinaria nova e integrada em diferente esquema organizativo”, tal não impunha “à empresa qualquer obrigação de proceder a tal reconstituição” – o que constituiria, de resto, segundo a Recorrente, intervenção abusiva na gestão da empresa, em violação do disposto nos arts. 18.º, n.º 2, e 86.º, n.º 2, da CRP –, vinculando-a, todavia, “a manter os contratos de trabalho com todos os trabalhadores que laboravam na parte da fábrica que foi destruída pelo incêndio” (Sumário, V, *itálico* nosso).

²⁷⁶⁵ JÚLIO GOMES subscreeve o rigor que subjaz à valoração da impossibilidade nesta decisão (*Direito cit.*, p. 918).

²⁷⁶⁶ “Impossibilidade ...” *cit.*, p. 1100, n. 87.

se refere, de impossível reposição –, aqueles não dispunham dos meios necessários à execução do acordado. O regresso à plena operacionalidade é, assim, condicionado a uma decisão de gestão, quanto à aquisição de novos instrumentos e à implementação de um de processo de fabrico diverso. Sucede que o facto de a retoma da actividade se encontrar dependente de uma tal opção não preclui a caducidade: apenas ao empregador cabe ajuizar da (in)viabilidade de ajustamentos ao processo produtivo e da reordenação dos meios de fabrico (com eventual implementação de técnicas distintas e aquisição de novos instrumentos de trabalho) – enquanto decisão que condiciona a plena retoma operacional. Ora, o facto de o empregador concluir não estar disposto a um tal reinvestimento, não deve excluir a verificação de impossibilidade total e absoluta de receber a prestação de trabalho de cada trabalhador cujos instrumentos foram destruídos. Concluimos, pois, que nas hipóteses descritas estamos perante impedimento total (porque atinge a totalidade da actividade de cada trabalhador abrangido) e que deve ser tomado como absoluto. Certo, porém, que embora a impossibilidade se afigure total, absoluta e definitiva (no que a cada trabalhador afectado respeita), a caducidade pode, ainda assim, não operar, por ceder perante forma de cessação concorrente: o despedimento por razões objectivas – tal não desvirtuando, contudo, a natureza do impedimento que entrava a colaboração do empregador.

Por conseguinte – e retomando a argumentação exposta –, na situação referida, mais do que aferir se o condicionalismo fáctico inviabilizara, em termos absolutos ou relativos a colaboração do credor, haverá que convocar o critério que permite delimitar o âmbito operativo da caducidade e do despedimento por razões objectivas. Impondo-se constatar que atenta a subsistência da estrutura organizativa nuclear, a caducidade cede em favor de outra forma de cessação contratual: do conflito de normas resulta a necessidade (adicional) de atender, para efeitos extintivos, não apenas ao contexto bilateral (empregador/cada trabalhador atingido), mas também à dimensão multilateral/organizacional, havendo que avaliar os reflexos daquele impedimento na dinâmica organizativa. Da interferência destes elementos, resulta a autonomização de duas vias extintivas: se a impossibilidade de cooperação do empregador é total quanto ao conjunto empresarial, atento o desaparecimento, em bloco, do substrato laborativo – o que resulta transversal a todos os trabalhadores – a cessação dos respectivos contratos opera por caducidade, atento o encerramento definitivo²⁷⁶⁷. Diversamente, atingindo apenas alguns vínculos laborais (ou um apenas), atenta a concorrência de formas extintivas, prevalece o despedimento por razões objectivas – e aqui se incluindo, se a dimensão da empresa assim o impuser, o despedimento por extinção de posto de trabalho. Não se diga, todavia, que a caducidade é

²⁷⁶⁷ “O encerramento é uma circunstância que produz consequências de carácter colectivo, pois se projecta em todo o conjunto de trabalhadores em serviço no estabelecimento”. Nesta medida, o seu enquadramento “não pode deixar de ser posto um pouco para além das relações interindividuais empresário-trabalhador” (LOBO XAVIER, “A repercussão ...” *cit.*, p. 1).

afastada, nesta hipótese, por se considerar que a impossibilidade não é absoluta: a respeito de cada trabalhador, a impossibilidade de colaboração (do credor) – atenta a decisão de não reinvestimento, essencial à reposição dos instrumentos necessários ao desenvolvimento actividade do trabalhador – deve ser assimilada a absoluta impossibilidade de colaboração. Ou, noutra leitura: a impossibilidade de cooperação deve ser apreendida à luz da liberdade de gestão, comportando opções empresariais²⁷⁶⁸. Por conseguinte: *ou* o limite do exigível ao empregador é assim entendido, *ou* a referência à natureza absoluta do impedimento à cooperação deve ser preterido por apelo (também aqui) à inexigibilidade.

VI. Admitida a importância da extensão do encerramento enquanto factor de diferenciação regimental há, no entanto, que definir o âmbito da “empresa”, para efeitos de encerramento – havendo que decidir se é adequado perspectivar, para este efeito, a “empresa” em sentido amplo ou estrito. Sendo certo que tal condiciona, por sua vez, o entendimento a acolher a respeito de eventual obrigação de realocação do trabalhador a posto de trabalho diverso. Ora, embora o art. 346.º, n.º 3, associe a caducidade ao “*encerramento total e definitivo de empresa*”, os n.ºs 1 e 2 referem a “*transmissão da empresa ou estabelecimento*”. Idêntica interrogação é formulada por JÚLIO GOMES: admitindo que “uma empresa pode ter diferentes estabelecimentos”, impor-se-á concluir que “o encerramento de apenas um deles determinará a caducidade dos contratos de trabalho?”. E a este propósito o Autor convoca o antes previsto no art. 113.º, n.º 1, da LCT, que dispunha que “*em caso de encerramento definitivo do estabelecimento, quer seja da exclusiva iniciativa da entidade patronal, quer seja ordenado pelas autoridades competentes, os contratos de trabalho caducam, excepto se a entidade patronal puder conservar ao seu serviço os trabalhadores, noutros estabelecimentos*”^{2769/2770}.

Por conseguinte, sem prejuízo da distinção entre “empregador” (pessoa singular ou colectiva) e “empresa”²⁷⁷¹, importa esclarecer que sentido afectar à

²⁷⁶⁸ Da mesma forma que o dever de prestar que cabe ao trabalhador é conformado por interesses pessoais vários, cuja tutela se sobrepõe, não raras vezes, à observância do acordado (cf. *supra*, Parte I, Capítulo VI, § 4.1.).

²⁷⁶⁹ *Direito cit.*, p. 928, itálico nosso.

²⁷⁷⁰ Admitindo dúvidas a respeito da solução a sustentar a este propósito, v. CAVALEIRO BRANDÃO, “Algumas ...” *cit.*, pp. 208-209. Já à luz do CT 2009 questiona, relativamente à norma em causa: “qual o conceito de empresa que lhe está subjacente? Quis admitir-se e incluir-se, dentro dele, o de «estabelecimento»? São até reciprocamente assimiláveis e equiparáveis, na economia da norma? Estaremos ainda perante um caso de caducidade sempre que o empregador decida encerrar, total e definitivamente, um estabelecimento? Mesmo que apenas um de entre os vários estabelecimentos que possui?” (p. 209).

²⁷⁷¹ “A entidade patronal (ou empregador) é um sujeito de direitos. A «empresa», na acepção que usámos, não é mais que um complexo de situações jurídicas, ainda que dotado de unidade funcional ou finalística” (SÁ E MELLO, “Extinção ...” *cit.*, p. 376; v. ainda p. 377). E Catarina de Oliveira CARVALHO assinala que “o direito do trabalho português, à semelhança dos seus congéneres europeus, centra-se na empresa em detrimento da figura do empregador” (“Algumas Reflexões sobre a Relevância da Dimensão da Empresa no Direito do Trabalho”, *Congresso Europeu de Direito do Trabalho* (coord. José João Abrantes), Almedina, 2014, pp. 165-

“empresa” e ao “estabelecimento”, quanto à operacionalidade da extinção do contrato por caducidade ou por despedimento por razões objectivas. Prescindido de referências de maior fôlego à doutrina comercialista²⁷⁷², dir-se-á que, no plano laboral, uma “empresa” pode integrar distintos “estabelecimentos”²⁷⁷³. Reflexo de um tal entendimento é o previsto no art. 389.º, n.º 1, b), conforme o qual, “sendo o despedimento declarado ilícito, o empregador é condenado na reintegração do trabalhador no mesmo estabelecimento da empresa”²⁷⁷⁴. Certo, porém, que noutros tantos casos, os preceitos legais referem indistintamente o “estabelecimento” e a “empresa”²⁷⁷⁵.

221, pp. 165-166). Por sua vez, quanto à referência simultânea a “empresa” e a “estabelecimento”, v. pp. 184-185. Sobre o tema, v. desenvolvidamente, CATARINA CARVALHO, *Da dimensão cit.*, pp. 107 e ss.

²⁷⁷² Neste sentido, FURTADO MARTINS nota que, “como é óbvio, as noções jurídicas de empresa e de estabelecimento são suscetíveis de variar em função dos efeitos que a lei lhes associa, pelo que é comum afirmar-se que os conceitos juslaborais não coincidem forçosamente com a noção própria do Direito Comercial. Mas, mesmo dentro da área específica de um ramo de Direito, surge por vezes a necessidade de construir noções diferenciadas de acordo com as normas jurídicas em causa”. Concluindo que “fica assim claro que a noção de empresa e de estabelecimento de que nos socorremos vale no preciso contexto em que é empregue, isto é, enquanto sinónimo do chamado substrato objetivo da prestação de trabalho” (*Cessação cit.*, p. 88, n. 86).

²⁷⁷³ FURTADO MARTINS, *Cessação cit.*, p. 88. O Autor considera, neste contexto, a empresa “como a «organização afetada ao exercício de um comércio ou indústria» ou, quando a mesma integre diferentes estabelecimentos, como os «conjuntos subalternos», que correspondam a uma «unidade técnica de venda, de produção de bens, ou de fornecimento de serviços», dotada de uma autonomia técnica organizativa própria», por forma a configurar uma «unidade produtiva autónoma»” (*idem*).

²⁷⁷⁴ Já o CT 2003 era, a este propósito, mais exigente, já que o art. 436.º, n.º 1, b), previa a reintegração no mesmo “posto de trabalho”. V. ainda referência simultânea aos termos “empresa” e “estabelecimento”, nos arts. 2.º, n.º 3, c), 6.º, n.º 1, b), 144.º, n.º 4, 166.º, n.º 4, f), 185.º, n.º 11, 195.º, n.º 1 e 296.º, n.º 2, a), 203.º, n.º 2, 215.º, n.º 1, d), 216.º, n.º 2, 241.º, n.º 7, 242.º, n.ºs 1 e 2, 285.º, n.º 1, 287.º, n.ºs 1 a 3, 309.º, n.º 1, 311.º, n.ºs 1 e 2, 312.º, n.º 4, 313.º, n.º 1, 315.º, 316.º, 389.º, n.º 1, b), 412.º, n.º 3, 415.º, n.º 2, 417.º, n.ºs 1 e 2, 423.º, n.º 3, 425.º, b), 427.º, n.º 1, 431.º, n.ºs 5 e 6, 433.º, n.ºs 1 e 3, 442.º, n.º 1, e) a g), 462.º, n.º 3, 464.º, 466.º, n.º 1, a) e b), 498.º, 534.º, n.º 3, 537.º, n.ºs 1 e 2, e 538.º, n.º 6 do CT 2009. V. ainda a informação que o empregador deve disponibilizar anualmente, no âmbito do Relatório Único (cf. art. 32.º da Lei n.º 105/2009 de 14.9, e Portaria n.º 55/2010, de 21.1, alterada pela Portaria n.º 108-A/2011, de 14.3), ali se identificando “unidades locais” (estabelecimentos) como entidades físicas, autonomizadas territorialmente, pertencentes ao mesmo empregador e às quais são afectas trabalhadores (<<http://www.gee.min-economia.pt/>>).

²⁷⁷⁵ Dando conta de tal flutuação terminológica, comum a outros sistemas jurídicos, v. PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, I, p. 337. Pondo em evidência a multiplicidade de sentidos que reveste, na legislação laboral, o apelo à “empresa” e ao “estabelecimento”, v. pp. 342-343. Em sentido amplo, o “estabelecimento” seria, afinal, reconduzível à “empresa”, correspondendo, num sentido estrito, ao local de trabalho ou à unidade física onde o trabalho é executado. Por sua vez, à “empresa” é também, por vezes associado um sentido estrito (sobreponível ao estabelecimento em sentido estrito) ou um sentido amplo (coincidente com menção ao estabelecimento em sentido amplo). Também STJ acolhe, não raras vezes, leitura indiferenciada dos conceitos: “no âmbito das leis do trabalho, a noção de estabelecimento comercial coincide com a noção de empresa, sendo indistintamente usadas as duas expressões” (acórdão de 20.5.2009, Proc. n.º 08S3258, SOUSA GRANDÃO, Sumário, VIII, ênfase nossa).

Reflectindo sobre a hipótese de encerramento de um “estabelecimento” da “empresa” e do cômputo do número relevante de trabalhadores ao serviço, para efeitos do disposto no art. 359.º, n.º 1 – e questionando se tal contagem deve ser reportada à “empresa” ou ao “estabelecimento” – PALMA RAMALHO conclui que “a contagem dos trabalhadores é sempre de reportar à *empresa no seu conjunto*, por força da própria razão de ser do instituto do despedimento colectivo, que é um motivo económico ligado à *empresa na sua globalidade*, independentemente do facto de, na prática, a medida de despedimento recair *apenas* sobre uma secção ou uma unidade da empresa”²⁷⁷⁶. Atento o conceito amplo de “empresa”, que subjaz ao regime do despedimento colectivo, entendemos que dispondo a empresa de diferentes estabelecimentos, o encerramento de um destes convoca as regras do despedimento colectivo e não da caducidade. Para efeitos do art. 346.º, n.º 3, o encerramento é, em tal caso, parcial, não autorizando o apelo à caducidade: a extinção, por esta via, opera apenas perante o encerramento de todos os estabelecimentos da empresa ou, se tal for o caso, do único estabelecimento existente. Por conseguinte:

Se as únicas instalações do empregador coincidirem com o estabelecimento em que o trabalhador presta actividade, o seu encerramento autoriza o empregador a considerar o contrato de trabalho extinto, por caducidade:

Neste sentido, e ainda que à luz de enquadramento legal diverso, em acórdão de 7.10.1999²⁷⁷⁷, o STJ concluiu que “a destruição completa do estabelecimento por um incêndio preenche os elementos da caducidade do contrato de trabalho”²⁷⁷⁸. Estava em causa a destruição do único estabelecimento existente, por força do incêndio que lavrou o Chiado em 25.8.1988. Mais se referindo que “reduzido o edifício a escombros e destruído pelo fogo todo o seu recheio, privada de instalações, a Ré viu-se impossibilitada de prosseguir o comércio que preenchia o objecto exclusivo da sua actividade, ali desenvolvida”. Em suma, “configura-se uma situação que se impôs à Ré, originada à margem de qualquer acção dela, e que se apresenta como impeditiva em definitivo do exercício da actividade por parte dos que a ela estavam ligados por contrato de trabalho, por impossibilidade de a empregadora receber as correspondentes prestações”²⁷⁷⁹. Ainda que esta decisão assente em critério em vigor anteriormente a 2003, quanto ao âmbito da

²⁷⁷⁶ *Tratado cit.*, II, pp. 1027-1028. V., todavia, o decidido pelo TJUE, em acórdão de 13.5.2015, Proc. n.º C-392/13, *Andrés Rabal Cañas c. Nexea Gestión Documental SA and Fondo de Garantía Salarial* – a este propósito, v. Rita Canas da SILVA, “Collective Dismissals: The Recent European Court of Justice Ruling of 13 May 2015 on Collective Dismissals and its Impact on Portuguese Labour Law”, *Legalink, Global Newsletter*, 2015, disponível em <<http://www.legalink.ch/Resources/Newsletters/GlobalNewsletter/2015-2nd-Quarter-2015/COLLECTIVE-DISMISSALS>>. Já distinguindo a solução conforme o grau de autonomia das unidades produtivas, v. LOBO XAVIER, *O despedimento cit.*, pp. 36 e ss. e 368-375. Acolhendo esta perspectiva, embora reconhecendo que pode não ser fácil determinar, caso a caso, se cada unidade corresponde, afinal, a uma “empresa” (autónoma) ou apenas a um simples “estabelecimento” da empresa, v. FURTADO MARTINS, *Cessação cit.*, p. 263.

²⁷⁷⁷ Proc. n.º 99S145 (MANUEL PEREIRA).

²⁷⁷⁸ Sumário.

²⁷⁷⁹ Ênfase nossa.

extinção por caducidade *vs.* despedimento por razões objectivas, concedemos que também à luz do critério diferenciador acolhido em 2003, prevaleceria a extinção por caducidade, atenta a abrangência do encerramento.

*Já se o empregador dispõe de diversos estabelecimentos e um deles é encerrado, tem lugar um despedimento por razões objectivas*²⁷⁸⁰. Pode, então, ser questionada a verificação de dever de realocação dos trabalhadores aos demais estabelecimentos:

Ainda conforme enquadramento anterior ao CT 2003 e ao critério então acolhido para autonomizar as fórmulas extintas, a RP decidiu que a caducidade não devia operar se, após intimação camarária que conduziu ao encerramento de um posto de combustível, o empregador mantinha um outro estabelecimento, ao qual era possível (re)alocar o trabalhador. Este entendimento foi subscrito embora o empregador tivesse invocado não dispor, nesse outro estabelecimento, de posto de trabalho ao qual fosse viável reconduzir o trabalhador²⁷⁸¹. Retomando jurisprudência anterior nesse mesmo sentido, a RP assinala que também “não constitui causa de extinção do contrato de trabalho *por caducidade* a expropriação por utilidade pública do prédio, no qual se encontrava instalado o estabelecimento comercial, se o empregador possu[ía] outro estabelecimento, onde, não obstante as suas dificuldades económicas por diminuição de clientela, o empregado *poder[ia] continuar a prestar-lhe o seu trabalho*”²⁷⁸².

Atento o enquadramento actual, diremos que subsistindo outros estabelecimentos, a par do que foi encerrado, a caducidade deve ser afastada e a extinção operar, por meio de um despedimento por razões objectivas²⁷⁸³, sendo desajustado convocar, neste âmbito, o carácter absoluto ou relativo de obstáculo à colaboração para concluir pela (in)operacionalidade da caducidade²⁷⁸⁴.

²⁷⁸⁰ Neste sentido, FURTADO MARTINS, *Cessação cit.*, p. 101, que ilustra o caso convocando o seguinte exemplo: “imagine-se que certa sociedade é proprietária de uma empresa que integra dois estabelecimentos: uma fábrica, onde emprega 200 pessoas, e um estabelecimento comercial, onde prestam serviço 10 trabalhadores. Se o empregador decidir encerrar os dois estabelecimentos, cessando totalmente a sua atividade, a extinção dos contratos dos 210 trabalhadores enquadra-se na caducidade, nos termos do artigo 346.º. Mas se a decisão de encerramento afetar apenas a fábrica, continuando a atividade que a empresa desenvolvia no estabelecimento comercial, a modalidade de cessação diretamente aplicável será o despedimento coletivo, já que o encerramento é parcial” (*idem*).

²⁷⁸¹ Acórdão de 14.4.1997, Proc. n.º 9510430 (CARLOS TRAVASSA). O rigor pressuposto justifica a crítica de ROMANO MARTINEZ, *Direito do trabalho cit.*, pp. 931-932, n. 2028.

²⁷⁸² Acórdão publicado na *CJ*, ano 22, 1997, t. 2, pp. 248-250, p. 249, *itálico* nosso. Embora concluamos que a caducidade não deveria aqui operar, refutamos o argumento invocado pela RL para afastar a caducidade: o facto de as circunstâncias descritas não traduzirem o carácter absoluto da impossibilidade.

²⁷⁸³ Por conseguinte, embora acompanhemos o resultado – *i.e.*, não operacionalidade da caducidade –, divergimos da fundamentação sustentada pela RP no acórdão de 14.4.1997, acima indicado, ao entender que seria uma leitura exigente do carácter absoluto da impossibilidade que condicionaria a extinção, por caducidade.

²⁷⁸⁴ Na verdade, sustentámos solução idêntica a respeito de hipótese simétrica – perante impedimento que afecta (directamente) o trabalhador, concluímos que a recondução (ou não) do trabalhador a posto de trabalho alternativo não interfere com a natureza absoluta ou relativa

Acresce que a realocação do trabalhador surge como obrigação adicional, que impende sobre o empregador, condicionando o despedimento por razões objectivas – forma extintiva prevalecente sobre as regras referentes à caducidade²⁷⁸⁵. Embora uma tal obrigação de reafecção – expressamente prevista na extinção de posto de trabalho – não seja reproduzida entre as normas reservadas ao despedimento colectivo, consideramos que lógica idêntica opera também nesse caso, uma vez configurado o despedimento como medida a aplicar *ultima ratio*. Por conseguinte, admitindo um tal dever de realocação em qualquer das modalidades de despedimento, diremos que a reafecção do trabalhador a posto de trabalho diverso deve tomar em conta a dimensão global da empresa, aqui se incluindo a totalidade dos estabelecimentos que a mesma integre^{2786/2787}; condição para uma tal realocação é, todavia, a pré-existência desse posto de trabalho, não sendo exigível impor ao empregador a criação de um outro, adequado ao efeito. De todo o modo, a extinção por caducidade não é, agora, excluída por se considerar que o obstáculo à colaboração não reveste, afinal, carácter absoluto; simplesmente, a caducidade não opera por o encerramento não ser total, atenta a subsistência de outros estabelecimentos, a par do encerrado. E, à semelhança do sustentado noutros ordenamentos²⁷⁸⁸, há que concluir – replicando o entendimento

do impedimento, antes traduzindo valoração externa a uma tal delimitação (*v. supra* Secção III, § 3.).

²⁷⁸⁵ Em suma, o afastamento da cessação por caducidade não decorre da natureza não absoluta do impedimento, mas da prevalência do regime do despedimento por razões objectivas. Operando esta forma extintiva, é em tal âmbito que importa aferir da existência de um dever de realocação do trabalhador a posto de trabalho diverso. Sendo, por isso, desajustado invocar a possível afectação do trabalhador a ocupação diversa para justificar a inoperacionalidade da caducidade, por o impedimento à cooperação não revestir natureza absoluta.

²⁷⁸⁶ Quanto à densificação do conceito de “posto de trabalho”, *v. supra* n. 2568.

²⁷⁸⁷ A jurisprudência não tem, todavia, reconhecido a obrigação de um tal dever de realocação no despedimento colectivo. Assim, em acórdão da RP de 26.5.2015, Proc. n.º 1174/13.6TTPT.P1 (JOÃO NUNES).

²⁷⁸⁸ Independentemente do enquadramento constitucional reservado, entre nós, à cessação do contrato de trabalho, a imposição da realocação do trabalhador a posto de trabalho alternativo – contanto que existente e disponível na empresa – constitui obrigação comum a diversos ordenamentos: assim, na Alemanha, para que o despedimento possa ser considerado “socialmente justificado” – cf. § 1, 2 da KSchG –, deve traduzir solução proporcional, aplicável *ultima ratio* (MAGOTSCH e KREMP, “Termination ...” *cit.*, p. 139; *v. ainda*, Relatório da OIT “Termination of employment legislation digest – Country profile: Germany”, 2006, pp. 1-12, acessível em <<http://www.ilo.org/dyn/eplx/docs/23/Germany.pdf>>; em referência à legislação aplicável, *v.* <http://www.ilo.org/dyn/eplx/termmain.showCountry?p_lang=en&p_country_id=DE> e <http://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex_browse.country?p_lang=en&p_country=DEU>). Na extinção por razões operacionais (“*unternehmerische Entscheidung*”), a cessação deve resultar de necessidades prementes do estabelecimento (“*dringende betriebliche Erfordernisse*” – cf. § 1, 2 da KSchG; a respeito desta hipótese, *v.* LOBO XAVIER, *O despedimento cit.*, p. 138), competindo ao empregador demonstrar por que razão determinado posto de trabalho deixa de existir. Importa, porém, que a “justificação social” que motiva o despedimento sempre se adegue ao crivo da proporcionalidade, em função de uma equilibrada conformação dos interesses das partes –, aqui surgindo expressa exigência a que o empregador não disponha de posto de trabalho alternativo, ainda que a realocação exija formação adicional e mesmo que à oferta corresponda

condições menos favoráveis ao trabalhador (cf. § 1, 2, 1, b) da KSchG – “die Kündigung ist auch sozial ungerechtfertigt, wenn in Betrieben des privaten Rechts der Arbeitnehmer an einem anderem Arbeitsplatz in demselben Betrieb oder in einem anderen Betrieb des Unternehmens weiterbeschäftigt werden kann”). Densificando esta obrigação, SEIFERT e FUNKEN-HÖTZEL, indicam: “the principle of last resort requires that the employer examines whether the employee in question can be transferred to another workplace in the same establishment or in another establishment of the employer. It is not necessary that the employee has the skills for the alternative job, since the employer is obliged to train and retrain the employee for the new job to which he or she shall be transferred. However, this obligation is limited: a retraining only has to take place if the payment of the retraining costs can reasonably be expected by the employer” (“Wrongful dismissals ...” cit., p. 9). Por fim, referindo que tal oferta pode concretizar um despedimento modificativo (“Änderungskündigung” – cf. § 2 da KSchG), v. WEISS e SCHMIDT, *Labour Law cit.*, pp. 144 e ss., MAGOTSCH e KREMP, “Termination ...” cit., p. 139, e LINGEMANN, STEINAU-STEINRÜCK e MENGEL, *Employment cit.*, p. 42. Por sua vez, no Direito italiano, no contexto do despedimento por “giustificato motivo oggettivo” ou económico, enquadrado no art. 3, 2.^a parte da Legge 15.7.1966, n. 604 – cf. o qual o despedimento por justificado motivo decorre de razões inerentes à actividade produtiva, à organização do trabalho e ao seu regular funcionamento (concretizando as hipóteses aqui previstas, v. DEL PUNTA, *Diritto cit.*, pp. 532-533) –, jurisprudência e doutrina maioritárias condicionam o fim do contrato a elemento adicional: a inexistência de posto de trabalho alternativo (equivalente ou a que corresponda posicionamento inferior) ao qual o trabalhador possa ser afecto. Não é, assim, exigida a criação de um novo posto de trabalho, mas tão-só a reafecção do trabalhador no âmbito da organização existente: “nel senso non di dover creare un posto di lavoro nuovo, ma di vagliare le possibilità alternative di utilizzazione dello stesso nell’organico dato” (DEL PUNTA, *Diritto cit.*, p. 534). Também aqui, a realocação do trabalhador é imposta pela jurisprudência atenta a configuração do despedimento como *extrema ratio*, assim se procurando conciliar liberdade empresarial *vs.* interesse do trabalhador na conservação do emprego. Por esta forma se procurando melhor efectivar o controlo das razões para a extinção do vínculo (DEL PUNTA, *Diritto cit.*, p. 534; e, com indicação de jurisprudência relevante, SANTORO-PASSARELLI, *Diritto cit.*, p. 196). A tal propósito, ICHINO convoca “la regola giurisprudenziale del repêchage”: “un’altra massima recorrente é quella secondo la quale neppure la soppressione del posto di lavoro basterebbe per giustificare il licenziamento, dovendo il datore di lavoro dimostrare altresì di non poter riutilizzare il lavoratore in altra posizione, anche di contenuto professionale diverso rispetto alla precedente” (Il contratto cit., p. 444; para indicações jurisprudenciais e bibliográficas, v. p. 444, n. 174). E GALANTINO assinala que “la Suprema corte ritiene altresì che il datore di lavoro – qualora non sussista alcuna posizione di lavoro analoga a quella soppressa – abbia l’onere di provare di avere prospettato al lavoratore, senza averne ottenuto il consenso, la possibilità di un impiego in mansioni inferiori, rientranti nel suo bagaglio professionale, purchè tali mansioni siano compatibili con l’assetto organizzativo aziendale insindacabilmente stabilito dall’imprenditore” (Diritto cit., p. 468). Também em França, no “licenciement pour motif économique” (cf. art. L 1233-3), o art. L 1233-4 do Code du travail dispõe que “le licenciement pour motif économique d’un salarié ne peut intervenir que lorsque tous les efforts de formation et d’adaptation ont été réalisés et que le reclassement de l’intéressé ne peut être opéré dans l’entreprise ou dans les entreprises du groupe auquel l’entreprise appartient”. Sendo ainda referido que “le reclassement du salarié s’effectue sur un emploi relevant de la même catégorie que celui qu’il occupe ou sur un emploi équivalent assorti d’une rémunération équivalente. A défaut, et sous réserve de l’accord exprès du salarié, le reclassement s’effectue sur un emploi d’une catégorie inférieure”. Sendo, por fim, assinalado que “les offres de reclassement proposées au salarié sont écrites et précises”. Certo, porém, que mesmo antes do Code du travail assim dispor expressamente, já a Cour de Cassation havia sustentado uma tal obrigação, promovendo interpretação especialmente exigente a este respeito (Antoine MAZEAUD, *Droit du Travail*, 7.^a ed., Montchrestien, 2010, p. 484). Em suma, “l’obligation de reclassement ne se limite donc pas à proposer au salarié un emploi équivalent à celui qu’il occupait précédemment; elle a également pour objet d’offrir, à défaut d’emplois équivalents, des emplois de moindre qualification et de rémunération inférieure que le salarié pourrait tenir; le salarié est évidemment libre de rejeter cette proposition, mais il pourra obtenir la condamnation de l’employeur

sustentado quanto a impedimento que atinge o trabalhador²⁷⁸⁹ –, conforme ponderada articulação dos interesses das partes e tutela prevalecente da estabilidade do emprego, por sobreposição de dever de realocação de trabalhador a posto de trabalho alternativo disponível no seio da empresa.

Não obstante a maior reflexão a que estes temas induzem, cumpre, por ora, reter que o apelo à impossibilidade absoluta de o empregador prestar colaboração imprescindível à execução – em contexto suspensivo e extintivo – é destituída de rigor se, com tal exigência, se procura aferir da concorrência de decisão/acto voluntário quanto ao encerramento. Também agora – à semelhança do sustentado a respeito da suspensão e da caducidade por impedimento que afecta o trabalhador²⁷⁹⁰ –, bastará ao desencadear da suspensão (e da extinção por caducidade) que o não encerramento se afigure inexigível, conforme valoração ajustada aos princípios constitucionais que conformam a liberdade de gestão do empregador.

pour licenciement sans cause réelle et sérieuse si ce dernier a négligé de lui faire cette offre” (PELISSIER, AUZERO e DOCKES, *Droit cit.*, p. 607). Quanto à especial abrangência com que tal “*obligation de reclassement*” tem sido considerada pela *Cour de Cassation*, v. pp. 607-608. É, a este propósito, constatado que “*cette obligation, qui a ainsi une étendue recouvrant toutes les hypothèses qui peuvent conduire à un licenciement économique, est entendue de façon très stricte par les juges*” (Jean PELISSIER, Antoine LYON-CAEN, Antoine JEAMMAUD e Emmanuel DOCKES, *Les Grands Arrêts du Droit du Travail*, 3.^a ed., Dalloz, 2004, p. 419). A imposição deste dever reflecte, pois, também no Direito francês, a necessidade de perspectivar o despedimento como “*mesure ultime*” (MAZEAUD, *Droit cit.*, p. 483). No Direito espanhol, v. arts. 7 (“*Periodo de consultas*”), 8 (“*Medidas sociales de acompañamiento*”) e 9 (“*Plan de recolocación externa*”) do Real Decreto 1483/2012, de 29.10, que aprova o “*Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada*” – versão consolidada disponível em <<http://www.boe.es>>. Já no Direito inglês, a recusa, pelo trabalhador, de “*suitable employment*” (cf. Secção 141, 2 e 3 do ERA) dita apenas que não lhe seja reconhecido o direito a “*redundancy payment*” (quanto às hipóteses reconduzíveis ao âmbito da extinção por “*redundancy*”, v. Secção 139, 1 do ERA). Não parece, todavia, existir um dever de o empregador realocar o trabalhador a posto de trabalho alternativo (TAYLOR e EMIR, *Employment cit.*, pp. 304-305). Conforme DEAKIN e MORRIS, “*the essential questions under these provisions, then, are whether an alternative job offer is suitable and whether an employee’s refusal to accept the new job is unreasonable*” (*Labour cit.*, p. 490). Refere, a este propósito, SELWYN que “*when making an offer of alternative employment to an employee who is potentially redundant, the employer should provide the employee with as much information as is necessary to enable the employee to make an informed choice*” (*Selwyn’s Law cit.*, p. 515). Tal, aliás, a lógica que subjaz ainda ao previsto na Recomendação n.º 166 da OIT, de 22.6.1982, referente à cessação do contrato de trabalho por iniciativa do empregador que, no § 25, n. 2, prevê, em mitigação dos efeitos da cessação, o dever de o empregador prestar ao trabalhador apoio na procura de emprego alternativo, tal qual promovendo contactos com outros empregadores. Ora, se um tal esforço na busca de ocupação alternativa lhe é exigível em ambiente externo à organização, dir-se-á inevitável concluir pela existência de um tal dever de reafecção a posto de trabalho disponível na empresa.

²⁷⁸⁹ Cf. *supra*, Secção III, § 3.

²⁷⁹⁰ V. *supra* Secção III, §§ 2. e 3.

2.3. A ausência de cooperação do empregador e a natureza duradoura do contrato de trabalho: mora do credor, impossibilidade (definitiva) do trabalho não executado ou “terra de ninguém”²⁷⁹¹?

I. Por forma a manter a referência à impossibilidade – uma vez rejeitada menção à impossibilidade (absoluta) de o empregador cumprir a obrigação retributiva, bem como de prestar a colaboração necessária ao cumprimento –, há que considerar uma última hipótese, em que o apelo à impossibilidade decorre, afinal, ainda da natureza duradoura da actividade do trabalhador: atendendo às variantes que pode revestir no universo contratual, a cooperação pode revelar-se mais ou menos exigente²⁷⁹²; no domínio laboral, a falta de colaboração creditória, embora transitória, promove, por regra, a inviabilização do trabalho que seria, então, devido²⁷⁹³ – por aqui se justificando menção renovada às especificidades decorrentes do carácter duradouro do vínculo e da natureza continuada da obrigação do trabalhador²⁷⁹⁴. A dimensão complexa do contrato motiva, neste âmbito, o apelo a uma *impossibilidade da prestação de trabalho* – em alternativa à convocação da mora do credor²⁷⁹⁵: “o problema da *impossibilidade diz respeito às prestações dos trabalhadores*, pois estes desenvolvem-na no âmbito da actividade económica em que estão incluídos e para essa actividade”²⁷⁹⁶. Afinal, ao trabalhador não é certamente possível “prestar serviço numa empresa paralisada, ou quando a entidade empregadora lhe ordena que não trabalhe ou quando não está em condições de lhe dar qualquer aproveitamento útil”²⁷⁹⁷. A impossibilidade é, nesta medida, referida em termos mediatos: sem o substrato empresarial, sem a colaboração do empregador, não é viável ao trabalhador executar o acordado²⁷⁹⁸. O apelo ao regime da

²⁷⁹¹ Expressão de BAPTISTA MACHADO, referindo-se “ao malogro do plano contratual das partes que leva a situações de inadimplemento não imputáveis e que, todavia, não são abrangidas pelos preceitos relativos à impossibilidade da prestação nem pelos respeitantes à mora do credor (“Risco contratual ...” *cit.*, p. 258).

²⁷⁹² Com indicação de exemplos diversos, *v.* ANTUNES VARELA, *Das obrigações cit.*, vol. 2, p. 161.

²⁷⁹³ Conforme MENEZES CORDEIRO, a impossibilidade da prestação de trabalho é “relativa”, por tanto ocorrer quando o trabalhador não possa mais prestar o devido, “como quando a entidade empregadora não mais possa receber a prestação” (*Manual cit.*, p. 793, ênfase nossa). Também JORGE LEITE refere que “em direito do trabalho a mora implica sempre uma impossibilidade definitiva – e não um mero retardamento – mas parcial, isto é, uma impossibilidade relativa ao tempo de duração da omissão dos actos de cooperação” (“Direito de exercício ...” *cit.*, p. 11, n. 3, com itálico nosso). Rejeitando a menção à impossibilidade parcial, *v.*, todavia, *supra* Parte I, Capítulo II, § 3.4.

²⁷⁹⁴ *V. supra* Parte I.

²⁷⁹⁵ Assinalando a aproximação, sustentada por alguma doutrina, à mora do credor, *v.* LOBO XAVIER, *Manual cit.*, p. 707.

²⁷⁹⁶ LOBO XAVIER, “A repercussão ...” *cit.*, p. 5, itálico nosso.

²⁷⁹⁷ LOBO XAVIER, *Manual cit.*, p. 706.

²⁷⁹⁸ Assim se renovando a convocação, também neste contexto, do regime da impossibilidade da prestação, previsto no art. 790.º do CC. Conforme LOBO XAVIER, “aceitando embora que a empresa seja afinal um pressuposto da prestação que se encontra na esfera do credor da mesma,

impossibilidade suscitou, todavia, desde cedo, reservas à respectiva transposição para o domínio laboral, atendendo aos reflexos de um tal enquadramento no destino da contraprestação retributiva.

II. No Direito alemão, considerada a troca subjacente ao contrato de trabalho, é frequentemente afirmado o princípio *“ohne Arbeit kein Lohn”*²⁷⁹⁹. Segundo MONTEIRO FERNANDES, uma tal formulação concretiza a resposta ao problema do risco obrigacional, que, de acordo com o princípio geral de Direito comum *casum sentit debitor*²⁸⁰⁰, autoriza, nas obrigações de prestação de facto, a exoneração do credor quanto à contraprestação²⁸⁰¹:

a) Conforme o regime geral do CC, não sendo a impossibilidade imputável ao devedor, a extinção opera nos termos do art. 790.º: “a obrigação *extingue-se*, pois *não é possível* satisfazer, mediante a prestação, o interesse do credor, que a justificava, e *não se impõe ao devedor um dever de indemnização*, visto que *não lhe é imputável a causa da impossibilidade*”²⁸⁰². Tradicionalmente é referido que “a principal consequência da impossibilidade (superveniente) da prestação não imputável ao devedor é a extinção da obrigação”²⁸⁰³. MENEZES CORDEIRO considera, contudo, mais ajustado afirmar que a *impossibilidade* põe fim (tão-só) ao direito à prestação principal, havendo que verificar se se mantêm “as prestações

nem por isso parece de afastar o paralelismo com o regime da impossibilidade objectiva prescrito no art. 790.º do Código Civil (“A repercussão ...” cit., p. 6, itálico nosso).

²⁷⁹⁹ A este propósito, v. SÖLLNER, “Ohne Arbeit ...” cit., pp. 40-58. Outras expressões aproximadas são também usuais, tais como “Ohne Fleiß kein Preis” ou “jede Arbeit ihres Lohnes wert ist” (p. 40). Este princípio, amplamente difundido na doutrina e na jurisprudência é usualmente associado ao § 614 do BGB (“*Fälligkeit der Vergütung*”), conforme o qual a remuneração seria devida após a realização da prestação (“*Die Vergütung ist nach der Leistung der Dienste zu entrichten*”) – cf. esta leitura, os §§ 615 e 616 do BGB, admitindo a subsistência do salário em situações em que o trabalho não é executado, surgiriam como excepções àquele princípio geral. SÖLLNER clarifica, todavia, que uma tal derivação seria, na verdade, indevida, uma vez que aquela disposição pretenderia tão-só acolher o princípio da pós-numeração: “*Zuerst die Arbeit, dann der Lohn*” (“primeiro o trabalho, depois o salário”), recusando ali identificar qualquer propósito de enquadramento de perturbação da prestação (p. 42). O princípio “*ohne Arbeit, kein Lohn*” constituiria, na verdade, simples concretização da lógica sinalagmática – entre trabalho e retribuição –, pressuposta também no contrato de trabalho – cf. §§ 320 e ss. do BGB (p. 44).

²⁸⁰⁰ Enquadrando a problemática no Direito alemão, v. PICKER, “Arbeitsvertragliche ...” cit., 813-854. Júlio Manuel Vieira GOMES nota que, conforme certa perspectiva, “o dano é concebido como uma espécie de fatalidade que o lesado tem de suportar, em princípio, do mesmo modo que sucede com qualquer fenómeno natural. Trata-se de uma perspectiva que não só tem profundas raízes psicológicas mas também se acha associada a uma certa visão religiosa da desgraça, como justo castigo de Deus a ser suportado com resignação” (“Responsabilidade Subjectiva e Responsabilidade Objectiva”, RDE, ano 13, 1987, pp. 97-125, p. 109). Assim se justificando, em certa medida – como apontado pelo Autor –, a designação anglo-saxónica das *vis major* como “*Acts of God*” (p. 109, n. 37).

²⁸⁰¹ “A suspensão do ...” cit., p. 132.

²⁸⁰² VAZ SERRA, “Impossibilidade ...” cit., p. 5, ênfase nossa.

²⁸⁰³ ANTUNES VARELA, *Das obrigações cit.*, vol. 2, p. 81.

secundárias instrumentais e, sobretudo, os deveres acessórios”²⁸⁰⁴. Certo, todavia, que ao regime da impossibilidade subjazem regras de repartição do risco²⁸⁰⁵, que traduzem, “para a doutrina tradicional, o problema de saber *quem deve suportar a perda patrimonial correspondente à impossibilidade superveniente da prestação ocorrida em virtude de caso fortuito*”²⁸⁰⁶. Sendo que em contratos bilaterais “o problema do *risco* é transferido para a *sorte da contraprestação*”²⁸⁰⁷, enquanto “consequência normal do mecanismo (sinalagma) próprio do contrato bilateral. O devedor fica desonerado da obrigação, mercê da impossibilidade da prestação. Como, porém, a prestação é o correspectivo da contraprestação, o devedor liberado perde imediatamente o direito à contraprestação [...]”²⁸⁰⁸. Assim dispõe, entre nós, o art. 795.º, n.º 1, do CC²⁸⁰⁹. Se uma das obrigações se

²⁸⁰⁴ *Tratado cit.*, IX (*Direito das Obrigações*), p. 183. Conforme exemplo indicado pelo Autor, “torna-se impossível a construção de uma barragem, porque surgiu uma proibição legal, ditada por razões arqueológicas ou ambientais; todavia e para além de outras consequências, o empreiteiro não pode abandonar o estaleiro, antes tendo de assegurar a manutenção de todas as actividades instrumentais necessárias, até à desmobilização; além disso, mantêm-se os numerosos deveres acessórios de segurança, de lealdade e de informação. A relação complexa existente entre as partes conserva-se, mesmo após a cessação do direito à prestação principal” (*idem*).

²⁸⁰⁵ Para Jaime Augusto Cardoso de GOUVEIA, “risco e responsabilidade contratual relacionam-se por antítese” (*Da Responsabilidade Contratual*, s.e., 1932, p. 272). Por sua vez, NUNES DE CARVALHO considera que a responsabilidade resulta “da prática de um acto ilícito e exig[e] a imputação do dano a alguém”, enquanto o risco seria o perigo de o titular de uma posição jurídica ter de suportar determinado prejuízo (“Responsabilidade civil ...” *cit.*, p. 384).

²⁸⁰⁶ MANUEL DE ANDRADE, *Teoria cit.*, p. 424, ênfase nossa. Conforme certa perspectiva, num contrato com prestações recíprocas, dir-se-á que “o risco pela impossibilitação de algumas das prestações corre por conta dos dois contratantes, uma vez que a parte cuja obrigação se mantém fica desobrigada, total – artigo 795.º/1 – ou parcialmente – artigo 793.º/1 –, tendo direito a determinadas restituições, caso já tenha efectuado a prestação – artigo 795.º/1” (MENEZES CORDEIRO, *Tratado cit.*, IX (*Direito das Obrigações*), p. 186, itálico nosso). No entanto, MANUEL DE ANDRADE considera que “nos contratos bilaterais é o devedor quem suporta o risco [...] quando, impossibilitado de efectuar a prestação, não pode exigir nem reter a contraprestação”. Ao invés, “suporta o risco o credor se, apesar da impossibilidade da prestação a que tinha direito, o devedor pode exigir-lhe ou reter a contraprestação” (*Teoria cit.*, p. 425, ênfase nossa). MONTEIRO FERNANDES assinala que “o risco é sempre de alguma das partes: autonomizando-se o destino da contraprestação, ou é o devedor desta que tem de executá-la – ou é o devedor impossibilitado sem culpa própria que deixa de recebê-la” (“A suspensão do ...” *cit.*, p. 44).

²⁸⁰⁷ CUNHA DE SÁ, *Direito cit.*, p. 39, itálico nosso. V. ainda RADOUANT, *Du cas fortuit cit.*, pp. 261 e ss.

²⁸⁰⁸ ANTUNES VARELA, *Das obrigações cit.*, vol. 2, p. 84. Tratando da hipótese de suspensão em razão de cumprimento de serviço militar obrigatório, TAVARES DA SILVA colocava o tema da repartição do risco à luz dos princípios gerais, nos termos seguintes: no que respeita ao trabalho inviabilizado, “quem perde o valor dessa prestação e suporta os danos suplementares é obviamente o credor”. No entanto, “quanto ao risco da contraprestação, a propósito do qual se suscita realmente um problema específico, deve entender-se, segundo cremos, que ele recai sobre o devedor da prestação (temporariamente impossível)” (“Serviço militar ...” *cit.*, pp. 60-61).

²⁸⁰⁹ De acordo com o n.º 1, “quando no contrato bilateral uma das prestações se torne impossível, fica o credor desobrigado da contraprestação e tem o direito, se já a tiver realizado, de exigir a sua restituição nos termos prescritos para o enriquecimento sem causa”. Também o art. 1463 do CCit. dispõe que

extingue por *fortuito*, a repartição do risco depende do destino da contraprestação: “quando a obrigação de uma das partes se torna impossível por caso fortuito ou de força maior e portanto se extingue, a obrigação da outra parte também se extingue, simultânea e necessariamente. O contrato *caduca*; os pactuantes ficam reciprocamente desligados dos seus compromissos; nenhum deles obtém qualquer vantagem, mas também nenhum deles faz qualquer sacrifício”. Desta forma, “o risco *acha-se eliminado*”²⁸¹⁰.

b) Ainda no domínio do Código de Seabra, Guilherme Alves MOREIRA concluía que do princípio fundamental conforme o qual o *fortuito* extingue ou modifica a obrigação sem prejuízo para o devedor resultaria, por regra, nos contratos bilaterais e estando em causa uma prestação de facto, ter-se o contrato como que sem efeito: nesta medida, aquele cuja prestação se impossibilita, não tem direito à contraprestação²⁸¹¹. No mesmo sentido, VAZ SERRA considerava que “sendo impossível, por caso fortuito, a prestação de uma das partes no contrato bilateral, não pode ela exigir a contraprestação e deve restituir a que recebeu”. Referimos, não obstante, um princípio geral, que pode conhecer excepções, “impostas por considerações relativas à natureza especial de certas relações jurídicas”^{2812/2813}.

“nei contratti con prestazioni corrispettive, la parte liberata per la sopravvenuta impossibilità della prestazione dovuta non può chiedere la controprestazione, e deve restituire quella che abbia già ricevuta, secondo le norme relative alla ripetizione dell'indebito”.

²⁸¹⁰ GALVÃO TELLES, *Direito cit.*, p. 465, itálico nosso.

²⁸¹¹ *Instituições do Direito Civil Português*, vol. 2, *Das Obrigações*, 2.^a ed., Coimbra Editora, 1925, pp. 124-125, disponível em <<http://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1229.pdf>>.

²⁸¹² “Impossibilidade ...” *cit.*, pp. 80-81.

²⁸¹³ Já resultando a impossibilidade de facto imputável ao devedor têm ainda aplicação as regras do incumprimento – cf. arts. 801.º e ss. do CC (MENEZES CORDEIRO, *Tratado cit.*, IX (*Direito das Obrigações*), p. 181). Nesta medida, a imputação não afecta a extinção da obrigação: não viabiliza a prestação, apenas ditando a responsabilidade do devedor (MENEZES CORDEIRO, *Da modernização cit.*, p. 106 – premissa que, embora incluída a propósito da reforma do BGB de 2001/2002, é transponível para o Direito português actual). A falta, nesta sede, de disposição equivalente ao art. 790.º, n.º 1, do CC seria reflexo da reduzida clareza, outrora sentida, quanto à distinção entre o *dever de prestar* e o *dever de indemnizar* – claramente diferenciados por GOMES DA SILVA (*O dever cit.*). Na verdade, a “ausência de qualquer referência legal, no domínio da impossibilidade imputável ao devedor, à extinção do dever de prestar originário (cf. os arts. 790.º, n.º 1, e 801.º, n.º 1)” constitui “um dos maiores obstáculos à compreensão tradicional da disposição” (MARIA DE LURDES PEREIRA, *Conceito cit.*, p. 49). No entanto, uma tal omissão não deve ser interpretada “como qualquer indicação ou abertura no sentido da sobrevivência (ao lado de um «novo» direito à indemnização) do dever que tem por objecto a prestação primitiva, já que esta última questão é indubitavelmente decidida pela negativa por qualquer das ordenações conceptuais em jogo” (p. 64). Ainda quanto à *vexata quaestio* da qualificação da impossibilidade superveniente imputável ao devedor como facto modificativo ou extintivo, v. PINTO OLIVEIRA, que sustenta a aplicação analógica do art. 790.º do CC à impossibilidade superveniente imputável ao devedor (*Princípios cit.*, pp. 549 e ss., pp. 559 e 829). Concedemos, pois, que a prestação que “se torna impossível *extingue-se*, independentemente da imputação do evento impossibilitante ao devedor”. E, naturalmente, “só depois, sobrevindo um dano juridicamente relevante (aquele que é inerente à frustração da obrigação), se coloca o problema de um eventual *dever ressarcitório*”. E, em tais casos, “tal dever revestirá, então, natureza e

III. Transposta esta lógica para o domínio laboral, seria sustentável concluir, que, “no caso de as perturbações surgidas na esfera da empresa não serem imputáveis ao empresário, deveria o trabalhador suportar (como verdadeiro suporte do risco) as consequências – muito graves, na sua esfera económica – da impossibilidade”²⁸¹⁴. Esta solução revelar-se-ia, todavia, pouco conforme à lógica própria do contrato de trabalho, considerada a especial posição do trabalhador²⁸¹⁵. Assinalado o desajuste, surgiria a necessidade de aqui se delinear uma forma específica de repartição do risco, para lá do regime geral de Direito Civil. Diz-se, a este propósito, ter sido “posta à teoria jurídica do trabalho uma importantíssima exigência: a da translação do risco para o

conteúdo distintos da obrigação impossibilitada, obedecendo a normas diversas e prosseguindo uma utilidade específica” (LOBO XAVIER e NUNES DE CARVALHO, “Anotação a acórdão ...” *cit.*, p. 94). Também a impossibilidade imputável ao devedor pode ser definitiva ou temporária. A impossibilidade temporária imputável ao devedor corresponde o regime da *mora debitoris* (arts. 804.º e ss. do CC) (MENEZES CORDEIRO, *Tratado cit.*, IX (*Direito das Obrigações*, p. 122); já quanto à impossibilidade parcial, *v.* o art. 802.º do CC. Justifica-se, no entanto, assinalar que, transposta esta lógica para o domínio laboral, entre nós, o impedimento imputável ao trabalhador que constitua obstáculo definitivo à execução, dita a extinção do contrato (ainda) por caducidade (*cf.* art. 343.º, b)). Dir-se-á, pois, que concorrendo o regime da cessação por caducidade e por despedimento com justa causa subjectiva, prevalece o primeiro. Como explica ROMANO MARTINEZ, “no regime geral, sempre que o contrato caducar por impossibilidade superveniente, importa verificar se há ou não culpa de uma das partes. E, havendo culpa no que respeita à produção do facto que desencadeou a caducidade, o responsável terá que indemnizar a contraparte pelos danos decorrentes da cessação do vínculo”. Adverte, todavia, que “esta contraposição não vale no âmbito laboral, em que a caducidade se baseia em postulados distintos”. Por conseguinte, “[o] trabalhador não responde pela caducidade do contrato, ainda que tenha actuado culposamente”. Nesta medida, “[a] responsabilidade pode advir, tão-só, do regime geral de *neminem laedere* (art. 483.º, n.º 1, do CC)”. Assim, “[o] trabalhador que incendiou a fábrica, tendo o incêndio sido causa de caducidade do contrato de trabalho, só responde no plano extracontratual” (*Direito do trabalho cit.*, p. 917, ênfase nossa). Neste contexto, ressaltam, na verdade, as especificidades que demarcam o contrato de trabalho face a outros vínculos, *maxime* mecanismos próprios de reacção contra o incumprimento, tal qual o poder disciplinar. Dir-se-á, aliás, a respeito do princípio previsto no art. 323.º, n.º 1, conforme o qual “a parte que faltar culposamente ao cumprimento dos seus deveres é responsável pelo prejuízo causado à contraparte”, que “a lei não dá a devida ênfase ao facto de não ser a responsabilidade civil mas sim a responsabilidade disciplinar e a greve que constituem os pontos mais salientes do regime jurídico do incumprimento do contrato de trabalho, respectivamente quanto ao trabalhador e quanto ao empregador” (PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, II, pp. 742-743). De assinalar, por último, que perante impedimento imputável ao trabalhador que revista tão-só natureza temporária, o regime suspensivo é, em regra – salvo nos casos previstos no art. 296.º, n.º 5, do CT – afastado, e o trabalhador sujeito a responsabilidade disciplinar.

²⁸¹⁴ MONTEIRO FERNANDES, “A suspensão do ...” *cit.*, p. 133.

²⁸¹⁵ Para MONTEIRO FERNANDES, “fácil se tornava, na verdade, compreender que a situação deste último não pode ser ponderada em termos idênticos aos de qualquer devedor de facto, em virtude da extensa e profunda projecção do comportamento estipulado sobre a esfera pessoal (nos seus elementos económicos, morais e sociais) do prestador de trabalho” (“A suspensão do ...” *cit.*, p. 133, ênfase nossa).

empresário”²⁸¹⁶ – o que justificaria, segundo certa perspectiva, uma “clara viragem”, quanto a uma “teoria jurídica da impossibilidade de trabalho”²⁸¹⁷.

Tal passo assenta no contributo da jurisprudência alemã e na afirmação, por essa via, da doutrina do “*Betriebsrisiko*”, enquanto lógica desviante do regime geral do BGB, propugnando solução própria, de imputação do risco na esfera laboral²⁸¹⁸. Na verdade, até à reforma de 2001/2002, o § 615 do BGB – passando só então, a prever por epígrafe “*Vergütung bei Annahmeverzug und bei Betriebsrisiko*” – não enquadrava expressamente hipótese em que ao empregador não fosse exigível prestar colaboração indispensável à execução do trabalho –, assim inviabilizando uma tal execução. O § 615, 1 do BGB excepcionava já a regra “*ohne Arbeit kein Lohn*”, ao ditar a continuação do salário sempre que a inactividade do trabalhador decorresse de falta de cooperação do credor²⁸¹⁹. Era, todavia, entendido que esta ressalva tinha, sobretudo, em vista os casos em que ao credor fosse possível aceitar a actividade laboral²⁸²⁰, sendo questionado o que sucederia se ao credor fosse inviável prestar uma tal colaboração. Na falta de solução expressa, coube à jurisprudência enquadrar estas hipóteses, ajustando-as à esfera juslaboral. Em decisão do *Reichsgericht* de 6.2.1923²⁸²¹,

²⁸¹⁶ MONTEIRO FERNANDES, “A suspensão do ...” *cit.*, p. 133.

²⁸¹⁷ MONTEIRO FERNANDES, “A suspensão do ...” *cit.*, p. 137.

²⁸¹⁸ Sobre esta doutrina, v. Klaus ADOMEIT e Peter HANAU, *Arbeitsrecht*, 14.^a ed. (act.), Luchterhand, 2007, pp. 218 e ss, Wolfgang HROMADKA e Frank MASCHMANN, *Arbeitsrecht Band 1. Individualarbeitsrecht*, 4.^a ed. (act.), Springer, 2008, pp. 281 e ss., e Günter SCHAUB e Ulrich KOCH, *Arbeitsrecht von A-Z*, 18.^a ed., C. H. Beck, 2009, pp. 262-263. A ideia de “*Betriebsrisiko*”, concebida pela jurisprudência e doutrina alemãs, “constitui um ajustamento da mecânica obrigacional à realidade do enquadramento da relação de trabalho por uma organização (o *Betrieb*) portadora de riscos próprios, e que é ordenada e dirigida pelo credor da prestação laboral” (MONTEIRO FERNANDES, *Direito cit.*, p. 467, n. 3). A lógica subjacente a esta construção teve ampla difusão em diversos ordenamentos: “*cette théorie, laissant à la charge de l’employeur les risques considérés comme inhérents à l’activité de l’entreprise, n’admet pas que l’employeur soit libéré de son obligation de paiement du salaire en cas d’arrêt temporaire de l’activité de l’entreprise*” (YAMAGUCHI, *La théorie cit.*, p. 111).

²⁸¹⁹ Conforme esta disposição (§ 615, 1 do BGB), se o credor da prestação de serviço («*der Dienstberechtigte*») entrar em mora relativamente à aceitação do serviço, pode o devedor («*der Verpflichtete*») exigir a contraprestação pelos serviços não prestados em consequência da mora, sem que para tanto se encontre obrigado a efectuar posteriormente a prestação. Importa apenas ter presente os descontos a efectuar, por via do disposto no § 615, 2 do BGB. Em suma, o BGB assegura “ao devedor deste tipo de prestações, a exoneração do seu dever de efectuar (posteriormente) o serviço e, simultaneamente, a conservação do direito à contraprestação, se bem que sujeita a determinadas deduções [...]” (MARIA DE LURDES PEREIRA, *Conceito cit.*, p. 212). Quanto à difícil recondução de hipóteses de inviabilização definitiva da prestação (tal qual sucede no contrato de trabalho) ao contexto da *mora credendi*, aqui enquadrada – atenta a referência a “*Vergütung bei Annahmeverzug* [...]” – v. *infra* § 2.3.1., § III.

²⁸²⁰ WEISS e SCHMIDT, *Labour Law cit.*, p. 112.

²⁸²¹ “Na sequência da muito citada decisão do *Reichsgericht* de 6 de Fevereiro de 1923, foram criadas as bases de uma doutrina que, não obstante a pluralidade de versões e diversidade de fundamentações, visou no essencial resolver aqueles casos «fora» da lei civil, em particular renunciando à aplicação das categorias dogmáticas da impossibilidade e mora do credor” – assim, em referência à “doutrina do risco de empresa”, MARIA DE LURDES PEREIRA, *Conceito cit.*, p. 21, n. 579. Quanto à distanciação promovida relativamente às categorias civilísticas da impossibilidade e da mora do credor reguladas no BGB e à solução assim tentada, de

estava em causa determinar os efeitos da greve dos trabalhadores dos eléctricos de Kiel, que reclamavam o aumento dos respectivos salários: da greve resultaria a paralisação dos eléctricos da cidade e os motoristas e controladores que não aderiram à greve exigiram o pagamento da retribuição. A perturbação provocada pela greve inviabilizara, assim, também, a actividade dos trabalhadores não grevistas, que se mantinham disponíveis para a execução do acordado; ao empregador não era, contudo, viável dar-lhes ocupação. Submetido o litígio ao *Reichsgericht*, o tribunal decidiu afastar a solução decorrente da aplicação do Direito Civil – centrada na alternativa estanque mora do credor *vs.* impossibilidade da prestação (*“Annahmeverzug oder Unmöglichkeit”*)²⁸²² –, ao constatar que nenhuma de tais vias acomodava perfeitamente os contornos do caso. Embora o § 615 BGB (mora do credor) se mostrasse adequado quanto ao resultado – mantendo, os trabalhadores o direito à retribuição –, era duvidosa a verificação dos pressupostos que condicionavam a *mora credendi*. Por outro lado, ainda que a situação convocasse, em certa medida, o regime da impossibilidade (então previsto no § 323 BGB), a consequência dali decorrente – dispensa do empregador quanto ao pagamento da retribuição – não merecia acordo²⁸²³. Entendeu, pois, o *Reichsgericht* que a concepção individualista do BGB – *“individualistischer Standpunkt”*, na expressão do tribunal²⁸²⁴ – não dava solução satisfatória ao problema, quando surgido no plano laboral, propondo, nessa hipótese, solução inovadora: a distribuição do *“risiko”* pelos “grupos sociais” (*“sozialen Gruppen”*) – ou seja, empregador e trabalhadores. Conforme o princípio então delineado, ao empregador caberia manter o pagamento da retribuição, salvo paralisação empresarial resultante de actuação dos trabalhadores (*“wenn der Betrieb infolge von Handlungen der Arbeiterschaft stilgelegt werde”*) – assim se justificando o indeferimento, à data e no caso em escrutínio, da pretensão dos trabalhadores, quanto à retribuição²⁸²⁵. Estavam, pois, lançadas as bases da doutrina do risco da empresa (*“Betriebsrisikolehre”*) ou das esferas (*“Sphärendoktrin”*), logo acolhidas e adaptadas pelo *“Reichsarbeitsgericht”* e, em seguida, pelo BAG²⁸²⁶. Na verdade, desde cedo, o BAG assumiu que a solução para o risco da empresa não era localizável no BGB (então nos §§ 323 e 615), devendo a lacuna (*“Lücke im Gesetz”*) ser integrada por via dos princípios gerais de Direito do Trabalho – desenvolvidos pela jurisprudência, em conformidade com o disposto na Constituição²⁸²⁷. Em síntese, o risco quanto à capacidade de funcionamento da empresa é, por princípio, suportado pelo empregador – aqui se incluindo a

enquadramento de lacuna legal (*“Lücke im Gesetz”*), por via jurisprudencial, *v.* PICKER, *“Arbeitsvertragliche ...” cit.*, pp. 813-814, e ainda SÖLLNER, *“Ohne Arbeit ...” cit.*, pp. 49-50.

²⁸²² PICKER, *“Betriebsrisikolehre ...” cit.*, pp. 285-286.

²⁸²³ PICKER, *“Betriebsrisikolehre ...” cit.*, p. 286.

²⁸²⁴ *Idem.*

²⁸²⁵ *Idem.*

²⁸²⁶ Identificando decisões judiciais publicadas em tal data, *v.* PICKER, *“Betriebsrisikolehre ...” cit.*, p. 286, n. 7 e 8, e *“Arbeitsvertragliche ...” cit.*, p. 814, n. 6.

²⁸²⁷ PICKER, *“Betriebsrisikolehre ...” cit.*, p. 286.

interferência de factores exteriores à sua área imediata de influência (*v.g.*, variações económicas, redução de encomendas ou do volume de vendas)²⁸²⁸ –, ressalvada a hipótese em que a perturbação resulta de comportamento dos trabalhadores, tal qual em situação de greve, interna ou externa à empresa. Para justificar a dispensa, em tais casos, do pagamento da retribuição relativamente aos trabalhadores não grevistas, foram convocados argumentos vários: afectação da perturbação empresarial à esfera de influência dos trabalhadores, solidariedade entre trabalhadores, possibilidade de benefício ulterior (por parte dos trabalhadores que não aderiram à greve) quanto aos êxitos da greve²⁸²⁹; e, por fim, a necessidade de parificar a posição conflitual do empregador^{2830/2831}.

Veremos, adiante, que não subscrevemos a importação da “*Betriebsrisikolehre*” – por considerarmos que o Direito Civil dá, afinal, resposta adequada a estes casos²⁸³². De todo o modo, importa ter presente que o sugerido princípio de imputação juslaboral do risco viria a ser expressamente acolhido,

²⁸²⁸ PICKER, “*Betriebsrisikolehre ...*” *cit.*, p. 286.

²⁸²⁹ A perda temporária do salário seria, afinal, compensada por benefício futuro (*v.g.*, aumentos salariais), decorrente de greve a que não se aderiu. Em crítica a uma tal leitura, *v. contudo*, PICKER, “*Betriebsrisikolehre ...*” *cit.*, pp. 287 e ss.

²⁸³⁰ PICKER, “*Betriebsrisikolehre ...*” *cit.*, p. 287. Certo, porém, que para quem censure uma tal construção – tal qual PICKER – nenhum destes critérios se afiguraria determinante para legitimar uma tal imputação e, sobretudo, um efeito tão relevante como a perda da retribuição (p. 287). Veremos, adiante, que o Autor questiona a legitimidade da “*Betriebsrisikolehre*”, rejeitando qualquer especificidade juslaboral às soluções daqui derivadas. Sustenta, na verdade, a inutilidade de tais teorias, por considerar que a oneração do empregador com o risco do substrato traduz afinal derivação do que resultava já, em termos gerais, do BGB, *maxime*, de articulação corrigida do regime da mora do credor e da impossibilidade da prestação (*v. infra* § 2.3.3., III). Não obstante, o Autor reconhece que o caso da greve reclamava enquadramento próprio: do regime geral de Direito Civil e, sobretudo, da aplicação das disposições reservadas à mora do credor decorreria a oneração do empregador quanto à inactividade dos trabalhadores não grevistas – atenta a perturbação provocada na organização pelo conflito colectivo (p. 293). Simplesmente – conforme admitido por PICKER –, o enquadramento jurídico reservado à greve contradita uma tal solução: reconhecendo a ordem jurídica o direito dos trabalhadores à greve, ainda que a perturbação pressuposta condicione a plena operacionalidade do substrato empresarial e a actividade de trabalhadores não grevistas (quer na empresa na qual a greve é exercida, como noutras, subsequentemente afectadas), o empregador nada pode fazer para obviar a um tal efeito, atenta a tutela reconhecida pela ordem jurídica ao exercício da greve. Não seria, por isso, equitativo manter a afectação do risco, nestas hipóteses, ao empregador. Este desvio não importaria, porém, na perspectiva do autor, apelo a uma qualquer construção especificamente juslaboral: se, em geral, para o enquadramento do risco de inutilização da prestação por afectação do substrato, PICKER convoca o regime da mora do credor (§ 615 BGB), preterindo o da impossibilidade da prestação (então previsto no § 323 BGB) – cf. adiante desenvolvido (*v. infra* § 2.3.3., III) –, agora, atenta a exclusão da *mora credendi*, impor-se-ia retomar o brocardo “*ohne Arbeit kein Lohn*” (p. 293). No que respeita aos efeitos da greve, haveria, pois, que reconhecer ao empregador não só um direito de recusa da prestação – quanto à actividade dos trabalhadores não grevistas –, mas também um direito ao não pagamento da retribuição; o que surgiria, aqui, como reacção ao facto de o substrato empresarial ter sido atingido por via (ainda que indirecta) de uma greve (p. 294). Retomamos a repercussão dos efeitos da greve na inactividade de trabalhadores não grevistas *infra*, § 2.3.2., §§ VI e VII.

²⁸³¹ Por via de progressiva depuração, foram, todavia, introduzidas derrogações a este princípio (WEISS e SCHMIDT, *Labour Law cit.*, pp. 112-113).

²⁸³² *V. infra* § 2.3.1. a 2.3.3.

em 2002, no § 615, 3 do BGB, que estendeu o previsto no § 615, 1 e 2 às hipóteses em que se entende que o risco de inutilização do trabalho deve ser suportado pelo empregador²⁸³³. Trata-se, na verdade, de construção também entre nós correntemente invocada para sustentar uma especial repartição do risco – *i.e.*, a subsistência, a carga do empregador, do dever de pagamento total ou parcial da retribuição – em hipóteses suspensivas respeitantes ao empregador. Aliás, à solução proposta pela jurisprudência alemã e aos argumentos reunidos para justificar, em tais casos, a manutenção da contraprestação retributiva, MONTEIRO FERNANDES – advogando o acolhimento, também entre nós, desta construção – somaria outros justificativos, próprios da dinâmica laboral, como as particularidades da situação jurídica do trabalhador – assim se renovando o apelo, neste contexto, ao princípio da retribuição suficiente²⁸³⁴. Em síntese, se, no domínio laboral, “a impossibilidade de prestação de trabalho, nas hipóteses de perturbação do funcionamento da empresa, é sempre directamente condicionada pela inviabilidade da outra prestação, a cargo do empresário: a de tornar possível o início e a normal execução do trabalho”; se “o impedimento material afecta, num primeiro instante, a obrigação acessória do empresário e, só através desta, finalmente, a obrigação principal do trabalhador”²⁸³⁵, então o risco da contraprestação deveria, nestas circunstâncias, ser suportado pelo empregador. Importa, todavia, ter presente que não só outros ordenamentos contrariam frequentemente a linearidade de um tal desfecho – sobretudo se pressuposta a afectação exclusiva do risco ao empregador, em situações que impedem a respectiva colaboração²⁸³⁶ –, sendo também entre nós apontadas reservas a uma tal solução: LOBO XAVIER assinalou oportunamente que concluir pela oneração total do empregador, sobretudo nas hipóteses em que a perturbação da colaboração decorra de fortuito, assentaria numa lógica de alheamento dos trabalhadores relativamente à orgânica empresarial, sem correspondência no modelo laboral português – revelando, pois, preferência por uma solução alternativa, de repartição do risco²⁸³⁷.

²⁸³³ Ali se dispendo que “*die Sätze 1 und 2 gelten entsprechend in den Fällen, in denen der Arbeitgeber das Risiko des Arbeitsausfalls trägt*”. Referindo esta evolução, v. WEISS e SCHMIDT, *Labour Law cit.*, p. 112. A respeito desta disposição, v. AA.VV, *Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einföhrungsgesetz und Nebengesetzen*, De Gruyter, 2008, pp. 712 e ss. (anotação REINHARD RICHARDI).

²⁸³⁴ “A suspensão do ...” *cit.*, p. 74. O Autor extrai deste princípio solução inversa à que, no seu entender, salvo estes ajustes, resultaria do regime geral de Direito comum: “os chamados *elementos integradores da retribuição* apresentam de facto um carácter permanente na parte em que decorrem da consideração das necessidades de subsistência do trabalhador. Através deles, torna-se possível, de algum modo, *desligar do trabalho efectivo a retribuição*; e se, na prática, uma tal atitude terá de ser rara, ela permite ao menos captar a infra-estrutura teórica da retribuição, de maneira a tornar viável a rejeição do pensamento que preside à aplicabilidade das regras de direito comum neste ponto” (p. 128).

²⁸³⁵ MONTEIRO FERNANDES, “A suspensão do ...” *cit.*, p. 114, com itálico nosso.

²⁸³⁶ A tal propósito, v. *infra* § 2.3.2., IV e V.

²⁸³⁷ Segundo o Autor, considerar “os trabalhadores como terceiros no que toca à empresa, configurando os *riscos desta como apenas pertinentes ao empresário*, supõe uma concepção empresarial e das próprias relações contratuais que cremos não ser a do nosso direito do

IV. Tendemos, porém, a reconhecer que a subsistência da retribuição em caso de suspensão por factos respeitantes ao empregador, enquanto fórmula própria/específica de Direito do Trabalho – e como desvio à normal afectação do risco de Direito Civil – não se afigura linear. Considerados os desenvolvimentos esboçados pela doutrina civilística quanto à impossibilidade (definitiva) da prestação por falta de cooperação do credor e (a esta luz) à articulação do disposto nos arts. 790.º e ss. e 813.º e ss. do CC – *maxime*, entre nós, o estudo de BAPTISTA MACHADO, referente ao risco contratual e à mora do credor²⁸³⁸: (i) não só não se justifica (mais) o apelo a uma lógica própria de Direito do Trabalho; (ii) como se afigura dispensável a importação da construção alemã do risco da empresa, que, naquele ordenamento, surgiu como desvio a leitura imediata dos preceitos gerais, reservados à mora do credor e à impossibilidade da prestação²⁸³⁹ – e que tem, também na doutrina germânica, merecido reservas, por se considerar que a solução acolhida no Direito do Trabalho não inova, afinal, perante o enquadramento de Direito Civil²⁸⁴⁰.

Nestas situações – como noutras tantas, tratadas pelo Direito comum –, o apelo à impossibilidade exige ajustamento que considere a circunstância de a mesma constituir decorrência de falha na colaboração: por conseguinte, ao invés de buscarmos solução laboral própria, cremos que a resposta decorre de articulação, a promover na esfera civil, entre os blocos normativos reservados à impossibilidade da prestação e à mora do credor – consideradas as especificidades que demarcam estas hipóteses. Na esfera laboral, “o comportamento do credor (a *mora creditoris*) destrói a possibilidade da prestação, isto é, há uma relação causal entre a não aceitação do empresário e a perda da prestação do trabalho”. Poderá, por isso, ser tentador afirmar que “a impossibilidade da prestação é devida a facto do credor”²⁸⁴¹. Dir-se-á, todavia, conforme depuração proposta por BAPTISTA MACHADO, que “antes de se poder verificar uma impossibilidade da prestação propriamente dita”, ocorre “uma impossibilidade de implementar o projecto obrigacional”^{2842/2843}. O que

trabalho”. Sustenta, nesta medida, que a ideia de risco do estabelecimento deveria ser adaptada, “em ordem a ter em conta que as vicissitudes da empresa não dizem apenas respeito ao empresário, sobretudo nos casos de força maior” (LOBO XAVIER, “A repercussão ...” *cit.*, pp. 20-21).

²⁸³⁸ Sobre tudo, “Risco contratual ...” *cit.*, pp. 257-343.

²⁸³⁹ *Maxime*, quanto à articulação do previsto, até à reforma do BGB, nos §§ 323 (impossibilidade da prestação – “*Unmöglichkeit*”) e 615 (mora do credor – “*Annahmeverzug*”). Enquanto a aplicabilidade do § 615 BGB daria a subsistência da obrigação retributiva, o § 323 libertaria o empregador de uma tal obrigação. Assinalando algum “imobilismo” à doutrina que, alternando entre tais opções, se confrontou a tal propósito, incluindo múltiplas referências bibliográficas, v. PICKER, “*Arbeitsvertragliche ...*” *cit.*, p. 813, n. 1 e p. 837. A tal propósito, v. igualmente SÖLLNER, “*Ohne Arbeit ...*” *cit.*, p. 49.

²⁸⁴⁰ PICKER, “*Betriebsrisikolehre ...*” *cit.*, p. 287.

²⁸⁴¹ LOBO XAVIER, “A repercussão ...” *cit.*, pp. 17-18, ênfase nossa. Reservamos, aqui, à “impossibilidade” o sentido flexível de “*inexigibilidade*”.

²⁸⁴² “Risco contratual ...” *cit.*, p. 270.

²⁸⁴³ Não se trata já (apenas) de não consecução do resultado pretendido pelo credor em obrigação de meios. Tipicamente, a obrigação do trabalhador não compreende qualquer

corresponde a constatação também difundida na doutrina germânica: em primeiro lugar (*“an erster Stelle”*), é inviabilizado o substrato laboral (*“Arbeitssubstrat”*) e, nesta medida, a colaboração do empregador (*“Mitwirkungshandlung des Gläubigers”*), operando apenas em segundo lugar (*“an zweiter Stelle”*), a impossibilidade da prestação do trabalhador²⁸⁴⁴. Na verdade, “não é que os trabalhadores fiquem, em termos estritamente naturalísticos, impedidos de realizar a sua prestação. Esta é, *em abstracto*, possível. Mas não em favor *daquele* concreto empregador, nem no seio da organização a cujo funcionamento se destinava”²⁸⁴⁵. Havendo, pois, que verificar o sentido que reveste, nestes casos, o apelo à impossibilidade: da falta de colaboração do empregador – ainda que justificada, em contexto laboral – decorre, por regra, imediata inutilização (definitiva) da actividade que o trabalhador se encontrava apto a executar, em benefício do empregador²⁸⁴⁶. Importa, assim, não desconsiderar que é a frustração da colaboração creditória que motiva tal inviabilização. Trata-se, na verdade, de situação que concretiza, de forma particularmente ilustrativa, difícil delimitação entre a impossibilidade da prestação e a mora do credor²⁸⁴⁷.

resultado específico: (v. *supra* Parte I, Capítulo VI, § 2.). Diferentemente, nos casos agora em análise, a execução é *ab initio* travada, por recusa ou falta da indispensável colaboração do empregador – a quem cabe gerir o substrato organizativo onde aquela prestação se enquadra.

²⁸⁴⁴ PICKER, “Arbeitsvertragliche ...” *cit.*, p. 841.

²⁸⁴⁵ LOBO XAVIER e NUNES DE CARVALHO, “Anotação a acórdão ...” *cit.*, p. 95, com itálico nosso.

²⁸⁴⁶ Em síntese e ainda que por referência a contexto extintivo, estar-se-á perante “hipóteses em que se torna impossível o cumprimento do débito laboral, porque o trabalhador não o pode realizar ou porque a entidade patronal não se encontra em situação de lhe proporcionar os pressupostos de que depende o cumprimento. Quando tal ocorre, o trabalhador fica exonerado na medida em que se verifica a impossibilitação da prestação, sem que sobre ele impenda qualquer dever substitutivo, designadamente de índole ressarcitória, uma vez que o risco inerente à realização da prestação não recai sobre o prestador de trabalho” (LOBO XAVIER e NUNES DE CARVALHO, “Anotação a acórdão ...” *cit.*, p. 96, itálico nosso).

²⁸⁴⁷ “A mora do credor não se confunde com a impossibilidade da prestação. Certo que, por vezes, é difícil distinguir ambas as situações em plano prático” (RIBEIRO DE FARIA, *Direito cit.*, p. 477, ênfase nossa). Também Adriano Paes da Silva Vaz SERRA assinala a divergência existente quanto a uma tal delimitação (“Consignação em Depósito, Venda da Coisa Devida e Exoneração do Devedor por Impossibilidade da Prestação Resultante de Circunstância Atinente ao Credor, *BMJ*, n.º 40, 1954, pp. 5-192, pp. 148 e ss., e ainda “Mora do Credor”, *BMJ*, 1955, número especial, pp. 375-467, pp. 381-382). A definição do âmbito operativo da mora do credor e da impossibilidade desencadeou na doutrina alemã ampla reflexão (OETKER, *Das Dauerschuldverhältnis cit.*, pp. 336-337; entre a muito extensa bibliografia, v., nomeadamente, Paul OERTMANN, “Leistungunmöglichkeit und Annahmeverzug”, *AcP*, 1918, 116, pp. 1-50, e “Leistungunmöglichkeit und Annahmeverzug”, *LZ*, 1927, pp. 1177-1184; v. ainda Helmut KÖHLER, *Unmöglichkeit und Geschäftsgrundlage bei Zweckstörungen im Schuldverhältnis*, Beck, 1971). Entre nós, e com amplas referências ao enquadramento alemão v. MARIA DE LURDES PEREIRA (*Conceito cit.*) e, em estudo anterior, BAPTISTA MACHADO, “Risco contratual ...” *cit.*, pp. 334-339, p. 267. A mora do credor é tratada, na Alemanha, sob a designação “Gläubigerverzug” ou “Annahmeverzug” (§§ 293 e ss. do BGB; v. ainda § 326, 2 do BGB e, quanto à articulação destas disposições, ZIMMERMANN, “Breach ...” *cit.* – acesso electrónico): “*der Gläubiger kommt in Verzug, wenn er die ihm angebotene Leistung nicht annimmt*” (cf. § 293 BGB).

a) Não se ignora que a inclusão destas hipóteses no contexto da impossibilidade pode ainda “depende do âmbito reconhecido à prestação” e em que medida esta inclui o interesse do credor²⁸⁴⁸. Afinal, em abstracto – *i.e.*, desconsiderando a colaboração do empregador –, a prestação do trabalhador é possível. Trata-se, na verdade, de problemática central à dogmática obrigacional, criteriosamente analisada, entre nós, após BAPTISTA MACHADO²⁸⁴⁹, por MARIA DE LURDES PEREIRA²⁸⁵⁰ e testada – no seguimento de Franz WIEACKER²⁸⁵¹ –, sobretudo a respeito de situações em que o interesse do credor é atingido sem uma acção de prestar do devedor “consecução do fim” ou em que a realização do interesse do credor se tornou impossível “desaparecimento do fim” – reconduzidas maioritariamente, na doutrina alemã, à impossibilidade da prestação^{2852/2853}. A este propósito, BAPTISTA MACHADO, distanciando-se da orientação germânica, recusa o apelo a um conceito alargado de prestação para a delimitação do âmbito operativo das normas referentes à impossibilidade²⁸⁵⁴ – o que se harmoniza com a sugerida restrição do âmbito dos arts. 790.º e ss. do CC à “impossibilidade de prestar”, excluindo de um tal contexto as situações de “impossibilidade de (o devedor) cumprir”²⁸⁵⁵ –, daqui decorrendo a distinção entre o “risco da prestação” (que onera do devedor) e o “risco de utilização” (que impende sobre o credor)²⁸⁵⁶. Já PINTO OLIVEIRA acolhe, para efeitos do disposto nos arts. 790.º a 797.º do CC, um conceito alargado de prestação, enquanto resultado de um comportamento do devedor – aderindo, por conseguinte, igualmente a uma noção abrangente de impossibilidade da prestação²⁸⁵⁷. Dir-se-á, nesta medida, que “o conceito *alargado* de impossibilidade da prestação abrange dois tipos de casos. O primeiro é o da *impossibilidade da prestação como comportamento*. O segundo, o da *impossibilidade da prestação como resultado*”²⁸⁵⁸. Dissecando os termos, conclui que a “*impossibilidade da prestação como comportamento*” significa que “o devedor não pode adoptar um comportamento conforme ao contrato e/ou à lei”; já na “*impossibilidade da prestação como resultado*”, mesmo que “o devedor possa adoptar um comportamento conforme ao contrato e/ou à lei, não pode realizar ou satisfazer o interesse do credor”²⁸⁵⁹.

²⁸⁴⁸ ANTUNES VARELA, *Das obrigações cit.*, vol. 2, p. 76, itálico nosso; *v.* ainda BAPTISTA MACHADO, “Risco contratual ...” *cit.*, pp. 264 e ss.

²⁸⁴⁹ “Risco contratual ...” *cit.*, pp. 257-343.

²⁸⁵⁰ *Conceito cit.*, pp. 1 e ss.

²⁸⁵¹ “Leistungshandlung und Leistungserfolg im bürgerlichen Schuldrecht”, *Festschrift für Nipperdey zum 70. Geburtstag*, vol. 1, Beck, 1965, pp. 783-813.

²⁸⁵² MARIA DE LURDES PEREIRA, *Conceito cit.*, pp. 1-13; dando também nota desta evolução, *v.* ainda “Risco contratual ...” *cit.*, p. 262 e pp. 268-269, n. 16.

²⁸⁵³ Retomamos o enquadramento reservado a tais hipóteses *infra*, §. V.

²⁸⁵⁴ “Risco contratual ...” *cit.*, pp. 262 e, em especial, pp. 263 e ss.

²⁸⁵⁵ *Idem*.

²⁸⁵⁶ “Risco contratual ...” *cit.*, p. 289.

²⁸⁵⁷ *Princípios cit.*, pp. 510 e 511.

²⁸⁵⁸ PINTO OLIVEIRA, *Princípios cit.*, p. 511.

²⁸⁵⁹ PINTO OLIVEIRA, *Princípios cit.*, p. 511.

b) Por sua vez, MARIA DE LURDES PEREIRA autonomiza a acção de prestar como comportamento concreto e abstracto²⁸⁶⁰, clarificando que “quando se pergunta se a «prestação» do «direito da impossibilidade» respeita apenas à acção de prestar do devedor (conceito restrito de prestação) ou integra também o resultado da prestação (conceito alargado de prestação), o primeiro dos termos da classificação corresponde à acção de prestar em abstracto”²⁸⁶¹. Explicando a destriça, nota que “a acção de prestar em abstracto pode ser definida como a parte da actividade necessária ao cumprimento *que cabe ao devedor*, abstraindo, por um lado, da conduta de cooperação do credor e, por outro lado, dos concretos objectos fornecidos pelo credor, nos quais ou com auxílio dos quais a actividade do devedor deva ser executada”²⁸⁶² – aqui se incluindo, pois, os impedimentos que afectam directamente o trabalhador, inviabilizando a actividade laboral. Concluindo, todavia, que “o efeito estatuído no art. 790.º, n.º 1, é adequado às hipóteses de impossibilidade da prestação *enquanto resultado*”. Considerando que “à luz do seu fundamento material, *não se vêem quaisquer razões para distinguir* consoante se tenha tornado impossível a *própria acção* de prestar ou o *resultado* a atingir por intermédio dela”²⁸⁶³ – sendo que a estes últimos casos se reconduzem ainda as hipóteses de frustração da actividade laboral por falta da necessária colaboração. E claro está que as diferentes perspectivas assim acolhidas quanto à extensão afecta ao conceito de “prestação” conformam, o enquadramento perfilhado quanto às situações em análise, sobretudo quanto à respectiva recondução aos arts. 790.º e ss. do CC e ao âmbito da “impossibilidade da prestação”²⁸⁶⁴.

V. Abstraindo da afectação, no domínio laboral, de núcleos normativos autónomos às diversas hipóteses suspensivas por factos referentes ao empregador, a dúvida quanto à respectiva qualificação dogmática transcende essa concretização; tais casos participam, afinal, de conjunto cuja configuração se afigura, mesmo no plano civilístico, nebulosa. Encontrando-se o trabalhador disponível para executar o acordado (sendo, por conseguinte, em si mesma, a prestação “possível”), mas não a aceitando o credor (o empregador), dir-se-á – atenta a consequente inviabilização (definitiva) da actividade não prestada – que o trabalhador se encontra “impossibilitado de cumprir” – surgindo, a este

²⁸⁶⁰ Conceito cit., pp. 17-18 e p. 309.

²⁸⁶¹ Conceito cit., p. 309.

²⁸⁶² MARIA DE LURDES PEREIRA, *Conceito cit.*, p. 309, *itálico nosso*.

²⁸⁶³ *Conceito cit.*, p. 310, *ênfase nossa*.

²⁸⁶⁴ No Direito italiano, Gastone COTTINO sustenta, a este propósito, um entendimento amplo de prestação: “[a]ttraverso l’analisi del concetto di prestazione nella fase dell’adempimento, si è giunti a una più vasta accezione di impossibilità: negando la considerazione normativa autonoma dell’impossibilità di ricevere o cooperare, che altro non è se non impossibilità della prestazione, l’art. 1256 cod. civ. assume un preciso contorno e una chiara portata” (“L’Impossibilità di Ricevere o di Cooperare del Creditore e L’Impossibilità della Prestazione”, *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, ano 46, 1948, pp. 443-458, p. 457).

propósito, interrogações diversas²⁸⁶⁵. Uma vez que o problema não resulta circunscrito ao domínio laboral, importa convocar análise tecida em torno de hipótese similar, em contexto civilístico: nos casos em que ao credor se mostra inviável prestar colaboração necessária ao cumprimento e ditando tal circunstância a extinção (definitiva) do dever de prestar, qual o enquadramento (mais) adequado? Mora do credor (arts. 813.º e ss. do CC), impossibilidade da prestação não imputável ao devedor (arts. 790.º e ss. do CC) ou as duas categorias, em simultâneo? – o que condiciona, por sua vez, o destino da contraprestação^{2866/2867}. Porque as conclusões assumidas a este respeito influem na leitura referente à suspensão laboral, importa promover breve confronto com o regime civilístico. Foi, afinal, sobretudo, como *desvio* à solução supostamente decorrente do jogo de disposições de Direito comum, que se justificou a transposição da “*Betriebsrisikolehre*” e formulações derivadas para o ordenamento português, assim se obviando a que o trabalhador suportasse o risco da contraprestação (a perda da retribuição), caso ao empregador fosse inviável prestar colaboração essencial ao cumprimento. Resta, todavia, verificar se tal receção não resulta de premissa pouco rigorosa e se as regras de Direito comum – da *mora creditoris* e da impossibilidade da prestação – não conduziram, afinal, a solução aproximada da acolhida em contexto laboral. Atento o apelo frequente (ainda que para demarcação) da doutrina juslaboralista, ora ao regime (civilístico) da *impossibilidade da prestação*, ora da *mora do credor* – e para que a apontada contraposição entre normas de Direito comum e de Direito do Trabalho não assente em pressupostos imprecisos²⁸⁶⁸ –, há que verificar em que medida as variantes suspensivas (mais) se aproximam, em contexto laboral, de um daqueles regimes²⁸⁶⁹.

²⁸⁶⁵ À luz do Direito italiano, COTTINO questiona: “*il fatto impeditivo, proveniente dalla sfera del creditore [...] può anche determinare un ostacolo a prestare. Resta sempre quindi da dimostrare la legittimità dell’assimilazione tra questi due aspetti concettualmente separabili del fenomeno dell’impossibilità*” (“L’Impossibilità ...” cit., p. 444).

²⁸⁶⁶ O problema é assim equacionado por MARIA DE LURDES PEREIRA, *Conceito cit.*, pp. 142-143. Refere, a este propósito que “sempre que a cooperação do credor seja indispensável ao integral cumprimento da obrigação, colocar-se-á, pois, o problema do exacto enquadramento dos casos em que ela seja negada: serão eles qualificáveis como situações de mora do credor, de impossibilidade da prestação não imputável ao devedor, ou pertencerão simultaneamente às duas categorias legais?” (p. 143). Também a doutrina italiana reconhece as dificuldades aqui verificadas: “*ad di là delle esposte differenze concettuali, è innegabile che le fattispecie dell’impossibilità sopravvenuta e dela mora del creditore presentino punti di contatto*” (LOMBARDI, *La risoluzione cit.*, p. 319).

²⁸⁶⁷ Denunciando esta tensão, LOBO XAVIER apontou oportunamente um progressivo alargamento do âmbito operativo da *mora credendi*. Teria, afinal, “vindo a ser reduzido o âmbito da impossibilidade a favor do da *mora accipiendi*, admitindo-se que esta não é excluída pelos impedimentos de aceitação e de cooperação” (“A repercussão ...” cit., p. 7, *italico nosso*).

²⁸⁶⁸ No Direito italiano, COTTINO assinala igualmente: “*l’impossibilità di ricevere o cooperare assume particolare rilievo, sia pure con riflessi del tutto caratteristici, nel campo dei rapporti di lavoro*” (“L’impossibilità ...” cit., p. 454).

²⁸⁶⁹ Em reflexão dedicada ao encerramento definitivo do estabelecimento, LOBO XAVIER assinala a importância “[d]as ideias já referidas sobre a impossibilidade da prestação, dever de cooperação do empresário, *mora creditoris* e ainda a teoria do risco obrigacional: ver-se-á que de

a) As dúvidas assinaladas são, na verdade, comuns a amplo espectro, extravasando o núcleo que nos ocupa. A questão é extensível a várias hipóteses, aqui se incluindo²⁸⁷⁰ os casos de “Zweckfortfall” ou de “frustração do fim da prestação” – v.g., o barco a desencalhar, afunda-se – e de “Zweckerreichung” ou de “consecução do fim (da prestação) por outra via” – v.g., o barco desencalha por efeito da corrente, dispensando intervenção do rebocador²⁸⁷¹. Sintetizando o enquadramento reservado pela doutrina germânica, RIBEIRO DE FARIA refere que concorreria *impossibilidade da prestação*, uma vez que a “prestação devida não é apenas o comportamento do devedor mas também o resultado da prestação (*Leistungserfolg*)”²⁸⁷²: o devedor está disposto a cumprir, mas a prestação torna-se irrealizável, por motivos que não lhe respeitam²⁸⁷³. Ainda em nota à doutrina alemã, MARIA DE LURDES PEREIRA assinala, contudo, no plano da contraprestação, que embora “as soluções sejam, neste aspecto, variadas e rebeldes a uma clara ordenação”, a orientação “seguida pela maioria da doutrina germânica, consiste em «paralisar» a eficácia própria do sinalagma condicional através da aplicação analógica de regras pertencentes ao regime específico de determinados contratos (como o de empreitada ou de prestação de serviço) *que facultam ao devedor o direito à totalidade ou a uma parte da contraprestação*”. Já a solução dominante na doutrina portuguesa, “caracteriza-se diversamente por aceitar, mesmo nestes casos, a extinção do dever de remunerar, complementando, no entanto, a tutela do devedor com a atribuição de um direito à indemnização das despesas e esforços já realizados em vista da execução da prestação que entretanto se impossibilitou”²⁸⁷⁴. De facto, entre nós, ANTUNES VARELA admite que, nestas situações, embora o resultado seja a impossibilidade da prestação, as hesitações doutrinárias respeitam ao destino da contraprestação. Dir-se-á que se, por um lado, “repugnaria ao espírito do artigo 795.º [...] obrigar o credor (ou seus herdeiros) a efectuar a contraprestação”, por outro, certamente, “também não seria justo que o devedor houvesse de suportar, sem nenhuma compensação, as despesas que tenha feito ou o prejuízo que haja sofrido, sabendo-se que a causa da impossibilidade da prestação se registou numa *zona de risco que é mais do credor do que do devedor*”. Sustenta, por isso, aplicação analógica do disposto no artigo 468.º, n.º 1, do CC, reconhecendo ao devedor cuja prestação se impossibilitou, sem culpa, “o direito a ser indemnizado, quer

algum modo se conjugam ou completam para fazer derivar do encerramento a responsabilidade patronal (“A repercussão ...” *cit.*, p. 13).

²⁸⁷⁰ Cf. enunciado *supra*, § IV.

²⁸⁷¹ ANTUNES VARELA, *Das obrigações cit.*, vol. 2, pp. 74-78. V. ainda Horst EIDENMÜLLER, “Der Spinnerei-Fall: Die Lehre von der Geschäftsgrundlage nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts und im Lichte der Schuldrechtsmodernisierung”, *JURA*, 2001, n.º 12, pp. 824-832, p. 827, e AA.VV., *Münchener Kommentar, cit.*, pp. 702 e ss.

²⁸⁷² Tema que se articula com o entendimento subscrito quanto ao conceito de prestação (*v. supra* § IV).

²⁸⁷³ RIBEIRO DE FARIA, *Direito cit.*, pp. 374-375.

²⁸⁷⁴ *Conceito cit.*, pp. 34-35, ênfase nossa. Também enquadrando o destino da contraprestação na doutrina alemã, v. RIBEIRO DE FARIA, *Direito cit.*, pp. 375-378.

das despesas que fez, quer do prejuízo que sofreu”²⁸⁷⁵. Também neste sentido se pronuncia RIBEIRO DE FARIA, embora por efeito de aplicação analógica do disposto no art. 1227.º do CC²⁸⁷⁶. Já MARIA DE LURDES PEREIRA não considera satisfatório o apelo aos arts. 468.º, n.º 1 e 1227.º do CC: “nenhum destes preceitos fornece qualquer *critério específico ou exclusivo* das situações de que tratamos, em que o cumprimento da obrigação é definitivamente posto em causa por força de um impedimento que atinge directamente a «participação» do credor na prestação”²⁸⁷⁷. Preferindo a formulação de um princípio geral e convocando, para tanto, a solução prevista no art. 815.º, n.º 2, do CC, conclui pela “atribu[ição] [d]a contraprestação *por inteiro* ao devedor *sempre* que o credor se encontre, *por qualquer causa*, inibido de aceitar a prestação regularmente oferecida ou de praticar os actos necessários à sua execução e com isso impeça definitivamente o cumprimento da obrigação”²⁸⁷⁸. Por sua vez, PINTO OLIVEIRA reconduz as duas circunstâncias ao âmbito da impossibilidade: o dever de prestar extingue-se (cf. art. 790º, n.º 1, do CC) e o destino da contraprestação segue, por sua vez, a regra o n.º 2 do art. 795.º do CC, afectando à expressão “*causa imputável ao credor*” sentido amplo, incluindo o não cumprimento por facto relacionado com a pessoa, coisas ou empresa do credor²⁸⁷⁹. Concluindo, nesta medida, que “o regime da frustração do fim da prestação, ou da realização do fim da prestação por uma via alternativa, corresponderá assim a uma aplicação do princípio de que o risco de utilização da prestação recai sobre o credor, subjacente a todo o regime do *não cumprimento imputável ao sujeito activo da relação obrigacional – ao credor*”²⁸⁸⁰. Também LYNCE DE FARIA acolhe noção objectiva de imputação, quanto ao art. 795.º, n.º 2, do CC, indicando que, “na verdade, à expressão *causa imputável ao credor* podem ser atribuídos dois sentidos”. De um lado, “um *sentido subjectivo*, nos termos do qual *causa imputável ao credor* seria apenas aquela que tivesse origem no respectivo dolo ou negligência”; de um outro, “um *sentido mais objectivo*, segundo o qual *causa imputável ao credor* abrange ainda aquela que entra na esfera de controlo ou de influência daquele, mesmo na ausência da respectiva culpa”²⁸⁸¹. Sendo certo que, “defendida a adesão a uma concepção objectiva da referida locução da lei, cabe à doutrina e à jurisprudência, em cada caso concreto, a tarefa de tentar precisar com rigor quais os factos incluídos em tal esfera de risco”. Assim se determinando, em cada

²⁸⁷⁵ *Das obrigações cit.*, vol. 2, p. 85, itálico nosso.

²⁸⁷⁶ *Direito cit.*, pp. 378-379. Idêntica solução fora proposta por BAPTISTA MACHADO, “Risco contratual ...” *cit.*, pp. 268-269, n. 16: “o devedor abdica do proveito do negócio, mas o credor deverá indemnizá-lo do trabalho e dos dispêndios já investidos nos preparativos da prestação, nos termos prescritos no art. 1227.º para a inexecutabilidade da empreitada” (lógica reiterada nas pp. 276-277 e p. 280).

²⁸⁷⁷ *Conceito cit.*, p. 281.

²⁸⁷⁸ P. 284.

²⁸⁷⁹ *Princípios cit.*, pp. 510-517.

²⁸⁸⁰ P. 517.

²⁸⁸¹ *Mora cit.*, p. 67.

hipótese, se “o risco da impossibilidade do cumprimento deve ser suportado por um, ou por outro, dos sujeitos da relação jurídica”²⁸⁸².

b) Acresce, por fim, uma terceira hipótese: o não exercício do direito por causa referente ao credor, tal qual, se A adquire um bilhete para assistir a um espectáculo (tratando-se, pois, de “prestação de massas”)²⁸⁸³ e, depois, atingido por doença súbita, não comparece. Ao invés das duas situações acima indicadas (frustração do fim ou consecução do fim por outra via), agora, a prestação é executada (e, nesta perspectiva, não se impossibilita): o espectáculo realiza-se, embora sem satisfação do interesse do credor²⁸⁸⁴. Concorre, todavia, o não exercício do direito à prestação no momento próprio, visto tratar-se de prestação com termo absolutamente fixo. Se, em rigor, não se pode falar de impossibilidade, também o apelo à mora do credor não é imune a críticas²⁸⁸⁵. Na ausência de solução evidente, por se tratar de perda do direito por não exercício oportuno, por facto compreendido em zona de risco do credor, ANTUNES VARELA sugere aplicação analógica do disposto nos arts. 795.º, n.º 2, 815.º, n.º 2, e 1227.º do CC^{2886/2887}.

c) Após breve excursão quanto às propostas indicadas a este respeito, na esfera civilística, há que articular estes exemplos com os casos que nos ocupam, em Direito do Trabalho. Salvo nas situações de “consecução do fim da prestação por outra via”, as hipóteses que tratamos têm contacto com as acima referidas. Apresentam semelhanças com as situações de “frustração do fim da prestação”: afinal, em abstracto, a prestação é possível (a execução da actividade laboral), ainda que, em concreto, resulte impossibilitada (o trabalhador não cumpre a obrigação – que é, assim, inviabilizada). Tendo ainda proximidade com os casos de não exercício de direito pelo credor, sendo, também aqui, dificultado o enquadramento na *mora credendi*: embora decorrente de falta de cooperação do credor, o cumprimento é, em definitivo, inviabilizado, por se tratar de prestação com prazo absolutamente fixo. Ao que acresce o facto de, na esfera laboral, a ausência de colaboração do credor, nas hipóteses suspensivas legalmente

²⁸⁸² *Mora cit.*, p. 68.

²⁸⁸³ MARIA DE LURDES PEREIRA, *Conceito cit.*, p. 274, n. 721.

²⁸⁸⁴ “Non ricorre l'impossibilità sopravvenuta della prestazione nel caso in cui il viggiatore, per causa a lui non imputabile, sia impedito a partire. Ciò che viene impedito è solo il godimento da parte del creditore delle utilità fornite con l'adempimento” (decisão do Tribunal de Nápoles, de 23.7.1984, *apud* LOMBARDI, *La risoluzione cit.*, p. 345).

²⁸⁸⁵ São, na verdade, aqui pressupostas duas problemáticas distintas, ainda por analisar: (i) a circunstância de a não colaboração ditar *imediato* não cumprimento *definitivo* da prestação (*v. infra* § 2.3.1., III) e (ii) o facto de tratarmos de ausência de cooperação justificada (*v. infra* § 2.3.1., IV).

²⁸⁸⁶ *Das obrigações cit.*, vol. 2, pp. 78-79 e 60 e ss. Criticando o apelo, neste âmbito, ao art. 1227.º do CC, por estatuir consequência diversa da que resulta daquelas outras disposições, *v.* MARIA DE LURDES PEREIRA, *Conceito cit.*, p. 274, n. 722.

²⁸⁸⁷ Propugnando também a manutenção do direito à contraprestação, *v.* RIBEIRO DE FARIA, *Direito cit.*, pp. 482-483, n. 2.

previstas, ter pressuposta motivação justificada – afinal, a suspensão é (sempre) motivada e vinculada²⁸⁸⁸.

VI. Delimitamos o problema nos termos seguintes: a actividade exigível sempre se manteve possível (na perspectiva do devedor), falhando, todavia, o exercício do direito à prestação no momento próprio – do que vem a resultar a inviabilização (em definitivo) da prestação. Esta a equação que tem lugar na esfera laboral, já que a prestação do trabalhador apenas se impossibilita por se tornar inviável “a oferta de ocupação, isto é, a realização, por parte do empresário, das condições necessárias à execução da actividade prometida pelo trabalhador. Em primeira linha, é este *dever acessório* do credor de trabalho que o impedimento atinge”²⁸⁸⁹. Para o enquadramento teórico do tema, a doutrina laboral promove, com frequência, o apelo à *mora do credor* e à *impossibilidade da prestação por facto não imputável ao devedor*. Qualquer das soluções se afigura, porém, em certa medida, desajustada²⁸⁹⁰. Analisemos, ainda que brevemente, tais alternativas.

2.3.1. A suspensão por motivos relativos ao empregador e a inadequação do regime da mora do credor

I. Não raras vezes é sugerida a recondução da suspensão laboral por motivos referentes ao empregador à *mora credendi*. Assim sendo por se constatar que, em tais casos, o trabalho não é executado por inobservância, pelo empregador, da necessária cooperação²⁸⁹¹. Não cremos, porém, que a suspensão laboral corresponda a decalque perfeito de *mora creditoris*. A dificuldade resulta

²⁸⁸⁸ V. *supra* § 2.3.1, IV. A referência à imputação (*v.g.*, no contexto de encerramento imputável ao empregador) não contradiz esta premissa; ainda que o facto que inviabiliza a cooperação seja imputável ao empregador, o fundamento pressuposto sempre exige motivação empresarial/gestionária – não sendo lícita desocupação/inactividade não fundamentada. Dir-se-á, simplesmente, que se a produção do evento que entrava a colaboração for imputável ao empregador – em termos a delimitar *infra*, Capítulo II – tal circunstância dita aplicação de enquadramento legal específico no que respeita à contraprestação retributiva.

²⁸⁸⁹ MONTEIRO FERNANDES, “A suspensão do ...” *cit.*, p. 93.

²⁸⁹⁰ LOBO XAVIER formula hesitação idêntica, em reflexão dedicada ao encerramento definitivo do estabelecimento. Refere que, também nesse caso, se justifica “um exame do problema em termos mais trabalhados da teoria geral das obrigações”. Sendo certo que, em tal contexto, “a análise dos efeitos que o encerramento do estabelecimento provoca nos contratos de trabalho não poderá deixar de passar pelos institutos da impossibilidade definitiva da prestação e da *mora creditoris*” (“A repercussão ...” *cit.*, pp. 4 e ss.).

²⁸⁹¹ LOBO XAVIER, *Manual cit.*, p. 707, e “A repercussão ...” *cit.*, p. 7. Também MONTEIRO FERNANDES nota, entre as observações introdutórias, referentes à suspensão laboral por facto respeitante ao empregador, que, quando a suspensão não decorra de impedimento relativo ao trabalhador, “a prestação é inexecutada por não ocorrer a cooperação creditória que, constituindo ónus do credor no comum das relações obrigacionais (*vd.* art. 813.º *fine*, CCiv.), ganha no domínio do vínculo laboral uma singular acentuação [...]” (*Direito cit.*, p. 462, ênfase nossa). O que não impede, porém, o Autor de concluir, adiante, pela inadequação de recondução destas hipóteses ao regime da *mora credendi* (p. 465).

de elemento repetidamente assinalado – traço próprio da suspensão laboral, atenta a dualidade estrutural, inerente a complexo duradouro²⁸⁹²: a ausência de cooperação inviabiliza (em definitivo) a actividade que seria prestada pelo trabalhador, em tal período, por nos referirmos a prestações com termo absolutamente fixo²⁸⁹³. Diversamente, na mora, é por regra pressuposta ausência (tão-só) temporária de cumprimento²⁸⁹⁴: “existirá uma situação de *mora* quando se verifique a mera impossibilidade temporária do cumprimento, mantendo-se no entanto a possibilidade de realização futura da prestação, quer em sentido material, quer da perspectiva de manutenção do interesse do credor no cumprimento”²⁸⁹⁵. Ora, não concorrendo simples retardamento, mas inutilização (definitiva)²⁸⁹⁶, não faria sentido convocar as disposições relativas à *mora credendi*²⁸⁹⁷. Para tanto adverte, aliás, ANTUNES VARELA, ao indicar que “não se confundem com os casos de *mora credendi* as situações em que a falta da colaboração necessária do credor produz a *desoneração definitiva do devedor*, porque este se obrigou, por exemplo, a oferecer a prestação em determinado momento (prazo absolutamente fixo) e a ofereceu no momento oportuno, sendo o credor (por facto a ele imputável) quem a não recebeu”²⁸⁹⁸. Transposta esta lógica para o âmbito que nos ocupa, diremos que a inutilização (definitiva) da actividade (não) desenvolvida pelo trabalhador, em função da falta de cooperação do credor, dificulta apelo imediato à mora do credor^{2899/2900}.

²⁸⁹² V. *supra* Parte I, Capítulo I, Secção V, Subsecção III, § 3, e Capítulo II, §§ 1.3. e 1.4.

²⁸⁹³ NUNES DE CARVALHO assinala que “a prestação de trabalho é temporalmente modalizada, no sentido de que a actividade do trabalhador tem um momento útil, passado o qual *se torna impossível*. Essa prestação não é considerada, no plano da sua utilização, individualmente, ela destina-se a a ser combinada, integrada com outras, de acordo com um processo que *não tolera adiamentos ou repetições*. Porque é assim, o incumprimento da prestação de trabalho correspondente a uma jornada diária *não é*, em regra, *recuperável*, gerando, de imediato, *impossibilidade absoluta e definitiva de execução e a consequente extinção desse débito*” (“Sobre o dever ...” *cit.*, p 319-320, ênfase nossa).

²⁸⁹⁴ MENEZES CORDEIRO, *Tratado cit.*, IX (*Direito das Obrigações*), p. 128.

²⁸⁹⁵ LYNCE DE FARIA, *Mora cit.*, p. 7, *itálico* nosso.

²⁸⁹⁶ Afinal, por princípio, “a força de trabalho é apenas um valor no tempo: uma vez não empregue não pode ser rentabilizada, *i.e.*, não pode ser «guardada» («economizada») para ser aplicada num momento ulterior” (MARIA DE LURDES PEREIRA, *Conceito cit.*, pp. 234-235, n. 627).

²⁸⁹⁷ Dificuldade assinalada por BAPTISTA MACHADO, “Risco contratual ...” *cit.*, p. 261.

²⁸⁹⁸ *Das obrigações cit.*, vol. 2, p. 163, *itálico* nosso.

²⁸⁹⁹ Expondo idênticas reservas, v. PICKER, “Fristlose ...” *cit.*, pp. 700-701. É assim que LOBO XAVIER nota que, “no contrato de trabalho, *assim como o trabalhador não pode entrar em mora*, pois todo o atraso significa uma impossibilidade (pela essencialidade na disposição do tempo das singulares prestações laborativas), *assim também a falta de cooperação creditória inutiliza definitivamente o objecto de cada prestação de trabalho*” (“A repercussão ...” *cit.*, p. 8, n. 13, ênfase nossa). Noutro texto, LOBO XAVIER refere que a recusa da prestação “*envolve não a simples mora*, mas a *impossibilidade definitiva da prestação do trabalho*, pela essencialidade na disposição no tempo das prestações laborativas”. Realçando, que “a prestação a realizar hoje não poderá ser oferecida amanhã” (“Recusa da ...” *cit.*, p. 354, *itálico* nosso). Também JORGE LEITE indica que, salvo casos pontuais, expressamente previstos na lei, “a parte da prestação que, segundo o programa contratualmente estabelecido, deveria ser realizada no período em que o credor não pôde, ou não quis recebê-la, é irrecoverável”. E, nesta medida, “*não há, pois, no domínio do*

II. Esta conclusão – e, em especial, a menção à inviabilização da prestação do trabalhador – reclama, todavia, precisão adicional. Consideramos que nas situações retratadas o trabalhador *não cumpre* tanto quanto se dispôs apenas porque se manteve disponível; dir-se-á, ao invés, que, nestes casos, o trabalhador é impedido de cumprir²⁹⁰¹. Não haverá mora ou impossibilidade, mas efectivo cumprimento da obrigação, ainda que o credor não retire a satisfação pretendida, se o arrendatário não usufruir do imóvel que lhe foi disponibilizado pelo senhorio; dir-se-á que, neste caso, “o devedor *cumpriu* a sua obrigação a partir do momento em que *colocou o imóvel à disposição do inquilino*”²⁹⁰². Diferentemente, no contrato de trabalho, o trabalhador apenas cumpre se desenvolve a actividade acordada, independentemente da utilidade especificamente alcançada, pelo empregador, por esta via – *i.e.*, abstraindo do resultado obtido pelo credor²⁹⁰³. Tal qual indicado por LUÍS MIGUEL MONTEIRO,

contrato de trabalho, mora creditoris, um mero retardamento da prestação por facto da esfera do respectivo credor, mas uma perda da «fracção» da prestação correspondente ao período de impedimento ou de recusa do empregador de a receber” (“Direito de exercício ...” *cit.*, pp. 33-34, ênfase nossa).

²⁹⁰⁰ Noutro contexto – o do enquadramento dos efeitos do despedimento ilícito –, FURTADO MARTINS, admite que a justificação para o direito do trabalhador às retribuições vencidas decorre de articulação da declaração de invalidade do despedimento (e consequente manutenção do contrato) com o regime da impossibilidade imputável ao credor, conforme indicado no art. 795.º, n.º 2, do CC e da solução aí acolhida quanto ao risco da contraprestação (“Despedimento ...” *cit.*, pp. 126-127). O Autor renova o apelo, neste âmbito, à impossibilidade: “o trabalhador não executou a prestação porque disso foi impedido pelo empregador, que ao afastá-lo da empresa o impediu de prestar o trabalho. Este impedimento, mercê da natureza da prestação em causa, gerou a impossibilidade (definitiva) da prestação, com a consequente exoneração do devedor-trabalhador (exoneração que, evidentemente, respeita apenas ao período temporal que medeia entre o despedimento e a sentença)” (*ob. cit.*, p. 126). A esta luz, a dedução indicada no art. 390.º, n.º 2, a), constituiria, afinal, embora com especificidades, manifestação do princípio consagrado no art. 795.º, n.º 2, 2.ª parte do CC (*ob. cit.*, p. 129).

²⁹⁰¹ Tratamos, na verdade, da “natureza da prestação devida e [d]aquilo que constitui exactamente o cumprimento da prestação de trabalho” (LOBO XAVIER, “A repercussão ...” *cit.*, p. 5). Divergimos, a este propósito, de MONTEIRO FERNANDES, na medida em que afirma, relativamente ao encerramento temporário por facto imputável ao empregador, que, “na perspectiva jurídico-laboral, a explicação da permanência do direito ao salário encontra-se na consideração de que, nas situações referidas, o trabalhador *não deixa de cumprir* o seu fundamental compromisso contratual, que é o de *manter a sua força de trabalho à disposição do empregador*” (*Direito cit.*, pp. 465-466, *italico* nosso). Rejeitando idêntica construção na doutrina alemã, *v.*, nomeadamente, PICKER, “Betriebsrisikolehre ...” *cit.*, p. 286, e na doutrina italiana, COTTINO, que indica: “[...] dato che la prestazione del lavoratore non può ritenersi adempiuta che quando il facere specifico ha avuto realizzazione, se la determinazione non avviene, si avrà soltanto l’astratta possibilità di una prestazione di lavoro, dipendente dal fatto che il lavoratore è a disposizione ma non lavora” (“L’impossibilità ...” *cit.*, p. 456).

²⁹⁰² LYNCE DE FARIA, *Mora cit.*, p. 23, ênfase nossa.

²⁹⁰³ Assinalamos, mais uma vez, não tratarmos já tão-só, de frustração do resultado (cujo risco é suportado, em obrigação de meios, pelo credor), mas de impossibilidade da própria actividade: situamo-nos, pois, aquém de reflexão relativa à inviabilização do resultado. Sobre a caracterização da obrigação do trabalhador como obrigação de meios, *v. supra* Parte I, Capítulo VI, § 2.

consideramos que “a prestação do trabalhador, no âmbito do seu contrato de trabalho, analisa-se num «facere», cujo conteúdo *não é a disponibilidade da força de trabalho, mas sim a actividade que o trabalhador se obriga a prestar, durante a execução do contrato*”²⁹⁰⁴; ainda nesta linha, FURTADO MARTINS alerta que perspectiva diversa “deixa[ria] na sombra a *execução efectiva da actividade* que o trabalhador se comprometeu a prestar, tratando como acessório aquilo que é principal”²⁹⁰⁵. Por isso, admitimos que no contrato de trabalho, falhando o empregador a cooperação necessária, a actividade do trabalhador resulta *frustrada*, atenta a impossibilidade *de cumprir*. O que não obsta, naturalmente, à relevância que a disponibilidade do trabalhador assume no contrato de trabalho²⁹⁰⁶ – a disponibilidade não constitui, todavia, regra geral, elemento caracterizador da obrigação típica do trabalhador. Cremos, de resto, que neste sentido depõe o exposto acolhimento do direito do trabalhador à ocupação efectiva, enquanto “corolário da centragem da prestação de trabalho na ideia da *actividade* e não na ideia da *disponibilidade* do trabalhador”. Em suma, “se o trabalhador é contratado para desenvolver determinada actividade (a integrar por um conjunto mais ou menos complexo de actos e tarefas que o empregador, em cada momento, lhe exija), a situação de inactividade injustificada *não corresponde à integração do objecto do contrato pela outra parte*”²⁹⁰⁷.

III. As dificuldades apontadas à recondução destas hipóteses à mora do credor resultam, todavia, devidamente enquadradas – e, em certa medida, solucionadas – pela civilística:

- a) RIBEIRO DE FARIA, embora reconhecendo tratar-se de tema controverso, considera – acolhendo o entendimento prevalecente na Alemanha –, que “haverá impossibilidade e não mora [...] se à omissão do credor se junta a natureza *irrecuperável* da prestação em data posterior”²⁹⁰⁸. Dir-se-á, contudo, que, desde há muito, que a doutrina alemã tende a esbater – ainda que por vias distintas – as diferenças que resultariam da recondução de determinadas hipóteses à impossibilidade e não já à mora do credor: a doutrina dominante exclui a *mora credendi* sempre que a omissão do credor dite inviabilização *definitiva* do cumprimento²⁹⁰⁹ – o que implicaria concluir pela perda do direito à contraprestação (pelo

²⁹⁰⁴ “Da vontade ...” *cit.*, p. 287, ênfase nossa. Também PALMA RAMALHO considera “pode[r] estabelecer-se em definitivo que o objecto da prestação principal do trabalhador no contrato de trabalho é o *desenvolvimento de uma actividade* e não a sua *atitude de disponibilidade* para o trabalho” (*Tratado cit.*, II, p. 425, com itálico nosso).

²⁹⁰⁵ “Despedimento ...” *cit.*, pp. 118-119, n. 271, ênfase nossa. Também LOBO XAVIER assinala que “a posição do trabalhador não se configura como um mero estar à disposição” (“Recusa da ...” *cit.*, p. 358).

²⁹⁰⁶ Tal qual enquanto variação da diligência imposta ao trabalhador na execução da actividade acordada (cf. art. 128.º, n.º 1, c)).

²⁹⁰⁷ PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, II, p. 430, ênfase nossa.

²⁹⁰⁸ *Direito cit.*, pp. 477-478, n. 3, itálico nosso.

²⁹⁰⁹ V., em análise crítica, BAPTISTA MACHADO, “Risco contratual ...” *cit.*, pp. 302 e 324 e ss.

devedor da prestação impossibilitada), à semelhança do que resulta, entre nós, da aplicação do disposto no art. 795.º, n.º 1, do CC. No entanto, como forma de obviar a um tal desfecho, era, neste contexto, frequente, por ilustrativo – mesmo antes da reforma de 2001/2002 –, o apelo ao previsto no § 615 do BGB, incluído no regime reservado ao contrato de prestação de serviços (“*Dienstvertrag*”): disciplinando o destino da contraprestação na mora do credor (“*Vergütung bei Annahmeverzug*”), o § 615, 1 do BGB admite a subsistência do direito à remuneração²⁹¹⁰, havendo apenas que considerar as deduções previstas no § 615, 2 do BGB²⁹¹¹.

b) De forma a ilustrar o problema, MARIA DE LURDES PEREIRA recorre a exemplo frequente na literatura alemã: “se o aluno a que eram devidas explicações falta devido a doença, existe mora do credor, com as consequências do § 615 BGB”; diversamente, se o aluno “falece, haveria impossibilidade da prestação não imputável ao devedor, extinguindo-se o direito à contraprestação”²⁹¹². Por se entender irrazoável a disparidade de consequências reservadas a cada hipótese – subsistência ou dispensa da contraprestação, respectivamente –, a doutrina adiantou construções várias, que procuraram “minorar ou mesmo erradicar a diversidade de tratamento que de outra forma resultaria da lei”²⁹¹³. Neste contexto, o contrato de trabalho surgiria, aliás, como exemplo especialmente relevante – atenta a reconhecida inviabilização (em definitivo) da prestação de trabalho, ainda que por falta de colaboração do empregador –, por se concluir que, a tal propósito, as “regras do BGB potencialmente aplicáveis conduzi[am] a uma situação dilemática: o § 615 BGB seria satisfatório do ponto de vista dos *efeitos jurídicos* (manutenção do direito ao salário), mas pouco plausível no preenchimento do respectivo *Tatbestand* (mora do credor), pois a prestação de trabalho ter-se-ia tornado em tais casos *definitivamente* impossível”. Já o regime da impossibilidade da prestação seria adequado, atendendo aos contornos do caso e à inviabilização da prestação, porém, “a consequência nele cominada, de perda do direito à contraprestação, era sentida como injusta”²⁹¹⁴. Certo, porém, que embora o § 615 do BGB se reportasse à mora do credor, “as mesmas razões que justifica[v]am a sobrevivência da contraprestação em caso de mero retardamento do cumprimento devido à omissão do credor (*mora credendi*) imp[unh]am solução idêntica em caso de incumprimento definitivo, também decorrente da falta de cooperação do credor”²⁹¹⁵.

c) Da análise de MARIA DE LURDES PEREIRA, resulta, na verdade, que, não obstante as dificuldades registadas quanto ao enquadramento de

²⁹¹⁰ “Kommt der Dienstberechtigte mit der Annahme der Dienste in Verzug, so kann der Verpflichtete für die infolge des Verzugs nicht geleisteten Dienste die vereinbarte Vergütung verlangen, ohne zur Nachleistung verpflichtet zu sein” (§ 615, 1 do BGB).

²⁹¹¹ “Er muss sich jedoch den Wert desjenigen anrechnen lassen, was er infolge des Unterbleibens der Dienstleistung erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Dienste erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt”.

²⁹¹² Conceito cit., p. 213.

²⁹¹³ Conceito cit., pp. 213-214.

²⁹¹⁴ MARIA DE LURDES PEREIRA, *Conceito cit.*, pp. 213-214, p. 214, n. 579, ênfase nossa.

²⁹¹⁵ *Conceito cit.*, pp. 213-214, pp. 273-274.

hipóteses em que a mora do credor dita imediata e definitiva impossibilidade da prestação²⁹¹⁶, seria, ainda assim, identificável – para lá do regime previsto no § 615 do BGB – regra conforme a qual se “o devedor mantém o direito à contraprestação em caso de impossibilidade (não imputável a qualquer das partes) ocorrida durante a *mora accipiendi*”, idêntica consequência deveria ser ainda aplicável “a situações em que a impossibilidade definitiva *não é cronologicamente posterior à falta de cooperação do credor*, muito embora a sua causa radique justamente nessa omissão – seja porque o credor se encontra definitivamente impedido de agir, seja porque se trata de um negócio absolutamente fixo – e funda-se, para tanto, na existência de uma patente *semelhança valorativa* entre as hipóteses em que existe um impedimento temporário que se converte em definitivo durante a mora (indiscutivelmente reguladas no preceito) e aquelas em que o obstáculo é *logo de início definitivo*”²⁹¹⁷.

d) Solução aproximada foi, entre nós, sustentada por BAPTISTA MACHADO, que reconduz ainda tais hipóteses ao regime da mora do credor (especificamente ao art. 815.º, n.º 2, do CC)²⁹¹⁸. Já MARIA DE LURDES PEREIRA sugere que apenas por analogia se poderia chegar a um tal resultado: a mora do credor excluiria a aplicação *directa* deste regime aos casos em que a falta de cooperação ditasse não já um incumprimento transitório, mas definitivo²⁹¹⁹. Por fim, PINTO OLIVEIRA, associando leitura distinta ao não cumprimento *imputável ao devedor* (culposo) e do não cumprimento *imputável ao credor* (não necessariamente culposo) e reconduzindo o art. 815.º, n.º 2, do CC a um não cumprimento *temporário* e o art. 795.º, n.º 2, do CC a um não cumprimento *definitivo*, prefere a aplicação desta última disposição aos casos em análise: “entre a aplicação *directa* de uma norma dirigida ao não cumprimento *definitivo* e a aplicação *indirecta* de uma norma dirigida ao não cumprimento *temporário*”, prefere a primeira (o art. 795.º, n.º 2, do CC)²⁹²⁰.

IV. Importa, porém, ter presente outras razões, que contrariam a linearidade de apelo à *mora credendi*. Referimo-nos ainda a interpretação do disposto no art. 813.º do CC, que condiciona a aplicação do instituto aos casos em que a recusa não decorra de “*motivo justificado*”. A par de outras leituras²⁹²¹, BAPTISTA MACHADO restringe o âmbito operativo da *mora credendi*, excluindo a sua aplicação sempre que o credor “não recebe a prestação ou não dá a colaboração necessária para a realização dela *por força de contingência inesperada que disso o*

²⁹¹⁶ Contornando esta dificuldade, v., porém, PICKER, “Fristlose ...” *cit.*, p. 698.

²⁹¹⁷ *Conceito cit.*, pp. 213-214, pp. 275-276, itálico nosso.

²⁹¹⁸ BAPTISTA MACHADO, “Risco contratual ...” *cit.*, p. 316 e, sobretudo, pp. 334 e ss.

²⁹¹⁹ *Conceito cit.*, p. 218. Concede, porém, na aplicação analógica do disposto no art. 815.º, n.º 2, do CC (pp. 303-304).

²⁹²⁰ *Princípios cit.*, p. 465.

²⁹²¹ V., a este propósito, equacionando leituras alternativas, LYNCE DE FARIA, *Mora cit.*, p. 35, e BRANDÃO PROENÇA, *Lições cit.*, p. 164.

impede"; teria, afinal, nesses casos, "motivo justificado"²⁹²². A questão reveste no âmbito civilístico maior complexidade, atenta a orientação prevalecente que tende a rejeitar a culpa enquanto pressuposto da *mora credendi*²⁹²³ – decorrência da usual recusa de recondução da cooperação a um *dever* (preferindo a sua assimilação a um *ónus*)²⁹²⁴; sendo a mora do credor afastada caso concorra motivo justificado que legitime a falta de colaboração, assim sucederia em casos muito limitados, tal qual quando ao credor se reconheça, atenta a desconformidade da execução, fundada razão para recusar a prestação²⁹²⁵. Não

²⁹²² "Risco contratual ..." *cit.*, pp. 316-317, com itálico nosso. Para o Autor, o art. 813.º do CC não seria aplicável sempre que o credor não coopera, por se encontrar impedido ou por não ser exigível fazê-lo (pp. 319-320). Refere, a este propósito, que "pelo seu teor literal, o artigo 813.º do nosso Código [...] ao delimitar o âmbito dos artigos subsequentes pela mora «sem motivo justificado», parece ter em vista uma conduta voluntária e livre do credor que, traduzindo-se na falta da cooperação que seria de esperar dele segundo o projecto obrigacional, possa no entanto eventualmente *legitimizar-se* com base numa causa justificada" (p. 319). Subscrive, todavia, a extensão teleológica do disposto no art. 815.º, n.º 2, do CC à *mora justificada* ("Risco contratual ..." *cit.*, pp. 323-324 e p. 343). No mesmo sentido, CALVÃO DA SILVA: "o critério da esfera de quem o risco grava é importante também para solucionar a hipótese, *não contemplada no regime legal*, da falta de cooperação do credor *com* motivo justificado (v.g., doença grave). Entre nós, não há, nesta hipótese *mora creditoris* porque a nossa lei, ao contrário do direito alemão, exige falta de cooperação do credor *sem motivo justificado* (art. 813.º)". Concluindo que concorre, nestes casos, "uma situação objectiva de inadimplência, verdadeiro *caso omissio*". Aderindo à tese de BAPTISTA MACHADO, entende que a solução passa por aplicar, ainda assim, por analogia, as regras referentes à mora do credor, por entender que "o risco de eventos fortuitos ligados à cooperação do credor, por este deve ser suportado". Afinal, o credor "coopera no seu próprio interesse e é justo que suporte o risco de eventos impeditivos da sua acção" (*Cumprimento cit.*, p. 123, n. 232). Já MARIA DE LURDES PEREIRA considera o previsto no art. 815.º, n.º 2, do CC aplicável directamente aos casos indicados, restringindo a menção a "*sem motivo justificado*" a hipóteses de cumprimento irregular (*Conceito cit.*, p. 303).

²⁹²³ LYNCE DE FARIA, *Mora cit.*, p. 33. Dando conta que tal corresponde também ao entendimento maioritário na Alemanha e em Itália, nota que conforme "a posição tradicional seguida entre nós pela generalidade da doutrina, o regime da mora foi construído e é aplicável, *independentemente da existência de culpa do credor*" (itálico nosso). Certo, porém, que o BGB não condiciona sequer a mora do credor à inexistência de motivo justificado (cf. § 293 BGB). No que respeita ao Direito alemão, v. PICKER, "Fristlose ..." *cit.*, pp. 701-702.

²⁹²⁴ A este propósito, v. *supra* § 1. "Na segunda metade do século passado, a viragem da *opinio juris* na Alemanha conduziu à inferência de que a equiparação entre a mora do credor e a mora do devedor era injustificada, porquanto aquela primeira não representava a violação de qualquer obrigação em sentido técnico. Daqui resultaria a impossibilidade de aplicar a este instituto o conceito de culpa" (LYNCE DE FARIA, *Mora cit.*, p. 34). Neste sentido, v. ainda RIBEIRO DE FARIA, *Direito cit.*, pp. 478-479. ANTUNES VARELA recusa referência à culpa por considerar que esta "pressuporia que o credor *fosse obrigado* a aceitar a prestação", o que é, por princípio, rejeitado pelo Autor – cf. exposto *supra*, n. 2631 (*Das obrigações cit.*, vol. 2, p. 162). Já CUNHA DE SÁ dissocia as duas questões: embora sustente a existência de um direito do devedor ao cumprimento (v. *supra* 2635), rejeita igualmente a culpa como requisito subjectivo da mora do credor (*Direito cit.*, pp. 74-75). Para o Autor, "os efeitos adstritos à mora do credor prescindem, em si mesmos, de qualquer ideia de culpa e justificam-se, quer a recusa do credor em colaborar seja culposa quer não seja, pela ideia inquestionável de que o devedor não está sujeito ao agravamento da obrigação derivado de facto injustificado do credor" (p. 75). Quanto aos pressupostos da mora do credor, v., em especial, pp. 46-47, n. 43.

²⁹²⁵ Tal qual se a prestação não obedece ao disposto no art. 763.º, n.º 1, ou no art. 764.º, n.º 1 do CC. Para ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA, salvo os casos "em que o credor tem motivo

assume, todavia, no âmbito que nos ocupa, especial relevância aprofundar o sentido a afectar a uma tal expressão: afinal, em qualquer hipótese de suspensão por facto respeitante ao empregador, a recusa de cooperação sempre resulta – atenta a concorrência de um dever de colaboração do empregador e a natureza vinculada da suspensão²⁹²⁶ – justificada; é o próprio ordenamento que legitima a não ocupação do trabalhador e a consequente inviabilização do cumprimento. Assim sucedendo, desde logo, na recusa de cooperação (do empregador) decorrente de fortuito; o mesmo efeito se associando, porém, às demais hipóteses suspensivas. Por conseguinte, nestes casos e ainda por esta via, o apelo à mora do credor também não resulta evidente: afinal, aqui, à ausência de colaboração *sempre* corresponderá *motivo justificado*²⁹²⁷. Admitimos pois, – difícil acomodação destas situações – a *mora creditoris*²⁹²⁸, justificando-se, por isso, testar eventual melhor conformação destes casos às disposições enquadradoras da impossibilidade (definitiva) da prestação²⁹²⁹.

justificado (legal) para não receber a prestação que lhe é oferecida, o credor constitui-se em mora, *independentemente de culpa*” (Código Civil cit., vol. 2, pp. 84-85, itálico nosso). Para MARIA DE LURDES PEREIRA, “o art. 813.º do código civil acolhe uma «concepção alargada» de mora do credor, i.e., abrange também as situações de mora «não imputável»”. Na verdade, “o «motivo justificado» a que a lei se reporta – e que exclui a *mora accipiendi* – inclui somente motivos ligados à irregularidade do cumprimento que o devedor se propõe efectivar” (Conceito cit., pp. 312-313). Nesta medida, “a mora do credor satisfaz-se com a pura omissão de aceitação de uma prestação regularmente oferecida ou dos actos indispensáveis ao cumprimento: *não obsta à colocação do credor em mora o facto de esta não lhe ser, a qualquer título, imputável*” (ob. cit., p. 303).

²⁹²⁶ Cf. *supra*, § 1.

²⁹²⁷ No contexto do encerramento definitivo do estabelecimento, LOBO XAVIER refere, em termos aproximados, que “do ponto de vista das relações interindividuais (empresário-trabalhador), o encerramento da empresa tenderá naturalmente a ser considerado «motivo justificado», pois corresponde a um interesse de outra ordem, incontestável em relação ao do incumprimento das singulares prestações devedoras” (“A repercussão ...” cit., p. 17). É, todavia, assumido que tais contornos justificam que “a questão dev[a] ser examinada um pouco para além do problema do risco obrigacional” (*idem*).

²⁹²⁸ Neste sentido, MONTEIRO FERNANDES, *Direito cit.*, p. 465, que considera que a suspensão laboral por encerramento temporário ou diminuição temporária de actividade de empresa ou estabelecimento, ainda que imputável ao empregador, “não encontra guarida idónea no quadro da *mora creditoris* – fenómeno de cuja caracterização legal participa a *inexistência de motivo justificado* (art. 813.º do CCiv.)”. Acrescenta, para este efeito, que “o encerramento temporário de que se trata deve ter, em princípio, motivo determinado ou determinável – sob pena de ser considerado locaute”. Concluindo, pois, tratar-se de situações “em que, *tipicamente*, a não recepção da prestação de trabalho *tem justificação*” (ênfase nossa).

²⁹²⁹ Na verdade, em busca do enquadramento jurídico (mais) adequado – ainda que em contexto extintivo –, LOBO XAVIER acentua a importância da “correlação entre o factor – *execução do trabalho devido* – e o factor – *substrato objectivo de prestação* (empresa)” (“A repercussão ...” cit., p. 7). Admitindo que “os pressupostos da prestação podem estar na esfera do devedor ou na do credor” e que, em qualquer hipótese, “a queda dos pressupostos da prestação arrastará a respectiva impossibilidade”, conclui que, embora “a empresa seja afinal um pressuposto da prestação que se encontra na esfera do credor”, nem por isso será de excluir “o *paralelismo com o regime da impossibilidade objectiva* prescrito no art. 790.º do Código Civil” (p. 6, itálico nosso). Nesta medida, a recondução destes casos à mora do credor mais corresponderia, na verdade, a uma busca por uma resposta equitativa – quanto a quem deve suportar o risco da prestação – do que a análise precisa “[d]as consequências directas de certos factos supervenientes nas prestações de

2.3.2. A suspensão por motivos relativos ao empregador e a inadequação do regime da impossibilidade por facto não imputável ao devedor

I. Em alternativa ao regime da mora, é convocado o enquadramento reservado à impossibilidade, por referência à prestação devida pelo trabalhador. Certo, porém, que, na esfera civil, subsistindo, na perspectiva do devedor, a possibilidade de execução da prestação²⁹³⁰, a recondução à impossibilidade também não resulta imediata²⁹³¹. Tal qual assinalado, está sobretudo em causa o *não exercício* do direito à prestação²⁹³²: a desarticulação resultando de, nas hipóteses em avaliação, “a possibilidade da prestação, em si mesma ou objectivamente considerada [...] se mant[er]” – o credor não destrói a prestação, inviabilizando-a”. Antes se verificando “perda do direito pelo seu não exercício no tempo oportuno ou por virtude de facto compreendido na zona de risco imputável ao credor”²⁹³³. Para MARIA DE LURDES PEREIRA, se, no caso, “a falta da colaboração do credor necessária ao cumprimento coloca o devedor em situação de *não poder cumprir* de forma meramente temporária ou, ao invés, definitiva, é irrelevante”²⁹³⁴. Estar-se-á, em qualquer hipótese, “perante casos cuja pertença ao «direito da impossibilidade» é discutida”²⁹³⁵. Dir-se-á, por conseguinte, que *ex latere debitoris*, a prestação é ontologicamente possível²⁹³⁶: referimo-nos, na designação de BAPTISTA MACHADO, à *impossibilidade de cumprir* (por falta de cooperação do credor), excluída, no seu entender, do âmbito dos arts. 790.º e ss.

trabalho” (p. 7). De facto, “parece ter-se perdido de vista a necessidade de investigar os efeitos imediatos e directos do encerramento da empresa na prestação e no contrato de trabalho, para tratar do problema da responsabilização ou não responsabilização do empresário por esses efeitos” (pp. 7-8).

²⁹³⁰ Identificando as dificuldades com que também o Direito alemão se depara nestes casos, v. PICKER, “Arbeitsvertragliche ...” *cit.*, p. 849. O que resulta ainda condicionado pela abrangência reservada ao conceito de “prestação” – v. *supra* § 2.3., IV.

²⁹³¹ Também o Direito italiano reconhece estarmos perante hipótese de difícil enquadramento: “resta da *stabilire se la normativa codicistica della risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta si presti a regolamentare queste fattispecie in esame o se, piuttosto, sia necessario ricorrere all'applicazione estensiva o analogica di altri istituti giuridici*” (LOMBARDI, *La risoluzione cit.*, p. 310). Referindo a orientação doutrinária que, nestes casos e na esfera civilística, sustenta a aplicação analógica do disposto no art. 1207 do CCit., v. LOMBARDI, *La risoluzione cit.*, pp. 329 e ss.

²⁹³² Referindo tais situações, v. BAPTISTA MACHADO, “Risco contratual ...” *cit.*, pp. 257-343, e ANTUNES VARELA, *Das obrigações cit.*, vol. 2, pp. 78-79. BAPTISTA MACHADO assinala, a este propósito, este Autor que “quando, por falta de cooperação do credor, uma prestação de duração de prazo absolutamente fixo se torna impossível, esta impossibilidade não tem a ver com a impossibilidade de prestar do devedor (o qual na generalidade dos casos poderia renovar a prestação), mas com a perda do valor da prestação por força do decurso do tempo” (p. 268, n. 15).

²⁹³³ ANTUNES VARELA, *Das obrigações cit.*, vol. 2, p. 163, ênfase nossa.

²⁹³⁴ *Conceito cit.*, p. 29, itálico nosso.

²⁹³⁵ *Conceito cit.*, p. 29.

²⁹³⁶ O que entrava, também noutros ordenamentos, o apelo imediato ao regime da impossibilidade. Assim, no italiano, cf. LOMBARDI, *La risoluzione cit.*, pp. 333-334.

em geral e do art. 792.º do CC em particular – daqui decorrendo a sugerida circunscrição do âmbito destas normas à *impossibilidade de prestar*²⁹³⁷.

II. O desajuste de qualquer dos blocos normativos indicados concorreria, assim, para uma lacuna de regulamentação: na imagem de BAPTISTA MACHADO, situar-nos-íamos em “terra de ninguém”, a meio caminho entre a mora do credor e a impossibilidade da prestação²⁹³⁸, havendo que procurar a solução (mais) adequada. Sendo, neste âmbito, frequente a convocação da lógica subjacente à repartição do risco: BAPTISTA MACHADO admite que exceptuado o disposto nos arts. 795.º, n.º 2, e 815.º, n.º 2, do CC, por regra, o risco da prestação corre por conta do devedor²⁹³⁹. Atenta a difícil recondução das hipóteses em análise ao previsto naqueles preceitos, haveria que contrariar o desfecho decorrente de aplicação da regra geral do artigo 795.º, n.º 1, do CC: a oneração do devedor com o risco de inutilização da prestação e a perda do direito à contraprestação – o que não constituiria solução razoável²⁹⁴⁰, já que a impossibilidade resulta, agora, “no rasto da mora ou demora do credor”²⁹⁴¹. Em suma, se o regime geral dita, nestas situações – fora as “hipóteses previstas nos artigos 795.º, n.º 2, e 813.º e seguintes” –, que o “«risco de prestação» continu[e] a correr por conta do devedor”, afigurar-se-ia evidente “como este raciocínio seria descabido no domínio de situações que estivemos a analisar”²⁹⁴². Sendo, nesta medida, preferível sustentar que, por nos situarmos (ainda) no “quadrante sistemático” da *mora credendi* é o credor que deve suportar o risco da perda da

²⁹³⁷ “Risco contratual ...” *cit.*, pp. 264 e ss. e, em especial, p. 268, n. 15. Para o Autor “o jogo das normas dos arts. 790.º e seguintes, assim como o dos conceitos nelas usados, perspectiva-se sistematicamente segundo a ideia de “impossibilidade da prestação como impossibilidade da acção de prestar” ou impossibilidade devida a impedimentos erguidos (por quaisquer contingências, ou até por facto imputável ao credor) ao processo ou conduta destinada a satisfazer o interesse do credor [...]” (pp. 262-263, itálico nosso). Nesta medida, às hipóteses que tratamos também não teria aplicação o previsto no art. 795.º, n.º 2, do CC, por se tratar de disposição de aplicação reservada à referida “impossibilidade de prestar” (*ob. cit.*, pp. 277 e ss.). Para BAPTISTA MACHADO, “o que deve considerar-se abrangido na hipótese do n.º 2 do artigo 795.º, isso sim, é o caso de o credor provocar uma destas situações de impossibilidade por uma conduta voluntária sua (p. ex., o dono da casa a pintar manda-a demolir, o dono do barco a safar pela empresa de reboques põe-no a flutuar por sua iniciativa e com pessoal seu)” (p. 280). Subscrevendo a interpretação de BAPTISTA MACHADO, v. BRANDÃO PROENÇA, *Lições cit.*, p. 193. A tal propósito, MARIA DE LURDES PEREIRA constata que BAPTISTA MACHADO promoveu uma “restrição substancial do âmbito de «competência» do «direito da impossibilidade»” (*Conceito cit.*, p. 269).

²⁹³⁸ “Risco contratual ...” *cit.*, p. 258.

²⁹³⁹ “Começamos por notar que as disposições dos n.ºs 1 e 2 do artigo 795.º, assim como as dos n.ºs 1 e 2 do artigo 815.º, são as únicas que no Título das Obrigações em Geral se ocupam do «risco da contraprestação»” (“Risco contratual ...” *cit.*, p. 278).

²⁹⁴⁰ LYNCE DE FARIA, *Mora cit.*, p. 37. Na verdade, “fazer recair sobre o devedor o risco da impossibilidade da prestação seria inconsequente” (p. 67).

²⁹⁴¹ BAPTISTA MACHADO admite que “a substância da prestação é ou *vai sendo aniquilada* pelo próprio decurso do tempo da mora ou demora” (“Risco contratual ...” *cit.*, p. 303, ênfase nossa e p. 341).

²⁹⁴² BAPTISTA MACHADO, “Risco contratual ...” *cit.*, p. 341, itálico nosso.

prestação^{2943/2944}. Atendendo aos argumentos que justificam, nestes casos, a atribuição do risco ao credor, BAPTISTA MACHADO distingue a “impossibilidade da prestação”²⁹⁴⁵ e a “impossibilidade de cumprimento”, autonomizando, em conformidade, o “risco de prestação” (que incide sobre o devedor) e o “risco de utilização” (que impende sobre o credor)²⁹⁴⁶. No primeiro caso, a prestação é, em si mesma, atingida: ao “risco de prestação” corresponderia o “agravamento do custo ou das dificuldades da prestação, enquanto esta se mantém possível *in natura*”, bem como a “perda do direito à contraprestação” e a “perda dos

²⁹⁴³ Daqui se extraindo, como princípio geral, que “o percalço que é a perturbação ou malogro do plano contratual gizado pode envolver perdas e aumento de custos. Aquelas e estes, *devem* por uma forma ou por outra, *ser suportados por aquela das partes cuja esfera da vida ou de cuja empresa procede a contingência que perturbou o dito plano* – salvo diversa estipulação dos contraentes” (BAPTISTA MACHADO, “Risco contratual ...” *cit.*, p. 292, *itálico nosso*; *v. ainda* pp. 342-343). Assim resultaria, aliás, do disposto nos arts. 1040.º e 1045.º do CC (pp. 292 e ss.; sendo, a este propósito, referido que “se a doutrina do artigo 1045.º confirma a tese de que a perda do valor-útil da prestação durante a impossibilidade temporária é risco do devedor, o artigo 1040.º comprova que a mesma perda é risco do credor quando a não transferência efectiva do gozo da coisa ou o não aproveitamento dessa capacidade de uso é devido a motivos relativos à pessoa do credor ou dos seus familiares” – p. 298). No entanto, em sentido diverso, *v.* MARIA DE LURDES PEREIRA, para quem “não vigora na ordem jurídica portuguesa qualquer princípio ou critério verdadeiramente geral que coloque a repartição, entre as partes, das perdas resultantes do inadimplemento, na dependência da circunscrição de «esferas de risco»” (*Conceito cit.*, p. 103).

²⁹⁴⁴ Vimos que ANTUNES VARELA sustenta aplicação, por analogia, da solução prevista nos arts. 795.º, n.º 2, e 815.º, n.º 2, do CC. De qualquer daquelas disposições decorrendo que, embora o credor se mantenha obrigado ao pagamento da contraprestação, se o devedor tiver algum benefício com a extinção da obrigação, o mesmo deve ser descontado na contraprestação (*Das obrigações cit.*, vol. 2, p. 163). MARIA DE LURDES PEREIRA conclui que “o art. 815.º, n.º 2, é *analogicamente* aplicável às situações em que o credor se encontre, por qualquer causa, inibido de aceitar a prestação regularmente ou de praticar os actos necessários à sua execução e com isso impeça *definitivamente* o cumprimento da obrigação” (*Conceito cit.*, p. 313). Concedemos, no entanto, com PINTO OLIVEIRA, desdramatização da controvérsia: afinal, “os arts. 795.º, n.º 2, e 815.º, n.º 2, consagram princípios e regras semelhantes” (*Princípios cit.*, p. 463) e a doutrina tende, por uma via ou por outra, a concordar quanto à completa desadequação de aplicação ao caso do disposto no art. 795.º, n.º 1, do CC: “a perda do direito à contraprestação” constituiria, “ao menos num grupo substancial de hipóteses, uma solução injusta para o devedor” (MARIA DE LURDES PEREIRA, *Conceito cit.*, p. 219; reiterando esta ideia, *v.* p. 267). Não obstante, “entre a aplicação *directa* de uma norma dirigida ao não cumprimento *definitivo*” (o art. 795.º, n.º 2, do CC) e “a aplicação *indirecta* de uma norma dirigida ao não cumprimento *temporário*” (o art. 815.º, n.º 2, do CC), PINTO OLIVEIRA prefere a primeira (*Princípios cit.*, pp. 465-466). Conclui, por conseguinte, que “o texto do art. 795.º, n.º 2, do Código Civil diz *não cumprimento (definitivo) imputável ao credor*”, mas deveria referir, devendo “interpretar-se como se dissesse – não cumprimento (definitivo) atribuível a um comportamento livre do credor ou, não sendo o não cumprimento atribuível a um comportamento livre, a uma circunstância relacionada com a pessoa, ou com as coisas ou com a empresa do credor” (p. 466).

²⁹⁴⁵ “Risco contratual ...” *cit.*, pp. 283 e ss. Para o Autor, o disposto no art. 792.º do CC apenas enquadra a “impossibilidade temporária procedente de um impedimento que inviabiliza o processo de prestação”. De outra forma, “se abrangesse todas as hipóteses de impossibilidade temporária de *concreta efectivação do cumprimento*, abrangeria necessariamente as situações de *mora do credor e outras situações do mesmo quadrante*”. Não fazendo sentido que assim suceda, conclui por aplicação alternativa e excludente das normas (pp. 300 e 315-316). Em sentido diverso, *v.*, todavia, MARIA DE LURDES PEREIRA, *Conceito cit.*, p. 150.

²⁹⁴⁶ “Risco contratual ...” *cit.*, p. 275.

dispêndios e esforços feitos com vista à prestação, quando esta se torne impossível”²⁹⁴⁷. Já no segundo caso, é o plano obrigacional que resulta frustrado “por contingências relacionadas com o uso da prestação pelo credor, ou com a esfera de vida *ou com a empresa deste* (atinentes, portanto, à participação deste na concreta execução da prestação)”²⁹⁴⁸ – em suma, perturbações relativas à utilização da prestação ou à participação do credor na sua efectivação²⁹⁴⁹. Devendo, tais circunstâncias – nas quais se enquadram as hipóteses em estudo – onerar o credor e, centrada a análise no âmbito da suspensão laboral, o empregador²⁹⁵⁰.

III. Reflectindo sobre as dificuldades inerentes ao apelo, neste âmbito, aos regimes da mora do credor e da impossibilidade da prestação, LOBO XAVIER assume explicitamente o dilema, reconhecendo que “optar-se por uma ou outra doutrina”, tem, sobretudo, “interesse para determinar em termos gerais quem suporta o risco da contraprestação”²⁹⁵¹. Acolhe a premissa de que partimos:

²⁹⁴⁷ BAPTISTA MACHADO, “Risco contratual ...” *cit.*, p. 274. Já MARIA DE LURDES PEREIRA entende que o art. 795.º, n.º 1, do CC tem por objectivo “a atribuição ou imputação de quaisquer prejuízos ao devedor” (*Conceito cit.*, p. 92). Discorda, na verdade, da vigência, entre nós, “de um princípio geral de distribuição dos prejuízos decorrentes de uma perturbação do plano contratual que imponha a oneração de cada uma das partes consoante a circunstância perturbadora tenha ou não origem na sua «esfera»”. De resto, “ainda que se pudesse detectar a consagração de um tal princípio, nunca seria essa a verdadeira fonte de esclarecimento da norma corporizada no art. 795.º, n.º 1” (p. 92). Conclui pela inexistência, na ordem jurídica portuguesa, de um “qualquer princípio ou critério verdadeiramente geral que coloque a repartição, entre as partes, das perdas resultantes do inadimplemento, na dependência da circunscrição de «esferas de risco»” (p. 103). Igual rejeição merecendo, no seu entender, leitura do art. 795.º, n.º 1, do CC à luz do princípio *casum sentit dominus* (pp. 128-130). Admite, em síntese, que “participação paritária nas perdas causadas por determinada turbação contratual, *casum sentit dominus* e responsabilidade do devedor por uma circunstância que tem origem na sua «esfera de risco» constituem, todas elas, ideias que, pretendendo explicar (ou enquadrar) a repercussão da impossibilidade da prestação na subsistência do dever de contraprestar, partilham do mesmo ponto de partida equívoco: o de confundirem as sequelas práticas normais da aplicação de uma certa norma – concretamente, a definitiva atribuição de determinados prejuízos – com a sua função” (p. 130). O art. 795.º, n.º 1, do CC representaria, na verdade, meio de reacção especificamente sinalagmático, não traduzindo norma de imputação de danos, procurando (tão-só) obstar à deturpação do sentido originário de contrato, definindo o destino da contraprestação (pp. 110-119).

²⁹⁴⁸ BAPTISTA MACHADO, “Risco contratual ...” *cit.*, p. 274, *itálico* nosso.

²⁹⁴⁹ BAPTISTA MACHADO, “Risco contratual ...” *cit.*, p. 276.

²⁹⁵⁰ Em suma, aos casos em que “não sejam directamente aplicáveis normas pertencentes ao instituto da mora do credor (designadamente, o art. 815.º)”, BAPTISTA MACHADO admite convocar, “com as necessárias adaptações, os princípios sobre a imputação do risco subjacentes” às mesmas (“Risco contratual ...” *cit.*, p. 342). FURTADO MARTINS conclui, na esteira de BAPTISTA MACHADO, pela verificação, no contrato de trabalho, de “impossibilidade de cumprimento da prestação de trabalho”, enquanto consequência de o empregador se encontrar “impossibilitado de receber essa prestação, a qual não poderá assim ser executada” (*Cessação cit.*, pp. 83-84, *itálico* nosso). Quanto às reservas apontadas a leitura estrita ou absoluta da impossibilidade de cooperação, preferindo o apelo à inexigibilidade de colaboração, *v. supra* § 2.

²⁹⁵¹ “A repercussão ...” *cit.*, p. 8.

incontornável é, afinal, que “a prestação de trabalho não mais poderá ser realizada, seja directamente por se ter tornado impossível, seja indirectamente pelo facto de a entidade patronal não a ter aproveitado”²⁹⁵²; seguindo-se a tarefa de determinar quem suporta o risco da inviabilização do trabalho²⁹⁵³. A(s) prestação(ões) devida(s) pelo trabalhador extinguem-se²⁹⁵⁴; e, nesta medida, não só “o trabalhador fica exonerado de prestar serviço”, como “o empresário sofre o respectivo risco, pela perda do crédito à prestação do trabalho”²⁹⁵⁵. Certo, todavia, que “nos contratos comutativos os problemas de risco põem-se, como é sabido, em relação à contraprestação”. Restando, por isso, determinar “quem suporta o risco pela retribuição [contraprestação do trabalho tornada impossível]”²⁹⁵⁶. Ora, perante impasse decorrente de decalque imperfeito dos regimes civilísticos da mora do credor e da impossibilidade não imputável ao devedor, LOBO XAVIER conclui que “a colocação do problema num ponto de vista meramente obrigacional, tendo em vista as relações contratuais entre a entidade patronal e cada trabalhador, acaba por forçar um tanto a realidade das coisas e não leva a resultados suficientemente explícitos”²⁹⁵⁷ – assim se renovando a relevância de transposição, para este domínio, dos ensinamentos da “Betriebsrisikolehre”²⁹⁵⁸.

Atento o exposto, não cremos, todavia, que tal se imponha: o percurso teórico antecedente reveste a maior relevância para a reflexão a que nos propusemos – *maxime*, quanto a hipóteses que, embora pertencentes a “terra de ninguém”, se situam ainda no “rasto da mora do credor”²⁹⁵⁹. Assim se afastam equívocos frequentes, declinando, não só a repetida recondução destes casos à *mora creditoris*, como o apontar de supostas particularidades à suspensão laboral, face à repartição do risco que subjaz ao regime civil da impossibilidade. Quanto a este último ponto, mantém-se, de facto, usual a afirmação de que a subsistência da obrigação retributiva a cargo do empregador, sobretudo no encerramento temporário por fortuito, constitui excepção – promovida por via de construções diversas, *maxime*, da “Betriebsrisiko” – à “regra civilística segundo a qual o devedor suporta a perda da contraprestação quando a sua prestação se torne impossível sem culpa de qualquer das partes (*casum sentit*

²⁹⁵² LOBO XAVIER, “A repercussão ...” *cit.*, p. 8.

²⁹⁵³ No CC, para além do domínio dos arts. 499.º e ss., enquadram a problemática do risco, nomeadamente, os arts. 795.º a 797.º, 807.º, 815.º, 938.º, 984.º, 1126.º a 1228.º, 1136.º, 1454.º e 1462.º (PESSOA JORGE, *Ensaio cit.*, p. 121, n. 88).

²⁹⁵⁴ LOBO XAVIER, cf. art. 790.º, n.º 1, do CC (“A repercussão ...” *cit.*, p. 13).

²⁹⁵⁵ LOBO XAVIER, “A repercussão ...” *cit.*, p. 13.

²⁹⁵⁶ LOBO XAVIER, “A repercussão ...” *cit.*, pp. 13-14, ênfase nossa. Embora esta reflexão surja a propósito do encerramento definitivo do estabelecimento, o Autor reconhece que quanto ao risco, as questões são idênticas às suscitadas a propósito da suspensão por razões relativas à empresa (*ob. cit.*, pp. 14-15).

²⁹⁵⁷ “A repercussão ...” *cit.*, p. 19, com itálico nosso.

²⁹⁵⁸ Ainda que com atenuantes, atenta a sustentação de uma lógica de repartição do risco entre empregador e trabalhadores (p. 21).

²⁹⁵⁹ Cf. *supra*, § II.

debitor)”²⁹⁶⁰. Conforme esta orientação, MONTEIRO FERNANDES assinalou desde cedo e por referência à jurisprudência alemã, que as tentativas de teorização geral autónoma da suspensão como instituto integrado “por objectivos próprios e composto de normas injuntivas”, terão surgido a propósito da “impossibilidade temporária do trabalho por caso fortuito ou de força maior, mas ligado à empresa”²⁹⁶¹ – assim se reforçando a importância desta modalidade suspensiva no espectro da suspensão laboral²⁹⁶². Diversamente, reconduzimos tais hipóteses suspensivas, decorrentes de decisões motivadas/vinculadas a objectivos legítimos, e impostas pelo empregador à contraparte, inviabilizando (em definitivo) a possibilidade de execução, pelo trabalhador, da actividade laboral, ao enquadramento proposto para situações idênticas no Direito Civil: e do que vem resultar, perante o descrito²⁹⁶³, a obrigação de o empregador manter o pagamento da retribuição²⁹⁶⁴.

IV. Importa ter ainda presente que a lógica de repartição do risco pressuposta na “*Betriebsrisiko*” e formulações derivadas – onerando o credor – não espelha sequer solução unívoca, no domínio laboral: outras alternativas se perfilam, noutros ordenamentos²⁹⁶⁵. Porque ilustrativo, justifica-se breve menção ao

²⁹⁶⁰ Entendimento frequentemente reiterado, ainda hoje, na doutrina juslaboral (MONTEIRO FERNANDES, *Direito cit.*, p. 467, n. 3).

²⁹⁶¹ “Suspensão da ...” *cit.*, pp. 144-145.

²⁹⁶² Também MÁRIO PINTO, FURTADO MARTINS e NUNES DE CARVALHO referem que os desvios às regras gerais de repartição do risco de Direito Civil manifestam-se, sobretudo, nas hipóteses em que o empregador assume a responsabilidade pela retribuição ainda que a impossibilidade da prestação de trabalho não lhe seja imputável (*Comentário cit.*, pp. 237-238).

²⁹⁶³ Dispondo o CT que “em caso de encerramento temporário ou diminuição temporária de actividade de empresa ou estabelecimento que não respeite a situação de crise empresarial, o trabalhador tem direito”, em hipótese de fortuito, a “75% da retribuição”, o art. 309.º, n.º 1, a), acolhe, na verdade, repartição do risco que onera (em 25%) o trabalhador – assim se desviando da tendencial incidência do risco (a 100%) sobre o credor, tal qual decorrente do jogo civilístico (*mora credendi* vs. impossibilidade da prestação).

²⁹⁶⁴ MÁRIO PINTO, FURTADO MARTINS e NUNES DE CARVALHO, assinalam ainda que a solução reservada aos casos de encerramento por facto imputável ao empregador (cf. art. 309.º, n.º 1, b), primeira parte) concretizaria, no domínio laboral e sem especiais hesitações, “um princípio geral do Direito das Obrigações”, do qual resultaria que “nos contratos sinalagmáticos, sempre que uma das partes seja impedida de realizar a prestação que lhe compete por facto imputável à contraparte, esta mantém a obrigação de efectuar a contraprestação” (*Comentário cit.*, p. 237). Dir-se-á, por fim, que mesmo a solução acolhida no art. 309.º, n.º 2, do CT corresponde, agora, ao princípio estabelecido naquelas disposições do CC – 795.º, n.º 2, *in fine*, e 815.º, n.º 2, *in fine*, do CC –, já que, em qualquer destas hipóteses, é indicado que se o devedor tiver algum benefício com a exoneração ou extinção da obrigação, o valor do benefício deve ser descontado na contraprestação (*Comentário cit.*, p. 238). Importa, no entanto, não esquecer que também nos casos em que o encerramento ou diminuição temporários de actividade decorram de circunstância “imputável” ao empregador, tal não é dissociável da proibição de suspensão imotivada/desvinculada (*supra*, § 1.).

²⁹⁶⁵ No que respeita às hipóteses suspensivas por factos referentes ao empregador, YAMAGUCHI nota a coexistência de soluções muito diversas: “*l’aperçu général sur les systèmes nationaux que nous venons d’exposer nous révèle la divergence de vues qui se marque parfois profondément entre les droits nationaux étudiés, en ce qui concerne le problème des effets sur le contrat de travail des événements*”

Direito inglês, onde prevaleceu, ainda que em moldes temperados, a lógica “*no work, no pay*”²⁹⁶⁶: não obstante as resistências à ideia de suspensão²⁹⁶⁷, o instituto opera muito pontualmente, perante situações não controláveis pelo empregador, admitindo-se que em tais casos o contrato confira ao empregador um *direito implícito* à suspensão automática das obrigações recíprocas das partes, que actuaria *ipso iure*, prescindindo de qualquer declaração²⁹⁶⁸. Sendo aqui frequentemente reconduzidas hipóteses imprevisíveis – como súbita falha no fornecimento de matérias-primas, no funcionamento das máquinas, de energia eléctrica ou o impacto de causas naturais ou catástrofes, como inundações ou incêndios²⁹⁶⁹. No Direito inglês, a suspensão por fortuito remonta a *Minnevitich v. Café de Paris (London)* (1936): por ocasião da morte do Rei Jorge V e o luto da Nação, os proprietários de um clube nocturno encerraram o estabelecimento por seis dias e cancelaram os espectáculos agendados para aquela semana. O contrato celebrado com os músicos que actuavam no estabelecimento fazia expressa menção à cláusula “*no work, no pay*”: por conseguinte, não actuando, nada receberiam²⁹⁷⁰. O Tribunal entendeu, no entanto, que tal cláusula apenas autorizava a perda de retribuição por tempo razoável. Ponderadas as circunstâncias do caso, foi considerado que o encerramento seria admissível apenas por dois dias, mantendo os trabalhadores o direito ao pagamento pelos restantes quatro²⁹⁷¹: para além dos dois dias iniciais, a suspensão seria *desmedida* – assim se promovendo interpretação restritiva da cláusula “*no work, no pay*”²⁹⁷². Esta decisão confirma, pois, a admissibilidade no Direito inglês de um poder (contratual) implícito de suspensão das obrigações recíprocas das partes, perante impossibilidade

troubant le fonctionnement de l'entreprise” (*La théorie cit.*, p. 326). No Direito francês, em caso de “*chômage partiel*”, *v.* o referido *supra* n. 1620. Conforme o art. L 5122-1, II, “*le contrat de travail des salariés placés en activité partielle est suspendu pendant les périodes où ils ne sont pas en activité*”. O art. L 5122-1 indica as situações que legitimam o recurso a uma tal medida, prevendo não só o dever de o empregador proceder ao pagamento de indemnização por este período, mas também a comparticipação financeira que poderá ser assumida pelo Estado. Estas normas são desenvolvidas nos arts. R 5122-1 e ss. Com interesse esquemático, *v.* a informação disponibilizada em <http://vosdroits.service-public.fr/professionnels-entreprises/F592.xhtml>.

²⁹⁶⁶ Equivalente ao brocardo “*ohne Arbeit, kein Lohn*” germânico.

²⁹⁶⁷ Cf. *supra*, Capítulo I, Secção I, § 1.

²⁹⁶⁸ KAHN-FREUND, “*Suspension ...*” *cit.*, p. 7: “*if such suspension occurs, it results neither from a unilateral declaration of either side nor from agreement, but from the event itself ipso iure*”. E, conforme FREEDLAND, tal possibilidade mantém-se, ainda que ao trabalhador não seja efectuado qualquer pagamento (*The personal cit.*, p. 478).

²⁹⁶⁹ Aqui também se enquadrando ainda, com frequência, situações em que as condições meteorológicas inviabilizam a execução do acordado (FREEDLAND, *The personal cit.*, p. 478).

²⁹⁷⁰ [1936] 1 All ER 884, *apud* DEAKIN e MORRIS, *Labour cit.*, p. 334. *V.* ainda MCCALLUM, “*Exploring ...*” *cit.*, pp. 215-216.

²⁹⁷¹ DEAKIN e MORRIS, *Labour cit.*, p. 334.

²⁹⁷² Que MCCALLUM admite não distinguir de previsão contratual do “*lay-off*” (“*Exploring ...*” *cit.*, p. 216). Refere, a propósito de uma tal decisão, que “*Macnaghten J interpreted this obligation strictly and held that the defendants only had just cause to cancel the first two of the six performances in question*” (*idem*).

externa ou impraticabilidade, ainda que não prescindindo de um juízo de adequação e proporcionalidade²⁹⁷³. Na verdade, embora com algum grau de imprecisão, já em 1926, em *Browning v. Crumlin Valley Collieries Ltd.*²⁹⁷⁴, fora testada argumentação aproximada. Não obstante as críticas que se seguiram à lógica então sustentada, a referência ao caso é incontornável – não só por frequentemente citado, mas, sobretudo, por admitirmos que as falhas apontadas impelem a maior reflexão: a inundação de uma mina impôs o seu encerramento temporário e a inatividade dos trabalhadores, não lhes tendo sido pago qualquer valor, no período em que aquela se manteve inacessível. Esta situação persistiu por cinco semanas, acrescendo um período de paragem parcial, em que os trabalhadores viriam a ser selectivamente ocupados²⁹⁷⁵. O Tribunal considerou tratar-se de situação em que a normal execução do contrato se tornara impossível ou impraticável, sem intermediação de acto culposos do empregador – numa aproximação a uma ideia de frustração temporária do contrato de trabalho²⁹⁷⁶, admitindo a suspensão e a aplicação da regra “sem trabalho não há salário”²⁹⁷⁷. Confrontando *Browning v. Crumlin Valley Collieries Ltd.* e *Minnevit v. Café de Paris (London)*, MCCALLUM considera que, naquela decisão, o Tribunal terá equiparado o encerramento da mina a desastre natural e considerado que a falta de segurança não decorria de negligência do empregador; ter-se-ia ainda admitido prática ou costume que, nestas circunstâncias, faria impender o risco sobre os trabalhadores. Todavia, como frequentemente apontado pela doutrina, uma tal argumentação parece ignorar que é ao empregador que compete garantir a segurança da mina, enquanto local de trabalho²⁹⁷⁸. Em relato crítico, FREEDLAND assinala que seria, de resto, duvidoso que, no caso, o empregador tivesse encerrado a mina *para garantir a protecção dos trabalhadores*: estes haviam, afinal, recorrido à greve para persuadir o empregador ao cumprimento de tais obrigações²⁹⁷⁹. Considera, por isso, que, naquelas circunstâncias, repartir o risco entre empregador e trabalhadores seria idêntico a afirmar que o proprietário de uma fábrica não deve ser responsável pelo encerramento de edifício quando o telhado cede, em resultado de erosão gradual e perceptível, por acção do vento e da chuva²⁹⁸⁰. Por conseguinte, embora reconhecendo a existência de um termo implícito que

²⁹⁷³ FREEDLAND, *The personal cit.*, p. 477.

²⁹⁷⁴ [1926] 1 K.B. 522, DEAKIN e MORRIS, *Labour cit.*, p. 334.

²⁹⁷⁵ FREEDLAND, *The contract cit.*, p. 89.

²⁹⁷⁶ FREEDLAND, *The personal cit.*, p. 477.

²⁹⁷⁷ Estavam, afinal, em causa “*circumstances outside the control of the employer*” (SELWYN, *Selwyn’s Law cit.*, p. 301).

²⁹⁷⁸ Assim, FREEDLAND, *The contract cit.*, p. 89. Talvez, por isso, como dão nota DEAKIN e MORRIS, os tribunais tenham recusado seguir esta decisão em casos subsequentes, optando por acolher o princípio firmado em *Devonald v. Rosser & Sons Ltd* (*Labour cit.*, p. 334). Indicando esta tendência, v. ainda MCCALLUM, “*Exploring ...*” *cit.*, pp. 216-217, n. 34 a 39. Em 1989, este autor concluía que “*in England the Devonald case is still good law*” (p. 217). Sobre *Devonald v. Rosser & Sons Ltd*, v. *supra* n. 1736.

²⁹⁷⁹ FREEDLAND, *The contract cit.*, p. 89.

²⁹⁸⁰ *Idem*.

legítima o recurso, pelo empregador, à suspensão em caso de impedimento por força maior, adverte que o mesmo não deve ser admitido como forma de desresponsabilização do empregador, quando o encerramento resulte de reparação/manutenção de rotina²⁹⁸¹.

Não obstante esta ressalva, dir-se-á, todavia, que dos exemplos jurisprudenciais indicados resulta o reconhecimento, no Direito inglês, de um poder implícito de suspensão (automática) em caso de impossibilidade (“*impossibility*”) ou impraticabilidade (“*impracticability*”) temporária e não imputável ao empregador de continuação da actividade empresarial²⁹⁸²; e sem que tal período de suspensão (legítima) autorize o afastamento do brocardo “*no work, no pay*”²⁹⁸³.

V. Justifica-se ainda breve menção ao Direito italiano, atendendo às diferenças a assinalar no confronto com o enquadramento acolhido no Direito português, ali se sugerindo que se por facto não imputável ao credor o substrato organizativo é atingido de modo particularmente invasivo, impedindo em absoluto²⁹⁸⁴ o empregador de prestar a necessária colaboração, o regime associado à mora do credor seria excluído, por aplicação preferencial das normas reservadas à impossibilidade da prestação²⁹⁸⁵. O que obedece à lógica seguinte: (i) a impossibilidade do substrato ditaria a impossibilidade da prestação (do trabalhador); (ii) frustrado o oferecimento da prestação (pelo trabalhador), não haveria mais espaço para a mora do credor; (iii) excluída a *mora credendi*, teria aplicação o regime da impossibilidade da prestação; (iv),

²⁹⁸¹ *Idem*. V. ainda, HARDY, “Great Britain ...” *cit.*, p. 142.

²⁹⁸² FREEDLAND, *The personal cit.*, p. 477.

²⁹⁸³ Sem prejuízo da contratualização de determinados valores, a pagar ao trabalhador, em tais circunstâncias e dos montantes devidos a título de “*guarantee pay*” (cf. Secções 28 e ss. do ERA). Estes valores mínimos, ainda que de montante reduzido, foram previstos em 1975 (*Employment Protection Act 1975*), assim se acolhendo um “*floor of rights*”, reconhecendo protecção a trabalhadores que, de outra forma, naquelas circunstâncias, nada receberiam (DEAKIN e MORRIS, *Labour cit.*, pp. 335-337). Quanto aos valores mínimos devidos nestas hipóteses e articulação com as regras de “*redundancy*”, v. <<https://www.gov.uk/lay-offs-short-timeworking/overview>>.

²⁹⁸⁴ Exigência que não cremos adequada, cf. *supra*, § 2.1.

²⁹⁸⁵ Cf. arts. 1256 e 1463 do CCit. COTTINO explicita o enquadramento sugerido: “[s]e la mancata determinazione dipende da un atto (direttamente o indirettamente non importa) volontario del creditore della prestazione, si producono gli effetti della mora accipiendi, e il lavoratore conserva il suo diritto alla controprestazione. Se la determinazione è divenuta impossibile per causa non imputabile al creditore, si ha invece impossibilità della prestazione di lavoro, e pertanto sospensione [...]” (“L’impossibilità ...” *cit.*, p. 456). Também Edoardo GHERA e Francesco LISO excluem o regime da *mora credendi*, admitindo a convocação dor regime da impossibilidade (cf. arts. 1218 e 1256 do CCit.), perante uma impossibilidade que atinge a organização, contanto que uma tal impossibilidade seja “[...] non imputabile, e cioè deve essere tale che il datore di lavoro non abbia possibilità alternative di organizzazione o abbia omissso di predisporre quegli accorgimenti che rispondono ad una gestione condotta secondo i criteri di normalità tecnico-organizzativa da ritenere corrispondenti, a loro volta, appunto ai canoni generali della correttezza e della buona fede nell’attuazione dell’obbligazione” (“Mora del Creditore (Dir. Lav.)”, *Enciclopedia del Diritto*, vol. 26, Giuffrè Editore, 1976, pp. 977-1003, pp. 982-983). Já quanto ao enquadramento geral da mora do credor no Direito Civil, v. Giovanni GIACOBBE, “Mora del Creditore (Dir. Civ.)”, *Enciclopedia del Diritto*, vol. 26, Giuffrè Editore, 1976, pp. 947-976.

sendo, assim, o empregador dispensado da contraprestação²⁹⁸⁶, sem prejuízo da garantia assumida pela “*Integrazioni Guadiani*”²⁹⁸⁷. Diferentemente, mantendo o substrato organizativo os seus traços essenciais e, por conseguinte, a possibilidade de o trabalhador prestar a actividade acordada, o empregador é responsável pela suspensão por razões ainda atinentes à sua esfera jurídica: é, então, convocado o regime da mora do credor (cf. arts. 1206 e ss. do CCit.), subsistindo a obrigação retributiva, pelo tempo de inexecução – sendo, todavia, ainda admitida possível intervenção da CIGO/CIGS. Nesta medida, sempre que a produção sofra paragem ou declínio por crise empresarial que retarde a colaboração do empregador, teria tendencialmente aplicação o regime da mora do credor²⁹⁸⁸: por regra, nos casos que motivam o recurso à CIGO e à CIGS, ao empregador é ainda possível optar por outras alternativas (no limite, reformulação da estrutura empresarial²⁹⁸⁹) – e assim se justificando que finda a intervenção da CIG/CIGS e terminado o período de “quiescência” contratual, (res)surja a obrigação retributiva, a cargo do empregador²⁹⁹⁰.

Esta lógica assenta em premissas diversas das que acolhemos: desde logo, quanto ao enquadramento da impossibilidade de cumprimento, pelo trabalhador, da actividade laboral (em decorrência de inviabilização da cooperação do credor), assumimos a inutilidade de destrinça entre impossibilidade absoluta e impossibilidade relativa de cooperação²⁹⁹¹: afinal, no limite, o encerramento sempre decorre de uma decisão do empregador²⁹⁹². Por outro lado, do jogo das regras que, entre nós, enquadram o regime civilístico da mora do credor *vs.* impossibilidade da prestação, concluímos que mesmo em casos em que o credor se encontre impedido (em termos absolutos) de colaboração imprescindível ao cumprimento, haveria que admitir a subsistência da contraprestação, a cargo do credor/empregador²⁹⁹³. Acresce que na esfera laboral, o condicionamento da colaboração do credor por circunstância fortuita,

²⁹⁸⁶ Por conseguinte, conforme lógica de articulação das regras da mora do credor e da impossibilidade diversa da que acolhemos. Recusando a convocação sequencial dos institutos e admitindo a sua aplicação simultânea, *v.* PICKER, “*Fristlose ...*” *cit.*, p. 699.

²⁹⁸⁷ Dando conta da evolução registada, neste domínio, na doutrina italiana, atendendo, sobretudo, às construções iniciais de BARASSI, *Il contratto cit.* – adepto da “*Sphärentheorie*” – e de Giorgio GHEZZI (*La Mora del Creditore nel Rapporto di Lavoro*, Giuffrè Editore 1965), DEL PUNTA conclui, na linha do sustentado por GHERA e LISO, “*Mora ...*” *cit.*, pp. 977-1003, que as hipóteses descritas, em que o empregador, por circunstância fortuita, se encontra impossibilitado de dar ocupação ao trabalhador, “*vengono pacificamente trattate come situazioni di impossibilità della prestazione in conseguenza del venir meno o della sopravvenuta inidoneità del presupposto oggettivo, o «sostrato», della stessa, e che producono un exonerato del datore di lavoro dall’obbligo retributivo, per quanto poi tamponato con l’intervento della cassa integrazione ordinaria*” (“*La sospensione...*” *cit.*, p. 423 e pp. 466-467).

²⁹⁸⁸ BALLETTI, “*La risoluzione ...*” *cit.*, p. 508.

²⁹⁸⁹ *V. crítica feita a esta lógica, supra § 2.1. e 2.2.*

²⁹⁹⁰ BALLETTI, “*La risoluzione ...*” *cit.*, pp. 508-509.

²⁹⁹¹ *V. supra § 2.1. e 2.2.*

²⁹⁹² *Idem.*

²⁹⁹³ *V. supra § III.*

dita oneração agravada do empregador (em 75%)²⁹⁹⁴; diversamente, no Direito italiano, o fortuito – a que acresce, por princípio, a convocação da natureza absoluta do impedimento²⁹⁹⁵ – dita, regra geral, a dispensa do empregador quanto ao pagamento da retribuição e a consequente oneração do trabalhador (salvo intervenção da CIGO/CIGS), atenta a impossibilidade de execução do acordado.

VI. As variações assim assinaladas resultam em soluções diversas, para hipóteses idênticas – o que ilustramos convocando exemplo frequentemente tratado também na doutrina italiana: no contexto da suspensão em razão de greve, importa equacionar a sua repercussão na actividade de outros trabalhadores (não grevistas), no seio da mesma organização. Da greve enquanto acto voluntário podem, afinal, resultar outros efeitos (impeditivos): a abstenção colectiva pode atingir a organização, condicionando a capacidade de ocupação de outros trabalhadores (não grevistas) ou afectando a possibilidade de cumprimento, pelo empregador, de compromissos assumidos com terceiros²⁹⁹⁶ – vimos, aliás, que tal hipótese esteve na origem de decisão jurisprudencial que, na Alemanha, lançou as bases da *“Betriebsrisikolehre”*²⁹⁹⁷. Também em busca do enquadramento adequado – e, em especial, o destino da contraprestação – a doutrina italiana afere, em qualquer das hipóteses referidas, se o empregador se encontra perante impossibilidade ou simples dificuldade de cumprimento. No que respeita à desocupação dos trabalhadores não grevistas, importa, conforme entendimento prevalecente, verificar se a perturbação inviabiliza ou torna (tão-só) mais difícil a prestação daqueles – solução que procura o equilíbrio possível, atenta a tensão de valores constitucionais, *maxime*, o direito à greve, à retribuição e à iniciativa privada. Sendo, a este propósito, sustentado que a impossibilidade de o empregador aceitar a prestação de trabalho coincide, agora, com a impossibilidade superveniente da própria prestação. Por conseguinte, ditando a greve de alguns trabalhadores a paragem total (ainda) de outros sectores, impedindo a efectiva continuação do trabalho e não sendo concebível a superação de um tal obstáculo, o empregador não deverá suportar um risco que, de facto, extravasa a sua esfera de controlo²⁹⁹⁸. Esta solução decorreria de aplicação do disposto no art. 1464 do CCit.: *“quando la prestazione di una parte”* [no caso, o trabalhador] *“è divenuta solo parzialmente impossibile, l'altra parte”* [o empregador] *“ha diritto a una corrispondente riduzione della prestazione da essa dovuta [...]”*²⁹⁹⁹. Assim se justificando declinar o direito

²⁹⁹⁴ Incidindo os restantes 25% sobre o trabalhador.

²⁹⁹⁵ V. *supra* n. 2711.

²⁹⁹⁶ Quanto a esta última hipótese v., nomeadamente, NUNES DE CARVALHO, “Responsabilidade civil...” *cit.*, pp. 398-399.

²⁹⁹⁷ *Supra*, n. 2821. Vimos, aliás, que de acordo com o tributo da *“Betriebsrisikolehre”*, a greve seria, na verdade, reconduzida à esfera dos trabalhadores (e não, como frequentemente sugerido, à do empregador).

²⁹⁹⁸ DEL PUNTA, *Diritto cit.*, p. 244.

²⁹⁹⁹ Rejeitamos, pelos motivos oportunamente expostos, recondução desta situação à impossibilidade parcial (v. *supra* Parte I, Capítulo II, § 3.4.). Quanto à aplicação daquela

do trabalhador à retribuição referente à actividade impossibilitada³⁰⁰⁰ – vimos, de resto, que, embora por outra via (a da “Betriebsrisikolehre”), o *Reichsgericht* acolheu, em 6.2.1923, idêntica conclusão³⁰⁰¹.

A lógica subscrita no ordenamento italiano assume, pois, por premissa, que a impossibilidade incide, nos casos que tratamos, sobre o empregador, quanto à cooperação/aceitação da prestação de trabalho, oferecida pelos trabalhadores não grevistas³⁰⁰². Embora, por princípio, o enquadramento descrito seja reservado a casos de impossibilidade absoluta de cooperação (com todas as dificuldades inerentes a uma tal delimitação³⁰⁰³), a jurisprudência tende, no que respeita aos reflexos da greve, a flexibilizar uma tal exigência, acolhendo, com frequência, uma noção ampla de impossibilidade, dispensando o empregador do pagamento da retribuição, não só perante impossibilidade absoluta de colaboração mas também em caso de inutilidade da prestação³⁰⁰⁴. Para lá das variantes perfilhadas, importa, porém, reter que a recondução da inutilização da colaboração do empregador ao enquadramento jurídico da

disposição à situação retratada, DEL PUNTA conclui que “*ciò consente di ritenere estinto il diritto del lavoratore, la cui prestazione sia divenuta temporaneamente (e quindi «parzialmente», rispetto ad un ipotetico «tutto») impossibile in conseguenza dello sciopero, ad esigere la corrispondente retribuzione*” (*Diritto cit.*, p. 245). No entanto, atento o exposto *supra*, § III, não julgamos adequado concluir, no caso, por desoneração do credor, ainda que a colaboração resulte, inviabilizada, por razões que lhe são alheias.

³⁰⁰⁰ DEL PUNTA, *Diritto cit.*, pp. 244-245.

³⁰⁰¹ Cf. n. 2821. No Direito francês, YAMAGUCHI subscreve igualmente esta solução: “*il n’y a aucune raison de poursuivre la responsabilité de l’employeur, lorsque l’interruption du travail est déterminée par l’attitude du personnel [...]. Les grévistes perdent naturellement leur droit au salaire, parce que c’est le risque qu’ils acceptent pour obtenir les résultats escomptés, mais les non-grévistes eux aussi, empêchés de travailler par la grève de leurs camarades, devraient supporter la perte de leur droit au salaire*” (*La théorie cit.*, pp. 332-333).

³⁰⁰² “Quando l’interruzione del lavoro, per sciopero cosiddetto a scacchiera (cioè in una linea di produzione che costituisca una lavorazione antecedente ad altre che operano successivamente sul medesimo materiale), comporta l’interruzione anche delle attività delle linee successive, tale interruzione crea un fatto eccezionale, sopravvenuto ed imprevedibile, che costituisce per il datore di lavoro una causa di impossibilità di adempimento dell’obbligazione di continuare la produzione e di impiegare l’attività – non più utile, proficua e redditizia – dei lavoratori delle linee non interessate allo sciopero, con il conseguente venir meno dello obbligo del pagamento della relativa retribuzione” (decisão da Cassazione, de 9.5.1983, n. 3160, *apud* LOMBARDI, *La risoluzione cit.*, p. 426). A recondução destas hipóteses ao esquema da impossibilidade inviabilizaria o apelo à *mora credendi*, assim justificando a desoneração do empregador quanto à obrigação retributiva (p. 428). Importa, todavia, não descurar as especificidades que conformam, sobretudo, as designadas “greves rotativas” e que podem justificar, entre nós, indeferir o direito do trabalhador “formalmente inactivo” à contraprestação retributiva. A tal propósito, v. Maria do Rosário Palma RAMALHO, “Greves de Maior Prejuízo – Notas sobre o Enquadramento Jurídico de Quatro Modalidades de Comportamento Grevista (Greves Intermitentes, Rotativas, Trombose e Retroactivas)”, *Revista Jurídica*, AAFDL, 1986, n.º 5, pp. 67-115 [= *Estudos de Direito do Trabalho*, vol. 1, Almedina, 2003, pp. 289-338], e PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, III, pp. 447 e ss.

³⁰⁰³ *Supra*, § 2.1.

³⁰⁰⁴ Tal qual indicado por DEL PUNTA, *Diritto cit.*, p. 245. Dando conta de tal evolução, v. também LOMBARDI, *La risoluzione cit.*, pp. 426-427.

impossibilidade³⁰⁰⁵ dita a exoneração do empregador quanto ao pagamento da retribuição a trabalhadores não grevistas – desocupados em função da perturbação provocada na orgânica empresarial. Partindo desta hipótese e assente este enquadramento, constatamos, todavia, como nos distanciamos de uma tal via, atenta a solução perfilhada. Diremos, afinal, que perante o regime reservado à greve³⁰⁰⁶, o seu exercício é assumido como mecanismo co-natural ao desenvolvimento das relações laborais: quanto aos trabalhadores grevistas, está em causa o exercício de um direito fundamental, não sendo, por isso, ajustado convocar, a respeito da desocupação dos demais, juízo de culpa³⁰⁰⁷. Por sua vez, os trabalhadores não grevistas encontram-se desocupados em razão de facto que não lhes respeita (atenta a não adesão à greve); lógica diversa apenas sendo sustentável mediante afectação da respectiva desocupação à esfera (colectiva) dos trabalhadores – recusamos, porém, uma tal perspectiva. Por fim, embora a desocupação também não resulte imputável ao empregador³⁰⁰⁸, dir-se-á que atenta a posição sustentada quanto à articulação das regras da *mora credendi* e da impossibilidade da prestação, tratando-se de impedimento à colaboração que se reflecte em impossibilidade de cumprimento, e não já em impossibilidade de prestar (os trabalhadores não grevistas estão disponíveis para a execução da actividade acordada, que resulta, porém, (em definitivo) inviabilizada) –, importa concluir por oneração do empregador quanto ao pagamento da retribuição. Em suma, os reflexos da greve na organização empresarial constituem factos (ainda) reconduzíveis à esfera do empregador, concretizando, no que respeita aos trabalhadores não grevistas (impedidos de cumprir), mais uma hipótese de impossibilidade “*no rasto da mora do credor*”³⁰⁰⁹. O que justifica que uma vez transposta esta lógica para o âmbito da suspensão laboral, esta hipótese suspensiva respeite ainda ao empregador, com exclusão das regras enquadradoras da suspensão por facto referente ao trabalhador. Importa, porém, reconhecer estar perante situação que não se acomoda perfeitamente a qualquer das variantes suspensivas admissíveis: desde logo, a suspensão pode não determinar o encerramento do estabelecimento, podendo incidir apenas sobre alguns trabalhadores (não grevistas) – cremos, todavia, que nada impede aplicação, também a estes casos, do regime da suspensão referente ao empregador³⁰¹⁰. Acresce que a impossibilidade de cooperação em razão da

³⁰⁰⁵ O que constitui, para alguns autores, recondução forçada, já que na maioria dos casos ao empregador não é (absolutamente) impossível prestar tal colaboração, afigurando-se tão-só mais onerosa: “*un’interpretazione di stretto diritto induce a ritenere che, ponendosi nella prospettiva datoriale, la ricezione della prestazione lavorativa residua risulta tutt’altro che impossibile*” (LOMBARDI, *La risoluzione cit.*, p. 428). O Autor reconhece, pois, a necessidade de flexibilizar o apelo à impossibilidade (de cooperação), por referência à boa fé (*idem*).

³⁰⁰⁶ V. *supra* Secção III, § 2.5.

³⁰⁰⁷ V. todavia, a argumentação invocada para sustentar a desoneração do empregador quanto ao pagamento da retribuição na decisão do *Reichsgericht*, de 6.2.1923 (v. *supra* n. 2821).

³⁰⁰⁸ Salvo se não adoptou as medidas que lhe eram exigíveis para acautelar a inactividade dos trabalhadores não grevistas. Quanto à delimitação da imputação de circunstâncias suspensivas ao empregador, v. *infra* Capítulo II, Secção II.

³⁰⁰⁹ V. *supra* § III.

³⁰¹⁰ V. *supra* n. 1821.

greve interna, não sendo, por regra, reconduzível a circunstância fortuita³⁰¹¹ – atenta a essência do direito à greve³⁰¹² –, não constitui igualmente facto imputável ou no interesse do empregador³⁰¹³. Na falta de melhor enquadramento, cremos, contudo, que a solução mais adequada passa por convocar ainda o regime de repartição do risco subjacente ao *fortuito*, sendo, por conseguinte, ajustado agravamento fixado em 75%, sendo os restantes 25% suportados pelos trabalhadores (não grevistas): o que corresponde a uma lógica de repartição do risco que perspectiva os trabalhadores como parte integrante da estrutura organizativa e, nesta medida, não alheia às vicissitudes que a condicionam^{3014/3015}.

³⁰¹¹ MONTEIRO FERNANDES admite “a hipótese (rara) de a greve ser configurável como motivo de força maior: assim será, porventura, nas situações em que, pelo facto de o objectivo da paralisação estar para além da esfera de decisão do empregador (greve geral contra a política de austeridade, ou contra o Código do Trabalho), ela se apresentar – do seu ponto de vista – com o carácter de inevitabilidade e irresistibilidade próprio da força maior”. Sendo, nesses casos, “aplicável a solução do art. 309.º/1-a do CT” (*A lei cit.*, p. 94). No que respeita aos reflexos de greve externa *v. infra* Capítulo II, Secção II, § 1., II.

³⁰¹² *V. supra* Secção III, § 2.5.

³⁰¹³ “Na verdade, é de ter em conta que se a greve, em face dos não aderentes, *se traduz num facto empresarial que torna impossível a prestação*, nem por isso esse facto se insere no círculo de responsabilidade ou de intervenção patronal, mas antes tem atinência com a *atitude global da comunidade de trabalho*” (LOBO XAVIER, *Direito da greve cit.*, p. 217, ênfase nossa).

³⁰¹⁴ “Na perspectiva dinâmica da aplicação do direito, a custo se poderá distinguir, no plano metodológico, entre interpretação e integração do Direito: aquela e esta, em face do caso concreto, podem exigir procedimentos metodológicos igualmente complexos, como o recurso a inferências analógicas e a princípios e valores jurídicos gerais. Tratar-se-á, num caso e noutro, de «desenvolução» do ordenamento jurídico” (João Baptista MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, 22.ª reimp. da 1.ª ed. (1983), Almedina, 2014, p. 192). Já no que respeita aos efeitos de greve externa à organização, *v. infra* Capítulo II, Secção II, § 1., II.

³⁰¹⁵ Entre nós, embora convocando argumentos diversos, a doutrina tende a concluir, nestes casos, pela subsistência da retribuição. LOBO XAVIER convoca os princípios gerais de Direito Civil e sustenta a oneração do empregador com o risco da inutilização do trabalho. Adverte, no entanto, a este propósito, “que se torna[va] indispensável uma redefinição normativa da suspensão do contrato de trabalho”. Afirmando que, “embora nos pareçam interessantes os desenvolvimentos a que leva a exposta doutrina alemã, não pensamos que ela possa ser transposta sem mais para o nosso sistema, sobretudo porque se choca com a ideia de responsabilidade individualizada entre nós em curso”. Nota, todavia, que “o assunto merece mais aprofundado estudo” (*Direito da greve cit.*, p. 218). Por sua vez, MONTEIRO FERNANDES entende que fora os raros casos em que a greve nas instalações do empregador seja ainda reconduzível a hipótese de *fortuito* (*v. supra* n. 3011), nos demais, “valerá a resposta oferecida pela lei aos casos de encerramento temporário «por facto imputável ao empregador ou por motivo do interesse deste» (art. 309.º/1-b))”, mantendo-se, assim, “a obrigação do pagamento integral dos salários” (*A lei cit.*, p. 94). Já PALMA RAMALHO sustenta que “verificada a disponibilidade dos trabalhadores não aderentes para o trabalho, o risco da sua não realização ou da sua inutilidade corre por conta do empregador, pelo que é devida a retribuição nos termos gerais”. Este seria, no entender da Autora, “um dos casos de relevo da disponibilidade do trabalhador de forma autónoma em relação à prestação de uma actividade” (*Tratado cit.*, III, p. 493).

VII. Resultado aproximado – oneração do empregador, no que respeita ao pagamento da retribuição, não obstante a inatividade dos trabalhadores não grevistas³⁰¹⁶ – resulta, ainda que por via de construção diversa, da argumentação exposta pelo TS espanhol, em decisão de 20.6.1995³⁰¹⁷. Aí se decidiu que o art. 30 do ET³⁰¹⁸ não seria aplicável a hipótese de greve que impede a normal execução da actividade de trabalhadores não grevistas, da mesma empresa. Em causa estava, no essencial, a repercussão de tal impossibilidade da prestação – no que respeita aos trabalhadores não grevistas – na contraprestação salarial. No caso, fora a paralisação de determinado sector da cadeia de produção que impossibilitara a actividade dos trabalhadores não grevistas, não tendo sido demonstrada qualquer prática concertada entre trabalhadores grevistas e não grevistas:

Para resposta cabal à dúvida colocada, o Tribunal considerou necessário, em primeiro lugar, verificar se concorria, no ordenamento laboral espanhol, um princípio único de distribuição do risco na hipótese de impossibilidade superveniente da actividade do trabalhador. Se assim fosse, haveria que aferir se, na situação retratada, um tal princípio levaria à perda ou à manutenção da retribuição dos trabalhadores visados. Tal regra uniforme conduzia, porém, consoante a perspectiva sustentada pelas partes, a soluções contrárias:

- *Para o empregador*, do art. 26, n.º 1, do ET (“*Del salario*”) e da correspectividade pressuposta, resultava a exoneração quanto ao pagamento da retribuição, atenta a ausência de prestação efectiva de trabalho.
- *Para o trabalhador*, tal princípio único era concebido inversamente, ditando a subsistência da retribuição; para tanto, seria suficiente invocar a natureza da obrigação do trabalhador enquanto obrigação de meios, associada à ideia de que o trabalhador cumpre a sua obrigação colocando a sua força de trabalho à disposição do empregador³⁰¹⁹.

³⁰¹⁶ Já HURTADO ORTEGA considera que, neste caso, ainda que a falta de comparência não decorra de acto voluntário do trabalhador (não grevista), não deve recair sobre o empregador obrigação de pagamento da retribuição: afinal o trabalhador não cumpriu a sua obrigação (“*La suspensión ...*” *cit.*, p. 321). Tratando também desta hipótese, *v.* FERNANDEZ DOMINGUEZ, *La fuerza cit.*, pp. 138-139.

³⁰¹⁷ Decisão disponível em <<http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords?Template=cgpj/ts/principal.htm>>.

Cumpra assinalar que esta hipótese subsiste à margem do elenco suspensivo do art. 45 do ET, que embora inclua, no n.º 1, l), menção à greve, não prevê a inatividade consequente, de outros trabalhadores não grevistas. Tratando de situação em que a inatividade de trabalhadores não grevistas resulta de greve externa à empresa, *v. infra* Capítulo II, Seção II, § 1., II. – as divergências jurisprudenciais respeitam, então, à recondução de tais casos à suspensão por força maior (cf. art. 45, n.º 1, i) do ET).

³⁰¹⁸ Que, sob a epígrafe “*Imposibilidad de la prestación*”, dispõe que “*si el trabajador no pudiera prestar sus servicios una vez vigente el contrato porque el empresario se retrasare en darle trabajo por impedimentos imputables al mismo y no al trabajador, éste conservará el derecho a su salario, sin que pueda hacersele compensar el que perdió con otro trabajo realizado en otro tiempo*”.

³⁰¹⁹ Sobre esta construção e críticas inerentes, *v.* o referido *supra* § 2.3.1, II.

O TS rejeita, no entanto, um princípio de formulação única, embora admitindo a razoabilidade dos argumentos que sustentavam as duas construções:

- A invocação, pelo empregador, do art. 26, n.º 1, do ET seria desadequada, por simplista, já que um tal preceito refere o elemento retributivo, num pressuposto de normalidade laboral - não tratando, pois, da distribuição do risco em caso de perturbação. Acresce que uma tal norma não deveria ser concebida isoladamente, devendo ser objecto de interpretação sistemática, que considerasse o indicado noutras disposições, *maxime*, nos arts. 30 ("Impossibilidade da prestação") e 45 do ET ("Causas e efeitos da suspensão").

- No entanto, também os argumentos da contraparte não procediam: ainda que a obrigação do trabalhador seja qualificável como obrigação de meios (e não de resultado), a colocação de força de trabalho à disposição do empregador não traduz, para o TS, o cumprimento da obrigação do trabalhador³⁰²⁰; exonera-o, é certo, de responsabilidade em caso de inviabilização do resultado, mas daqui não deriva, de forma generalizada, o direito à contraprestação salarial.

Assumindo o TS a vigência de regras diversas de afectação do destino da contraprestação, havia que aferir da existência de uma solução específica para o caso em escrutínio - subsistência ou suspensão do direito à contraprestação, em caso de inactividade dos trabalhadores não grevistas:

- Para tanto, o *Tribunal* recorre primeiramente ao previsto no art. 45, n.º 1, i) do ET, que admite a força maior como facto suspensivo. O *Tribunal* afasta, porém, logo em seguida, uma tal indagação, já que, de acordo com o art. 47, n.º 3, do ET, a suspensão por força maior pressupunha a observância do procedimento previsto no art. 51, n.º 7, do ET - o que, no caso, não sucedera.

- Também o art. 30 do ET não seria aplicável, já que esta disposição pressupõe que a inactividade seja imputável ao empregador - o que se considerou não suceder: entendeu o *Tribunal* que o acto impeditivo da actividade de trabalho procedia da esfera laboral e não da esfera empresarial³⁰²¹. Era, no entanto, igualmente evidente que a ausência de actividade não era imputável aos trabalhadores não grevistas - imputação a valorar, no sentido da norma, individualmente (a respeito de cada trabalhador) e não colectivamente (por referência à esfera dos trabalhadores, no seu conjunto).

Do exposto resultava a necessidade de criação de um princípio supletivo, que o TS extrai do disposto no art. 45, n.º 2, do ET *a contrario*: fora os casos elencados no art. 45, n.º 1, do ET ou à margem dos requisitos que condicionam a sua operacionalidade, a obrigação de pagamento da retribuição não seria dispensada, não obstante os tempos de inactividade. E assim sucedendo na hipótese em análise quanto aos trabalhadores não grevistas, impossibilitados de dar cumprimento à sua obrigação.

³⁰²⁰ Lógica que subscrevemos, tal qual indicado *supra*, § 2.3.1, II.

³⁰²¹ Acórdão *cit.*

2.3.3. A ausência de colaboração e a inactividade laboral

I. Reconhecemos a necessidade de precisar o regime que, no Direito comum, teria aplicação às hipóteses em análise – para, só então (se necessário), partirmos em busca de soluções específicas no domínio laboral. cremos, na verdade, que as dúvidas e hesitações existentes em torno da convocação, nesta esfera, ora do regime da impossibilidade da prestação, ora da *mora creditoris*, resultam ainda de falha na apreensão dos contornos típicos de obrigação duradoura, de execução continuada e a que corresponde, em regra, termo essencial de cumprimento. Assinalámos, afinal, que também no domínio civilístico, é notória a dificuldade de enquadramento de hipóteses várias, em que a fronteira entre a impossibilidade e a *mora credendi* não resulta evidente. Dir-se-á, todavia, que não obstante variações inerentes às diversas propostas, a solução dita, por princípio, a oneração do credor não cooperante: declinada a aplicação, a tais casos, da regra de incidência do risco sobre o devedor, dir-se-á transponível, para o domínio laboral, de lógica equivalente ao previsto no art. 795.º, n.º 2, e no art. 815.º, n.º 2, do CC³⁰²².

II. Na esfera laboral, as situações em que a colaboração do empregador não se afigura admissível traduzem hipóteses de mora justificada, dificultando, nesta medida, recondução perfeita ao enquadramento reservado à mora do credor; ao que importa somar o carácter definitivo da actividade impossibilitada. Já no respeitante à impossibilidade, haveria que considerar a possibilidade (abstracta) – na perspectiva do trabalhador, para lá da colaboração do empregador – de execução do acordado; havendo ainda que atender ao facto de se tratar de impossibilidade “no rasto da mora do credor”. Referimos, todavia, dificuldades comuns à esfera civilística, que justificaram, para lá da destriça entre *impossibilidade de prestar* e *impossibilidade de cumprir* – na proposta de BAPTISTA MACHADO³⁰²³ – o acordo da doutrina quanto à solução mais razoável³⁰²⁴: a oneração do credor com o risco (de inutilização) da prestação; excluída, por esta via, a aplicação do art. 795.º, n.º 1, do CC, o devedor mantém o direito à contraprestação. Decai, por conseguinte, a exigência de convocação de regime especial – seja por via da “*Betriebsrisiko*” ou derivações afins³⁰²⁵ –, supostamente acolhido no Direito do Trabalho e

³⁰²² “A fronteira entre a impossibilidade da prestação e a mora do credor constitui uma das questões jurídicas mais controversas actualmente”. Se, no passado, foi sustentado que “quando o credor estava impedido por uma causa estranha de colaborar no cumprimento, se estaria perante uma situação de impossibilidade, com a consequente exoneração do credor em relação à realização da contraprestação (cfr. art. 795.º, n.º 1)”, esta concepção encontra-se, desde há muito, superada, admitindo-se, ainda que por vias diversas, a vinculação do credor à contraprestação (MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, vol. 2, *Transmissão e Extinção das Obrigações. Não Cumprimento e Garantias do Crédito*, 9.ª ed., Almedina, 2014, pp. 231-232).

³⁰²³ V. *supra* § 2.3.2.

³⁰²⁴ Não obstante as variantes para tanto invocadas.

³⁰²⁵ Quanto à delimitação do regime jurídico da impossibilidade e da mora do credor, BAPTISTA MACHADO atesta o “inêxito do longo, laborioso e inconclusivo debate”, levado a cabo pela

justificativo da subsistência da retribuição, pelo tempo de inatividade: tal corresponde (ainda) ao efeito normal que resulta, em situação equivalente, do consignado no CC, não havendo, portanto, que registrar, a este propósito, qualquer ressalva ou exceção³⁰²⁶.

III. Nesta medida, a solução proposta no ordenamento alemão quanto às hipóteses em que por circunstância fortuita a colaboração do empregador não tem lugar, inviabilizando a prestação do trabalhador – tendencial vinculação do empregador ao pagamento da retribuição, por força de uma ideia de risco do estabelecimento/esfera de responsabilidade – não surgiria, entre nós, como desvio às regras gerais³⁰²⁷. De assinalar, aliás, que mesmo no Direito alemão vozes diversas tendem já há muito a esvaziar a suposta especificidade (laboral) apontada à doutrina do “*Betriebsrisiko*”, antes reconduzido a solução identificada por esta via – e a consequente oneração do credor – a um princípio geral de Direito Civil, transversal a hipóteses várias, para lá do Direito do Trabalho³⁰²⁸: afinal, também ali, concorreriam situações próximas, em que um elementar sentido de justiça implicaria distanciamento em face de uma leitura mais imediata do BGB³⁰²⁹. SÖLLNER aponta, aliás, certa “arrogância” ao Direito do Trabalho, na busca apressada de enquadramento próprio, desconsiderando as soluções gerais, já previstas no BGB: o problema do risco da contraprestação colocar-se-ia, afinal, identicamente no contrato de trabalho e noutros tantos

civilística germânica (“Risco contratual ...” *cit.*, p. 262). Atento o jogo das normas entre nós vigente, o Autor rejeita a solução que se afiguraria mais imediata – a oneração do devedor: “se entendemos de afastar a aplicabilidade (directa ou indirecta) do n.º 2 do artigo 795.º aos casos em análise, de modo algum poderemos aceitar a tese dominante na Alemanha que, na sequência do afastamento deste preceito considera directa e imediatamente aplicável o do n.º 1 do mesmo artigo, por, no seu entender, se tratar de situações de impossibilidade da prestação abrangidas como tais na hipótese deste último preceito”. É, não obstante, reconhecido que após “assim haverem concluído, os autores procuram definir nesta última norma uma «*verdeckte Lücke*», a preencher mediante «redução teleológica» apoiada em analogias várias com preceitos relativos a alguns contratos em especial” (p. 282, ênfase nossa). O que justificaria, aliás, a delimitação de um regime especial, delineado na esfera laboral. Assinalando os vícios assumidos pela construção alemã, *v. ainda* pp. 303-304 e pp. 325-327.

³⁰²⁶ Divergimos, pois, de MONTEIRO FERNANDES ao indicar que em situações “de impossibilidade por facto ligado ao empregador ou à empresa (arts. 305.º e 309.º CT), a lei regula expressamente o destino do salário”, por admitir que o silêncio equivaleria à confirmação da regra «sem trabalho não há salário» mesmo nessas hipóteses” (*Direito cit.*, p. 407, n. 1).

³⁰²⁷ Vimos, aliás, que quanto ao fortuito, a fórmula de repartição do risco sofre variações nos diversos ordenamentos. No Direito inglês, circunstâncias fortuitas que entravam a cooperação legitimam a suspensão *ope legis* da obrigação retributiva, sem prejuízo de valores mínimos pré-determinados (“*floor of rights*”). E também no Direito italiano, o empregador é, por regra, em caso de impossibilidade absoluta e fortuita de colaboração, exonerado do pagamento da retribuição (cf. *supra*, n. 2711, e § 2.3.2., V).

³⁰²⁸ PICKER, “*Arbeitsvertragliche ...*” *cit.*, 813-854. V. ainda SÖLLNER, que reconhece que a lógica de repartição do risco subjacente à “*Sphärentheorie*” é, afinal, transversal a toda a dogmática dos impedimentos da prestação no Direito das Obrigações (“*Ohne Arbeit ...*” *cit.*, p. 50, n. 38).

³⁰²⁹ PICKER, “*Arbeitsvertragliche ...*” *cit.*, p. 851.

vínculos contratuais³⁰³⁰. Esta perspectiva é também acolhida por PICKER, que, reflectindo sobre o risco de perda da retribuição no contrato de trabalho, atesta, em data anterior à reforma do BGB, uma reaproximação do Direito do Trabalho e do Direito Civil³⁰³¹: por longo período, as situações descritas teriam acolhido na doutrina e na jurisprudência enquadramento (tido por) circunscrito à esfera juslaboral, atenta a tutela a afectar ao trabalhador (*“abhängiger Arbeitnehmer”*) – assim se justificando o surgir da *“Betriebsrisiko”*, enquanto derrogação à articulação das regras do BGB³⁰³². Seria, porém, identificável orientação diversa, que perspectivaria a *“Betriebsrisikolehre”* como teorização do que o BGB (já) permitia concluir, em termos gerais, na hipótese de impossibilidade de cumprir por razões atinentes ao credor³⁰³³. PICKER refere, a este propósito, que a oneração do empregador com o risco de inutilização da actividade do trabalhador por falha do substrato organizacional teria, afinal, correspondência num princípio genuinamente juscivilístico, aplicável a casos muito variados, em que a prestação não é mais executável (v.g., o barco a rebocar afunda-se, o paciente a operar vem a falecer antes da cirurgia ou em que a prestação é fixada no tempo de forma inadiável (prestação fixa-absoluta))^{3034/3035} –, não se justificando a sua delimitação em função de qualquer escopo de tutela juslaboral³⁰³⁶. Impondo-se, pois, autonomização, em termos gerais (e não já circunscritos à esfera laboral), de duas esferas de risco (*“Risikosphären”*): cada parte suporta as consequências do risco, não só em conformidade com o princípio *casum sentit dominus*, mas também sempre que o infortúnio atinge a sua esfera – i.e., pessoa, coisas ou organização³⁰³⁷. Por conseguinte, a regra que faz incidir sobre o empregador o risco de inutilização da actividade laboral (*“Unmöglichkeit der Arbeiterbringung”*), por falha do substrato (que àquele cabe disponibilizar), não seria reflexo de uma especial repartição do risco no contrato de trabalho – orientada em função da tutela do trabalhador –, antes traduzindo um princípio geral de Direito Civil, transversal a outras hipóteses e em concretização de um elementar princípio de justiça³⁰³⁸.

³⁰³⁰ “Ohne Arbeit ...” cit., pp. 50 e ss.

³⁰³¹ O Autor identifica a crescente rejeição de interpretação exclusivamente juslaboral, relativamente ao risco do substrato (*“Arbeitsvertragliche ...”* cit., pp. 813 e ss.).

³⁰³² Assinalámos o delinear, pela jurisprudência laboral, de suposta derrogação à regra da perda do direito à contraprestação em caso de impossibilidade, admitindo a subsistência da retribuição sempre que a inviabilização do trabalho decorra de circunstâncias tidas por respeitantes ao empregador (PICKER, *“Arbeitsvertragliche ...”* cit., p. 842).

³⁰³³ PICKER, *“Arbeitsvertragliche ...”* cit., p. 815.

³⁰³⁴ Nestas situações, a prestação, ainda que em abstracto possa ser realizada noutra data, constitui, na verdade, uma outra prestação, distinta da impossibilitada. Em suma, *“die Dienstpflicht wird hier als absolute Fixschuld und also als eine durch die Zeit individualisierte Speziesleistung behandelt”* (PICKER, *“Arbeitsvertragliche ...”* cit., p. 822; tema retomado na p. 844).

³⁰³⁵ Dando conta do acolhimento jurisprudencial de uma tal lógica no contexto de uma prestação de serviços, v. PICKER, *“Arbeitsvertragliche ...”* cit., pp. 845-846.

³⁰³⁶ PICKER, *“Arbeitsvertragliche ...”* cit., p. 830.

³⁰³⁷ PICKER, *“Arbeitsvertragliche ...”* cit., pp. 816-824.

³⁰³⁸ PICKER, *“Arbeitsvertragliche ...”* cit., pp. 830, 836 e 852 e ss. Já neste sentido, do mesmo Autor, *“Fristlose ...”* cit., pp. 696-697.

Num texto anterior, PICKER analisa dois litígios sujeitos ao crivo do BGH³⁰³⁹: numa das decisões, estava em causa a inutilização de oferta pedagógica e de alojamento por parte de estabelecimento de ensino interno ("*Internatsaufenthalt*") a um aluno, no seguimento de tentativa de suicídio e subsequente ausência daquele até ao final do semestre lectivo. Excluído qualquer juízo de culpa, havia que determinar o destino da contraprestação da prestação inutilizada, por falta de colaboração do credor –, recusando-se os pais ao pagamento das propinas referentes ao período posterior à tentativa de suicídio. Neste caso, PICKER nota que a cooperação creditória era *inexigível*, não se afigurando razoável expor a criança ao esforço físico e psíquico pressuposto no retorno imediato ao referido estabelecimento – a cooperação era inviável, por verificação de um impedimento físico, jurídico ou moral³⁰⁴⁰. Em reverso, a prestação (fixada no tempo) devida pelo estabelecimento escolar era irrecuperável – não sendo passível de execução futura –, por falha de cooperação do credor³⁰⁴¹. Perante este condicionalismo, o Autor regista a insegurança decorrente das hesitações doutrinárias relativas à identificação de solução satisfatória no BGB. Reitera-se, aliás, que tais insuficiências teriam assumido reflexo paradigmático, na esfera laboral; a convicção de que o BGB não dispunha de resposta adequada à repartição do risco, nestas hipóteses, teria sido razão bastante para que a doutrina do "risco da empresa" tivesse sofrido hipertrofia justificativa da sua elevação a "doutrina" autónoma³⁰⁴². Atenta a perturbação da prestação, havia, pois, que resolver a questão dogmática por solucionar: ao que PICKER dá resposta, após aprofundada reflexão, afirmando que em casos idênticos aos retratados, falhando o substrato, opera um *desvio* – que se assume, todavia, enquanto princípio geral –, conforme o qual, nestas hipóteses, o risco da perda da contraprestação deve ser assumido pelo credor³⁰⁴³. Estas situações seriam, na verdade, ilustrativas das dificuldades associadas a uma perspectiva de alternatividade rígida entre a mora do credor e a impossibilidade da prestação³⁰⁴⁴, não só contrária ao espírito original do BGB, mas também desadequada à aplicação prática. Neste circunstancialismo, não obstante a verificação de uma impossibilidade ("*Unmöglichkeit*"), a solução mais ajustada passaria, quanto à repartição do risco, pela oneração do credor, em concretização de um princípio de justiça, a aplicar para lá de concretizações

³⁰³⁹ "Fristlose ..." cit.

³⁰⁴⁰ "Fristlose ..." cit., p. 649. O Autor indica outros exemplos em que a cooperação se afigura tão-só *inexigível*, tal qual quando a doença de um familiar condiciona seriamente a razoabilidade da colaboração (p. 700). Rejeitando a convocação de uma impossibilidade absoluta ou estrita de colaboração do credor, v. *supra* §§ 2.1. e 2.2.

³⁰⁴¹ *Idem*.

³⁰⁴² "Ein berühmtes Problem belegt das über unsere Fälle hinaus exemplarisch: Gerade die Überzeugung, das BGB halte insoweit keine Lösung parat, war und ist bis heute der Grund daß die Erörterung des «Betriebrisikos» zu einer eigenständigen «Lehre» hypertrophierte" ("Fristlose ..." cit., p. 646).

³⁰⁴³ "Fristlose ..." cit., p. 651.

³⁰⁴⁴ Referindo aplicação concorrente da mora do credor e da impossibilidade da prestação ("*das Zusammenfallen von Unmöglichkeit und Annahmeverzug*"), no contexto das hipóteses em análise, v. "Fristlose ..." cit., pp. 698 e ss.

pontuais (§§ 615 e 645 do BGB³⁰⁴⁵), de forma generalizada³⁰⁴⁶. Por força da sua função constitutiva, a falta de aceitação *destrói* a viabilidade da prestação. PICKER rejeita, todavia, fixar uma sequência temporal que ditasse a aplicação, primeiramente, do regime da mora da aceitação e, seguidamente, da impossibilidade da prestação: facticamente, deveria ser assumida a sua verificação *simultânea*³⁰⁴⁷. Por conseguinte, em situações como as descritas, o apelo *concorrente* à mora da aceitação e à impossibilidade não traduziria contradição conceptual, mas, ao invés – em conformidade com um princípio fundamental de justiça material –, resposta adequada ao problema da suportação do risco (*“Gefahrtragungsproblematik”*)³⁰⁴⁸. Nesta medida, a suposta lacuna legal, frequentemente sugerida, não existia: o litígio sujeito ao crivo do BGH pressupunha um exercício de directa subsunção ao direito positivo³⁰⁴⁹. Em suma: não era possível, nem *exigível* – atenta a debilidade física e psíquica do aluno – a colaboração necessária   realização da prestação, por parte do estabelecimento de ensino.   libertação recíproca das partes é, contudo, sobreposta uma regra de distribuição do risco, que atinge o credor (no caso, os pais), impondo o pagamento das propinas; na base da solução estaria uma regra auto-suficiente de suportação do risco plenamente acolhida no direito vigente e de aplicabilidade prática abrangente³⁰⁵⁰.

Nada concorrendo, neste âmbito, de específico no contrato de trabalho, não haveria razão para manter o apelo à “doutrina do risco da empresa”³⁰⁵¹: ainda em data anterior à reforma do BGB, seria, assim, identificável um princípio geral, de aplicação não reservada à esfera laboral. Em suma, não sendo a actividade acordada passível de ser cumprida por razões atinentes à pessoa,   empresa ou às coisas do credor³⁰⁵², teria aplicação a solução pressuposta na mora do credor, mantendo o devedor (impossibilitado) o direito   contraprestação. A *“Betriebsrisikolehre”* seria, no entanto, ainda alvo de outras

³⁰⁴⁵ Outra decisão sujeita ao crivo do BGH, igualmente muito debatida e também referenciada por PICKER, retrata a situação de um casal impedido de realizar uma viagem de avia o para Tenerife por as autoridades espanholas terem imposto, como condição   entrada, a vacinação contra a varíola, não pondendo a filha menor do casal, sujeitar-se a uma tal inoculação por lhe ter sido diagnosticada uma bronquite (*“Fristlose ...” cit., p. 648*). Na falta de melhor enquadramento, o BGH concluiu por aplicação do regime previsto no   645 do BGB – referente, precisamente, ao contrato de empreitada (*“Werkvertrag”*) –, forçando, em certa medida, a recondução da situação ao âmbito da norma, mas assim garantindo o desfecho desejado: a oneração do credor com o risco de perda da prestação, por falha na aceitação. Todavia, para PICKER não se justificava sequer apelo rebuscado a uma tal disposição, atenta a vigência de um princípio geral, conforme ao enquadramento destes casos, e que dispensaria referência àquela disposição específica (p. 694).

³⁰⁴⁶ PICKER, *“Fristlose ...” cit., p. 695*.

³⁰⁴⁷ PICKER, *“Fristlose ...” cit., p. 699*.

³⁰⁴⁸ PICKER, *“Fristlose ...” cit., pp. 700 e ss.*

³⁰⁴⁹ PICKER, *“Fristlose ...” cit., p. 705*.

³⁰⁵⁰ PICKER, *“Fristlose ...” cit., p. 706*.

³⁰⁵¹ *“Für das Arbeitsrecht ist die Betriebsrisikolehre aufzugeben”* (PICKER, *“Fristlose ...” cit., pp. 853-854*).

³⁰⁵² Sendo, neste âmbito, irrelevante qualquer juízo de imputação (ou não) do impedimento ao credor (PICKER, *“Fristlose ...” cit., p. 854*).

críticas. Quanto à fundamentação de uma tal teoria, seria frequente o apelo não só a um princípio de protecção do trabalhador (*“Arbeitnehmerschutzprinzip”*) – que justificaria menção expressa à subsistência da retribuição em determinados impedimentos de curta duração, que afectam o trabalhador – como à necessária equiparação da disponibilidade do trabalhador (*“Verfügbarkeit der Arbeitskraft des Arbeitnehmers”*) à (efectiva) execução do trabalho. Quanto a este último ponto, dir-se-á, todavia, que, contrariamente à construção difundida por Arthur NICKISCH³⁰⁵³, uma tal assimilação não só contraditaria o enquadramento legal, como a leitura de que, regra geral, a retribuição é o correspondente do serviço (efectivamente) prestado (*“geleisteten Dienste”*)³⁰⁵⁴. Já quanto à convocação de uma lógica de tutela do trabalhador, PICKER considera que as disposições que pontualmente prevêm a continuidade da retribuição, em situação de inactividade, reforçariam a regra – *i.e.* de ausência de correspondente caso a actividade não seja prestada (*“ohne Arbeit kein Lohn”*), não devendo ser tomadas como afloramento de um princípio geral³⁰⁵⁵. Fragilizada a justificação teórica, é sugerida reapreciação da *“Betriebsrisikolehre”* à luz do Direito Civil³⁰⁵⁶: a explicação para a atribuição ao empregador do designado “risco da empresa” não deveria ser formulada como desvio ou excepção, antes traduzindo um imperativo de justiça, reconhecido e desenvolvido no Direito comum, por extensão da regra *casum sentit dominus*, fazendo incidir sobre o credor, o risco da prestação inutilizada. Nesta medida, a mora do credor e a impossibilidade da prestação não seriam institutos excludentes, afigurando-se mais rigoroso afirmar que, nas situações em análise, a *mora credendi* abarca a impossibilidade da prestação – promovendo a transferência do risco para o credor da prestação impossibilitada³⁰⁵⁷.

IV. Acresce que, entre nós, a solução acolhida, não assenta na exclusiva afectação do risco ao empregador, em situação de fortuito: embora o empregador se mantenha responsável pelo pagamento de 75% da retribuição, sobre os trabalhadores recai a perda do valor remanescente. Na verdade, o art. 309.º, n.º 1, a), *“reparte, em termos naturalmente não paritários, entre o empregador e os trabalhadores, o risco do encerramento do estabelecimento”*³⁰⁵⁸. Afinal, qualquer opção quanto à repartição do risco convoca, neste contexto, tensão entre (i) “o total alheamento do trabalhador” face a tais circunstâncias – assim se sugerindo a manutenção integral do direito à retribuição; (ii) a ausência de culpa do empregador – o encerramento é-lhe imposto por facto externo – o que apontaria, agora, para a dispensa de cumprimento da obrigação

³⁰⁵³ *Arbeitsrecht*, Bd. 1, *Allgemeine Lehren und Arbeitsvertragsrecht*, 3.ª ed. 1961, apud PICKER, *“Betriebsrisikolehre ...” cit.*, p. 286, n. 14. Entre nós, *v.* o entendimento de MONTEIRO FERNANDES – *cf. supra*, n. 2901.

³⁰⁵⁴ PICKER, *“Betriebsrisikolehre ...” cit.*, p. 286.

³⁰⁵⁵ PICKER, *“Betriebsrisikolehre ...” cit.*, p. 286.

³⁰⁵⁶ PICKER, *“Betriebsrisikolehre ...” cit.*, pp. 286-292.

³⁰⁵⁷ PICKER, *“Betriebsrisikolehre ...” cit.*, p. 293.

³⁰⁵⁸ AA.VV., *Código cit.*, p. 672, ênfase nossa (JOANA VASCONCELOS).

retributiva; e, por fim, (iii) a necessidade de salvaguardar a “sobrevivência da empresa”, que pode ficar dependente “de um esforço económico e organizativo que o empresário pode empreender ou não”; afinal, na delimitação da esfera de responsabilidade do empregador, não deve ser descurado que “a aplicação estrita do princípio da responsabilização do empregador poder[á] agravar o risco de o impedimento se transformar em definitivo”³⁰⁵⁹. É, de facto, frequente a afirmação de que subjaz a este regime a “*atribuição normal do risco ao empregador* no contrato de trabalho”, temperada pela consideração de que o “que está na origem do encerramento não [é] imputável ao empregador”, sendo, nesta medida, reservada “uma parcela (ainda que menor) desse risco aos trabalhadores”³⁰⁶⁰. Não constitui, porém, solução unívoca, atenta a diversidade de soluções que se perfilam, neste contexto, quanto à repartição do risco. Há, por fim, que assinalar que, mesmo nas situações indicadas no art. 309.º, n.º 1, b) – encerramento por facto imputável ao empregador ou por motivo do seu interesse –, a inactividade constitui reflexo da exoneração do empregador quanto ao dever de prestar colaboração: a não cooperação por motivo de interesse do empregador não constitui sequer derivação de comportamento culposos e o encerramento por facto imputável ao empregador não é, neste âmbito, dissociável da circunstância de a suspensão sempre exigir (mesmo aqui) motivo justificado – não sendo, pois, admissível suspensão imotivada/desvinculada³⁰⁶¹.

2.4. O concurso de factos suspensivos

I. Aqui chegados, cremos oportuna referência final, quanto ao enquadramento mais ajustado a determinadas situações de concurso suspensivo. A reflexão precedente e o entendimento subscrito quanto às razões que, em cada hipótese, legitimam a oneração do empregador com o pagamento (total ou parcial) da retribuição, não obstante a inactividade do trabalhador, antecipam respostas a novas questões. Não obstante a tendencial compartimentação da análise suspensiva – desde logo, assumida a usual repartição *factos respeitantes ao trabalhador vs. factos referentes ao empregador* –, com frequência, a dinâmica duradoura do vínculo dita intersecções (suspensivas) várias, surgindo dúvidas quanto à melhor solução a acolher perante conflito suspensivo³⁰⁶². A este propósito, o critério tradicional dita a irrelevância do facto suspensivo posterior (critério cronológico ou de precedência): uma vez produzido o efeito suspensivo, qualquer hipótese (suspensiva) superveniente seria desprovida de eficácia; o facto suspensivo subsequente não teria razão de

³⁰⁵⁹ MONTEIRO FERNANDES, *Direito cit.*, p. 468.

³⁰⁶⁰ PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, II, p. 842, ênfase nossa.

³⁰⁶¹ Aspecto desenvolvido *supra*, § 1.

³⁰⁶² SOLÀ MONELLS refere, neste contexto, uma “*coincidència de suspensions*”: “*en tals casos el problema reside, com ja se habrá advertido, en determinar cuál de esas causas debe tomarse como referente para fijar el régimen jurídico de la situación suspensiva*” (*La suspensión cit.*, p. 494). Tratando de idêntica problemática, v. VIDA SORIA, *La suspensión cit.*, pp. 345 e ss.

ser, atendendo a que a suspensão já operara – consubstanciaria, assim, um “facto sem conteúdo jurídico”, por impossível materialização (suspensiva), enquanto perdurasse a anterior suspensão³⁰⁶³.

Esta solução formal/cronológica abstrai, portanto, da motivação subjacente a cada hipótese e do enquadramento que lhe é especificamente afecto. O que assume, naturalmente, importância redobrada em ordenamentos em que a tutela conferida à estabilidade varie consoante o facto suspensivo em causa, tal qual se a antiguidade não for identicamente computada ou se os valores pagos pelo empregador, não obstante a inactividade, sofrerem variação consoante a situação suspensiva³⁰⁶⁴. À semelhança da maioria dos sistemas, o Direito português não acolhe norma geral expressa que solucione o referido concurso. A este propósito, JÚLIO GOMES constata que “o Código, tal como a legislação que o antecedeu, continua a não conter normas gerais sobre a eventual concorrência de causas de suspensão: o estabelecimento encerra, mas entretanto o trabalhador adoece (ou vice-versa); será que o critério a aplicar deverá ser estritamente cronológico?”³⁰⁶⁵. Não cremos que assim seja: a lógica cronológica não deve prevalecer sempre que o enquadramento suspensivo e a materialidade subjacente ao conflito indiciem uma outra solução, mais adequada ao caso. A resposta exige, assim, avaliação de cada hipótese – havendo, desde logo, que atender à previsão dispersa de regras de conflito³⁰⁶⁶: o trabalhador em situação de “lay-off” que entretanto adoece não tem direito a subsídio de doença, mantendo, todavia, o direito a compensação retributiva³⁰⁶⁷; opera, pois, uma *ficção de capacidade* do trabalhador, cuja prestação se considera inviabilizada tão-só por efeito do “lay-off” – o mesmo é dizer que a suspensão por factos respeitantes ao empregador (“lay-off”) prevalece, neste âmbito, sobre a suspensão por factos referentes ao trabalhador (o impedimento por doença).

³⁰⁶³ HURTADO ORTEGA, “La suspensión ...” *cit.*, pp. 285-321, p. 293. Também subscrevendo o critério cronológico, RIVAS VALLEJO conclui que “si el contrato ya se había suspendido por alguna de las causas legales o convencionalmente previstas, la concurrencia de nueva causa no tendrá efectos hasta producirse la reincorporación efectiva” (*La suspensión cit.*, p. 120). Em análise crítica do critério cronológico – acolhido, frequentemente, na jurisprudência francesa – e preferindo o designado “critère causaliste”, v. BÉRAUD, *La suspension cit.*, pp. 212 e ss. O critério adoptado pelo Autor assume por premissa que “les suspensions provenant de causes diverses ne sont pas toujours juridiquement compatibles les unes avec les autres et c’est la considération de leur nature qui doit permettre de résoudre leurs conflits” (p. 223).

³⁰⁶⁴ “L’interêt de la question n’est pas purement théorique, car si les causes de la suspension ont des effets communs, elles ont aussi des effets propres” (BÉRAUD, *La suspension cit.*, p. 212).

³⁰⁶⁵ *Direito cit.*, p. 860. A observação é feita por referência ao CT 2003, sendo, todavia, transponível para o CT 2009, que também não acolheu, a este propósito, solução expressa.

³⁰⁶⁶ Em referência a tais hipóteses casuísticas no Direito italiano, v. ICHINO, *Il contratto cit.*, p. 16.

³⁰⁶⁷ “O subsídio de doença da segurança social não é atribuído relativamente a período de doença que ocorra durante a suspensão do contrato, mantendo o trabalhador direito à compensação retributiva” (art. 305.º, n.º 7).

Em suma, o concurso de factos suspensivos dita, aqui, a aplicação do regime do “lay-off”, em detrimento da suspensão por doença³⁰⁶⁸.

Dir-se-á, porém, que, na ausência de norma idêntica, no encerramento temporário ou na diminuição temporária de actividade por fortuito, por facto imputável ou no interesse do empregador, se o trabalhador fica transitoriamente incapaz para o exercício profissional *decai* o fundamento que justificava a afectação do risco, naquele contexto, ao empregador: a circunstância de a inactividade do trabalhador se situar (apenas) no “rasto da mora do credor”³⁰⁶⁹. Afinal, o sobrevir da incapacidade profissional do trabalhador esvazia o argumento que justificara a alocação ao empregador do risco de inutilização do trabalho³⁰⁷⁰. Admitimos, pois, em conformidade com a racionalidade que enquadra o regime suspensivo, que na ausência de solução inequívoca diversa, sendo a suspensão ditada por factos referentes ao empregador – salvo no “lay-off”, quanto à situação de doença, atendendo ao regime expressamente consagrado –, há que concluir pela tendencial prevalência do enquadramento afecto à suspensão por factos respeitantes ao trabalhador (doença, parentalidade, exercício de funções em estrutura de representação colectiva, prisão, etc.), pelo tempo que perdurar a sobreposição suspensiva³⁰⁷¹.

³⁰⁶⁸ Solução aproximada é acolhida no Direito alemão (§ 98, 2 e 3 da SGB III – *Arbeitsförderung*), em caso de incapacidade superveniente à implementação de “*Kurzarbeit*” e no referente ao concurso de prestações (“*Kurzarbeitergeld*” vs. “*Krankengeld*”).

³⁰⁶⁹ Cf. *supra*, § 2.3. O acolhimento do critério cronológico perante hipóteses suspensivas relativas ao trabalhador e supervenientes à suspensão por factos referentes ao empregador ditaria sempre a irrelevância daquelas: “*el contrato suspendido por causas empresariales no quedaria afectado por la posterior aparición de otras causas suspensivas y continuaria rigiéndose por su régimen específico hasta que se agotase el período de suspensión autorizado o que el empresario solicitase la reincorporación anticipada. Sólo en este momento actuaría, en caso de seguir siendo aplicable, la causa suspensiva sobrevenida*” (SOLÀ MONELLS, *La suspensión cit.*, p. 494). O Autor rejeita, porém, esta solução, preferindo aferir, em cada caso, a solução mais ajustada aos contornos de cada situação; como critério último, na falta de solução mais evidente, conclui que deve prevalecer a circunstância suspensiva cujo regime se afigure mais vantajoso para o trabalhador (p. 497).

³⁰⁷⁰ Esta, aliás, a lógica subjacente à não oneração do empregador com o pagamento de retribuições intercalares, na hipótese de despedimento ilícito, sempre que num tal período o trabalhador se encontre em situação de baixa médica, sendo-lhe concedido subsídio de doença. Refere, a este propósito, a RP, em acórdão de 5.1.2015 (Proc n.º 722/13.6TTMAI.P1, JOÃO NUNES) que, “face ao disposto no n.º 1 do artigo 390.º do Código do Trabalho, em caso de despedimento ilícito, o trabalhador tem direito a receber as retribuições que deixar de auferir desde o despedimento até ao trânsito em julgado da decisão do tribunal que declare a ilicitude do despedimento” (Sumário, I). No entanto, “se nesse período, ou em parte desse período, ainda que se mantivesse o contrato de trabalho, por motivo de doença o trabalhador não podia exercer a actividade, tal significa que em relação ao período em causa o não cumprimento da obrigação por parte do trabalhador não é imputável ao empregador” (Sumário, II, ênfase nossa). Por conseguinte, “verificando-se que em relação a tal período de incapacidade o trabalhador se encontra a receber da Segurança Social subsídio de doença, o qual não é cumulável com a retribuição, tal significa que nesse período o empregador não tem que suportar esta” (Sumário, III).

³⁰⁷¹ Salvo o acima indicado quanto ao “lay-off”, em que a opção de prevalência da compensação retributiva sobre o subsídio de doença traduz ainda resposta ao conflito laboral suspensivo, não

Concedendo, porém, que a lógica descrita possa sofrer ajuste, justifica-se aferir se a solução proposta deve registrar alteração perante situação distinta: inatividade de trabalhadores não grevistas – decorrendo tal inatividade de perturbação provocada na estrutura organizativa do empregador, em razão da greve interna –, à qual se sobrepõe (prévia ou subsequentemente) a incapacidade do trabalhador. Atento o enquadramento sustentado quanto à distribuição do risco no caso em que a perturbação surge *ainda* no “*rasto da mora do credor*” – não sendo viável ao empregador prestar colaboração imprescindível ao desenvolvimento da actividade laboral –, não há por que acolher, agora, solução diversa: por conseguinte, havendo, em hipóteses semelhantes, concluído por oneração do empregador em 75% do valor da retribuição³⁰⁷², deve admitir-se a dispensa de um tal pagamento, caso sobrevenha impedimento transitório respeitante ao trabalhador³⁰⁷³.

cuidamos, nas demais circunstâncias, das regras que, no âmbito da Segurança Social, promovem a articulação das prestações.

³⁰⁷² V. *supra* § 2.3.2., VI.

³⁰⁷³ Vimos que a doutrina e a jurisprudência italianas acolhem leitura diversa da que perfilhámos, quanto à afectação do risco, admitindo, em certos casos, atenta a perturbação provocada na organização, a desoneração do empregador (v. *supra* n. 2711). Não havendo, então, subscrito uma tal solução, também não acolhemos, agora, o enquadramento proposto para o conflito suspensivo. Ainda assim, atento o interesse teórico da matéria, identificamos as propostas que, a este respeito, têm sido adiantadas na jurisprudência:

(i) Por decisão n.º 1256, de 7.2.1991, a *Cassazione* concluiu que, sobrevindo perturbação por greve que afecta a estrutura empresarial – inviabilizando a colaboração – o empregador que mantinha o pagamento dos valores devidos *ex vi* art. 2010 do CCit. é dispensado de uma tal obrigação: constituindo o art. 2110 do CCit. disposição excepcional, não autorizaria a extensão daquele dever a situações de paralisação empresarial. É, a este propósito, assinalado que, de outra forma, acolher-se-ia tratamento indevido (por privilegiado) dos trabalhadores incapacitados face aos demais: o art. 2110 do CCit indica hipótese que atende ao estado de saúde do trabalhador (possibilidade subjectiva); pressuporia, todavia, viabilidade objectiva do desenvolvimento da prestação – *i.e.*, circunstâncias que possibilitam ao empregador, em condições de normalidade, receber a prestação de trabalho. Ora, uma vez paralisaada a actividade empresarial (o substrato objectivo), por circunstância não imputável ao empregador, a retribuição deixaria de ser devida a *todos* os trabalhadores – aqui se incluindo os atingidos por incapacidade transitória.

(ii) Em decisão n.º 3691, de 9.4.1998, a *Cassazione* haveria, todavia, de sustentar o entendimento oposto: o art. 2110 do CCit. constituiria, por razões de ordem social, derrogação ao princípio *casum sentit debitor*, acolhido no art. 1463 do CCit., assegurando ao trabalhador o direito à contraprestação. Considerando, agora, a *Cassazione* que um tal enquadramento deveria manter-se mesmo perante evento estranho, que afectasse igualmente a actividade dos demais trabalhadores: a incapacidade do trabalhador impedia a invocação, pelo empregador, de circunstância concorrente que bloqueasse a actividade produtiva. Acresce que o suposto tratamento privilegiado que, por esta forma, se alcançaria não seria – ao contrário do argumentado – de rejeitar, atendendo aos valores em jogo: a saúde do trabalhador, cuja tutela não deveria ser prejudicada pelo surgir, *medio tempore*, de evento que condiciona o recebimento, pelo empregador, do trabalho. É, a este propósito, retomada fundamentação oportunamente subscrita pela *Corte Costituzionale*, quanto à suspensão por doença: “*l'interesse alla salvaguardia della salute del lavoratore [...] fa perciò parte del sinallagma contrattuale; e conseguentemente, la corresponsione della retribuzione durante le assenze per malattia (art. 2110 c.c.) non è fatto eccezionale [...]*” (decisão n.º 559, de 18.12.1987).

II. Maiores dúvidas se colocam quanto à determinação do regime prevalecente no concurso de factos suspensivos referentes ao trabalhador. No contexto da parentalidade, o art. 65.º, n.º 4, a), dispõe expressamente que a licença parental e a licença parental complementar, em qualquer das suas modalidades, por adopção, para assistência a filho e para assistência a filho com doença crónica “suspendem-se por doença do trabalhador, se este informar o empregador e apresentar atestado médico comprovativo, e prosseguem logo após a cessação desse impedimento”. Ao invés da solução usualmente prevista para conflitos suspensivos, este regime não preclui a aplicação do regime concorrente: determina apenas qual a hipótese suspensiva imediatamente aplicável (a doença), adiando o gozo do período suspensivo concorrente (parentalidade). Esta solução é, na verdade, explicada à luz da especial tutela reservada ao pleno exercício da parentalidade³⁰⁷⁴ – por se entender que, nos casos descritos, tais direitos não devem sofrer perturbação se sobrevier facto impeditivo do respectivo gozo: a doença do trabalhador não possibilitaria completa realização dos fins pressupostos no reconhecimento de tais licenças, que se prendem, sobretudo, com a garantia de um tempo útil, de dedicação aos filhos – e que resultaria prejudicado, se afecto à recuperação/convalescença dos pais.

Certo, porém, que para além de referências pontuais e dispersas, há que identificar a solução para outros conflitos não expressamente resolvidos. Ora, neste âmbito, a jurisprudência contribui também para a definição de critérios que atendem à essência de cada hipótese suspensiva: estando em causa concurso de suspensão preventiva, aplicada no decurso de processo disciplinar e de suspensão em razão do cumprimento de prisão preventiva³⁰⁷⁵, dir-se-á que esta última inutiliza os efeitos daquela, atendendo à finalidade prosseguida pela suspensão preventiva. Em suma, a “suspensão da prestação laboral por iniciativa da entidade empregadora (seja ela decretada no início do procedimento disciplinar, seja com a notificação da nota de culpa) *pressupõe necessariamente que o trabalhador esteja ao serviço efectivo da empresa*. Se tal não acontecer, a suspensão decretada só *produzirá o seu efeito útil quando o trabalhador estiver em condições de regressar ao trabalho*”, assinalando-se que a suspensão preventiva não é susceptível “de produzir quaisquer efeitos imediatos, [se] o autor se encontrava preso. A mesma só ganharia eficácia se e quando o autor viesse a ser libertado, o que não veio a acontecer”³⁰⁷⁶. Certo, porém, que havendo qualificado a suspensão preventiva como hipótese suspensiva referente ao empregador (v. *supra* Parte I, Capítulo II, § 2.2, II), esta solução enquadra-se, na verdade, entre os casos de concurso acima indicados: factos suspensivos respeitantes ao empregador (suspensão preventiva) e relativos ao

³⁰⁷⁴ A este propósito, v. *supra* Secção III, § 2.3.

³⁰⁷⁵ No Direito italiano, pronunciando-se a respeito da hipótese descrita, v. ICHINO, *Il contratto cit.*, p. 16. Quanto à suspensão, em caso de prisão preventiva, v. detalhadamente *infra* Capítulo II, Secção III, § 2.

³⁰⁷⁶ Acórdão da RL, de 21.11.2007, Proc. n.º 7008/2007-4 (ISABEL TAPADINHAS), ênfase nossa.

trabalhador (suspensão por prisão), não se afastando do enquadramento então adiantado para um tal conflito.

Mais complexo se afigura o regime a aplicar noutras situações de concurso, tal qual quando sobrepostas situações de greve e de doença. Admitimos, no entanto, que deve prevalecer, agora, o regime suspensivo em razão de doença: a abstenção laboral, por greve (acto voluntário), pressupõe a capacidade do trabalhador (não fora a greve) para a execução da actividade laboral³⁰⁷⁷. Também no Direito italiano, ICHINO conclui por sobreposição do enquadramento reservado à suspensão por doença: a participação em greve não constituiria circunstância idónea para privar o trabalhador do “*contenuto assicurativo del rapporto di lavoro*” e da protecção conferida pelo ordenamento, em tal caso. Entendimento distinto poderia, na verdade, traduzir limitação inadmissível ao exercício do direito à greve – assumindo o trabalhador risco *acrescido*, em função de um tal condicionamento³⁰⁷⁸. Em contraponto, o trabalhador mantém-se sujeito a deveres de comunicação e de justificação da ausência, em razão da incapacidade temporária³⁰⁷⁹.

No Direito espanhol, em conformidade com o critério cronológico, HURTADO ORTEGA conclui por prevalência do facto suspensivo surgido em momento anterior ao início da greve – tal não precludindo, porém, o exercício pleno do direito à greve (*v.g.*, participação em piquetes), contanto que ajustado ao facto suspensivo precedente³⁰⁸⁰ e cujo regime enquadrador deve prevalecer. Sustenta, porém, afastamento de um tal critério caso a greve surja em data prévia à situação incapacitante, atento o carácter involuntário da suspensão por doença – no confronto com adesão (voluntária) à greve³⁰⁸¹.

Já doutrina e jurisprudência francesas acolhem, a este propósito, critérios distintos. Na jurisprudência, o critério cronológico tem, prevalecido³⁰⁸²: testado

³⁰⁷⁷ Conforme o art. 536.º, n.º 2, “*durante a greve, mantêm-se [...] os direitos previstos em legislação de segurança social*”. A questão assume, todavia, maior relevância em ordenamentos em que para além da protecção previdencial, o empregador se encontra sempre vinculado ao pagamento de determinados valores complementares, em situação de doença.

³⁰⁷⁸ Considerando ainda que, no Direito Italiano, o empregador assume frequentemente o pagamento de complemento ao subsídio de doença.

³⁰⁷⁹ ICHINO, *Il contratto cit.*, p. 17 – dando, porém, conta que a jurisprudência parece inclinar-se maioritariamente em sentido inverso. Também contra, *v.* DEL PUNTA, “*La Sospensione ...*” *cit.*, p. 535. Entre nós, LOBO XAVIER considera existir “por parte dos trabalhadores uma obrigação de *informação* quanto ao sentido do seu comportamento abstensivo, na que aliás estão interessados, quando queiram evitar ser considerados em situação de greve” (*Direito da greve cit.*, pp. 195-196). Mais indica que, “*declarada a greve, se presum[e] que as ausências se devem a adesão a esta forma de luta, a menos que os ausentes venham invocar outro motivo*” (p. 196, n. 1).

³⁰⁸⁰ “*La suspensión ...*” *cit.*, p. 292. Quanto à conformidade de uma tal actividade na hipótese de suspensão por doença e sem colisão com deveres acessórios de conduta que impendem sobre o trabalhador, *v. supra* n. 259 e n. 803.

³⁰⁸¹ HURTADO ORTEGA, “*La suspensión ...*” *cit.*, p. 293. A este propósito, *v.* ainda RODRÍGUEZ COPÉ, *La suspensión cit.*, pp. 313-314.

³⁰⁸² Assim, tratando de hipótese de concurso de acordo de licença sem vencimento e doença (assumindo o empregador, no ordenamento francês, o dever de pagamento de indemnização complementar, em caso de doença) e confirmando o apelo ao critério cronológico, *v.* decisão da

a respeito de hipóteses diversas – v.g., concurso greve/doença³⁰⁸³, greve/suspensão por razões empresariais³⁰⁸⁴ –, a jurisprudência assume, na ausência de solução expressa, preferência pelo facto suspensivo operante em primeiro lugar. A simplicidade desta lógica suscita, todavia, críticas várias na doutrina. PÉLISSIER considera que importa, antes de mais, verificar se o concurso não é, na verdade, apenas aparente, por se entender que determinado facto suspensivo exclui o outro: assim, se um trabalhador grevista adoece, a ausência subsequente ao trabalho não seria já voluntária, não sendo por conseguinte, adequado excluir o regime de tutela juslaboral da doença³⁰⁸⁵. Por seu turno, ainda conforme esta lógica, se, no decurso da greve, trabalhador e empregador acordam na suspensão – v.g., para formação do trabalhador, no estrangeiro, por um ano – dir-se-á que as partes precludem, por esta forma, a suspensão em razão da greve.

Cour de Cassation, Chambre sociale, de 21.5.2008, n.º 06-41498, disponível em <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000018869089&fastReqId=1447595911&fastPos=1>>. Por sua vez, conforme factos subjacentes à decisão da *Cour de Cassation, Chambre sociale*, de 21.10.2003, n.º 01-44169, ao trabalhador havia sido aplicada sanção de suspensão disciplinar (“mise à pied disciplinaire”). Sobrevindo, no tempo de “mise à pied”, a doença do trabalhador, foi entendido que a nova circunstância suspensiva era desprovida de efeitos, não condicionando a suspensão operada primeiramente, em razão disciplinar. O que nesta situação teve por resultado que ao empregador não foi legítimo adiar o efeito da “mise à pied” para o final da doença, não estando autorizado a distinguir as duas hipóteses suspensivas: a sanção disciplinar foi, assim, consumida pela suspensão em razão de doença. Em suma, “la circonstance qu'un salarié soit en arrêt de travail pour maladie le jour où doit commencer une mise à pied disciplinaire décidée antérieurement par l'employeur ne peut permettre à ce dernier d'en différer l'exécution, sauf fraude du salarié” (decisão acessível em <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007048654&fastReqId=1097325959&fastPos=1>>).

³⁰⁸³ Assim, decisão da *Cour de Cassation, Chambre sociale*, de 21.4.1971, n.º 70-40277, onde é reiterado que se a doença surgir no decurso de uma greve, o trabalhador grevista será considerado nessa qualidade (i.e., enquanto “trabalhador grevista” e não como “trabalhador doente”) até ao termo da greve; a suspensão em razão de doença operando – se então ainda subsistir – apenas no primeiro dia subsequente ao fim da greve. Em termos práticos, este enquadramento dispensou o empregador da obrigação de pagamento de indemnizações complementares por doença; foi, aliás, entendido que o cômputo do período de espera que condicionava a atribuição destes complementos apenas deveria ter início a partir do fim da greve (e não do início da doença), inviabilizando, assim, a percepção de qualquer complemento – mesmo por referência a dias de ausência por doença subseqüentes à greve (e insuficientes para perfazer o tempo de garantia) – decisão disponível em <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000006985270&fastReqId=416424934&fastPos=1>>. Em nota crítica a uma tal construção, v. BÉRAUD, *La suspension cit.*, pp. 213-214.

³⁰⁸⁴ Também nestes casos, no entender da jurisprudência, “la cause première invoquée est considérée comme fixant irrémédiablement la nature de l'arrêt de travail” (BÉRAUD, *La suspension cit.*, p. 216).

³⁰⁸⁵ “Réflexions ...” cit., pp. 427-449. Também BÉRAUD assinala que “le critère chronologique est également critiquable dans ses conséquences car il conduit à appliquer à des situations données des causes de suspension incompatibles avec ses mêmes situations”. Em concreto, “les règles de la grève seront-elles utilisées pour régir l'état d'un salarié dans l'impossibilité physique de travailler alors que la définition de la grève suppose cette possibilité” (*La suspension cit.*, p. 222). No Direito francês, quanto à obrigação de o empregador proceder ao pagamento de indemnizações complementares em caso de doença, v. o indicado *infra* n. 4026.

III. Certo, no entanto, que muitas outras hipóteses podem ser equacionadas: assim, se o trabalhador preso preventivamente for representante dos trabalhadores, encontrando-se, por tal razão, dispensado de prestar trabalho, sem perda de retribuição (cf. art. 68, e) do ET), Manuel Teba PINTO considera que deve prevalecer a suspensão por prisão, com perda de retribuição: ainda que o trabalhador, no exercício de funções representativas, esteja também dispensado de prestar trabalho, a legitimidade da ausência e a subsistência do pagamento de valor equivalente à retribuição justificam-se, então, por a inactividade ter por fim possibilitar ao trabalhador o pleno exercício de funções representativas – que não poderão ser desenvolvidas enquanto o trabalhador se encontrar privado de liberdade³⁰⁸⁶. Especificamente a respeito do concurso da prisão com outros factos suspensivos, ROGER entende que a suspensão por prisão deve prevalecer sobre a hipótese suspensiva em curso – *“elle serait une sorte de parenthèse dans le cours de la suspension provoquée par une cause précédente”*³⁰⁸⁷. Este critério teria, porém, no entender do Autor, o inconveniente de ditar quase sempre a preferência por um regime suspensivo menos favorável do que o reservado a outros factos suspensivos³⁰⁸⁸.

IV. Em conclusão, entendemos que a solução a acolher em situação de concurso suspensivo não deve limitar-se à observância formal de um critério cronológico. Na ausência de indicação expressa, deve atender-se à lógica própria de cada facto suspensivo, às finalidades prosseguidas e ao enquadramento afecto às várias hipóteses, aferindo qual a solução melhor ajustada à tutela reservada pelo ordenamento aos interesses a salvaguardar, por via suspensiva³⁰⁸⁹. Para efeitos interpretativos, importa, aliás, ter presente que o ordenamento não afecta relevância paritária aos diversos factos suspensivos³⁰⁹⁰. Por conseguinte, apenas como último reduto, sempre que outra solução material não deva prevalecer, justificar-se-á convocar o critério cronológico.

³⁰⁸⁶ “Privación de Libertad del Trabajador. Efectos sobre el Contrato de Trabajo”, *La Suspensión del Contrato de Trabajo* (dir. José María Marín Correa), Consejo General del Poder Judicial, 1994, pp. 323-328, 328.

³⁰⁸⁷ “Les effets ...” *cit.*, p. 185.

³⁰⁸⁸ ROGER, “Les effets ...” *cit.*, p. 186.

³⁰⁸⁹ Neste sentido, DEL PUNTA, “La Sospensione ...” *cit.*, pp. 533 e ss.

³⁰⁹⁰ Cf. *infra*, Capítulo III, § 4.2. Basta, a título de exemplo, recordar a especial protecção reservada ao pleno exercício da parentalidade, nomeadamente quanto às férias e quanto à percepção de prémio de assiduidade ou de produtividade (*v. supra* Parte I, Capítulo I, Secção V, Subsecção III, § 2.).

CAPÍTULO II

IMPEDIMENTO (NÃO) IMPUTÁVEL: A DELIMITAÇÃO DA IMPUTAÇÃO

SECÇÃO I

A SUSPENSÃO POR MOTIVOS RESPEITANTES AO TRABALHADOR E AO EMPREGADOR

I. O Direito português não só admite a invocação, pelo trabalhador, da suspensão, ainda que o impedimento transitório lhe seja imputável (nas hipóteses abrangidas pelo art. 296.º, n.º 5), como exige, atenta a referência abrangente do art. 296.º, n.º 1³⁰⁹¹, delimitação precisa dos contornos de uma tal imputação. Por outro lado, embora o tratamento da matéria retrate, com frequência, impedimentos relativos ao trabalhador, há que não descurar o apelo renovado ao tema, no contexto dos condicionalismos que afectam, em primeira linha, o empregador (cf. arts. 309.º e ss.)³⁰⁹²: as referências subsequentes assumem, pois, uma tal abrangência³⁰⁹³.

Também neste âmbito, o confronto imputação laboral *vs.* imputação civilística constitui, com frequência, objecto de reflexão. Assim, JORGE LEITE que, a este propósito, nota que “a imputação ao agente do facto de que resulta a impossibilidade de cumprimento *não tem, nas leis do trabalho, um sentido inteiramente coincidente com o que lhe é atribuído no direito civil*”³⁰⁹⁴. Atenta a importância que reveste a delimitação do conceito em contexto suspensivo (laboral), importa, pois, verificar se se justifica, de facto, convocar – como tão frequentemente sugerido – uma lógica própria de imputação, neste domínio:

– No que respeita ao trabalhador, há que considerar a formulação negativa/abrangente do art. 296.º, n.º 1 – “*determina a suspensão do contrato de trabalho o impedimento temporário por facto respeitante ao trabalhador que não lhe seja imputável [...]*” – havendo, caso a caso, que verificar se os contornos da situação são subsumíveis a uma tal formulação, sendo usual a referência na doutrina a factos que embora dispensando o trabalhador do dever de prestar, não exonerariam de responsabilidade um outro devedor, no contexto de contrato distinto, sujeito ao regime comum³⁰⁹⁵. Nos termos do art. 296.º, n.º 1, não são

³⁰⁹¹ “*Determina a suspensão do contrato de trabalho o impedimento temporário por facto respeitante ao trabalhador que não lhe seja imputável e se prolongue por mais de um mês, nomeadamente doença, acidente ou facto decorrente da aplicação da lei do serviço militar*”.

³⁰⁹² O art. 311.º, n.º 2, dispõe, aliás, expressamente que, “*para efeito do número anterior*” – ou seja, encerramento temporário por facto imputável ao empregador não reconduzível a uma das hipóteses listadas no n.º 1 – “*considera-se que há encerramento temporário de empresa ou estabelecimento por facto imputável ao empregador sempre que, por decisão deste, a actividade deixe de ser exercida, ou haja interdição de acesso a locais de trabalho ou recusa de fornecimento de trabalho, condições e instrumentos de trabalho, que determine ou possa determinar a paralisação de empresa ou estabelecimento*”.

³⁰⁹³ Dir-se-á que “a culpa do devedor (no sentido amplo, compreensivo também do dolo) pode apresentar-se, directamente, como *culpa no não cumprimento* e, indirectamente, como *culpa na impossibilidade de cumprimento*” (GALVÃO TELLES, *Direito cit.*, p. 359).

³⁰⁹⁴ “O desempenho ...” *cit.*, p. 536, itálico nosso.

³⁰⁹⁵ A densificação da expressão “*facto imputável*” é frequentemente realizada na doutrina juslaboral por apelo à noção de “*imputabilidade*”. Embora “*imputabilidade*” e “*imputação*” tenham sentidos jurídicos distintos, admitimos que a doutrina que centra, neste âmbito, a análise em

certamente imputáveis ao trabalhador impedimentos resultantes de caso fortuito ou força maior ou de acto de terceiro³⁰⁹⁶. Mas, fora estes casos, haverá situações em que, em rigor, o impedimento ao trabalho decorre de um facto imputável ao trabalhador (no plano objectivo e subjectivo), sendo, porém, a imputação desconsiderada no que respeita à ausência ao trabalho? E, nessa hipótese, o que justifica restrição do âmbito da imputação?³⁰⁹⁷

O legislador acolhe, por sua vez, técnica inversa, de delimitação positiva dos casos em que é assumido que a suspensão opera em decorrência de facto imputável ao trabalhador: “o impedimento temporário por facto imputável ao trabalhador determina a suspensão do contrato de trabalho [apenas] nos casos previstos na lei”³⁰⁹⁸. É, porém, adiantado que uma tal “imputabilidade” é, aqui, referida

torno da “imputabilidade” assume, neste contexto, a identificação dos conceitos de “imputabilidade” e de “imputação”, *maxime* subjectiva: “quanto ao que deva entender-se por *imputabilidade*, para este efeito, a nossa doutrina tem exigido um certo grau de intencionalidade, dirigido à própria relação laboral, mais exactamente à criação da situação de impedimento. Dizendo de outro modo, será imputável ao trabalhador a impossibilidade de execução do trabalho por este voluntariamente provocada” (AA.VV., *Código cit.*, p. 651, anotação JOANA VASCONCELOS, ênfase nossa). Por sua vez, ANDIAS GONÇALVES assinala que “a questão do critério da *imputabilidade* a utilizar, para estes efeitos, tem vindo a ser discutida, sendo aparentemente pacífico que *não é aplicável, aqui, o regime previsto para a responsabilidade civil*. Se assim fosse, bastaria que o trabalhador adoecesse devido a uma ligeira negligência da sua parte, para que o facto que gera o impedimento lhe fosse imputável e, logo, insusceptível de gerar a suspensão do contrato de trabalho” (“A licença ...” *cit.*, p. 148, *itálico* nosso). Associando ainda avaliação da “não imputabilidade” por referência ao grau de culpa do trabalhador, *v.* JORGE LEITE, *Direito cit.*, pp. 172-173, e MONTEIRO FERNANDES, *Direito cit.*, p. 449 e pp. 459 e ss. Por seu turno, PALMA RAMALHO assinala que “este requisito de *inimputabilidade* do facto impeditivo da prestação ao trabalhador exige uma interpretação cuidada, julgando-se que a *imputabilidade* não deve ser reportada ao carácter ilícito do facto gerador do impedimento, mas sim à circunstância de tal facto ser voluntário e ter reflexos nos deveres laborais do trabalhador” (*Tratado cit.*, II, p. 849, ênfase nossa). Constatando o acolhimento, em domínio laboral, de uma “interpretação «generosa» da *não imputabilidade*”, em reflexão respeitante à culpa do trabalhador na produção do facto que conduz ao impedimento laboral, *v.* Júlio GOMES, “Algumas reflexões ...” *cit.*, p. 749, *itálico* nosso). Também NOUTEL DOS SANTOS indica: “[...] *imputabilidade* significa culpa” (“A Suspensão ...” *cit.*, p. 115). Por fim, apelando, neste âmbito, a valoração da “*inimputabilidade* da causa”, *v.* DIAS LOBO, *Responsabilidade cit.*, pp. 79 e ss. Quanto à “*imputabilidade*” em sentido próprio, *v.*, todavia, o disposto no art. 488.º do CC e o indicado *infra* Secção II.

³⁰⁹⁶ JORGE LEITE, “O desempenho ...” *cit.*, p. 530.

³⁰⁹⁷ Conforme o regime geral do CC, “ocorrendo a impossibilidade sem culpa do devedor, este não se constitui em responsabilidade pelo não cumprimento definitivo ou pelo atraso no cumprimento: nenhuma indemnização lhe é exigível. Se a prestação se impossibilita para sempre, a obrigação extingue-se (art. 790.º, n.º 1). Se a prestação se impossibilita *transitoriamente*, a obrigação fica *paralisada ou suspensa* enquanto o impedimento subsistir: o credor não pode pretender o seu cumprimento até o obstáculo cessar e tão-pouco pode reclamar o ressarcimento dos danos que o atraso lhe tenha causado (art. 792.º, n.º 1)” (GALVÃO TELLES, *Direito cit.*, p. 361).

³⁰⁹⁸ Cf. art. 296.º, n.º 5, *in fine*. Por conseguinte, “a lei define, por via *geral ou negativa*, os casos de impedimento *involuntário* que determinam a suspensão do contrato e adota a regra contrária, a regra *casuística ou positiva*, para os demais casos de suspensão, isto é, a lei não diz quais são os *factos suspensivos involuntários* – são todos os que preenchem ou concretizam a hipótese normativa correspondente – mas diz quais são os *factos suspensivos voluntários*” (JORGE LEITE, “O desempenho ...” *cit.*, p. 527, *itálico* nosso).

“em sentido *impróprio*”, por traduzir simples “*concurso* da vontade do trabalhador para a criação de situações legalmente *tipificadas* como causas de suspensão” – em suma, “situações determinantes da *lícita* inexecução do trabalho”³⁰⁹⁹.

– Por sua vez, no que respeita à suspensão por factos relativos ao empregador, importa tomar em conta o disposto no art. 309.º, n.º 1, b), que refere o encerramento temporário ou a diminuição temporária da actividade, “*devido a facto imputável ao empregador ou por motivo de interesse deste*”. Justificando-se concretização de tais menções a “(facto) *imputável*” e ao “*interesse*”, por força da sua articulação com as referências ao caso fortuito e à força maior³¹⁰⁰, tal qual indicadas no no art. 309.º, n.º 1, a)³¹⁰¹. A complexidade associada à delimitação destes conceitos motiva, porém, dúvidas várias, impondo a clarificação dos seus contornos: quer no que respeita ao empregador, quer quanto ao trabalhador, a concretização da imputação assume, na esfera (suspensiva) laboral repercussões importantes.

³⁰⁹⁹ MONTEIRO FERNANDES, *Direito cit.*, p. 460, ênfase nossa.

³¹⁰⁰ Vários ordenamentos mantêm, mesmo em contexto civilístico, o apelo ao fortuito (v. o art. 1148 do CCfr. e, a este propósito, RADOUANT, *Du cas fortuit cit.*, e ANTONMATTEL, *Contribution cit.*). Por sua vez, dispõe o art. 1105 do CCesp. que “*fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables*”.

³¹⁰¹ Este preceito acolhe referência indiferenciada ao caso fortuito e à força maior – à semelhança do previsto no art. 705.º do CC 1867 – não perpetuando autonomia pouco eficiente dos conceitos.

SECÇÃO II

O CRITÉRIO NEGATIVO: A CAUSA NÃO IMPUTÁVEL

O CRITÉRIO POSITIVO: O “FORTUITO” (O CASO FORTUITO E A FORÇA MAIOR)³¹⁰²

A imputação jurídica, enquanto recondução das consequências de dado facto (o não cumprimento) a determinado sujeito pode revelar-se sob a forma de imputação subjectiva e objectiva³¹⁰³. Nesta medida, ao não cumprimento imputável ao devedor é usual associar a ideia de “comportamento livre do devedor desconforme a um dever principal ou a um dever acessório de prestação”. Tem lugar, noutras palavras, “quando tenha sido *causado pelo devedor* – e quando tenha sido causado pelo devedor *com culpa*”³¹⁰⁴.

No CC, o art. 790.º, n.º 1, dispõe que “a obrigação extingue-se quando a prestação se torna impossível por causa não imputável ao devedor”. O devedor é, nesta medida, exonerado de responsabilidade pelo não cumprimento^{3105/3106}. Da autonomização dos conceitos de ilicitude e culpa³¹⁰⁷ resulta que, em certo

³¹⁰² As indicações bibliográficas e jurisprudenciais, nacionais e estrangeiras indicadas seguidamente, quanto à delimitação desta matéria – em especial, quanto aos conceitos de “caso fortuito” e “força maior” ou “facto não imputável” – não têm pretensão de exaustividade. O propósito é apenas introdutório, de forma a melhor situar a matéria, entre nós e no âmbito preciso da suspensão laboral. Em si mesma, à temática corresponde objeto amplo e exigente, atendendo não só às diversas teorias a este propósito desenvolvidas, como às mutações que o tema tem vindo a sofrer, em cada área de análise. Para maiores desenvolvimentos no âmbito da civilística e subsequente acomodação no plano laboral, *v. FERNANDEZ DOMINGUEZ, La fuerza cit.*, pp. 29 e ss. De assinalar, no entanto, que o Autor não dissocia força maior e impossibilidade, indicando que “*el hecho imprevisible, inevitable e inimputable precisa además, para que pueda catalogarse de fuerza mayor, que origine la imposibilidad de la prestación; circunstancia que normalmente originará la extinción de la relación obligatoria y la consecuente liberación del deudor*” (p. 64).

³¹⁰³ Para PINTO OLIVEIRA, a imputação subjectiva apela à liberdade do sujeito: “o facto será subjectivamente imputável a quem o tiver causado *voluntariamente*”. Diferentemente, na imputação objectiva, “não se atende à liberdade do sujeito. O facto será objectivamente imputável ainda que não tenha sido causado voluntariamente por nenhum dos sujeitos – e, caso o tenha sido, ainda que não tenha sido causado voluntariamente pelo sujeito a quem as suas consequências são atribuídas” (*Princípios cit.*, p. 426). A este propósito, *v. Joseph RAZ, “Responsibility and the Negligence Standard”, Oxford Journal of Legal Studies*, 2010, vol. 30, n.º 1, pp. 1-18.

³¹⁰⁴ PINTO OLIVEIRA, *Princípios cit.*, p. 426. Constituindo excepções ao princípio da imputação subjectiva do não cumprimento o disposto nos arts. 800.º e 807.º do CC e ainda o regime da responsabilidade do devedor pelo não cumprimento de obrigações de resultado e de obrigações de garantia (pp. 446-449).

³¹⁰⁵ MANUEL DE ANDRADE, *Teoria cit.*, pp. 404 e ss.

³¹⁰⁶ Quanto à delimitação da natureza transitória ou definitiva do impedimento, *v. infra* Capítulo III.

³¹⁰⁷ A ilicitude pode ser referida em sentido amplo ou em sentido restrito. Incluindo, no primeiro caso, não apenas uma vertente objectiva (violação ou ofensa do direito do credor), mas também uma vertente subjectiva (nexo de imputação ético-jurídico ou culpa). Na segunda hipótese, a ilicitude pressupõe apenas a dimensão objectiva, à qual pode (ou não) acrescer um juízo de culpa (GALVÃO TELLES, *Direito cit.*, p. 343). Sobre as concepções objectivista e subjectivista de ilicitude, *v. PESSOA JORGE, Ensaio cit.*, pp. 63 e ss. O Autor admite a dissociação, para efeitos explicativos, da omissão do comportamento devido (aspecto objectivo) e da

sentido, a culpa acresce à ilicitude³¹⁰⁸. Tratamos, pois, de “uma realidade *objectiva* a que tem de se sobrepor um elemento *subjectivo*, consistente em o não cumprimento ser *imputável* ao devedor”³¹⁰⁹. Nesta medida, “agir com *culpa* significa actuar em termos de a conduta do devedor *ser pessoalmente censurável ou reprovável*”. Sendo certo que tal “juízo de *censura* ou de *reprovação da conduta* do devedor só se pode apoiar no reconhecimento, *perante as circunstâncias do caso*, de que o obrigado não só *devia*, como *podia* ter agido de outro modo”³¹¹⁰.

O que pressupõe, desde logo, que o devedor seja imputável, isto é, que disponha de “capacidade natural para prever os efeitos e medir o valor dos actos que pratica e para se determinar de harmonia com o juízo que faça acerca deles”³¹¹¹. Por isso, dispõe o art. 488.º, n.º 1, do CC que “*não responde pelas consequências do facto danoso quem, no momento em que o facto ocorreu, estava, por qualquer causa, incapacitado de entender ou querer, salvo se o agente se colocou culposamente nesse estado, sendo este transitório*”³¹¹². Dir-se-á, nesta medida, que

culpabilidade (aspecto subjectivo). Reconduz, no entanto, os dois elementos ao conceito incindível de acto ilícito (pp. 68-70). ANTUNES VARELA autonomiza os elementos: “não basta, porém, a *ilicitude* do comportamento do devedor, para que ele seja obrigado a indemnizar o credor pelos danos resultantes da falta de cumprimento. É preciso ainda que o devedor tenha agido com *culpa*, como resulta da simples leitura do texto do artigo 798.º, ao responsabilizar só o devedor que falta *culposamente* ao cumprimento da obrigação” (*Das obrigações cit.*, vol. 2, p. 96). Também assinalando as variantes *objectiva* e *subjectiva* da ilicitude, v. Adelaide Menezes LEITÃO, *Estudo de Direito Privado sobre a Cláusula Geral de Concorrência Desleal*, Almedina, 2000, pp. 140-141. A Autora reconhece ainda que o tratamento dual da ilicitude, no plano do Direito Penal e do Direito das Obrigações, tem sido fonte de múltiplas dificuldades analíticas. Numa concepção abrangente, seria possível definir a ilicitude como uma “*violação juridicamente relevante*”, sendo que a “*dimensão de relevância jurídica traduz uma axiologia determinada, pertencente ao direito civil ou ao direito penal, ou a ambos, consoante seja enquadrada pelos princípios ou pelas normas de cada um dos sistemas*” (p. 140).

³¹⁰⁸ Assim, GALVÃO TELLES, *Direito cit.*, p. 346.

³¹⁰⁹ GALVÃO TELLES, *Direito cit.*, p. 345, ênfase nossa.

³¹¹⁰ ANTUNES VARELA, *Das obrigações cit.*, vol. 2, p. 97.

³¹¹¹ ANTUNES VARELA, *Das obrigações cit.*, vol. 1, p. 563. Conforme ALMEIDA COSTA, não obstante a flutuação terminológica (mesmo no domínio civil), fala-se usualmente em “*imputabilidade* e *inimputabilidade*, de *imputáveis* e *inimputáveis*, relacionando-se obviamente estes termos com o conceito de culpa em sentido lato” e que consiste “na *imputação* (atribuição) do facto ao agente” (*Direito cit.*, p. 580, n. 2).

³¹¹² Os critérios de fixação da imputabilidade previstos no artigo 488.º do CC são aplicáveis *ex vi* art. 799.º, n.º 2, do CC. Em domínio penal, há que autonomizar duas situações distintas: (i) o art. 20.º, n.º 4, do CPenal enquadra a designada *actio liberae in causa* – tendo aqui em vista a prática do crime, o agente coloca-se preordenadamente em estado de inimputabilidade; (ii) por sua vez, o art. 295.º do CPenal prevê o caso de o agente se colocar, com dolo ou negligência – mas não já de forma preordenada – em situação de inimputabilidade, assim praticando um facto ilícito típico. Estar-se-á, então, perante um crime autónomo. Quanto à “imputabilidade”, v. Manuel Cavaleiro de FERREIRA, “Imputabilidade”, *Polis, Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*, vol. 3, 1985, pp. 438-447. Autonomizando os conceitos de “imputabilidade” e de “imputação”, indica o Autor que aquela traduz “susceptibilidade de imputação”, a par de “susceptibilidade de responsabilidade ou capacidade de culpa”. Por sua vez, “imputação é a imputabilidade em acto, expressa na referência directa a um acto concreto”. Em suma, a imputabilidade “designa a qualidade do sujeito, a sua capacidade de culpabilidade e de responsabilidade”; já “a imputação designa a imputabilidade verificada com referência a um facto concreto” (p. 439).

“para haver violação do dever e, portanto, acto ilícito, é necessário que o agente esteja no uso das faculdades espirituais, de tal forma que os seus actos lhe sejam moralmente atribuíveis ou imputáveis, por ser ele quem os causou: a violação do dever implica, pois, no agente uma qualidade que é a *imputabilidade*”³¹¹³. Acresce, então, o referido juízo de reprovação ou de censura, um “*nexo psicológico entre o facto praticado e a vontade do lesante*”, que resulta da conclusão de que “em face das circunstâncias concretas da situação”, o devedor “*podia e devia ter agido de outro modo*”³¹¹⁴.

1. O critério positivo: o artigo 705.º do CC 1867 e o “fortuito”

I. Embora sem descurar o âmbito limitado da análise a que nos propomos – circunscrita à esfera laboral e, nesse contexto, à suspensão –, importa considerar o antes indicado no art. 705.º do CC de 1867. Aí se excluía a responsabilidade do devedor, conforme critério positivo, sempre que o impedimento decorresse de facto do credor, força maior ou caso fortuito, “*para o qual [o devedor] de nenhum modo h[ouvesse] contribuído*”³¹¹⁵. O devedor seria, pois, responsável “salvo se consegu[is]se demonstrar que fo[ra] impedido de cumprir por circunstâncias estranhas ao mundo da sua *imputabilidade moral*”^{3116/3117}. Certo, porém, que as dúvidas frequentemente associadas à delimitação precisa do caso fortuito e da força maior³¹¹⁸ e a inutilidade prática da destriça³¹¹⁹ – já que, no domínio da

³¹¹³ PESSOA JORGE, *Ensaio cit.*, p. 68.

³¹¹⁴ ANTUNES VARELA, *Das obrigações cit.*, vol. 1, pp. 566 e 562. Para GOMES DA SILVA, a culpa “tem realidade psicológica e constitui a causa por que o indivíduo não reage devidamente às circunstâncias nem obedece aos imperativos legais, e tem por isso estreita ligação com o dano causado pelos comportamentos ilícitos: é a causa psicológica dêle” (*O dever cit.*, pp. 139-140).

³¹¹⁵ “O contrahente que falta ao cumprimento do contracto torna-se responsável pelos prejuízos que causa ao outro contrahente, salvo tendo sido impedido por facto do mesmo contrahente, por força maior, ou por caso fortuito, para o qual de nenhum modo haja contribuído”. A menção ao caso fortuito e à força maior seguia a linha de influência do *Code Civil* e do Código Civil italiano de 1863 (v. NUNES DE CARVALHO, “Responsabilidade civil ...” *cit.*, p. 388).

³¹¹⁶ Acórdão do Tribunal Arbitral de 30.5.1944 *cit.* pp. 187-188, itálico nosso.

³¹¹⁷ Não obstante, a exterioridade não era, em regra, indicada enquanto exigência do fortuito. Na verdade, “pode o caso fortuito ser também, no nosso direito, um facto relativo à própria pessoa do devedor ou à sua esfera de actividade, contanto que não culposo”. Referindo-se, como exemplo, a hipótese em que “num momento de delírio, o devedor destruiu a coisa a prestar” (MANUEL DE ANDRADE, *Teoria cit.*, p. 421).

³¹¹⁸ Dando nota da volatilidade dos critérios de destriça – *maxime*, de pendor objectivo ou subjectivo – e preferindo a unidade dos conceitos (caso fortuito e força maior), v. MANUEL PIRES, *Do caso cit.*, pp. 5 e ss. Entre tais critérios, assistimos, com frequência, à associação do requisito da “imprevisibilidade” ao caso fortuito e da “irresistibilidade” ou “insuperabilidade” à força maior (acórdão da RP, de 26.2.2004, Proc. n.º 0430314, FERNANDO BAPTISTA). O que estaria, aliás, em consonância com a distinção proposta por Ulpiano, conforme a qual, na força maior, *omnem vim cui resisti non potest* e, no caso fortuito, *casus quos nullum humanum consilium praevidere potest* (*apud* MANUEL PIRES, *Do caso cit.*, p. 174). Nesta linha, conforme destriça assinalada pelo STJ, “o caso fortuito e o caso de força maior são circunstâncias diferenciáveis: aquele representa o desenvolvimento de forças naturais a que se mantém estranha a acção do homem (inundações, incêndios, a morte, etc.); e este consiste num facto de terceiro, pelo qual o devedor não é

impossibilidade, os efeitos eram comuns – contrariavam perpetuar a dualidade³¹²⁰: “o que importa, verdadeiramente, para o fim de exoneração do devedor, é que ele esteja *impossibilitado de cumprir por facto que lhe não é imputável*”. Por conseguinte, “se a este facto se chama caso fortuito ou de força maior, ou se lhe dá outra denominação qualquer, é indiferente”^{3121/3122}. Admitida, neste âmbito, referência indistinta ao fortuito – prescindindo, assim, da dualidade sugerida –, dir-se-á, por sua vez, frequente o apelo, na caracterização do fortuito, à imprevisibilidade e à insuperabilidade³¹²³. Quanto à imprevisibilidade, a tarefa é certamente dificultada se admitirmos que, no limite e por absurdo, “tudo é previsível”, bastando conceber a sua execução³¹²⁴. Surge, assim, a necessidade de restrição aos casos em que a ocorrência é certa

responsável (a guerra, a prisão, o roubo, ordem da autoridade, etc.). O conceito da força maior tem subjacente a ideia da inevitabilidade, ao passo que o caso fortuito assenta na ideia de imprevisibilidade (acórdão de 10.12.1985, Proc. n.º 073169, ALMEIDA RIBEIRO). Promovendo a identificação dos conceitos e criticando a dissociação acolhida, sobretudo, na doutrina estrangeira, v. JAIME DE GOUVEIA, *Da responsabilidade cit.*, pp. 463 e ss.

³¹¹⁹ MONTEIRO FERNANDES, “A suspensão do ...” *cit.*, p. 41. PESSOA JORGE nota, no entanto, que a doutrina estrangeira mantém, por regra, a autonomização dos conceitos e dos respectivos regimes (*Ensaio cit.*, p. 119, n. 84). Por sua vez, o acórdão do Tribunal Arbitral de 30.5.1944 *cit.* indica que embora a doutrina procurasse, recorrendo a critérios diversos – seja em apelo às “idéias de imprevisibilidade e de inevitabilidade”, ou em função da “origem humana ou extra-humana dos eventos” ou ainda distinguindo “factos pertinentes ao círculo de actividade do devedor e factos exteriores a êsse círculo de actividade” –, diferenciar as hipóteses, para a lei tal distinção seria, por regra, indiferente (p. 211). Assim, “entre o caso fortuito e a força maior não há em geral, nas normas legais, diferença nítida de configuração ou de natureza. São expressões que designam indiscriminadamente o mesmo tipo de eventos. Decerto a doutrina se empenha em distinguir conceitos diversos para as duas figuras”. Já a lei, “em regra não distingue, empregando indistintamente uma noção pela outra”. E assim sucedendo também no âmbito do art. 705.º do CC (de 1867). Rematando que “a construção legal unitária das noções de força maior e de caso fortuito, como solução genérica, é ponto que o tribunal tem por certo [...]” (pp. 191-192).

³¹²⁰ VAZ SERRA concluía que a distinção carecia de valor prático, por se tratar “sempre de factos que determinam a impossibilidade de cumprir e que não são imputáveis ao devedor” (“Impossibilidade ...” *cit.*, p. 41). Também MANUEL PIRES referia, ainda à luz do CC 1867, “não h[aver] motivo para formular uma distinção entre caso fortuito e de força maior, sendo o seu regime idêntico” (*Do caso cit.*, p. 18, com itálico nosso). E GOMES DA SILVA indicava que à diferente terminologia não correspondia regime distinto (*O dever cit.*, p. 177).

³¹²¹ Vaz SERRA, “Impossibilidade ...” *cit.*, p. 46, itálico nosso. O art. 705.º do CC 1867, “além da expressão «facto do mesmo contraente», emprega[va] as fórmulas tradicionais, mas vagas, de «força maior» e «caso fortuito», e estas, na falta de definição legal, compreend[ia]m em globo todos e quaisquer acontecimentos que tenham impossibilitado o devedor de cumprir, contando que não lhe sejam moralmente imputáveis” (acórdão do Tribunal Arbitral de 30.5.1944 *cit.*, p. 188). Associando igualmente “*causa não imputável ao devedor*” e “*fortuito*” em sentido amplo, v. MANUEL DE ANDRADE, *Teoria cit.*, p. 419.

³¹²² Admitindo esta premissa, assumimos menção indiferenciada ao “fortuito”, salvo indicação expressa em contrário.

³¹²³ MANUEL PIRES, *Do caso cit.*, pp. 30 e ss. Em termos aproximados, v. RADOUANT, *Du cas fortuit cit.*, p. 137.

³¹²⁴ MANUEL PIRES, *Do caso cit.*, p. 31. Quanto aos limites da “imprevisibilidade” – com apelo a índices de “frequência” e de “normalidade” – e exemplos diversos, v. RADOUANT, *Du cas fortuit cit.*, pp. 150-166.

ou altamente provável³¹²⁵, havendo que considerar um padrão de repetição e de normalidade³¹²⁶ – ressalvado o evento que, embora pouco frequente, possa “mesmo assim, ser previsível, como sucederá se a sua realização estiver iminente e for cognoscível”³¹²⁷. Certo, porém, que a probabilidade de ocorrência nem sempre constitui índice fidedigno: conforme RADOUANT, uma empresa de navegação marítima pode conceber um naufrágio – sempre possível; no entanto, confiar na sua não ocorrência, não constitui necessariamente um acto culposo ou temerário³¹²⁸. Acresce que a valoração da (im)previsibilidade releva no momento em que ao devedor é ainda possível evitar o incumprimento³¹²⁹, havendo que determinar a diligência exigida ao devedor na previsão do evento – variando a mesma em função do critério acolhido, em cada ordenamento³¹³⁰.

II. Só por si, a imprevisibilidade não constitui, todavia, elemento bastante para a delimitação do fortuito. Seria, na verdade, “sempre necessário” que o evento “não p[udesse] ser superado pelo devedor, isto é, que ele não p[udesse] obstar à sua superveniência e dominar os seus efeitos”³¹³¹. É assim que RADOUANT conclui que, a par da imprevisibilidade (concebida em sentido restrito), a irresistibilidade (ou insuperabilidade) surge como requisito essencial do fortuito³¹³². Insuperabilidade significaria transposição impossível de dado obstáculo, pressupondo inevitabilidade ou “impossibilidade de se obstar à superveniência do evento”; e irresistibilidade ou irremovibilidade enquanto “impossibilidade de se dominar os [seus] efeitos”³¹³³. Em síntese, “invocada e provada a impossibilidade de executar, seguir-se-[ia] a investigação do facto que a provocou”, devendo atender-se “à impossibilidade de obstar ao aparecimento

³¹²⁵ MANUEL PIRES, *Do caso cit.*, p. 32.

³¹²⁶ Neste caso, com recurso útil à estatística (MANUEL PIRES, *Do caso cit.*, p. 32). Também PESSOA JORGE indica que “a imprevisibilidade reporta-se ao curso *normal* dos acontecimentos: não se trata duma imprevisibilidade em absoluto, pois então raros seriam os casos fortuitos ou de força maior, mas sim da imprevisibilidade que resulta de *improbabilidade*, o que envolve um juízo de apreciação e não mero juízo de facto” (*Ensaio cit.*, p. 126).

³¹²⁷ MANUEL PIRES, *Do caso cit.*, p. 32. Também no Direito inglês, regra geral, quando a situação é previsível ou deveria tê-lo sido por uma das partes, esta não pode invocar a “*frustration*” em seu favor. Assim foi decidido, entre outros, em *Walton Harvey Ltd v Walker & Homfrays Ltd* ([1931] 1 Ch 274): A concedeu a B o direito a afixar um anúncio no exterior do seu hotel, por sete anos. Nesse período, uma autoridade local adquiriu o hotel compulsoriamente e demoliu-o em seguida. Foi decidido que o contrato não cessara por “*frustration*” porque A conhecia (e B ignorava) a possibilidade de uma tal aquisição. A foi, por conseguinte, responsabilizado pelos danos decorrentes (UPEX e BENNETT, *Davies cit.*, pp. 262-263).

³¹²⁸ RADOUANT, *Du cas fortuit cit.*, pp. 150-180.

³¹²⁹ PESSOA JORGE, *Ensaio cit.*, p. 125.

³¹³⁰ MANUEL PIRES, *Do caso cit.*, p. 34.

³¹³¹ MANUEL PIRES, *Do caso cit.*, p. 46. Para este Autor, a imprevisibilidade constituiria indício de inevitabilidade (p. 45). Assim foi, na verdade, sustentado por RADOUANT, *Du cas fortuit cit.*, pp. 178-179.

³¹³² *Du cas fortuit cit.*, pp. 179-181. Afinal, “nem tudo o que é *previsível* é *evitável* e um acontecimento *inevitável* mas *previsível* não assume o carácter de caso fortuito ou de força maior” (PESSOA JORGE, *Ensaio cit.*, p. 123).

³¹³³ MANUEL PIRES, *Do caso cit.*, p. 37.

de tal facto e, se assim for, à impossibilidade de dominar os seus efeitos”³¹³⁴. Constituindo a insuperabilidade variante própria de impossibilidade – *impossibilidade de superar ou resistir* – é, por vezes, omitida referência autónoma à impossibilidade de execução. Deve, no entanto, ser promovida a depuração dos conceitos: dado evento pode conduzir à impossibilidade de execução sem ser, em si mesmo, insuperável – não deixando o inverso de operar³¹³⁵. Sendo certo que, “para efeitos da responsabilidade por inexecução, só interessa o fortuito que determine impossibilidade”, tal não autoriza “que se inclua esta realidade no conceito de força maior”³¹³⁶. A eficácia exoneratória do fortuito depende, assim, de insuperável impossibilidade de execução³¹³⁷. Noutras palavras, “não interessa averiguar apenas se o facto *em si* é invencível para o devedor ou agente, mas sim se este podia ou não ter evitado o *incumprimento do dever*, que tal facto provocou”³¹³⁸. Afinal, sendo possível travar o surgir de evento irresistível ou impedir o prolongar dos seus efeitos, não o fazendo, o devedor tem culpa – ainda que sob a forma de negligência – na consequente impossibilidade (de execução)^{3139/3140}.

Por fim, tal qual sustentado a respeito da imprevisibilidade, também na insuperabilidade – em concreto, quanto à determinação da diligência exigida ao devedor na superação do evento –, há que atender ao acolhido, em cada ordenamento³¹⁴¹. Neste âmbito, PESSOA JORGE considera, tendo em conta o critério hoje previsto, que “se o homem médio, colocado na posição em que se encontra o devedor ou agente, podia *prever* o facto impossibilitante e se podia (com o mesmo grau médio de esforço) tomar as providências necessárias para *evitar* essa impossibilitação, tais actos passam a estar abrangidos no comportamento devido, em relação ao qual há assim a possibilidade de ter cumprido”³¹⁴². Considerados estes elementos conclui que se verifica impossibilidade superveniente casual de cumprir se “o facto que impediu o devedor era *em si mesmo imprevisível*” ou, embora “previsível, era *imprevisível que provocasse a impossibilitação do cumprimento*”; ou, por fim, se “tendo o facto ocorrido ou sendo previsível, já não se podia evitar a impossibilitação”³¹⁴³.

De assinalar que, ainda hoje, o fortuito encontra importantes concretizações na esfera suspensiva laboral: assim, entre nós, atento o disposto

³¹³⁴ MANUEL PIRES, *Do caso cit.*, p. 38, com itálico nosso. Quanto ao uso indistinto dos termos “*irrésistible*”, “*insurmontable*” e “*inévitabile*” na jurisprudência francesa, v. RADOQUANT, *Du cas fortuit cit.*, pp. 137-138.

³¹³⁵ Assim, dado evento pode ser “irresistível”, sem tornar a execução “impossível” (RADOQUANT, *Du cas fortuit cit.*, p. 139).

³¹³⁶ GOMES DA SILVA, *O dever cit.*, p. 180.

³¹³⁷ RADOQUANT, *Du cas fortuit cit.*, pp. 138-140.

³¹³⁸ PESSOA JORGE, *Ensaio cit.*, p. 121.

³¹³⁹ RADOQUANT, *Du cas fortuit cit.*, p. 140; quanto à “negligência” ou “imprudência”, v. p. 145.

³¹⁴⁰ E tal resistência deve ser prolongada por todo o período desde a celebração do contrato até à sua execução, considerando todos os eventos susceptíveis de traduzir obstáculos, directos ou indirectos (RADOQUANT, *Du cas fortuit cit.*, p. 140).

³¹⁴¹ MANUEL PIRES, *Do caso cit.*, p. 34.

³¹⁴² *Ensaio cit.*, p. 127, itálico nosso.

³¹⁴³ PESSOA JORGE, *Ensaio cit.*, pp. 123-124.

no art. 309.º, n.º 1, a). Acolhe, porém, outras tantas manifestações noutros ordenamentos:

a) Testando a aproximação destes conceitos à dinâmica suspensiva laboral, importa referir – porque demonstrativo da especial complexidade associada à transposição, para este contexto, de noções operativas de contornos nem sempre facilmente apreensíveis – os reflexos de greves externas³¹⁴⁴, na medida em que possam constituir impedimento à actividade dos trabalhadores ao serviço de dada organização³¹⁴⁵. A jurisprudência espanhola tem, na verdade, considerado a recondução destas situações à “*fuerza mayor temporal*” suspensiva (cf. art. 45, n.º 1, i) do ET)³¹⁴⁶. Para densificação da força maior, a doutrina apela, na ausência de definição especial expressa, ao disposto no art. 1105 do CCesp., conforme o qual, “*fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables*”³¹⁴⁷. Surgindo, neste

³¹⁴⁴ Outro exemplo frequentemente ilustrativo das exigências associadas ao carácter irresistível do impedimento seria a doença. Em decisão de 16.3.1864, a *Cour de Cassation* decidiu que a doença não constituiria força maior, impeditiva do estipulado. Assim, se o obstáculo de força maior traduz um evento que não comporta qualquer resistência, dir-se-ia que, contra a doença, qualquer que fosse a sua natureza, deveriam ser tomadas todas as precauções que aconselham cada um a ser vigilante dos seus interesses (*apud* RADOUANT, *Du cas fortuit cit.*, pp. 146-147, itálico nosso). Em referência a concretizações jurisprudenciais diversas, v. pp. 141 e ss; quanto à valoração da imputação da doença ao trabalhador, v., todavia, o indicado *infra* Secção III, § 1.

³¹⁴⁵ Já quanto ao impacto de greve que tem lugar em dada empresa na inactividade de trabalhadores não grevistas, v. o referido *supra* Capítulo I, Secção IV, § 2.3.2., IV. Por sua vez, relativamente aos reflexos de greve externa, FERNANDEZ DOMINGUEZ subscreve a recondução destes casos à força maior: “*en el supuesto de huelga desarrollada en otra empresa [...] de cuyas actividades dependen funcionalmente las de la empresa que recurre al cierre, cabe calificar el impedimento como fuerza mayor*” (*La fuerza cit.*, pp. 136-137).

³¹⁴⁶ Com referências alternadas à suspensão por “*causas económicas, técnicas, organizativas o de producción*” (cf. art. 45, n.º 1, j) do ET). Em qualquer hipótese, a suspensão resulta da iniciativa do empregador, nos termos previstos no art. 47, n.º 1, do ET – quanto às causas económicas, técnicas, organizativas ou de produção – e no art. 47, n.º 3, do ET – relativamente à força maior. No que respeita à menção à força maior, dir-se-á que “*se tipifica en este caso como motivo específico de suspensión lo que en otras épocas la doctrina ha considerado fundamento último de toda suspensión contractual: la fuerza mayor; en la que se entendían englobadas todas las circunstancias que, ajenas a la voluntad de los sujetos de la relación laboral, tenían la virtualidade de impedir la ejecución del contrato*” (RIVAS VALLEJO, *La suspensión cit.*, p. 192).

³¹⁴⁷ MARTÍN VALVERDE, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ e GARCÍA MURCIA, *Derecho cit.*, pp. 765-766. Transposta esta noção para o âmbito laboral, a força maior dita, conforme os casos, a modificação das condições de trabalho, a suspensão laboral ou a extinção do contrato (*idem*). Também RIVAS VALLEJO dá conta que é possível falar-se de “*un efecto escalonado de una misma causa, en función de su hipotética temporalidad o su carácter definitivo, dando lugar en el primer caso a la suspensión del contrato y en el segundo a su extinción*” (*La suspensión cit.*, p. 192). A par de outros estudos, v. ainda SOMOZA ALBARDONEDO e SOMOZA RAMIS, que indicam: “*la suspensión del contrato de trabajo por fuerza mayor se basa en la existencia de circunstancias imprevisibles o que previstas no se hayan podido evitar, que originen la imposibilidad de trabajar con carácter temporal*” (*Suspensiones cit.*, p. 83). À luz de enquadramento legal anterior e tratando apenas de hipóteses de força maior que atingem, em primeira linha, o trabalhador, v. VIDA SORIA, *La suspensión cit.*, pp. 184 e ss.

âmbito, como particularmente ilustrativo, o debate, renovado na doutrina espanhola, a propósito da greve de transportadores de veículos pesados de mercadorias, iniciada em Espanha, à meia-noite de 8.6.2008, por tempo indefinido. A greve fora convocada pela Federação Nacional de Associações de Transportes de Espanha, com o propósito de pressionar o Governo à aprovação de medidas que permitissem aos transportadores melhor suportar os custos associados ao transporte, que haviam sofrido um aumento significativo, atenta a subida do preço do petróleo³¹⁴⁸. Como sucedido noutras ocasiões, a greve afectou o fornecimento de matérias-primas a diversas organizações e respectivas linhas de produção. Surgindo, então, a dúvida quanto à possível qualificação de tais greves como força maior, justificativa do recurso à suspensão laboral, tendo em conta a consequente inactividade dos trabalhadores das empresas afectadas³¹⁴⁹. As autoridades administrativas competentes terão sustentado um conceito restritivo de força maior, excluindo esta hipótese do seu âmbito. Assim divergindo, porém, do entendimento que havia sido perfilhado pelo TS, a propósito de casos idênticos³¹⁵⁰. Vejamos, pois, ainda que sucintamente, a orientação do TS, a este respeito:

b) Em sentença de 7.3.1995, o TS definiu a força maior como o acontecimento externo à empresa, razoavelmente imprevisível e inevitável ou irresistível. Aqui se reconduzindo os casos em que, embora ainda possível prever a ocorrência de evento obstativo, não teria sido viável travar os seus efeitos. Atento este enquadramento, o TS constatou serem considerados, tradicionalmente, como casos de força maior, as alterações derivadas de conflitos sociais, quando tenham carácter extraordinário e *externo* à actividade das empresas afectadas – e não quando as empresas sejam parte no conflito – desde que não fosse possível prever o conflito ou, havendo sido previsto, não tenha sido possível evitá-lo³¹⁵¹. Conforme estes parâmetros de orientação, o TS concluiu pela qualificação dos efeitos da greve como força maior, justificativa da suspensão.

³¹⁴⁸ Greves idênticas tiveram, então, lugar em Portugal, França, Bélgica e Itália. Quanto aos diversos tipos de greve admissíveis – ofensivas/defensivas, laborais/não laborais, autónomas/de solidariedade –, v. JOSÉ JOÃO ABRANTES, *Direito cit.*, p. 77, n. 156.

³¹⁴⁹ O ET prevê a força maior como hipótese extintiva e suspensiva, conforme os casos: o art. 49, n.º 1, h) indica que o contrato cessa “*por fuerza mayor que imposibilite definitivamente la prestación de trabajo, siempre que su existencia haya sido debidamente constatada conforme a lo dispuesto en el apartado 7 del artículo 51*”. Já o art., 45, n.º 1, i), admite a suspensão por força maior temporária (v. ainda arts. 47, n.º 3, e 51, n.º 7, do ET). A tal propósito, v. Cristina Taboada BAQUERO, “El Paro de Transportistas: ¿Causa de Fuerza Mayor Justificativa de la Suspensión Temporal de la Relación Laboral? Interpretación Jurisprudencial de la Sala Tercera del Tribunal Supremo”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º 21, 2008, pp. 56-59, p. 57, disponível em <http://www.uria.com/esp/actualidad_juridica/n21/02foro02.pdf>.

³¹⁵⁰ Tal qual decorrente de decisões de 7.3.1995, de 3.3.1998, de 29.6.1998 e de 24.2.1999 – respectivamente, Rec. n.º 2482/1992, Rec. n.º 7023/1992, Rec. n.º 4505/1992 e Rec. n.º 3536/1993. V. ainda decisão do TS de 27.2.2008, ROJ STS 641/2008.

³¹⁵¹ TABOADA BAQUERO, “El paro ...” *cit.*, p. 57.

c) Em nova sentença, de 3.3.1998, o TS analisara, mais uma vez, as consequências de greve de transportadores em empresa do ramo automóvel, cuja produção foi interrompida, por falta de matérias-primas. O TS considerou novamente possível qualificar a situação como força maior, determinante da suspensão laboral: a falta de abastecimento de certas peças teria ditado a paragem do processo produtivo; acrescentando-se que a empresa havia actuado diligentemente, tendo adoptado as medidas necessárias para fazer frente à situação desencadeada pela greve³¹⁵². No entender do TS, ainda que a greve fosse previsível, o seu prolongamento indefinido e as consequências inerentes – nomeadamente, o corte de estradas e o encerramento das fronteiras com Portugal e França – constituíam circunstâncias externas, imprevisíveis e inevitáveis para a empresa³¹⁵³.

d) Em decisão de 29.6.1998, o TS tratou novamente da repercussão da greve dos transportadores no processo produtivo de empresa fabricante de electrodomésticos que, por falta de matérias-primas, sofrera uma paralisação no processo produtivo. Uma vez mais, a autoridade administrativa sustentara uma leitura restritiva da força maior, concluindo que os seus traços essenciais – acontecimento insólito e não razoavelmente previsível – não podiam ser associados à greve, enquanto direito fundamental dos trabalhadores, garantido pela Constituição. O TS concluiria, porém, em sentido inverso: a força maior, enquanto conceito indeterminado, deve compreender todos os eventos resultantes de um facto externo, alheio à vontade do empregador. Aqui se incluindo situações que, embora previsíveis, resultem inevitáveis. E admitindo a greve e a consequente falta de abastecimento de matérias-primas como acontecimento externo e inevitável – qualificável, por conseguinte, como força maior temporária. De assinalar, todavia, que o TS chega a esta conclusão sem avaliar o prejuízo sofrido pela empresa e sem detalhar os contornos precisos da greve – *v.g.*, o seu prolongamento no tempo e o encerramento de estradas e de fronteiras. Daqui resultando, por conseguinte, uma flexibilização da posição do TS, atenta a dispensa de valoração do grau de diligência da empresa, quanto ao que fosse adequado promover, de forma a minorar ou evitar as consequências da greve³¹⁵⁴.

e) Por fim, também em sentença de 24.2.1999, o TS qualifica a greve de transportadores como força maior. No caso, a empresa recorrera da decisão do *Tribunal Superior de Justicia* de Madrid, que considerara que a greve e seu impacto no processo produtivo de empresa do ramo automóvel – quebra no abastecimento de peças necessárias à produção –

³¹⁵² Ao invés, a autoridade administrativa havia considerado que a greve não podia ser qualificada como força maior temporária, por não traduzir um acontecimento extraordinário – antes resultando de um acto de vontade. Antes se tratava de um acontecimento normal, com que as empresas deveriam contar, adoptando as medidas necessárias.

³¹⁵³ TABOADA BAQUERO, “El paro ...” *cit.*, p. 58.

³¹⁵⁴ TABOADA BAQUERO, “El paro ...” *cit.*, pp. 58-59.

não poderia ser qualificado como força maior temporária: atendendo aos traços fundamentais da greve, a sua repercussão difusa em diversos sectores de actividade não revestia natureza extraordinária que autorizasse a sua recondução à força maior. O TS retoma, porém, os critérios já enunciados na decisão de 3.3.1998, avaliando as circunstâncias do caso concreto e o grau de diligência assumido pela empresa perante a greve³¹⁵⁵: embora a greve fosse, em si mesma, previsível, o mesmo já não se poderia dizer quanto ao seu prolongamento, e às consequências de uma tal paragem, como o corte de estradas e o encerramento de fronteiras. Tendo sido demonstrado que a empresa havia actuado com a diligência exigível, o Tribunal considera que a falta de matérias-primas constitui facto externo alheio à sua esfera de actividade³¹⁵⁶.

f) Entre nós, atendendo ao enquadramento sustentado a respeito das hipóteses em que o trabalho resulta inviabilizado por falha de colaboração do credor³¹⁵⁷, a solução preconizada relativamente às hipóteses descritas não diverge substancialmente do proposto para as situações de greve interna, que, atingindo o funcionamento da organização, obstem ao desenvolvimento da actividade laboral, por trabalhadores não grevistas. Traduzindo os casos ora em apreço também situações de “impossibilidade no rasto da mora do credor”, sobre o empregador impenderia – conforme a lógica então exposta – igualmente o risco de inutilização da actividade laboral, cabendo-lhe o pagamento da retribuição. Simplesmente, atento o enquadramento reservado ao exercício do direito à greve, assumimos que os reflexos de greve interna não autorizavam a qualificação directa como força maior; e concluindo pela difícil acomodação de tais situações a qualquer das variáveis suspensivas por factos respeitantes ao empregador – uma vez excluída também a qualificação como circunstância imputável ou no interesse do empregador –, restava, a par das hipóteses que legitimavam o recurso ao “lay-off”, concluir por uma lógica de repartição do risco *idêntica* à pressuposta na força maior – 75% e 25% a cargo do empregador e trabalhadores, respectivamente. cremos, todavia, que apenas se afigura razoável afastar a recondução da greve ao fortuito quando estejamos perante reflexos do exercício do direito à greve no seio da organização – aqui se enquadrando, não só o exercício (directo) do direito à greve, enquanto facto suspensivo respeitante ao trabalhador³¹⁵⁸, mas também a suspensão derivada da inactividade de trabalhadores não grevistas (por efeito do exercício da greve, pelos demais): estes seriam os casos em que o direito à greve deve ser perspectivado como ocorrência normal e expectável, pelo empregador, enquanto titular de determinada organização. Não transpomos, todavia, semelhante lógica para as situações em que o exercício da greve resulte externo à empresa, tal qual nas hipóteses acima referidas, retratadas na jurisprudência espanhola:

³¹⁵⁵ TABOADA BAQUERO, “El paro ...” *cit.*, p. 59 .

³¹⁵⁶ Subscrevendo o entendimento do TS nesta decisão *v.* SOLÀ MONELLS, *La suspensión cit.*, pp. 203-204.

³¹⁵⁷ *Supra*, Capítulo I, Secção IV.

³¹⁵⁸ *V. supra* Capítulo I, Secção III, § 2.5.

contanto que o empregador tenha tomado todas as medidas exigíveis, diligenciando adequadamente para obviar a um tal desfecho, há que concluir que o não recebimento da actividade laboral concretiza, então – sem atalho – circunstância fortuita, com aplicação da repartição do risco indicada no art. 309.º, n.º 1, a)³¹⁵⁹. Por sua vez e em conformidade com esta lógica, caso se entenda que a inactividade dos trabalhadores decorre ainda de falha na diligência exigível ao empregador, quanto à minimização dos efeitos da greve, haverá que admitir, então, a imputação do impedimento ao trabalho ao empregador, com aplicação do disposto no art. 309.º, n.º 1, b)^{3160/3161}. Este exemplo é, não obstante, ilustrativo da difícil acomodação, na esfera laboral, da noção de “fortuito”, estando em causa reflexos de fenómenos sociais na dinâmica organizativa³¹⁶².

III. Ainda no âmbito do art. 705.º do CC de 1867, havia, porém, que atender também à parte final daquela norma, onde se dispunha que o devedor não poderia ter contribuído para o surgir do facto impeditivo ou para os seus efeitos³¹⁶³. Sugerida a relevância autónoma desta valoração face à diligência imposta ao devedor quanto à previsibilidade e à insuperabilidade do evento

³¹⁵⁹ Diversamente, explicitando que no Direito alemão a solução acolhida pressupõe, por regra, também nestes casos, a dispensa do empregador quanto ao pagamento do salário aos trabalhadores desocupados em consequência de greve externa, v. YAMAGUCHI, *La théorie cit.*, pp. 292-293. É, em concreto, assinalado: “*par exemple, l'exécution du travail peut devenir impossible par suite d'une grève déclenchée dans l'entreprise de distribution de l'électricité, entraînant l'interruption de la fourniture du courant nécessaire au fonctionnement de l'usine. On retrouve ici encore le motif de la solidarité existante entre les travailleurs, en vertu de laquelle se justifie pour l'employeur la dispense de paiement du salaire*” (pp. 292-293).

³¹⁶⁰ Entendemos que também neste sentido se pronuncia SOLÀ MONELLS: “*el empresario queda obligado a aprovechar al máximo, es decir, empleando toda la diligencia que le es exigible, las posibilidades de excluir o reducir los efectos del evento sobrevenido (la huelga), de forma que cuando, por ejemplo, una empresa vea paralizada su producción por carencia de materia prima debido a una huelga en la empresa que se la suministra, deberemos valorar si la huelga fue previsible, si existió posibilidad de almacenar tales materias, si existen formas alternativas de aprovisionamiento que no sean excesivamente gravosas, etc. y en base de ello determinar si concurre fuerza mayor*” (*La suspensión cit.*, pp. 200-201).

³¹⁶¹ Já a greve externa à empresa, que não condicione a capacidade de cooperação do empregador, mas inviabilize, por hipótese, a deslocação do trabalhador até ao local de trabalho (v.g., greve de transportes), constitui ausência referente ao trabalhador (tratar-se-ia, agora, na expressão de BAPTISTA MACHADO, de “impossibilidade de prestar” e não já de “impossibilidade de cumprir” – v. *supra* Capítulo I, Secção IV, § 2.3.2., II), havendo, em cada caso, que aferir se ao trabalhador era exigível o recurso a meios alternativos de transporte. O impedimento ao trabalho respeita ainda ao trabalhador, justificando-se avaliar em que medida a não superação do entrave ao cumprimento é censurável ao trabalhador. Reconduzindo genericamente uma greve nos transportes que inviabiliza o cumprimento a impossibilidade não imputável ao devedor, v. BRANDÃO PROENÇA, *Lições cit.*, p. 176. Referindo tais circunstâncias no Direito inglês, v. *supra* n. 1717.

³¹⁶² Outros exemplos foram já indicados – v. *supra* Capítulo I, Secção III, § 2.1., as dificuldades de recondução à força maior de ausências preventivas e consequentes por Gripe A.

³¹⁶³ “*O contrahente que falta ao cumprimento do contracto, torna-se responsável pelos prejuizos que causa ao outro contrahente, salvo tendo sido impedido por facto do mesmo contrahente, por força maior, ou por caso fortuito, para o qual de nenhum modo haja contribuído*”.

impeditivo, havia que precisar o que era, afinal, aqui, previsto³¹⁶⁴. Dir-se-ia que a culpa do devedor pode interferir em moldes variáveis, em momentos diversos, sendo, neste âmbito, convocados exemplos distintos: (i) o encerramento de um jornal, por ordem de autoridade poderá não exonerar o jornal de responsabilidade perante terceiros, caso o encerramento tenha lugar após avisos sucessivamente desconsiderados – não havendo, então, como contrariar a culpa do devedor na produção do fortuito³¹⁶⁵; (ii) a execução de trabalhos públicos atinge os cabos eléctricos de dada empresa, afectando a iluminação que lhe cabia fornecer. Embora a interrupção possa, em si mesma, constituir circunstância fortuita, pode não ser o bastante para desresponsabilizar a empresa, caso não tenham sido adoptadas medidas adequadas a precaver estes efeitos³¹⁶⁶; (iii) por fim, a falta de diligência do devedor pode ter lugar após o fortuito, prolongando os seus efeitos³¹⁶⁷. Propendemos, no entanto, a dispensar uma tal valoração autónoma, no que respeita ao fortuito: nas circunstâncias descritas, não se estará (sequer) perante situação de fortuito porque falha a diligência exigida ao devedor na previsibilidade ou na superação de evento que impossibilita a execução – e neste sentido, RADOUANT conclui que, em qualquer um destes casos, está apenas em causa aferir da ausência de culpa^{3168/3169}.

Entre nós, já à luz do art. 799.º, n.º 1, do CC, para efeitos de responsabilidade, impende sobre o devedor o ónus de provar a ausência de culpa na impossibilidade da prestação³¹⁷⁰ – o que poderá tão-só reclamar

³¹⁶⁴ MANUEL PIRES dá, neste âmbito, o exemplo de um roubo: “se o devedor descurou a guarda da coisa e o roubo surge por não se terem adoptado os cuidados necessários para a protecção deste, temos a contribuição do devedor para este roubo, e nem de caso fortuito há que falar” (*Do caso cit.*, p. 47).

³¹⁶⁵ RADOUANT, *Du cas fortuit cit.*, pp. 182-183.

³¹⁶⁶ RADOUANT, *Du cas fortuit cit.*, pp. 185-186.

³¹⁶⁷ RADOUANT, *Du cas fortuit cit.*, p. 187.

³¹⁶⁸ RADOUANT, *Du cas fortuit cit.*, pp. 194-195.

³¹⁶⁹ Tal assimilação é contrariada pelos autores que exigem ainda, como condição essencial à operacionalidade da força maior, a sua proveniência externa. Este requisito manteria, aliás, operacional a distinção entre força maior e caso fortuito, exigindo este último a verificação autónoma da exigência de culpa (RADOUANT, *Du cas fortuit cit.*, p. 196).

³¹⁷⁰ Como forma de tutela do crédito, “é o devedor que suporta o risco de não conseguir provar a ausência de culpa, prova essa por vezes muito difícil, *maxime* quando o incumprimento se deveu a causas ignoradas, ou falhas anónimas” (FERREIRA DA ROCHA, “A imputação ...” *cit.*, p. 64). Assinala, a este propósito, GALVÃO TELLES que “à face do Código de 1867 podia sustentar-se com plausibilidade que havia uma repartição do ónus da prova entre o devedor e o credor quanto ao facto impeditivo. Ao devedor incumbiria provar a existência desse facto, ou seja, que fora impossibilitado de cumprir; ao credor, que esta impossibilidade lhe era imputável, a ele devedor, provindo de culpa sua”. Dir-se-á, todavia, que “hoje não é assim. A *presunção de culpa* estabelecida no artigo 799.º, n.º 1, do actual Código deve considerar-se *aplicável também à culpa na impossibilidade de cumprimento*”. E assim já que “o referido preceito preceito consta de uma divisão subordinada à epígrafe *princípios gerais*. E a redação do artigo 801.º, inculca que *a culpa na impossibilidade de cumprimento está sujeita ao mesmo regime de culpa no não cumprimento de uma prestação possível*. Ora, se aqui a culpa se presume, há que concluir que ali se presume também” (*Direito cit.*, p. 363, ênfase nossa).

formas distintas de prova³¹⁷¹: sendo a origem da impossibilidade desconhecida, caberá ao devedor demonstrar a ausência de culpa mediante prova tendencialmente negativa, indirecta³¹⁷² e imperfeita³¹⁷³.

IV. Certo, porém, que o encadeamento dos factos nem sempre facilita a delimitação precisa da culpa ou a identificação do momento exacto em que deve ter lugar uma tal avaliação. Conforme GALVÃO TELLES, “é imputável ao devedor o *próprio facto em si*; ou é-lhe imputável o *impedimento* por este originado”; afinal, em qualquer dos casos, “há culpa do devedor na *impossibilidade de cumprimento*”³¹⁷⁴. Reiteramos o apelo ao caso AA c. UEP – ainda solucionado à luz do CC 1867³¹⁷⁵:

- Por contrato de fornecimento de energia eléctrica, a UEP estava obrigada ao fornecimento regular de energia eléctrica ao AA;
- Por contingências associadas à Segunda Guerra Mundial, o fornecimento de carvão inglês foi interrompido, motivando a sua substituição por carvão nacional, de qualidade inferior. A alteração da matéria-prima provocou uma avaria numa das duas caldeiras da UEP;
- Passando a dispor de apenas uma caldeira, a UEP poderia ter optado por afectar toda a energia produzida, em exclusivo, ao AA – sendo a mesma bastante para o cumprimento integral das obrigações assumidas com o AA. A UEP decidiu, porém, ratear entre os seus clientes a energia que passaria a produzir;

³¹⁷¹ BALLETTI, “La risoluzione ...” *cit.*, pp. 483-518, p. 492. Tem, neste caso, aplicação a regra geral, conforme a qual “ao credor apenas incumbe a prova do seu crédito, cabendo ao devedor a de que se exonerou por impossibilidade superveniente não imputável. Provado pelo credor o seu crédito, ao devedor, que pretende ser exonerado (e, portanto, não dever indemnizar, nem sujeitar-se a outras consequências do não-cumprimento), caberá a prova de que a prestação se tornou *impossível* e de que esta impossibilidade *lhe não é imputável*”. A lógica desta repartição é evidente, enquanto consequência do princípio, “segundo o qual compete ao devedor a prova dos factos que extinguem a sua obrigação”, considerando, não só que a extinção da obrigação importa “sobretudo ao devedor, que deve, por isso, munir-se dos meios de prova”, mas também que é o devedor quem está em melhor situação “para produzir a prova da impossibilidade da prestação e da sua inimputabilidade a si mesmo” (Adriano Paes da Silva Vaz SERRA, “Encargo da Prova em Matéria de Impossibilidade ou de Cumprimento Imperfeito e da sua Imputabilidade a uma das Partes”, *Impossibilidade Superveniente. Desaparecimento do Interesse do Credor. Casos de Não-Cumprimento da Obrigação*, Separata do BMJ, 1955, n.ºs 46, 47 e 48, 1955, pp. 246-274, p. 247).

³¹⁷² Sem precisar o motivo do dano, procurar-se-á demonstrar, por eliminação, a inexistência de culpa. Por conseguinte, “se o devedor, que não pode provar o facto que tornou impossível a prestação da coisa devida (não a encontra e não pode provar que foi roubada), demonstrar que tomou todas as cautelas exigíveis, no caso concreto, para guarda da coisa, terá provado o bastante para se considerar liberto da obrigação” (VAZ SERRA, “Encargo ...” *cit.*, pp. 248-249).

³¹⁷³ Porque traduz apenas uma probabilidade (RADOUANT, *Du cas fortuit cit.*, p. 238).

³¹⁷⁴ *Direito cit.*, p. 362, itálico nosso.

³¹⁷⁵ Acórdão do Tribunal Arbitral de 30.5.1944 *cit.* Referimos esta hipótese *supra*, n. 2197.

- Na sequência de um tal rateio, a potência dispensada ao AA era insuficiente para manter a laboração nas oficinas do AA – que ficaram paralisadas.

A par das dificuldades pressupostas na convocação da “impossibilidade” – questão superada através do apelo à “impossibilidade moral”³¹⁷⁶ – havia que analisar a possível imputação do impedimento à UEP e decidir se a impossibilidade decorria, afinal, de culpa da UEP³¹⁷⁷. Estando perante hipótese de impossibilidade moral de fornecimento do acordado ao AA, o juízo de culpa respeitava à diligência e à prudência exigíveis à UEP, quanto à preservação da caldeira e/ou de reservas de carvão. Tendo a guerra sido considerada razão mediata do impedimento – porque “o que importa, na verdade, é haver nexo de adequada causalidade entre o caso e o impedimento de cumprir, sendo indiferente que na sequência causal haja ou não a interposição de causas intermédias, todas conseqüentes umas das outras”³¹⁷⁸ – havia que verificar se a UEP tinha, ainda assim, culpa na produção do impedimento³¹⁷⁹. A valoração autónoma da culpa foi centrada no carácter irresistível dos eventos e na possível responsabilidade da UEP “no não acautelamento ou superação dos efeitos que o estado de beligerância mundial desencadeou no processo de produção e distribuição de energia administrado pela UEP”³¹⁸⁰. Foi, todavia, concluído que a actuação preventiva da UEP correspondera à diligência exigível – *maxime*, quanto à ponderação de alternativas que obviassem ao impedimento³¹⁸¹. Afinal, “a diligência envolve prudência, sim, mas não a

³¹⁷⁶ Havendo admitido que a opção pelo rateio não tolhe um tal enquadramento.

³¹⁷⁷ Notamos que o juízo de culpa da UEP apenas releva se considerarmos estar perante um caso de impossibilidade. Ao invés, ao entendermos que o fornecimento de energia ao AA se manteve possível, dificilmente se evita “o escolho de a redução de potência remontar, em termos imediatos, a uma decisão livre da devedora e de, consequentemente, se configurar como inexecução dolosa da sua obrigação de fornecimento” (MARIA DE LURDES PEREIRA, *Conceito cit.*, p. 81).

³¹⁷⁸ Acórdão do Tribunal Arbitral de 30.5.1944 *cit.*, p. 220. Também GALVÃO TELLES conclui que “não interessa em nada a circunstância de a guerra não ter determinado de maneira *directa* a impossibilidade de cumprir, mas só de maneira *indirecta*”. Na verdade, “o art. 705.º do Código Civil não exige que o facto do credor, a força maior ou o caso fortuito tenha impedido *directamente* o devedor de cumprir; exige *apenas* que o tenha impedido de cumprir. É preciso, pois, um *nexo de causalidade* entre a força maior e o não cumprimento. De maneira nenhuma é preciso um nexo de causalidade *imediata*. Entre a força maior, como *causa*, e o não cumprimento, como *efeito*, pode interpor-se uma série maior ou menor de situações, desde que cada uma seja *efeito* da situação anterior e *causa* da situação posterior”. E tal havia sucedido no caso em análise: “a guerra tornou impossível a *obtenção de carvão inglês* em quantidade suficiente; esta circunstância determinou a *necessidade de empregar o carvão nacional*; esse emprego provocou, por seu turno, um *desgaste anormal do material*, desgaste que conduziu, em determinadas alturas, a *avaria na caldeira n.º 2* e à sua forçada paragem” (“Anotação ...” *cit.*, p. 26).

³¹⁷⁹ Acórdão do Tribunal Arbitral de 30.5.1944 *cit.* p. 184.

³¹⁸⁰ MARIA DE LURDES PEREIRA, *Conceito cit.*, p. 80.

³¹⁸¹ Na síntese de MARIA DE LURDES PEREIRA, “o tribunal dirigiu pois a sua atenção para a questão da *diligência moral*, do esforço psicológico, da atenção, do zelo empregue pelo devedor na prevenção da impossibilidade, e que considerou estarem ao nível do que lhe seria exigível” (*Conceito cit.*, p. 60, n. 134, com itálico nosso). Quanto à “diligência material” *vs.* “diligência moral”, *v.* GOMES DA SILVA, *O dever cit.*, pp. 168-183 e 267-269.

prudência *excessiva*, que não é verdadeira prudência”³¹⁸². Na verdade, “nos problemas da causalidade, em domínios jurídicos, *não se pode proceder com rigor matemático, sob pena de cair em resultados absurdos*. Assim, por exemplo: porventura aceitar-se-á que se uma fábrica e suas reservas forem destruídas por bombardeamentos não haverá força maior, *só porque seria possível continuar a produção se em vez de uma fábrica e suas reservas o devedor tivesse montado dez, vinte ou trinta fábricas em lugares diversos? Ninguém o dirá*”. Certo, todavia, que em termos absolutamente rigorosos “havia, no exemplo figurado essa tal possibilidade de o devedor ter insensatamente multiplicado os seus órgãos e locais de produção”³¹⁸³. Rejeitada tal leitura extremada, foi, por conseguinte, admitida a verificação de força maior, que inviabilizou – por apelo à impossibilidade moral – a UEP de cumprir a sua obrigação perante o AA.

V. Impõe-se, todavia, assinalar ainda discordância face ao entendimento dominante, que refere o “caso fortuito ou a força maior” e a “ausência de culpa” como expressões de sentido equivalente³¹⁸⁴: a ausência de culpa é pressuposta no fortuito; traduz, contudo, uma realidade mais ampla, não pressupondo o fortuito. GUILHERME MOREIRA assinalava, a este propósito, que “o caso fortuito se dá, logo que não há culpa. O caso fortuito significará, assim, a exclusão da culpa”, tendo início “onde a culpa acaba”. Nesta medida, “estabelecidos os critérios para a determinação desta [...], implicitamente se fixa o conceito de caso fortuito”. Em suma, “êste tem, portanto, em relação à culpa, carácter negativo”³¹⁸⁵. Esta lógica é, por sua vez, acolhida no domínio laboral: em estudo dedicado ao fenómeno suspensivo, MONTEIRO FERNANDES reitera que “o campo próprio do caso fortuito *começa onde acaba a culpa*”³¹⁸⁶. No entanto, na sua generalidade, não temos esta afirmação por correcta: poderá não haver culpa e, não obstante, não haver fortuito. Sem prejuízo da indissociabilidade entre fortuito e ausência de culpa do devedor – que deverá ter procedido com a diligência que lhe era exigível quanto à previsibilidade e à superação do obstáculo –, concebemos hipóteses em que não constituindo o entrave à execução circunstância fortuita (*v.g.*, porque falha a insuperabilidade), o devedor não tem, porém, culpa na sua produção, não lhe podendo ser apontada responsabilidade. Em tais casos, se o devedor não ultrapassa o obstáculo ou não preserva a prestação “*apenas pode dizer-se que se verifica omissão do comportamento*

³¹⁸² Acórdão do Tribunal Arbitral de 30.5.1944 *cit.*, p. 255.

³¹⁸³ Acórdão do Tribunal Arbitral de 30.5.1944 *cit.*, pp. 223-224, com itálico nosso. Acrescentando-se que “o que se diz com a hipótese de 30 fábricas em lugar de uma só, diz-se do mesmo modo com a hipótese de adopção simultânea de muitos processos diferentes de organizar a reserva industrial suficiente” (p. 224; *v.* ainda pp. 254 e ss.).

³¹⁸⁴ Assim, JAIME DE GOUVEIA, ao referir que “a figura jurídica do caso fortuito encontramos-la no direito privado, sempre a-propósito das obrigações a que alguém se encontra vinculado e sempre como reverso da culpa ou negligência” (*Da responsabilidade cit.*, p. 475, com itálico nosso).

³¹⁸⁵ *Instituições cit.*, p. 121, com itálico nosso. Segue esta concepção, entre outros, MANUEL DE ANDRADE, *Teoria cit.*, p. 420.

³¹⁸⁶ “A suspensão do ...” *cit.*, p. 41, itálico nosso.

devido, mas não é legítimo afirmar, sem mais, que haja culpa”³¹⁸⁷. Poderá haver culpa³¹⁸⁸. O que não sucede “se a omissão é lícita, nomeadamente por ocorrer uma causa de justificação”³¹⁸⁹. Importa ilustrar o raciocínio, atenta a sua transposição possível para o âmbito da suspensão laboral – onde é frequentemente reclamada uma noção específica de fortuito:

No domínio laboral, o encerramento por fortuito é expressamente acolhido como hipótese suspensiva. Dispõe o art. 309.º, n.º 1, a), que sendo o encerramento temporário ou a diminuição temporária de actividade devidos a caso fortuito ou a força maior, “o empregador mantém-se obrigado ao pagamento de 75% da retribuição”. Atenta a referência paralela à suspensão por “*facto imputável ao empregador ou por motivo de interesse deste*” (cf. art. 309.º, n.º 1, b)), importa delimitar o sentido que ali reveste o fortuito e verificar se este converge ou diverge do que lhe é, por regra, reservado, no CC. Esta reflexão é justificada porque é usualmente convocado um sentido particular de fortuito – restritivo face ao civil. Entre nós, LOBO XAVIER sugeriu, oportunamente, uma tal delimitação: “parece pois que é necessário construir um conceito *próprio* de caso fortuito e de força maior, *autónomo da teoria geral das obrigações*, e referido às vicissitudes da empresa”³¹⁹⁰. Ora, subsistindo as premissas que motivaram uma tal advertência, importa retomá-las: do confronto do disposto no art. 309.º, n.º 1, a) e b), resulta a conclusão frequente de que o fortuito (cf. alínea a)) não parece assumir apenas o significado de fenómeno excludente da culpa, sob pena de mal compreendermos o enquadramento reservado a outras hipóteses suspensivas – que, embora ainda relativas ao empregador, não pressupõem culpa que lhe seja atribuível (cf. alínea b)), *in fine*, atenta a referência à suspensão por interesse do empregador)³¹⁹¹. Esta lógica assenta, todavia, em premissa que

³¹⁸⁷ PESSOA JORGE, *Ensaio cit.*, p. 130.

³¹⁸⁸ Haverá culpa se o capitão do navio, ciente da previsão de forte tempestade e consciente das medidas a adoptar para evitar que a carga se deteriore, nada faz. Destruída a carga, dir-se-á que “houve um facto da natureza que provocou o não cumprimento”, que não é, porém, “invocável como caso fortuito ou de força maior, porque o devedor podia, dentro da diligência normal, ter evitado esse efeito com a adopção de determinada conduta, *que portanto lhe era imposta em termos desse dever*”. Nesta medida, “se não adoptou por desleixo, esquecimento ou imperícia, actuou com culpa; se não a adoptou por querer que se desse a perda da carga, actuou com *dolo*” (PESSOA JORGE, *Ensaio cit.*, p. 130).

³¹⁸⁹ PESSOA JORGE, *Ensaio cit.*, p. 130. Assim, não haverá culpa se, no momento em que o capitão do navio tem conhecimento da aproximação de tempestade, lhe é solicitada ajuda a embarcação em perigo e aquele, “para cumprir o dever mais forte de salvar vidas, não teve possibilidade de tomar as providências necessárias para subtrair a carga à acção do temporal”. Dir-se-á que se tivessem sido adoptadas outras medidas, a carga não teria sido destruída: nesta medida, o evento não era insuperável, não se qualificando como uma hipótese de fortuito. Porém, “a conduta do devedor foi lícita por ocorrer uma causa de justificação, não houve culpa e não há lugar a responsabilidade”. Não sendo, pois, rigoroso concluir que “o caso fortuito ou de força maior começa onde a culpa acaba” (pp. 130-131).

³¹⁹⁰ LOBO XAVIER, “A repercussão ...” *cit.*, p. 24, *itálico* nosso.

³¹⁹¹ No domínio da LCT, LOBO XAVIER assinalava que “os próprios termos da lei do contrato de trabalho (cfr. art. 78.º e 79.º) contrapõem, ao caso fortuito e de força maior, as hipóteses de culpa do empresário e as *razões de interesse deste*: assim se exclui a viabilidade de definir o caso fortuito ou de força maior, dizendo que são circunstâncias que têm em relação à culpa carácter

não temos por segura: a definição negativa do fortuito, enquanto fenómeno excludente da culpa³¹⁹².

Assumida a pertinência da demarcação do fortuito neste contexto, MONTEIRO FERNANDES procura conciliar referências. Nota, na verdade, dificuldade em acomodar aqueles conceitos, atendendo à forma como a suspensão laboral apela, nesta sede, ao fortuito e ao “interesse” (vs. “*facto imputável*”). Assinala, desde logo, que o caso fortuito e a força maior, se “encarados meramente na sua *função negativa em relação à culpa*” suscitam uma dúvida imediata: como justificar o enquadramento autónomo de casos em que a culpa do empregador “*está ou pode estar ausente: aquelas em que a interrupção da laboração é devida apenas a razões «de interesse» do empregador*”?³¹⁹³. A indiciada dissociação fortuito-culpa não seria conforme à (suposta) configuração do fortuito no domínio do CC, como “espaço livre de culpa”. Assim se justificando – assumido tal pressuposto – a sua necessária restrição, em contexto laboral: aqui, o fortuito seria (teria de ser) “*algo mais do que a mera ausência de culpa da entidade patronal*”. Procurando identificar os critérios que legitimariam uma tal compreensão mais exigente, MONTEIRO FERNANDES refere que, para além da imprevisibilidade e da inevitabilidade do evento impeditivo, deveria aqui concorrer um “*nexo de causalidade imediata entre tal evento e o encerramento da empresa (ou seja, por outras palavras, que as circunstâncias concretas não comport[asse]m uma opção, nomeadamente conduzida por critérios técnicos ou económicos)*”³¹⁹⁴.

Divergimos, porém, deste entendimento, por duas razões: (i) não cremos que haja, neste caso, que convocar uma especial leitura (v.g., mais exigente) do fortuito, por concedermos que, em geral, pode não haver culpa e não concorrer fortuito – admitindo que assim suceda também no encerramento por motivo de interesse do empregador; (ii) consideramos que não importa, para a valoração que ora nos ocupa, aferir se há ou não espaço para uma *decisão* do empregador, quanto ao encerramento. Este segundo ponto convoca, na verdade, reflexão

negativo” (“A repercussão ...” *cit.*, p. 24). Haveria, afinal, neste âmbito preciso, “hipóteses de encerramento ou diminuição da laboração por causa não-imputável e que mesmo assim não são determinadas por caso fortuito ou por força maior” (LOBO XAVIER, *Regime cit.*, p. 161).

³¹⁹² “Para a noção de caso fortuito ou de força maior não se pode recorrer sem mais ao conceito da teoria geral das obrigações, que se refere ao não cumprimento de uma obrigação, sem culpa do devedor” (LOBO XAVIER, *Regime cit.*, p. 161, *itálico nosso*).

³¹⁹³ *Direito cit.*, pp. 466-467, *itálico nosso*.

³¹⁹⁴ *Direito cit.*, p. 467, *ênfase nossa*. Aqui reconduzindo os casos de “falta de combustível ou energia eléctrica, carência absoluta de matérias-primas, intervenção da autoridade pública (não decorrente de comportamento culposo do empresário), cataclismo localizado ou geral, etc.” (*idem*). Seguindo este entendimento, v. AA.VV., *Código cit.*, pp. 671-672, (anotação JOANA VASCONCELOS), aqui se somando também as hipóteses de “destruição das instalações ou equipamentos”, em caso de “terramoto, incêndio, atentado terrorista” e ainda a guerra (p. 672). Referindo, em data, anterior, casos idênticos, v. MÁRIO PINTO, FURTADO MARTINS e NUNES DE CARVALHO, *Comentário cit.*, p. 241. Acompanhamos, no entanto, JÚLIO GOMES, quando observa que, na hipótese de falta de matérias-primas, combustível ou energia, haverá que “verificar se não houve culpa do empregador que, por exemplo, não providenciou a tempo o abastecimento”, quando tais dificuldades eram previsíveis (*Direito cit.*, p. 865).

anterior, respeitando a análise que antecede aquela que agora tratamos: situámos oportunamente o enquadramento de hipóteses em que a actividade do trabalhador resulta impossibilitada por razões referentes ao empregador³¹⁹⁵. E concluímos, então, pela inexactidão do apelo a uma impossibilidade absoluta de cooperação: salvo pontuais excepções, por princípio, o encerramento/suspensão resulta, afinal, de decisão/acto voluntário do empregador: ainda que o encerramento decorra de fortuito, concorre frequentemente momento valorativo, em que ao empregador é possível optar por soluções diversas e sem que tal obste à operacionalidade da suspensão. Sugerimos, aliás, que seria mais adequado renovar o apelo à *inexigibilidade de colaboração* – mais conforme à lógica gestionária que subjaz à suspensão laboral, quando ditada por motivos que afectam a actuação do credor. Por conseguinte, não é o facto de o encerramento/suspensão derivar de uma decisão do empregador que está novamente em escrutínio: se um tal elemento volitivo obstasse à suspensão, no rigor dos conceitos, havia já inviabilizado o apelo à impossibilidade (de colaboração)³¹⁹⁶. Situamo-nos, pois, um passo adiante, no processo de análise, havendo que aferir qual o motivo que dita o encerramento e que justifica que o desfecho tenha, afinal, sido este – não relevando já uma (eventual) decisão de encerramento. Perfilando-se, no que respeita aos motivos, opções várias: “*fortuito*” (v.g., incêndio que destrói total ou parcialmente as instalações – contanto que para o deflagrar do mesmo e para a destruição subsequente não concorra actuação dolosa ou negligente do empregador³¹⁹⁷), “*facto imputável ao empregador*” (v.g., encerramento ditado por decisão de autoridade, em razão do incumprimento, pelo empregador, de regras de segurança) ou “*no seu interesse*” (v.g., o encerramento do estabelecimento pela conveniência de remodelação). Importa, todavia, ter presente que qualquer das alternativas indicadas no art. 309.º deriva de decisão que sempre exige adequada motivação^{3198/3199}.

VI. Admitimos, no entanto, que a necessária concretização, neste âmbito, de um conceito distinto de fortuito – (mais) exigente que o acolhido na esfera civil – decorre, afinal, de um equívoco: divergimos de delimitação negativa do fortuito, do seu recorte como ausência de culpa e da consequente recusa de margem para a previsão – salvo apelo a delimitação especial, em sede laboral – no art. 309.º, n.º 1, b), de novas hipóteses não culposas. Concedemos, na

³¹⁹⁵ *Supra*, Capítulo I, Secção IV.

³¹⁹⁶ A este propósito, v. *supra* Capítulo I, Secção IV, § 2.

³¹⁹⁷ Sob pena de estarmos já perante encerramento imputável ao empregador.

³¹⁹⁸ Cf. *supra*, Capítulo I, Secção IV, § 1.

³¹⁹⁹ E, nesta medida, legitimado pelo ordenamento – e assim ainda que resultante de circunstâncias imputáveis ao empregador. À margem do enquadramento suspensivo ficam, pois, os casos de suspensão sem correspondência em motivação legítima, que, para além de traduzirem violação de garantia do trabalhador (v. *supra* Capítulo I, Secção IV, § 1.), devem assumir os efeitos indicados nos arts. 795.º, n.º 2 e 815.º, n.º 2 do CC, quanto ao destino da contraprestação. As hesitações que acompanham o enquadramento destas hipóteses reflectem, no entanto, as dificuldades da doutrina na acomodação dos conceitos.

verdade, que a menção autónoma ao facto “*imputável*” e ao “*interesse*”, no art. 309.º, n.º 1, b), convoca questão que transcende a esfera laboral, encontrando, porém, neste contexto, concretização expressiva: o da delimitação da culpa e do fortuito. Cumpre ilustrar estas referências:

– Se, no decurso de uma tempestade inesperada, um raio atinge parte da embarcação, incendiando e inutilizando a carga ali armazenada, contanto que todas as medidas exigíveis para travar o sucedido tenham sido executadas, dir-se-á que a impossibilidade resulta de situação fortuita (critério positivo) ou não imputável (critério negativo)³²⁰⁰ – e não há culpa porque o fortuito pressupõe a sua ausência. Transposta esta lógica para o âmbito que nos ocupa, diremos que se uma intempérie súbita provoca a inundação do estabelecimento e a sua inoperacionalidade temporária, o encerramento decorre de circunstância fortuita, não imputável ao empregador, assim, se concluindo ainda que concorra uma decisão de encerramento, por parte do empregador – que vimos não afastar, nesta esfera, o apelo à impossibilidade, atenta a prevalência de um juízo de inexigibilidade de cooperação: também aqui se indicando que não há culpa (do empregador) porque o fortuito exige a sua não concorrência³²⁰¹.

– Vejamos, agora, variante da situação anterior. Se o capitão do navio, obrigado à guarda e transporte da carga, a inutiliza, lançando-a ao mar, ou não executa as medidas adequadas à sua preservação – sendo exigível que o fizesse, dir-se-á que o sucedido (a destruição da carga) não reveste os traços essenciais do fortuito – imprevisibilidade e/ou insuperabilidade (critério positivo); ou, noutra perspectiva, que a impossibilidade é imputável ao capitão da embarcação (critério negativo). A transposição destas variantes para o domínio laboral pressupõe, todavia, que retomemos advertência já assinalada: não sendo a decisão que conduz à suspensão discricionária, mas sempre vinculada³²⁰², o encerramento imotivado ou fundado em propósitos inatendíveis subsiste, nestes casos, à margem do enquadramento legal suspensivo. Por sua vez, no universo circunscrito da suspensão vinculada, são configuráveis hipóteses várias, não moldáveis à noção de fortuito, resultando o encerramento de comportamento culposos do empregador. A estes casos reservamos a primeira parte do art. 309.º, n.º 1, b), tal qual se o encerramento é imposto por entidade externa, decorrendo, porém, de conduta censurável do empregador. Aqui reconduzimos as hipóteses às quais é usualmente apontada uma “imputabilidade indirecta” – quando o encerramento resulta de comportamento culposos (ainda que não de uma decisão imediata) do empregador, tal qual se “o encerramento é determinado pelas autoridades

³²⁰⁰ Identificamos, pois, tendencialmente, fortuito e facto não imputável: “a inexecução pode ser devida a facto da natureza, ou de terceiro, em suma, *a facto não imputável nem ao devedor nem ao credor*, e diz-se então que é *casual*, porque se deveu a um *casus*, isto é, ao *acaso*” (PESSOA JORGE, *Ensaio cit.*, p. 27).

³²⁰¹ Importa, contudo, que o empregador não tenha sido negligente quanto à prevenção do impacto de um tal fenómeno e que tenham sido adoptadas as medidas adequadas a minorar os seus efeitos na estrutura empresarial.

³²⁰² Cf. indicado *supra*, Capítulo I, Secção IV, § 1.

públicas com base em factos ou comportamentos pelos quais o empregador é responsável, como sejam o encerramento por razões sanitárias ou de segurança”^{3203/3204}.

- Concebemos, por fim, enquadramento fáctico aproximado do anteriormente descrito; simplesmente, sabemos agora que o capitão lançou a carga ao mar porque, tendo a embarcação sido atingida por uma tempestade, essa era a única forma de prestar assistência a uma outra navegação, em risco de naufrágio. Também aqui não se dirá que a destruição da carga resulta de fortuito: não estamos perante efeito insuperável/intransponível; afinal, a carga podia ter sido preservada. Opera, todavia, causa de justificação, que exclui a ilicitude (e a culpa). Retomando transposição para a esfera laboral, importa, mais uma vez, distinguir:

Em certos casos, o empregador decide encerrar o estabelecimento, por condicionamento exterior. Assim, se for publicada uma lei que impõe que para o estabelecimento continuar aberto ao público a clientes fumadores devem ser realizadas obras de reestruturação, que assegurem a necessária ventilação e a autonomização dos espaços reservados a fumadores e a não fumadores; ou que condiciona a atribuição de dado subsídio a alterações estruturais na edificação. Nestes exemplos, para manter o espaço aberto a fumadores ou para auferir o subsídio, o empregador encerra temporariamente o estabelecimento e realiza obras. Acrescem as situações em que, não concorrendo qualquer interferência exterior, o empregador decide encerrar o estabelecimento: uma vez excluída, nos termos expostos, a suspensão imotivada ou desvinculada, há que aqui contar, entre outras hipóteses, o encerramento que obedece ainda a motivo legítimo, tal qual para remodelação das instalações. Em qualquer das situações retratadas – decisão de encerramento do empregador, motivada ou não por elementos externos – o encerramento não reveste as características essenciais do fortuito; a estes casos a lei alarga, aliás, a noção de “*facto imputável ao empregador*”, incluindo ainda o encerramento por interesse do empregador³²⁰⁵: opera, pois, uma extensão da imputação, embora não concorra culpa do empregador. Não há fortuito – afinal, foi o empregador que optou por realizar as obras de remodelação – mas opera causa de exclusão da ilicitude/culpa: o encerramento reflecte, agora, acto de gestão empresarial, manifestação do

³²⁰³ MÁRIO PINTO, FURTADO MARTINS e NUNES DE CARVALHO, *Comentário cit.*, p. 236, AA.VV., *Código cit.*, pp. 671-675 (anotação JOANA VASCONCELOS), e MONTEIRO FERNANDES, *Direito cit.*, p. 463.

³²⁰⁴ Aqui se incluindo também hipóteses de suspensão ditada por greve externa, sempre que se conclua que a inactividade dos trabalhadores decorre ainda – não obstante a greve não ter lugar no seio da organização – de falta de diligência do empregador (*v. supra* n. 3160). E ainda os casos em que é o comportamento pouco diligente do empregador que dita o encerramento, tal qual se a destruição do estabelecimento, embora resultante de forte intempérie, se deveu à não observância, pelo empregador, de regras essenciais de segurança.

³²⁰⁵ Conforme o art. 311.º, n.º 2, estar-se-á perante “*encerramento temporário de empresa ou estabelecimento por facto imputável ao empregador sempre que, por decisão deste, a actividade deixe de ser exercida, ou haja interdição de acesso a locais de trabalho ou recusa de fornecimento de trabalho, condições e instrumentos de trabalho, que determine ou possa determinar a paralisação de empresa ou estabelecimento*”.

direito à iniciativa económica e do direito à propriedade privada^{3206/3207}. A afectação do risco ao empregador decorre, pois, nestes casos, dos mesmos princípios que legitimam a oneração do empregador em hipóteses de fortuito, ainda que em medida diversa – 75%, no fortuito e, agora, 100%, não obstante, também aqui, a ausência de culpa. Por conseguinte, ao invés dos casos de *“facto imputável”* em sentido próprio, concorre, agora, causa justificativa que exclui qualquer valoração negativa da conduta do empregador³²⁰⁸: a omissão do dever (de colaboração) – concretizada na decisão de encerramento – resulta de opção do credor (a decisão de remodelação). Interfere, todavia, causa de justificação: *“denominam-se causas de justificação ou causas de exclusão da ilicitude as circunstâncias que tornam lícita (ou justa) a omissão do comportamento que, não existindo elas, seria devido”*³²⁰⁹. A prevalência de um tal justificativo sobre o direito dos trabalhadores ao cumprimento é, no entanto, cautelosamente equilibrada, atendendo, de um lado, à referida proibição de suspensão discricionária e, de um outro, à vinculação do empregador ao pagamento da contraprestação (agora, a totalidade da retribuição): a inutilização da actividade laboral suposta no tempo de suspensão participa ainda das hipóteses de impossibilidade *“no rasto da mora do credor”*, cabendo-lhe, pois, suportar o risco de uma tal frustração³²¹⁰.

VII. A exposição precedente coloca, porém, em evidência a desconformidade do pressuposto em que assenta o apelo, neste âmbito, a um conceito próprio (restritivo) de fortuito laboral: identificação equívoca, no seio do Direito Civil, entre fortuito e ausência de culpa. Discordamos, pois, de uma tal premissa: é possível concluir pela inexistência de fortuito – cuja delimitação obedece (tão-só) ao crivo da inevitabilidade e/ou da imprevisibilidade do evento impeditivo e seus efeitos – sem que a tanto tenha de acrescer a ausência de culpa. Esta a construção que se nos afigura mais rigorosa, embora se distancie de orientação civilística usual, recebida, por sua vez, no Direito do Trabalho. Aqui, o intérprete, confrontado com a má acomodação dos conceitos a enquadramento que dissocia o fortuito (ou a não imputação) e a culpa, apressa a invocação de noção própria – aplicável, neste âmbito. No entanto, registada a imprecisão, não convirá perpetuar a dissonância: os exemplos antecedentes tornam, na verdade,

³²⁰⁶ Cf. arts. 61.º, n.º 1, e 62.º, n.º 1, da CRP.

³²⁰⁷ Porventura aproximando-se desta lógica, PALMA RAMALHO indica que o regime do encerramento temporário da empresa ou estabelecimento por facto imputável ao empregador ou por motivo do seu interesse “não depende de um acto ilícito do empregador” (*Tratado cit.*, II, p. 842, v. p. 835, n. 63).

³²⁰⁸ Também “se o vendedor não entrega a coisa vendida porque o comprador se recusa a pagar simultaneamente o respectivo preço, há uma inexecução total e temporária, imputável ao devedor mas lícita” (PESSOA JORGE, *Ensaio cit.*, p. 29).

³²⁰⁹ PESSOA JORGE, *Ensaio cit.*, p. 153. Embora seja na esfera penal que o estudo das causas de justificação acolhe maior desenvolvimento, tal não implica desconsiderar a sua importância no domínio civil (p. 155).

³²¹⁰ *Supra*, Capítulo I, Secção IV.

evidente que, também no Direito Civil, onde termina a culpa, não começa, necessariamente, o fortuito; os conceitos não constituem *verso* e *reverso*, não sendo, pois, rigoroso, perspectivar o fortuito “meramente na sua *função negativa em relação à culpa*”³²¹¹. Não se justificando, pois, reclamar, na suspensão laboral, um conceito próprio de fortuito, mais estrito ou rigoroso: a contraposição das alíneas a) e b) do n.º 1 do art. 309.º constitui, na verdade (e tão-só), exemplo particularmente feliz de tal possível dissociação. Se a ausência de culpa é essencial ao fortuito – cf. a) do n.º 1 do art. 309.º – inexistindo culpa, não concorre necessariamente o fortuito – cf. b) do n.º 1 do art. 309.º, na parte alusiva ao “*interesse*”. Restando determinar o significado que reveste a diferenciação ali prevista – entre *facto imputável* e *interesse*. A referência autónoma assume, na verdade, em função do exposto, especial sentido: (i) ao encerramento *imputável* reconduzimos, tal qual sugerido, situações em que concorre a culpa do empregador no encerramento ou na diminuição da actividade; (ii) reservamos, todavia, ao “*interesse*” – como referido no art. 309.º, n.º 1, b) – outras hipóteses, em que embora não constituindo exemplos de fortuito, o (legítimo) interesse do empregador, subjacente ao encerramento, exclui qualquer censura do ordenamento. Certo, porém, que convergindo nos efeitos, a autonomização precisa de “*facto imputável*” e de “*motivo de interesse*” do empregador acaba por revestir reduzida relevância prática; o mesmo não se dirá, todavia, quanto à distinção entre “*fortuito*” e “*interesse*”, enquanto concretização particularmente elucidativa da (possível) não coincidência entre o *fortuito* e a *ausência de culpa*: o regime laboral admite, neste último caso, a oneração exclusiva do empregador, atenta a inutilização da actividade laboral – embora não concorrendo a culpa do empregador quanto à desocupação do trabalhador³²¹².

VIII. Concluímos, por conseguinte, que no domínio que nos ocupa, o apelo ao “*interesse*” que motiva a decisão de encerramento não pressupõe um comportamento culposo do empregador – tratando-se de encerramento justificado por razões de gestão. Quanto à repartição do risco, dir-se-á, todavia, que, embora excluída a culpa, o art. 309.º, n.º 1, b), segunda parte, impõe ao empregador o pagamento, pelo tempo de inactividade, da totalidade da retribuição – assumindo o empregador integralmente o risco contratual. Constatamos, no entanto, mais uma vez, que o contexto laboral não convoca, aqui, uma especial repartição da álea contratual, derogatória do regime geral – quando muito, *reforçando* tais princípios: vimos, afinal, que também no domínio

³²¹¹ Premissa aceite, todavia, por MONTEIRO FERNANDES, *Direito cit.*, p. 466, ênfase nossa.

³²¹² Se o encerramento resulta de circunstância fortuita ou de hipótese em que a culpa do empregador não concorre – tal qual no encerramento por interesse do empregador – e se, ainda assim, o empregador se mantém vinculado ao pagamento (parcial ou total) da retribuição, dir-se-á que suporta o risco da contraprestação. MÁRIO PINTO, FURTADO MARTINS e NUNES DE CARVALHO indicam que, nos casos de encerramento por razões do interesse do empregador, há uma extensão legal das “hipóteses em que a entidade patronal corre o risco da contraprestação, que aqui cobrem também as situações de *impossibilidade não imputáveis a nenhuma das partes*” (*Comentário cit.*, p. 239, *itálico* nosso).

civil, parte da doutrina admite estender, no âmbito da impossibilidade por facto “imputável” ao credor, um tal conceito – tomando como exemplo expressivo o previsto no art. 795.º, n.º 2, do CC³²¹³ – a situações em que não concorre um comportamento culposo do credor³²¹⁴. Sendo certo que para quem conceda numa tal extensão^{3215/3216}, há, também aqui, que concluir pela vinculação do credor da prestação impossibilitada ao cumprimento da contraprestação. Nesta medida, não obstante as diferenças que demarcam a cooperação do credor (em geral) e a colaboração do empregador – assente a especial acentuação que reveste no domínio laboral³²¹⁷ – concedemos que as propostas de extensão, ainda no âmbito do Direito Civil, do apelo a causa “imputável” ao credor (quanto à colaboração inviabilizada) e a respectiva vinculação ao cumprimento da contraprestação, cumprem, afinal, propósito idêntico ao que resulta: (i) de alargamento do conceito de “facto imputável” (ao empregador), tal qual acolhida no âmbito da suspensão laboral no contexto de encerramento de estabelecimento por motivo do seu interesse – sem que concorra, porém, culpa do empregador; (ii) da consequência estatuída (ou seja, vinculação do credor – no caso, o empregador – ao pagamento da contraprestação retributiva)³²¹⁸.

No domínio civilístico, uma concepção alargada de facto “imputável” (por referência ao credor) – caso procedente – associaria uma nova leitura ao

³²¹³ “Se a prestação se tornar impossível por causa imputável ao credor, não fica este desobrigado da contraprestação; mas, se o devedor tiver algum benefício com a exoneração, será o valor do benefício descontado na contraprestação”.

³²¹⁴ Especificamente a respeito do disposto no art. 795.º, n.º 2, do CC, PINTO OLIVEIRA assinala que “o texto da lei convoca o problema da interpretação do termo *imputável ao credor*: deve restringir-se a aplicação do art. 795.º, n.º 2, aos casos em que o credor cause a impossibilidade *com culpa* ou deve alargar-se a casos em que o devedor cause a impossibilidade *sem culpa*?” (*Princípios cit.*, p. 453). Também a propósito desta disposição, MARIA DE LURDES PEREIRA questiona: “basta-se-á «a causa imputável ao credor» por ele pressuposta com uma acção ou uma omissão lícita do credor, sobre as quais não poderá consequentemente incidir qualquer juízo de culpa em sentido técnico?”. Concluindo que “se se quiser, pois, ser fiel à estrita função do art. 795.º, n.º 2, e à especificidade da condição do credor, a demonstração de que a causa da impossibilidade lhe é «imputável» deverá prescindir da verificação da ilicitude e de um juízo de culpa em sentido técnico”. Sendo, por conseguinte, “suficiente que, à luz dos critérios que servem para fundar a responsabilidade do devedor, se trate de um comportamento pelo qual o credor deva ser considerado «responsável»” (*Conceito cit.*, p. 231).

³²¹⁵ Assim, nomeadamente, MARIA DE LURDES PEREIRA, *Conceito cit.*, p. 230, e PINTO OLIVEIRA, *Princípios cit.*, pp. 453 e ss.

³²¹⁶ Já para BAPTISTA MACHADO, “o que deve considerar-se abrangido na hipótese do n.º 2 do artigo 795.º, isso sim, é o caso de o credor *provocar* uma destas situações de impossibilidade por uma *conduta voluntária sua* (p. ex., o dono da casa a pintar manda-a demolir, o dono do barco a safar pela empresa de reboques põe-no a flutuar por sua iniciativa e com pessoal seu)” (“Risco contratual ...” *cit.*, p. 280, com itálico nosso).

³²¹⁷ V. *supra* Capítulo I, Secção IV, § 1.

³²¹⁸ Com aplicação ainda do disposto no art. 309.º, n.º 2, conforme o qual, “ao valor da retribuição deduz-se o que o trabalhador receba no período em causa por outra actividade que tenha passado a exercer por efeito do encerramento ou diminuição de actividade”, que reflecte ainda o previsto no art. 795.º, n.º 2, *in fine*, do CC.

conceito, distinta da afecta ao não cumprimento do devedor³²¹⁹. O que não corresponde, todavia, a construção unívoca na doutrina: pela dissonância assinalada, tal entendimento (próprio) de imputação a título de culpa (da impossibilidade ao credor) é rejeitada por ANTUNES VARELA, que considera que o sentido afecto ao conceito deve ser idêntico, quer respeitante ao devedor ou (agora) ao credor: tratar-se-ia, em qualquer circunstância, de imputação subjectiva, resultando, assim, o art. 795.º, n.º 2, do CC circunscrito a situações em que a impossibilidade decorre de comportamento “*censurável* ou *reprovável* (culposos, *hoc sensu*) do credor”³²²⁰. As críticas a esta leitura decorrem, no entanto, sobretudo, da sustentada inexistência, em Direito Civil, regra geral, de um dever (mas, tão-só, de um ónus) de colaboração do credor³²²¹; não havendo, por princípio, um dever de cooperar, a recusa não deveria (não poderia) ser considerada culposa³²²². Ora, a insistir-se na assimilação da “*causa imputável*” a conduta culposa (do credor), o âmbito do art. 795.º, n.º 2, do CC resultaria significativamente limitado às situações em que (apenas) excepcionalmente um tal dever concorresse. Por isso, PINTO OLIVEIRA prefere outra solução³²²³: rejeitado o apelo, neste âmbito, à culpa do credor, é proposta recondução à norma de hipótese em que o credor impossibilita a prestação mediante comportamento que, embora livre, não se afigura justificado, tal qual nos casos em que não quer colaborar³²²⁴. Mas não só: para o Autor, a norma teria ainda aplicação, conforme lógica objectiva, a situações de não cumprimento relacionado com a pessoa, coisas ou empresa do credor³²²⁵. Ao enquadrar estas hipóteses no art. 795.º, n.º 2, do CC, a “*causa imputável*” é assimilada a “*comportamento livre do credor* ou, não sendo o não cumprimento atribuível a um comportamento livre, a uma circunstância relacionada com a pessoa ou com as coisas ou com a empresa do credor”^{3226/3227}.

³²¹⁹ Cf. arts. 798.º a 808.º do CC.

³²²⁰ *Das obrigações cit.*, vol. 2, pp. 74-75. V. ainda ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA, *Código Civil cit.*, vol. 2, p. 49, onde é indicado que o art. 795.º, n.º 2, do CC prevê “o caso de a prestação se tornar impossível *por culpa* do credor” (*idem*).

³²²¹ Cf. enunciado *supra*, Capítulo I, Secção IV, § 1. Assim se dissociando do enquadramento acolhido na esfera laboral.

³²²² Vimos, de resto, que, ANTUNES VARELA exclui a culpa como pressuposto da mora do credor, precisamente por recusar a existência de qualquer dever de colaboração do credor (neste sentido, v. *supra* n. 2924).

³²²³ *Princípios cit.*, pp. 454-455.

³²²⁴ Conforme um princípio de imputação subjectiva, “o credor e o devedor responderiam pelas consequências de uma conduta livre – de uma conduta voluntária – desconforme a um *dever*, ou pelas consequências de uma conduta livre – de uma conduta voluntária – desconforme a um *ónus*” (PINTO OLIVEIRA, *Princípios cit.*, p. 456).

³²²⁵ PINTO OLIVEIRA, *Princípios cit.*, p. 456.

³²²⁶ PINTO OLIVEIRA, *Princípios cit.*, p. 456. Em concretização das diversas hipóteses enunciadas, o Autor adianta o exemplo de carregador que não utiliza o avião fretado, nos casos seguintes (p. 457): (i) por condicionalismo relativo à sua pessoa: assim, caso adoeça, não lhe sendo possível dar uso ao navio; (ii) por circunstâncias respeitantes às suas coisas: tal qual, se a coisa a transportar é destruída; (iii) por fim, por elementos referentes à empresa do carregador: nomeadamente, se a coisa a transportar não chega a ser produzida.

IX. Para lá de tais variáveis, as referências antecedentes põem a lume as dificuldades experimentadas pela doutrina civilística na acomodação de “*causa imputável*” sempre que a inviabilização da prestação resulte de conduta do credor, ainda que não censurável. Não é nosso intento aprofundar a problemática naquele domínio: importa apenas ter presente que quando a impossibilidade decorra de falta de cooperação, ainda que não culposa, seja por via do disposto no art. 795.º, n.º 2, no art. 815.º, n.º 2 do CC ou de soluções aproximadas, o resultado é a tendencial vinculação do credor à contraprestação da prestação impossibilitada. O que coincide, afinal, em traços gerais, com o estatuído, em contexto laboral, no art. 309.º, n.º 1, b)³²²⁸. Por conseguinte, a dissociação, assim promovida, no domínio da cooperação do credor, entre facto imputável e culpa e a oneração do credor em tais casos, com o risco de perda da contraprestação, vai, afinal, ao encontro da recondução, em domínio suspensivo laboral, ainda a factos *imputáveis* ao empregador, de hipóteses suspensivas não culposas – por encontrarem justificação em interesse organizativo/gestão atendível. O apelo ao “*interesse*” do empregador no encerramento serve, na verdade, dois propósitos: (i) demarcação em face de facto *imputável culposo*, indicado no art. 309.º, n.º 1, b), 1.ª parte; (ii) convocação de justificação mediata não censurável (o interesse).

Certo, todavia, que embora o regime suspensivo laboral mantenha o apelo ao fortuito/força maior no contexto preciso da suspensão por factos respeitantes ao empregador³²²⁹, reveste ainda importância – agora, sobretudo

³²²⁷ Sintetizando as principais divergências doutrinárias quanto ao âmbito de aplicação dos arts. 815.º, n.º 2, e 795.º, n.º 2, do CC, v. PINTO OLIVEIRA, *Princípios cit.*, pp. 460 e ss. O Autor desdramatiza, todavia, os diferentes entendimentos. Na verdade, dissentindo quanto às vias convocadas, a doutrina tende a convergir nos resultados: afinal, aquelas disposições “consagram regras e princípios semelhantes” (p. 463). Sendo certo que, no seu entender, “o texto do art. 795.º, n.º 2, do Código Civil diz *não cumprimento (definitivo) imputável ao credor*”, mas deveria dizer, devendo “interpretar-se como se dissesse – *não cumprimento (definitivo) atribuível a um comportamento livre do credor* ou, não sendo o não cumprimento atribuível a um comportamento livre, a uma circunstância relacionada com a pessoa, ou com as coisas ou com a empresa do credor” (p. 466).

³²²⁸ O que coincide é o resultado, ainda que as premissas sejam distintas. No CC, a cooperação assume, regra geral, as vestes de um ónus, não podendo falar-se de um dever; no domínio laboral, a colaboração do empregador constitui um dever: todavia, haverá casos, em que a ausência de tal colaboração se afigura justificada, tal qual em todas as hipóteses de suspensão previstas legalmente, atenta a respectiva natureza vinculada. Os factos suspensivos admitidos legalmente contemplam, todavia, a par de hipóteses decorrentes do fortuito, casos em que a suspensão resulta de acto culposo do empregador e outros em que a decisão de encerramento encontra motivação gestonária/empresarial legítima, à luz do ordenamento laboral, havendo que excluir juízo de culpa.

³²²⁹ É, por sua vez, dispensado juízo de culpa no que respeita ao “*lay-off*”: o regime suspensivo abstrai, então, de uma tal valoração quanto à conduta do empregador, bastando a verificação de razões (objectivas) idóneas – *i.e.*, motivos de mercado, estruturais ou tecnológicos, catástrofes ou outras ocorrências que tenham afectado gravemente a actividade normal da empresa – não se

no âmbito da suspensão por factos relativos ao trabalhador, adequada delimitação da expressão “*impedimento temporário [...] não [...] imputável*”³²³⁰.

justificando o escrutínio das opções de gestão que possam ter contribuído para a situação de crise empresarial. De facto, “a lei abrange situações em que *pode ter havido culpa patronal na gestão*”; considerar-se-á, no entanto, “ocioso criticar [...] ter o diploma contemplado mesmo casos de culpa”; afinal “*não se trata aqui de premiar o bom empresário, mas de limitar, através de uma solução drástica de emergência, traduzida na suspensão, o impacto no emprego da situação de crise que atravessa a empresa*” (LOBO XAVIER, *Manual cit.*, pp. 708-709, *itálico nosso*). Ainda assim, atento o paralelo entre os regimes do “*lay-off*” e do despedimento por razões objectivas, importa, não descurar o facto de o CT exigir, na extinção de posto de trabalho, que os motivos que fundamentam a cessação “*não sejam devidos a conduta culposa do empregador ou do trabalhador*” (cf. art. 368.º, n.º 1, a)). Daqui resulta, pois, que “se a culpa da extinção for da entidade patronal, *sibi imputet* e não poderá extinguir o posto de trabalho”. Por sua vez, “se a culpa for do trabalhador, aplicar-se-ão os princípios da justa causa para despedimento imediato” (LOBO XAVIER, *O despedimento cit.*, p. 331). Certo, porém, que quanto ao empregador, a menção à inexistência de culpa deve ser considerada “*com grano salis*” (p. 331). Certamente não está apenas em causa identificar uma decisão do empregador, já que tal constitui pressuposto essencial a qualquer despedimento. Afinal, “se este nexo de imputação fosse suficiente para concluir pelo não preenchimento do requisito em análise, fatalmente se inviabilizaria a aplicação desta forma de cessação do contrato de trabalho” (FURTADO MARTINS, *Cessação cit.*, p. 291). Importa, porém, ter presente “a *dificuldade de se estabelecer um juízo de reprovação quanto à gestão empresarial* e, portanto, apenas será de considerar o requisito (negativo) inexistente quando se mostre levandade inaceitável na previsão de necessidades de mão-de-obra ou responsabilidade pela diminuição de procura ou pelas medidas administrativas tomadas” (LOBO XAVIER, *O despedimento cit.*, p. 331). Subscrevemos, pois, interpretação restritiva da norma: a “*actuação culposa do empregador é uma situação de difícil avaliação prática, uma vez que a decisão de extinção do posto de trabalho é uma decisão de gestão, cujos critérios são dificilmente sindicáveis*”. cremos, por conseguinte, que, “na parte em que se refere ao empregador, este requisito se deve limitar à exigência de que os motivos por ele indicados para a extinção do posto de trabalho não sejam meramente aparentes, disfarçando um despedimento com outro fundamento” (PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, II, p. 1053, *itálico nosso*). Neste sentido, assinala a RP que “*é difícil formular um juízo de reprovação quanto à gestão empresarial, razão pela qual, será de concluir pela conduta culposa da empregadora a que alude o n.º 1, a), do artigo 368.º, do CT, para além dos casos de atuação completamente leviana, apenas naqueles em que os motivos indicados para a extinção do posto de trabalho sejam um disfarce para um despedimento com outro fundamento*” (acórdão de 30.9.2013, Proc. n.º 83/12.0TTBCL.P1, PAULA MARIA ROBERTO, Sumário, III, *ênfase nossa*). Mais se referindo que “na apreciação dos motivos que justificam o despedimento por extinção do posto de trabalho cruzam-se dois dos direitos, liberdades e garantias constitucionalmente consagrados – o direito à segurança no emprego e a liberdade de iniciativa económica, estabelecidos nos arts. 53.º e 61.º da Constituição da República Portuguesa”. Assinalando-se não caber ao tribunal “*avaliar do acerto ou desacerto da decisão tomada pela entidade empregadora – ela pode até vir a revelar-se desastrosa, por não conseguir a nova estrutura alcançar eficazmente os resultados desejados*. O que não pode é o tribunal impor à entidade empregadora uma determinada organização ou estrutura interna que porventura pudesse entender ser mais adequada” (*itálico nosso*). LOBO XAVIER entende ainda que a referência à inexistência de culpa não impõe ao empregador a demonstração de um tal requisito negativo. Considera, aliás, que “esta falta de culpa se presume, se tal questão não for levantada em oposição à cessação pelo trabalhador ou pela estrutura representativa dos trabalhadores” – no âmbito do hoje disposto no art. 370.º, n.º 1 (*O despedimento cit.*, p. 331).

³²³⁰ Cf. art. 296.º, n.º 1; v. ainda n.º 5.

2. O critério negativo: o artigo 790.º do CC de 1966 e a “causa não imputável ao devedor”

I. Ao art. 705.º do CC 1867 e às referências aí feitas ao *fortuito* viria a suceder o art. 790.º, n.º 1, do CC de 1966, que afasta a responsabilidade do devedor conforme critério negativo – quando a impossibilidade resulte de “causa [que lhe] não [seja] imputável”^{3231/3232}. No entanto, superadas as anteriores imprecisões, resultantes de apelo dual ao “caso fortuito” e à “força maior”, não cremos que o juízo subjacente à nova formulação divirja, em substância, do precedente³²³³: não dissociamos, na verdade, a actual menção a facto (não) “imputável” dos critérios precedentes^{3234/3235}. Simetricamente, a propósito do art.

³²³¹ E assim, “o devedor não deve responder, se não tiver culpa no não cumprimento. Não importa dizer porquê, o que só poderá ser feito casuisticamente, e impondo extensões analógicas” (ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA, *Código Civil cit.*, vol. 2, p. 42).

³²³² “Enquanto no artigo 705.º do Código de 1867 se usou de um *critério positivo* para afastar a responsabilidade do devedor – ter sido impedido por facto do outro contraente, por força maior ou por caso fortuito –, no novo Código recorreu-se a um *critério negativo* – tornar-se a obrigação impossível por *causa não imputável ao devedor*”. Dir-se-á que a nova fórmula é mais abrangente, por incluir “casos além dos previstos no Código de 1867, como, por ex., o da impossibilidade imputável a terceiro” (ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA, *Código Civil cit.*, vol. 2, p. 42, ênfase nossa). VAZ SERRA considerava, no entanto, que o facto de terceiro deveria ser ainda reconduzido à categoria “do caso fortuito ou de força maior” (“Impossibilidade ...” *cit.*, pp. 40-41). Sustentando idêntica leitura, v. GOMES DA SILVA, *O dever cit.*, p. 175. Também PESSOA JORGE equipara ao fortuito a actuação de terceiro que impede o devedor de cumprir. Adverte, todavia, que a interferência de um tal terceiro deve revestir os traços de imprevisibilidade e de inevitabilidade, tal qual em caso de exercício de poderes de autoridade pública (*Ensaio cit.*, p. 135).

³²³³ “Esboçou-se e consolidou-se, entretanto, na doutrina e na jurisprudência moderna uma forte tendência para fundir os casos *fortuitos* com o de *força maior* e para absorver finalmente os dois tipos de situações, como causas exoneratórias de responsabilidade do devedor, numa categoria genérica mais ampla – e mais certa – *de facto não imputável ao obrigado*. O artigo 790.º, n.º 1, do Código Civil português é a expressão acabada desta tendência unificadora da doutrina” (João de Matos Antunes VARELA, “Anotação a Acórdão do STJ de 6.1.1983”, *RLJ*, ano 119, 1986, n.º 3749, pp. 251-256, e ano 119, 1987, n.º 3750, pp. 270-277, pp. 274-275).

³²³⁴ Na verdade, todas as hipóteses positivamente enunciadas no art. 705.º do CC 1867 representavam, afinal, “independentemente da sua origem e natureza” uma situação de “impossibilidade de cumprimento por causa não imputável ao devedor” (acórdão da RP, de 26.2.2004, Proc. n.º 0430314, FERNANDO BAPTISTA). Também no contexto do CC 1867, GOMES DA SILVA indicava que “caso fortuito e força maior são, *grosso modo*, como resulta do disposto no final do art. 705.º, acontecimentos não imputáveis ao devedor, que determinam a impossibilidade” (*O dever cit.*, p. 158). A aproximação do sentido reservado, no actual art. 790.º – atenta a referência à impossibilidade não imputável ao devedor – ao anteriormente previsto no art. 705.º do CC 1867 é, por isso, não raras vezes, reafirmada, na doutrina: NUNES DE CARVALHO indica que “para um grande sector da doutrina, a presunção de culpa que sobre o devedor impende pelo simples facto do incumprimento apenas pode ser ilidida através da prova de uma *impossibilidade de cumprir que lhe não seja imputável*, prendendo-se este último conceito com as categorias tradicionais do caso fortuito e da força maior” (“Responsabilidade civil ...” *cit.*, p. 387, *italico* nosso). Algo diversamente v., porém, BRANDÃO PROENÇA, *Lições cit.*, p. 164.

³²³⁵ Assim se justificando, de resto, a conclusão de ANTUNES VARELA de que dispendo o art. 790.º, n.º 1, do CC que a obrigação se extingue “quando a prestação se torna impossível por causa não

1256, §1, do CCit. – que dispõe que “*l'obbligazione si estingue quando, per una causa non imputabile al debitore, la prestazione diventa impossibile*”³²³⁶ –, a doutrina italiana assinala que um evento previsível e evitável será imputável ao devedor; competindo-lhe não só assegurar a possibilidade de cumprimento, como suprimir ou amenizar os efeitos de obstáculo impeditivo³²³⁷, conforme valoração da diligência exigível ao bom pai de família^{3238/3239}.

II. Atento o apelo à “*causa não imputável*” enquanto ausência de culpa na produção do impedimento, dir-se-á que haverá culpa “quando a falta de satisfação do credor depende do facto do devedor ter adoptado um comportamento diverso daquele que *devia* e *podia* ter adoptado na situação concreta”³²⁴⁰, havendo que atender às variantes que a culpa pode, aqui, revestir. No *dolo*, “há uma *adesão da vontade* ao comportamento ilícito, que é a falta de cumprimento da obrigação. O devedor tem conhecimento do efeito da sua conduta, da falta de cumprimento da obrigação, sabe que ela é ilícita, e, apesar disso, quer ou aceita esse resultado”³²⁴¹. Há, todavia, que diferenciar ainda as

imputável ao devedor”, a impossibilidade opera, quer decorra de facto do credor ou de terceiro – excepto nos casos em que o devedor é responsável por actos de terceiro [...] – de caso fortuito ou da lei (*Das obrigações cit.*, vol. 2, p. 81). Por caso fortuito se entendendo o “facto natural (tempestade, inundações, desabamento de terras, descarrilamento de comboios, doença do devedor, etc.), cujas consequências o devedor não possa evitar e em cuja verificação não tenha culpa. Se, usando da diligência normalmente exigível, o devedor não tinha possibilidade de prevenir a verificação do evento, nem o reflexo que ele teve sobre a prestação devida, nenhuma responsabilidade lhe poderá ser assacada” (*idem*).

³²³⁶ A este propósito, v. ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA, *Código Civil cit.*, vol. 2, p. 42. Por sua vez, no Direito inglês, é corrente a afirmação de que a “*frustration*” apenas opera quando o evento não resulta de falha (“*fault*”) das partes. Daqui decorrendo que quem induz o impedimento não pode invocar a “*frustration*” (UPEX e BENNETT, *Davies cit.*, p. 260). Em *J Lauritzen AS v Wijsmuller BV*, mais conhecido como “*The Super Servant Two*” (*Court of Appeal* ([1990] 1 Lloyd’s L. Rep. 1), embora excluída a “*frustration*” (v. *supra* n. 2221) a *Court of Appeal* indica a solução que seria acolhida caso se considerasse que afinal a opção de não utilização do “*Super Servant One*” não impedia o operar a “*frustration*”: haveria, então, que verificar em que medida o evento impeditivo (o afundar do navio) ocorrera sem culpa, assim sucedendo, (i) não só na ausência de acto deliberado da parte que invoca a “*frustration*” (ii) mas, sobretudo, se as partes não tiveram possibilidade de controlar a ocorrência do evento superveniente – em suma, a “*frustration*” não tem aplicação e não pode ser invocada por uma das partes quando o evento frustrante sempre esteve sob o seu controlo. Sobre o caso v. UPEX e BENNETT, *Davies cit.*, pp. 260-261.

³²³⁷ BALLETTI, “*La risoluzione ...*” *cit.*, pp. 491-492; v. ainda LOMBARDI, *La risoluzione cit.*, p. 33.

³²³⁸ Cf. art. 1176 do CCit.

³²³⁹ BALLETTI, “*La risoluzione ...*” *cit.*, pp. 491-492.

³²⁴⁰ FERREIRA DA ROCHA, “*A imputação ...*” *cit.*, p. 57, ênfase nossa.

³²⁴¹ ANTUNES VARELA, *Das obrigações cit.*, vol. 2, p. 97. Havendo, por sua vez, que autonomizar os elementos intelectual e volitivo do dolo. O primeiro “caracteriza-se pelo conhecimento de que a acção ou omissão causará um resultado juridicamente desvalioso – ou, pelo menos, pela consciência da possibilidade de que a acção ou omissão cause um resultado juridicamente desvalioso”. E o segundo pela “vontade de que o cause”. Resultando, por sua vez, as variantes do dolo de “diferente articulação e/ou de uma diferente conformação dos dois elementos” (PINTO OLIVEIRA, *Princípios cit.*, p. 431). Quanto a esta distinção, v. ainda GALVÃO TELLES, *Direito cit.*, pp. 347-349). Na esfera penal, v. acórdão da RP de 12.3.2014, Proc. n.º 31/09.5GCCHV.P1 (NETO DE MOURA), onde é indicado que “o dolo e a negligência são elementos constitutivos do

modalidades de dolo que podem concorrer³²⁴²: no *dolo directo*, o devedor *quer* a realização do facto ilícito, “*representa* ou *prefigura* no seu próprio espírito determinado *efeito* da sua conduta e *quer* esse efeito como fim da sua actuação, apesar de conhecer a ilicitude dele”³²⁴³. No *dolo necessário*, embora “não querendo directamente o facto ilícito”, este foi previsto enquanto “consequência *necessária, segura*, da sua conduta”. Melhor explicando: “o efeito ilícito e o resultado querido estavam indissoluvelmente ligados, o agente conhecia esse nexo de causalidade, e nem por isso deixou de agir”³²⁴⁴. Por fim, no *dolo eventual*, dir-se-á que “o agente previu a produção do facto ilícito, não como uma consequência *necessária*, mas como um efeito apenas *possível* ou *eventual*”³²⁴⁵. Nestas hipóteses, “o agente não está confiante na não ocorrência do evento reprovado por lei; mas esse estado de espírito não o inibe de actuar pela forma por que o faz”³²⁴⁶.

Diferentemente, na *negligência*, “a censura do devedor funda-se apenas em ele não ter agido com a *diligência* ou com o *discernimento* exigíveis para ter *evitado* a falta de cumprimento da obrigação, ou para ter *previsto* e *evitado*, quando porventura nem sequer dela se tenha apercebido”³²⁴⁷. Havendo, neste contexto, que distinguir, consoante: (i) “o devedor, apesar de ter *previsto* a falta de cumprimento como um efeito *possível* da sua conduta, te[nha] acabado por aceitar *precipitada* ou *levianamente* que poderia cumprir”³²⁴⁸ (*negligência consciente*)³²⁴⁹; e (ii) outras situações, em que o devedor, “*censuravelmente*, não se ter[á] apercebido sequer da *possibilidade da falta de cumprimento* como um efeito da sua conduta”³²⁵⁰ (*negligência inconsciente*)^{3251/3252}. Importa, em suma, que a

tipo de culpa”, sendo certo que “o dolo só existirá quando o agente atue com conhecimento e vontade de realização do tipo-de-ilícito e com conhecimento ou consciência da ilicitude da sua actuação” (Sumário, I, II e III).

³²⁴² ANTUNES VARELA, *Das obrigações cit.*, vol. 2, p. 98, n. 1.

³²⁴³ ANTUNES VARELA, *Das obrigações cit.*, vol. 1, p. 570.

³²⁴⁴ *Idem.*

³²⁴⁵ *Idem.*

³²⁴⁶ GALVÃO TELLES, *Direito cit.*, p. 348.

³²⁴⁷ ANTUNES VARELA, *Das obrigações cit.*, vol. 2, p. 98.

³²⁴⁸ ANTUNES VARELA, *Das obrigações cit.*, vol. 2, p. 98.

³²⁴⁹ Neste âmbito, atenta a distinção entre o dolo eventual e a negligência consciente, há quem sustente que haverá dolo “sempre que o agente, ao actuar, não confiou em que o tal efeito possível se não verificaria”. Estar-se-á, ao invés, perante “*mera negligência (consciente)*, quando o agente tenha actuado só porque (infundadamente embora) confiou em que o resultado não se produziria” (ANTUNES VARELA, *Das obrigações cit.*, vol. 1, p. 571).

³²⁵⁰ ANTUNES VARELA, *Das obrigações cit.*, vol. 2, p. 99.

³²⁵¹ Sobre as variantes do dolo e da negligência, v. JÚLIO GOMES, “Responsabilidade ...” *cit.*, p. 118, e PINTO OLIVEIRA, *Princípios cit.*, pp. 429 e ss.

³²⁵² “O tipógrafo pode não imprimir o livro a que se obrigou porque assim o quer (dolo directo); porque assim irá suceder (e ele sabe-o) porque meteu outros trabalhos à frente (dolo necessário); porque, tendo metido outros trabalhos à frente, «aceitou» não poder vir (provavelmente) a imprimir o livro todo (dolo eventual). Ou o tipógrafo não imprimiu o livro simplesmente porque se esqueceu da encomenda (negligência) ou porque, tendo metido outros trabalhos à frente, pensou ter ainda tempo de fazer tudo (negligência consciente)” (RIBEIRO DE FARIA, *Direito cit.*, pp. 403).

impossibilidade não resulte de “conduta destinada a inviabilizar a prestação ou da inobservância dos deveres de cuidado que ao caso coubessem”³²⁵³. Justifica-se, todavia, considerar mais atentamente os termos em que procede a violação de dever de diligência³²⁵⁴ e determinar o padrão de conduta que condiciona a avaliação: em concreto (culpa em sentido subjectivo) ou em abstracto (culpa em sentido objectivo)?³²⁵⁵. Prevalece, neste âmbito, juízo abstracto (objectivo) de avaliação da culpa³²⁵⁶, aferição conforme “a diligência típica de um bom pai de família, e não *em concreto*, de acordo com a diligência habitual do obrigado, ao contrário do que preconizava a doutrina dominante em face do Código de 1867”³²⁵⁷. Há, ainda assim, que atender às “*circunstâncias de cada caso*”³²⁵⁸: daqui resultando que “a diligência relevante para a determinação da culpa é a que um homem normal (um bom pai de família) teria *em face do condicionalismo próprio do caso concreto*”³²⁵⁹. Por conseguinte, “estando em causa uma actividade profissional o que se exige é, na verdade, o nível técnico, a perícia de um bom profissional na actividade em causa”^{3260/3261}. Ora, condicionado, na maioria dos

³²⁵³ MENEZES CORDEIRO, *Tratado cit.*, IX (*Direito das Obrigações*), p. 182.

³²⁵⁴ Está em causa aferir se o agente deveria (i) “ter usado uma diligência que não empregou” ou (ii) “ter previsto o resultado ilícito, a fim de o evitar, e nem sequer o previu”; ou (iii) ainda que o tenha previsto, se “não fez o necessário para o evitar” ou “não usou das adequadas cautelas” para que se não realizasse (GALVÃO TELLES, *Direito cit.*, p. 350).

³²⁵⁵ “Ou se confronta a conduta do agente, na hipótese concreta, com a forma *como ele de ordinário procede*; ou se confronta essa conduta com a de uma *pessoa média*” (GALVÃO TELLES, *Direito cit.*, pp. 350-351).

³²⁵⁶ Cf. o art. 487.º, n.º 2, *ex vi* art. 799.º, n.º 2, do CC.

³²⁵⁷ ANTUNES VARELA, *Das obrigações cit.*, vol. 2, p. 100. Para excluir a culpa, o devedor deve, assim, “provar que foi diligente, que se esforçou por cumprir, que usou daquelas cautelas e zelo que em face das circunstâncias do caso empregaria um bom pai de família” (GALVÃO TELLES, *Direito cit.*, p. 360). Para uma síntese do posicionamento da doutrina quanto ao modelo de apreciação da culpa (em abstracto ou em concreto), no âmbito do CC 1867, v. FERREIRA DA ROCHA, “A imputação ...” *cit.*, pp. 42-43, n. 25.

³²⁵⁸ Cf. art. 487.º, n.º 2, *in fine*, do CC.

³²⁵⁹ ANTUNES VARELA, *Das obrigações cit.*, vol. 1, p. 576, com itálico nosso e para maiores desenvolvimentos, pp. 598 e ss. V. ainda GALVÃO TELLES, *Direito cit.*, pp. 353-354.

³²⁶⁰ FERREIRA DA ROCHA, “A imputação ...” *cit.*, p. 52. Também o art. 1176 do CCit. dispõe, sob a epígrafe “*Diligenza nell'adempimento*” que “*nell'adempiere l'obbligazione il debitore deve usare la diligenza del buon padre di famiglia*”. Indicando-se, porém, ainda que “*nell'adempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale, la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata*”. À luz do critério assim estabelecido, a *Cassazione* valorou já a conduta de trabalhador de lavandaria, que descurara as técnicas de tratamento de têxteis, concluindo que a diligência na execução de tais funções é a que impende sobre trabalhador qualificado, especializado em dada actividade profissional (decisão de 29.11.1984, *apud* LOMBARDI, *La risoluzione cit.*, p. 97).

³²⁶¹ Releva, neste contexto, a diligência como “grau de esforço exigível para determinar e executar a conduta que representa o cumprimento de um dever” (PESSOA JORGE, *Ensaio cit.*, p. 76). Importa ainda acentuar a diligência exigida nas designadas “prestações de conteúdo indefinido”, em que aquela exerce uma “função integradora da prestação e, deste modo, actua como critério de identidade ou exactidão do cumprimento” (FERREIRA DA ROCHA, “A imputação ...” *cit.*, p. 47). Poder-se-ia, no entanto, convocar muitos outros exemplos: “o cirurgião que se obrigou a fazer uma operação, tem o dever de estar fisicamente preparado para a realizar e assim não poderá embriagar-se antes dela; a cantora que se obrigou a dar um concerto, deve

casos, o regime suspensivo por factos referentes ao trabalhador ao requisito da não imputação subjectiva do impedimento, importa delimitar o conceito neste âmbito preciso³²⁶²: tratamos, na verdade, de princípios gerais que reclamam acomodação na esfera suspensiva laboral³²⁶³.

evitar constipar-se e ficar rouca; a pastelaria que se obrigou a fornecer a boda para o casamento, deve abastecer-se dos géneros com a antecedência necessária para cumprir a tempo e horas." Dir-se-á, pois, que "em todos estes casos de prestação definida – entregar a coisa, fazer a operação, cantar, fornecer a boda –, a prestação está como que «protegida» por certos deveres que impendem sobre o devedor (e também sobre terceiros) e se traduzem na observância de *certo grau de diligência para cumprir a obrigação*" (PESSOA JORGE, *Ensaio cit.*, pp. 78-79, *itálico* nosso).

³²⁶² Cf. art. 296.º, n.º 1.

³²⁶³ No Direito italiano, v. BALLETTI, "La risoluzione ..." *cit.*, pp. 491-492.

SECÇÃO III

EM CONCRETO: A SUSPENSÃO POR FACTO (IN)IMPUTÁVEL AO TRABALHADOR

À semelhança do regime de Direito comum, também no domínio laboral, o trabalhador é dispensado do dever de prestar e exonerado de responsabilidade sempre que a falta ou o atraso no cumprimento resulte de impossibilidade que não lhe é imputável³²⁶⁴. No entanto, por se tratar de prestação continuada, de natureza infungível e atenta a subordinação jurídica pressuposta, transposição rigorosa e sem ajuste da lógica civilística faria incidir em permanência sobre o trabalhador um amplo dever de diligência, pelo tempo de vigência do contrato – para mais, de duração tendencialmente indefinida³²⁶⁵. Por regra, o contrato de trabalho absorve já parte substancial da disposição física e anímica do trabalhador; nesta medida a não introdução de limites à diligência imposta quanto ao prevenir e acautelar de situações que podem afectar a respectiva capacidade para o desenvolvimento da obrigação prometida³²⁶⁶, traduziria uma interferência indesejável na sua esfera privada, impondo um invasivo dever de diligência ou mesmo “de custódia” quanto à integridade física e psíquica, turvando a necessária autonomia dos tempos de autodisponibilidade e de heterodisponibilidade.

Importa, afinal, não descurar que, com frequência, a incapacidade do trabalhador resulta de conduta própria, de comportamento imprudente ou reprovável e/ou até de acto de autolesão³²⁶⁷. Convocamos, pois, mais uma vez, as referências feitas a respeito da especial relevância da personalidade do trabalhador na execução do contrato e as observações a este propósito assinaladas³²⁶⁸, concluindo, agora, que a importância acentuada de um tal elemento pode justificar aplicação restritiva dos critérios delimitadores da

³²⁶⁴ A não imputação, quando condicionante da suspensão, conforma não apenas o desencadear da suspensão, como a sua subsistência. Para tanto alerta MONTEIRO FERNANDES: “[a] não-imputação ao trabalhador não releva apenas como *pressuposto* da suspensão, mas também como *condição de subsistência da situação típica em que se traduz o funcionamento do instituto*”. O que permite censurar situações, em que o trabalhador adopta determinado comportamento, “no sentido de *intencionalmente* provocar o *prolongamento* da impossibilidade – casos em que se passa para o domínio do incumprimento culposos da prestação de trabalho” (*Direito cit.*, p. 459, n. 3, ênfase nossa).

³²⁶⁵ Sobre a caracterização do vínculo laboral como contrato de execução continuada, de duração tendencialmente indefinida e quanto à infungibilidade da obrigação do trabalhador, *v. supra* Parte I, Capítulo VI.

³²⁶⁶ “A este nível coloca-se o problema de saber se o trabalhador tem o *dever de se abster de quaisquer comportamentos que possam pôr em causa o cumprimento* da prestação de trabalho ou até mesmo o *dever de exercer certas actividades que o tornem mais apto* para a realização das tarefas laborais que lhe foram contratualmente atribuídas” (TERESA MOREIRA, “O respeito ...” *cit.*, p. 159, *itálico* nosso).

³²⁶⁷ Indicamos exemplos igualmente referenciados noutros ordenamentos, tal qual a doença por consumo abusivo de álcool, o acidente rodoviário por actuação negligente, a prática desportiva perigosa ou a tentativa de suicídio (ICHINO, *Il contratto cit.*, p. 58).

³²⁶⁸ *V. supra* Parte I, Capítulo VI, § 4.

imputação, a título de culpa, da ausência ao trabalhador³²⁶⁹. De outra forma, o receio de subsequente afectação da capacidade laboral coarctaria, em termos que se afiguram inadmissíveis, a liberdade e escolhas pessoais de cada um.

Esta a principal razão para rejeitarmos transposição não depurada de obrigação que, no Direito comum, recai sobre o devedor³²⁷⁰: ao trabalhador não deve, sem salvaguarda ou excepção, ser exigível manter a sua integridade física e anímica, para (e em) execução do acordado³²⁷¹. Ou, o mesmo é dizer: o dever de diligência não pode assumir uma abrangência tal que inviabilize formas de expressão da personalidade – ainda que potencialmente lesivas da capacidade para o trabalho³²⁷². Há, por conseguinte, que identificar o(s) critério(s) que, no contrato de trabalho, permite(m) aferir, entre os comportamentos susceptíveis de condicionar a capacidade laboral, quando se considera verificada inobservância da diligência exigível ao trabalhador – *i.e.*, um comportamento culposos na produção do impedimento. A solução não é, todavia, evidente, atenta a variedade das hipóteses tratadas: importa, pois, atender a factos suspensivos diversos, reservando, embora – porque particularmente ilustrativa –, especial atenção à suspensão em razão de prisão do trabalhador.

1. A leitura restritiva: facto (in)imputável ao trabalhador em contexto suspensivo

I. Procurando delimitar os casos em que o impedimento produzido resulta, afinal, de comportamento imputável ao trabalhador, não autorizando a

³²⁶⁹ Vimos que, com frequência, o termo utilizado na doutrina laboral é não já o de “imputação” (*subjectiva*), mas de “imputabilidade”. Assim, nomeadamente, JORGE LEITE, que elege a “não imputabilidade” como o requisito de mais difícil apreensão, em contexto suspensivo: o seu recorte respeita, no entanto, sem qualquer hesitação, à delimitação da culpa, enquanto “juízo de reprovação ou de censura, pressupondo, por isso, a capacidade do agente de prever os efeitos e de medir o valor dos seus actos e ainda a de se determinar de acordo com o juízo que deles faça” (*Direito cit.*, p. 172). A este propósito, *v. supra* n. 3095.

³²⁷⁰ Também YAMAGUCHI constata que “*en effet, la pure conception contractuelle de la faute ne peut pas s’adapter aux multiples obligations auxquelles s’engagent les parties dans les relations de travail d’une manière suffisante pour qu’on puisse en tirer une définition satisfaisante de la faute*” (*La théorie cit.*, p. 79).

³²⁷¹ Dir-se-á que “o trabalhador deve ajustar o seu comportamento solutório tendente ao cumprimento do contrato à necessidade que determinou a sua contratação por parte da entidade empregadora. Se culposamente agir com diligência inferior à exigida a um trabalhador normal colocado na sua posição verifica-se uma violação do dever de diligência de acordo com o critério geral do *bonus pater familias*”. De todo o modo, “a valoração da diligência do comportamento por parte do trabalhador deve ser ponderada finalisticamente de acordo com a necessidade de aproveitamento por parte da entidade empregadora da actividade a que o trabalhador está adstrito” (Pedro Madeira de BRITO, “Justa Causa de Despedimento com Fundamento na Violação dos Deveres de Assiduidade, Zelo e Diligência”, *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, vol. 2, *Justa Causa de Despedimento*, Almedina, 2001, pp. 119-134, p. 121).

³²⁷² É assim que, para MENGONI, não se pode incluir no conteúdo do dever médio de diligência do trabalhador, a abstenção de manifestação da sua personalidade, ainda que desencadeadora de prejuízo para a capacidade laboral (“Note ...” *cit.*, p. 274).

suspensão laboral³²⁷³, antes implicando a convocação do regime disciplinar, JOANA VASCONCELOS assinala: “quanto ao que deva entender-se por *imputabilidade*, para este efeito, a nossa doutrina tem exigido *um certo grau de intencionalidade, dirigido à própria relação laboral*, mais exactamente à criação da situação de impedimento”. Referindo que, conforme esta perspectiva, “será *imputável ao trabalhador a impossibilidade de execução do trabalho por este voluntariamente provocada*”. A restrição do âmbito do conceito resulta evidente, considerados os seguintes exemplos: “um acidente de viação, *mesmo causado por condução com excesso de velocidade ou de álcool do trabalhador*, ou uma doença, *porventura resultante de comportamentos imprudentes ou de excessos deste*, constituem, neste sentido, situações de *impossibilidade não imputável* que

³²⁷³ Situações, por conseguinte, não reconduzíveis ao art. 296.º, n.º 5. No Direito alemão, a determinação da culpa do trabalhador na produção de impedimento por doença releva não tanto enquanto condicionante da ausência do trabalhador ao trabalho, mas, sobretudo, para aferir da (in)existência do direito do trabalhador à retribuição. Afinal, conforme o § 3, 1 e 3 “*Entgeltfortzahlungsgesetz*” (“EFGZ”, disponível em <<http://www.gesetze-im-internet.de/entgfg/>>), um trabalhador empregado continuamente por mais de quatro semanas, impedido de trabalhar em razão de doença, tem direito a “*Entgeltfortzahlung*” por seis semanas, contanto que tal incapacidade não decorra de culpa do trabalhador (“*wird ein Arbeitnehmer durch Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit an seiner Arbeitsleistung verhindert, ohne daß ihn ein Verschulden trifft [...]*”); v. ainda o disposto no § 616 do BGB. A fórmula acolhida na jurisprudência delimita a culpa, neste contexto, por referência a uma conduta em forte oposição ao que um homem razoável faria, no seu próprio interesse. Esta referência vaga, não é, todavia, suficiente para a resolução de casos específicos, assim se justificando a variada jurisprudência firmada a este respeito (WEISS e SCHMIDT, *Labour Law cit.*, pp. 114-115). Em análise reservada ao Direito alemão neste contexto preciso, também YAMAGUCHI nota que, a par de leitura restritiva da imputação, que afastaria de um tal juízo comportamentos imprudentes da vida privada do trabalhador, subsistiria, em maioria, uma outra construção: “*il y a donc faute du travailleur, lorsqu’une impossibilité du travail résulte d’une conduite inintelligente, légère ou déplacée. Il suffit ainsi d’un manque de diligence qu’une personne intelligente ne commettrait pas à l’égard de sa propre santé pour que la conduite du travailleur soit qualifiée de faute*” (*La théorie cit.*, pp. 162-163). Já quanto ao enquadramento da interrupção voluntária da gravidez enquanto incapacidade não culposa, v. ainda o previsto no § 3, 2 da EFZG, que circunscreve uma tal equiparação aos casos em que assim suceda nos termos legalmente autorizados. Em referência à doutrina alemã, JÚLIO GOMES dá conta do entendimento que tem vindo a ser sustentado, a propósito de hipóteses várias (acidente de viação, incapacidades decorrentes de dependências e práticas desportivas): considera-se que concorre, para este efeito, culpa do trabalhador se o acidente de viação resulta de negligência grosseira daquele. Por sua vez, em caso de doença derivada do consumo de tabaco ou de drogas, a ausência será imputável ao trabalhador se este “regressa ao vício após uma cura de desintoxicação e um período de abstinência”. Já perante impedimento por lesão desportiva “entende-se que o desporto é perigoso”, havendo, por conseguinte, culpa do trabalhador na produção do impedimento, “quando o risco de lesões é objectivamente tão elevado que mesmo um bom desportista da modalidade, observando todas as regras não conseguiria impedir lesões em si próprio”. A esta hipótese terá já sido reconduzido na jurisprudência o caso do *kickboxing*. De todo o modo, ainda que a prática desportiva não revista, em si mesma, especial perigosidade, dir-se-á que o trabalhador teve culpa na produção do impedimento se um tal desporto “ultrapassa claramente as forças e as capacidades do trabalhador”. Por fim, a culpa do trabalhador também concorre se “de forma grosseira viola as regras reconhecidas de um desporto”, ficando, em decorrência, incapaz para o trabalho (“*Algumas reflexões ...*” *cit.*, p. 748, n. 101).

determinam a suspensão do contrato de trabalho”³²⁷⁴. Em suma, se, não obstante a conduta adoptada, o trabalhador *não teve o propósito* de se colocar em situação de inviolável cumprimento da obrigação a que se vinculou perante o empregador – não sendo, por conseguinte, o comportamento dirigido à violação do dever contratual – a ausência não lhe será imputável³²⁷⁵.

Também PALMA RAMALHO considera que o “requisito da *não imputabilidade* da ausência ao trabalhador” deve ser reportada “*directamente ao vínculo laboral* e não ao facto ou acto que impossibilitam a presença do trabalhador na empresa”. Indicando, a esta luz, como factos não imputáveis ao trabalhador, não só o acidente resultante de culpa sua, mas também o caso em que o trabalhador “se tem que deslocar a tribunal por causa de uma acção judicial *que ele próprio intentou*”³²⁷⁶. Nota a Autora, em interpretação próxima da sustentada por MENEZES CORDEIRO³²⁷⁷, que “a imputabilidade não deve ser reportada ao carácter lícito ou ilícito do facto gerador do impedimento, mas sim à circunstância de tal facto ser *voluntário* e ter reflexos nos deveres laborais do trabalhador”. Daqui resultando que “não deixa de integrar esta previsão normativa o acidente de viação que impede o trabalhador de desenvolver a sua actividade durante dois meses, *mesmo que o trabalhador tenha tido culpa nesse acidente*”. Concluindo, porém, pela imputação subjectiva da ausência nos casos em que o trabalhador “resolve integrar uma expedição de cariz humanitário aos antípodas” – circunstância que autoriza preterir o regime reservado à suspensão. Assim seria por se considerar que, nestes casos, não obstante o carácter meritório da iniciativa, o trabalhador “toma essa decisão *voluntariamente* e com a consciência de que tal opção sacrifica os seus deveres laborais”³²⁷⁸. Em suma, relevante seria aferir da (in)voluntariedade do impedimento laboral e não tanto de juízo de (i)licitude/culpa quanto à conduta que o determina. LEAL AMADO acolhe leitura idêntica, reconduzindo a “não

³²⁷⁴ AA.VV., *Código cit.*, p. 651, ênfase nossa.

³²⁷⁵ Acentuando a necessidade de o juízo de imputação respeitar ao contrato de trabalho e não a outras esferas, ROMANO MARTINEZ assinala que “a inimputabilidade exigida por lei dever-se-á entender como respeitando à relação laboral, pois se a causa do impedimento (*v.g.*, acidente) for alheia ao contrato de trabalho, o trabalhador não fica privado de recorrer a este regime” (*Direito do trabalho cit.*, pp. 762-763, itálico nosso). A aceitação desta premissa autoriza também a concluir pela não imputação ao trabalhador (no plano laboral) de acidente de viação, provocado por aquele, com culpa, e que dita a sua ausência ao serviço, por três meses (p. 763, n. 1662).

³²⁷⁶ *Tratado cit.*, II, p. 623, itálico nosso.

³²⁷⁷ Assumido que a “prestação impossibilitada é *a de trabalho*” e que “essa impossibilidade não deve derivar de ilicitude culposa do trabalhador”, conclui que, nestes casos, “a ilicitude envolve aqui a *inobservância de deveres* particularmente virados para a *tutela da situação jurídica laboral* e não de *deveres absolutos ou globais*”. O que ilustra da seguinte forma: “o trabalhador que, por inobservância culposa do Código da Estrada, tem um acidente que o impossibilite para o trabalho beneficia da suspensão, enquanto que o que se alista como voluntário numa expedição da Cruz Vermelha incorre em faltas injustificadas, podendo ser despedido com justa causa”. Dir-se-á, afinal, que “*o primeiro não agiu contra deveres laborais, ao contrário do segundo e isso apesar da segunda situação ser meritória e a primeira condenável*” (*Manual cit.*, p. 769, ênfase nossa).

³²⁷⁸ PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, II, pp. 849-850, itálico nosso.

imputabilidade” a “não voluntariedade”, concluindo que, embora “o impedimento resulte de uma conduta censurável e negligente do trabalhador”, não se dirá que o impedimento lhe é imputável se “surge como uma consequência não desejada, não querida por este, *involuntária*”³²⁷⁹. E também JORGE LEITE, após referência aos contornos civilísticos da imputação a título de culpa, assinala, logo em seguida, a necessidade de acomodar o conceito, quando transposto para o Direito do Trabalho, condicionando-o a um mínimo de intencionalidade: “como tudo indica e a doutrina desde sempre vem salientando, para imputar determinado facto ao trabalhador não basta aqui um qualquer grau de culpa: para este efeito, o facto só se considera imputável quando o impedimento dele resultante *haja sido uma consequência querida pelo trabalhador*, isto é, quando tenha sido um *resultado pretendido* pelo agente do acto, ou, por outras palavras, quando o impedimento for *voluntário*”^{3280/3281}.

Veremos, adiante, que este enquadramento nos suscita, todavia, reservas, consideradas as premissas algo indefinidas: haverá, afinal, casos em que o trabalhador equaciona o impedimento – e, inevitavelmente, a ausência ao trabalho – como consequência *eventual* ou *necessária* de comportamento indevido. Em suma: (i) embora o trabalhador não assuma, por via da conduta adoptada, o propósito directo de se ausentar ao trabalho – por exemplo, infringe as regras de trânsito por pretender (tão-só) chegar mais cedo ao destino; (ii) se admitirmos que o trabalhador concebeu, ainda que a título *eventual* (tal qual se equaciona a ocorrência de um acidente de viação e, por conseguinte, o impedimento ao trabalho) ou necessário, a efectivação de um tal

³²⁷⁹ *Contrato cit.*, p. 338, itálico nosso. Reforçando a leitura da “não imputabilidade” enquanto “não voluntariedade”, conclui que “é este elemento de *voluntariedade* ou *não* do impedimento que tem sido considerado decisivo para este efeito”. Em suma, “o contrato suspender-se-á se o impedimento satisfizer este triplo teste: “ser *temporário* (não definitivo), ser *prolongado* (superior a um mês) e ser *involuntário* (contrário à vontade do trabalhador)” (p. 338, itálico nosso).

³²⁸⁰ JORGE LEITE, “O desempenho ...” *cit.*, p. 530. Refere ainda, neste âmbito preciso, que “o facto só se considera imputável ao trabalhador quando o impedimento *haja sido uma consequência querida ou quando, tendo sido prevista, o trabalhador não evitou, apesar disso, a prática do facto*”. Em suma, o Autor sugere condicionar a imputação laboral a situações de dolo, excluindo os casos em que o impedimento tenha sido produzido por negligência do trabalhador. Conclui, na verdade, que “não se perceberia, por exemplo, a aplicação do regime das faltas injustificadas a casos de impedimento por doença *resultante de negligência do trabalhador* ou de acidente de viação *devido a um descuido seu*”. Rematando que “razoável parece, em resumo, que, para estes efeitos, se exija um mínimo de *intencionalidade*” (JORGE LEITE, *Direito cit.*, pp. 172-173, itálico nosso). Daqui parece, pois, resultar que se o trabalhador provoca a doença com dolo, não lhe será possível invocar a não imputação do impedimento. Concretizando esta lógica no âmbito da ausência em razão de prisão, *v. infra* § 2. Especificamente por referência à situação de doença, também YAMAGUCHI convoca critérios próprios, excluindo a imputação do impedimento ao trabalhador em caso de negligência leve: “*l’existence, à l’origine d’une maladie ou d’un accident, d’une légère négligence du salarié ne suffirait pas pour que celle-ci puisse constituer une faute privative du droit de suspension*” (*La théorie cit.*, p. 79; *v. ainda, em concretização de tal construção*, pp. 164-165).

³²⁸¹ Por sua vez, ANDIAS GONÇALVES, refere que “o critério da imputabilidade a utilizar, neste âmbito, é muito menos exigente do que o aplicável no regime civilista. Com efeito, o facto só *deve considerar-se imputável ao trabalhador* quando se puder concluir que [...] foi praticado com a consciência de que daí adviria um impedimento para o trabalho” (“A licença ...” *cit.*, p. 150).

resultado e que, não obstante, assume um tal comportamento; (iii) por que é legítimo concluir que a ausência *não lhe é imputável*? Será pressuposto prescindir, nesta sede, de um tal escrutínio, restringindo a imputação da ausência a hipóteses de *dolo directo*? Deve a imputação subjectiva ser reconduzida a voluntariedade, mas apenas e tão-só nos casos em que o comportamento do trabalhador tem por fito directo e exclusivo a ausência ao trabalho? Mas, se assim for, não será legítimo afirmar que o *propósito imediato* do trabalhador que se ausenta para participar numa expedição, em regime de voluntariado, é prestar assistência humanitária, surgindo a ausência ao trabalho apenas como derivação de uma tal opção? Claro está que a ausência e a impossibilidade de prestar trabalho se apresentam como consequências incontornáveis de uma tal decisão. Mas o que legitima distinguir esta hipótese da anterior, em que o trabalhador, equacionando a ausência ao trabalho como consequência *eventual* da infracção ao Código da Estrada, se conforma com o resultado? Afinal, em nenhum dos dois exemplos o trabalhador assume por objectivo primário a ausência ao trabalho; esta constitui apenas consequência *necessária* (no caso da expedição) ou *eventual* (no caso do acidente) da sua conduta. Em suma, embora admitindo que a culpa do trabalhador na produção do evento impeditivo possa não ser suficiente para concluir pela imputação subjectiva da ausência em sede laboral, a análise carece de aprofundamento³²⁸².

Sentido diverso – mais abrangente – é acolhido por MENEZES LEITÃO, que admite ainda imputáveis ao trabalhador situações de doença ou acidente que tenham “*resultado de culpa do trabalhador*”³²⁸³. Por conseguinte, “apesar de se poder incluir no conceito de doença a dependência de álcool ou drogas, *não parece* que a mesma se possa considerar como *não imputável* ao trabalhador para efeitos da justificação da falta”³²⁸⁴. Conforme a mesma lógica, “também *acidentes* que sejam *devidos a grave negligência do trabalhador*, como o desrespeito das normas de higiene e segurança no trabalho, ou comportamentos temerários na condução de veículos ou em desportos de risco, *parecem excluir a possibilidade de justificação*”³²⁸⁵. Não obstante, é admitida a necessidade de aqui introduzir alguns limites, sob pena de interferência indevida na autonomia pessoal: são, assim, excluídas do âmbito da imputação hipóteses como as de “doenças

³²⁸² Em moldes distintos, embora sustentando também leitura restritiva da imputação, MONTEIRO FERNANDES assinala: “a imputação envolve aqui a *culpa grave* do trabalhador, *não diz respeito à mera causalidade* relativamente ao obstáculo surgido, *nem tão pouco ao eventual descuido* da sua conduta”. Em desenvolvimento desta lógica, indica: “se, por inadvertência, [o trabalhador] é vítima de insolação numa ida à praia; [...] ou, ainda, contrai uma grave doença das vias respiratórias em consequência de abuso do tabaco – em qualquer dessas situações pode certamente dizer-se que o trabalhador provocou o seu próprio impedimento, mas nem por isso há apoio suficiente, sem mais indagações, para que o mesmo *lhe seja imputado* do ponto de vista do artigo 296.º” (*Direito cit.*, p. 459, ênfase nossa). A imputação exige, neste contexto que a conduta “seja, em suma, *imputável a título de dolo*” (itálico nosso).

³²⁸³ Referências tecidas no contexto do regime das faltas (*Direito do trabalho cit.*, p. 323, ênfase nossa).

³²⁸⁴ *Direito do trabalho cit.*, p. 324, itálico nosso.

³²⁸⁵ *Idem*.

evitáveis por *cautelas específicas* do trabalhador, designadamente vacinas ou *abstenção de comportamentos de risco* (como as doenças infecciosas, incluindo a sida)” – afinal, da relação de trabalho “não resulta normalmente um dever de o trabalhador se proteger contra a doença”³²⁸⁶. cremos, todavia, que, também esta construção suscita dúvidas: o que justifica, afinal, enquadramento laboral distinto, referente, de um lado, à opção do trabalhador quanto à prática de modalidade desportiva e, de um outro, à não omissão, pelo trabalhador, de comportamento relacional de risco³²⁸⁷, se ambas as situações assumirem por resultado a ausência do trabalhador?

Nas diversas situações descritas, o trabalhador deu causa ao facto do qual vem a resultar o obstáculo ao trabalho; todavia, o entendimento restritivo da imputação subjectiva, frequentemente promovido pela doutrina juslaboral, sugere desconsiderar a ausência como imputável ao trabalhador, no contexto preciso do contrato de trabalho³²⁸⁸. Sucede que, como assinalado por JÚLIO GOMES, “o próprio acidente, referido a título de exemplo pela lei como facto não imputável ao trabalhador, pode, de um ponto de vista *naturalístico* ou, mesmo, do ponto de vista *jurídico* conexo com a responsabilidade civil, *revelar-se «imputável» ao trabalhador*”. Assim sucedendo, de forma particularmente evidente, “se o acidente [se tivesse ficado] a dever a excesso de velocidade na condução ou a embriaguez por parte do trabalhador”³²⁸⁹; e o mesmo se podendo dizer a respeito do suicídio³²⁹⁰. LEAL AMADO adianta outros exemplos: “o fumador inveterado a quem é diagnosticado um cancro pulmonar, o bebedor imoderado que contrai uma cirrose, o condutor alucinado que desrespeita as normas rodoviárias e sofre um acidente”³²⁹¹. Em busca de uma delimitação precisa dos contornos da (não) imputação neste contexto, JÚLIO GOMES considera, no entanto, que estes exemplos traduzem “um *alargamento excepcional* e por razões de equidade que não parece corresponder propriamente a uma regra formulável em termos precisos e generalizável”³²⁹².

³²⁸⁶ *Idem*.

³²⁸⁷ Quanto a esta última hipótese, dando conta das variações doutrinárias existentes, v. VIDA SORIA, *La suspension cit.*, p. 114.

³²⁸⁸ São situações em que “a jurisprudência e a doutrina – e, aliás, não apenas a portuguesa – tendem a considerar que o impedimento *não deve ser imputável para este efeito*, devendo suspender-se o contrato de trabalho, em vez de verificar-se, por exemplo, uma situação de faltas injustificadas” (JÚLIO GOMES, *Direito cit.*, p. 861, com itálico nosso). Para Albino Mendes BAPTISTA, de outra forma, “a conduta privada das pessoas seria intoleravelmente condicionada, na medida em que teria de ser determinada pela preocupação omnipresente de não se ficar impossibilitado de prestar trabalho” (“Faltas por Motivo de Prisão”, *QL*, ano 5, 1998, pp. 47-64, p. 58).

³²⁸⁹ *Direito cit.*, p. 861.

³²⁹⁰ JÚLIO GOMES *Direito cit.*, p. 862.

³²⁹¹ Hipóteses em que o Autor considera que a doença ou o acidente terão resultado de “actuação culposa do trabalhador” (*Contrato cit.*, pp. 337-338).

³²⁹² JÚLIO GOMES, *Direito cit.*, p. 862.

Resta, porém, insuficientemente justificado o que motiva, nas situações referidas, leitura restritiva da imputação³²⁹³, falhando também perfeita compreensão de uma tal construção, consideradas as múltiplas hipóteses em apreço. Na verdade, deparando-se com a difícil transposição, para este domínio, dos contornos da imputação civilística, a doutrina laboral tem encetado esforços na identificação de um conceito que se molde perfeitamente às diversas situações em equação e cujo enquadramento – inclusivo ou excludente, no que respeita à imputação – se encontra, regra geral, *a priori* definido³²⁹⁴. Por conseguinte, em vez de se partir de um conceito preciso de imputação a título de culpa que acomode as hipóteses ali enquadráveis, é acolhida perspectiva inversa: são identificadas as situações em que se admite que não se deverá tomar a imputação por verificada; sendo, em seguida, adiantado um conceito que dá cobertura ao conjunto pré-estabelecido. Importa, porém, compreender o que, em cada caso, dita leitura desviante (mais restritiva) da imputação subjectiva, à luz de valores e princípios próprios do ordenamento juslaboral.

II. Procurando uma tal delimitação, diremos que sempre que o ordenamento laboral equipare, para efeitos suspensivos, a impossibilidade relativa à absoluta³²⁹⁵ – *v.g.*, a doença ou o acidente podem ou não constituir impedimento absoluto ao trabalho³²⁹⁶ –, a desvalorização da culpa do trabalhador na produção do impedimento (e a assimilação a impedimento não imputável) traduz ainda reflexo da tutela reconhecida a valores prevaletentes do ordenamento. Senão vejamos: concluímos que a flexibilização do conceito de impossibilidade na suspensão laboral, por doença ou acidente, constitui decorrência da tutela da saúde, conferida pela ordem jurídica laboral³²⁹⁷. A tal protecção acresce, agora, na valoração da culpa, a autonomização das esferas laboral e privada, que dita que a suspensão opere mesmo que o impedimento ao trabalho³²⁹⁸ (a doença ou o acidente) sejam imputáveis a título de dolo ou negligência ao trabalhador. Justificando-se, a este propósito, atenta a atenção reservada ao tema, breve menção ao ordenamento italiano: nesse âmbito, considerado o disposto nos arts. 38 da Constituição italiana e 2110 do CCit., é

³²⁹³ Na síntese de JÚLIO GOMES, “na nossa doutrina e jurisprudência não se tem normalmente proposto, ao contrário do que se passa noutros países, atender à eventual «culpa» do trabalhador no processo que conduziu ao acidente ou doença” (“Algumas reflexões ...” *cit.*, p. 748).

³²⁹⁴ Conforme linha de raciocínio que vem, há muito, a ser testada. TAVARES DA SILVA assinalou oportunamente que, neste âmbito, a referência à imputação do impedimento ao trabalhador deveria ser entendida em termos hábeis: “referimo-nos, como é evidente, à vontade normativamente relevante. A maternidade, por exemplo, é imputável à vontade em sentido psicológico, mas a lei trata-a praticamente como um impedimento inimputável” (“Serviço militar ...” *cit.*, p. 62).

³²⁹⁵ Aspecto tratado *supra*, Capítulo I, Secção III, § 2.

³²⁹⁶ *Supra*, em especial, Capítulo I, Secção III, § 2.1.

³²⁹⁷ *Idem*.

³²⁹⁸ Nos moldes flexíveis em que o conceito foi assumido.

sustentada a tendencial irrelevância da culpa do trabalhador, contanto que não lhe seja associada colocação propositada em situação de incapacidade³²⁹⁹. Dir-se-á, por conseguinte, que o impedimento é imputável ao trabalhador se a conduta adoptada teve por finalidade a ausência ao trabalho, não havendo, para tanto, que atender à eventual negligência do trabalhador na produção da doença; idêntica leitura não se afigurando, contudo, linear se, para a produção do resultado (o impedimento e a consequente ausência ao trabalho), tiver concorrido dolo (eventual ou necessário) do trabalhador³³⁰⁰. À luz de um tal entendimento, dir-se-á que a flexibilização dos conceitos operativos opera a dois tempos: primeiro, dispensando o carácter absoluto da impossibilidade e, agora, admitindo a negligência do trabalhador na produção do impedimento.

III. Importa, todavia, notar que na doutrina italiana a irrelevância de comportamento negligente no surgimento da doença é compensada pela imposição ao trabalhador de um dever de cura ou de sujeição a terapêutica adequada, enquanto derivação da *"obbligo di correttezza"*³³⁰¹ – subsistente, em período suspensivo³³⁰². A aceitação de uma tal obrigação dita que o persistir da doença, subsequente a recusa do trabalhador em sujeitar-se a tratamento apropriado determina, quanto às ausências posteriores, responsabilidade disciplinar³³⁰³. Doutrina e jurisprudência são, na verdade, consistentes no

³²⁹⁹ ICHINO, *Il contratto cit.*, p. 58. V. ainda Angelo PANDOLFO, *La Malattia nel Rapporto di Lavoro*, Franco Angeli, 1991, pp. 95 e ss.

³³⁰⁰ ICHINO, *Il contratto cit.*, pp. 58-59. Dir-se-á, em síntese, que, tendencialmente, a culpa do trabalhador no surgir da doença é irrelevante para aferir da legitimidade da ausência ao trabalho. A ausência apenas deve ser considerada incumprimento imputável ao trabalhador quando o trabalhador adopte um tal comportamento com o intento de se ausentar ao trabalho – aqui se sugerindo, todavia, a inclusão de hipóteses em que à doença é associado o dolo do trabalhador, nas suas diversas variantes (p. 60). Em tais situações, o trabalhador não teria direito à tutela reservada em caso de doença, incorrendo em responsabilidade disciplinar: assim, LAVAGNINI exclui a aplicação do art. 2110 do CCit. às situações em que a doença do trabalhador resulta de *"colpa grave"* ou *"dolo del lavoratore"* (*La sospensione cit.*, p. 91). No mesmo sentido, v. Gaetano Zilio GRANDI, *"La Sospensione del Rapporto"*, *Trattato di Diritto Privato* (dir. Mario Bessone), *Il Lavoro Subordinato* (ed. Franco Carinci), t. 2, *Il Rapporto Individuale di Lavoro: Costituzione e Svolgimento* (coord. Adalberto Perulli), Giappichelli Editore, 2007, pp. 485-595, pp. 507-508. Por sua vez, no Direito espanhol, ainda que à luz de enquadramento legal anterior, VIDA SORIA questiona: *"qué habrá de entenderse por enfermedad atribuible al trabajador?"*, autonomizando, quanto ao surgir do impedimento, entre imputação prévia (desencadeadora do processo) e subsequente (prolongando o processo). Porém, a este propósito, o Autor diverge da maioria da doutrina, que tende a excluir a imputação em situações de negligência (*La suspensión cit.*, pp. 107-113). Por fim, especificamente quanto à ausência por incapacidade decorrente de suicídio frustrado, v. *infra* n. 3325 e ss.

³³⁰¹ Art. 1175 do CCit. Em termos aproximados, HURTADO ORTEGA afirma, no Direito espanhol, que *"pesa sobre el trabajador un cierto deber de contribuir a su curación, o cuanto menos, no entorpecer el proceso curativo, derivado del más amplio deber de buena fe"* (*"La suspensión ..."* cit., pp. 285-321, p. 292).

³³⁰² V. *supra* Parte I, Capítulo I, Secção V, Subsecção III, § 5.

³³⁰³ ICHINO, *Il contratto cit.*, pp. 61-62 e pp. 104-105. Da jurisprudência da *Cassazione* resulta, na verdade, que no período suspensivo a *"obbligo di correttezza"* vincula o trabalhador, impondo que não agrave o seu estado de saúde – por esta forma se atendendo também ao interesse do

reconhecimento de um dever contratual, que impende sobre o trabalhador, de contribuir para a cura. O que não é, porém, imune a críticas várias, desde logo, por a opção do trabalhador, quanto ao processo de cura ou terapêutica, não ser sindicável: a sua liberdade individual não deve autorizar, neste âmbito a ingerência do empregador³³⁰⁴. Aceite este reparo, ICHINO nota que o empregador também não deveria, afinal, sequer interferir na decisão do trabalhador em se submeter (ou não) a tratamento médico: a tanto não se comprometeu o trabalhador, com a celebração do contrato de trabalho³³⁰⁵. Reconhecendo a complexidade do problema e advertindo para a conveniência de maior aprofundamento, adianta a seguinte solução: embora não sendo viável sustentar que, com a celebração do contrato de trabalho, o trabalhador restringe a sua autonomia quanto ao cuidado a afectar à sua saúde, ao *rejeitar* tratamento, a doença deixaria, em diante, de merecer tutela contratual. Por conseguinte, a recusa do trabalhador não significaria incumprimento do trabalhador, mas libertação do empregador, quanto às restrições impostas à cessação, nos termos do art. 2110 do CCit. Atento este enquadramento, a diligência para a cura constituiria um ónus do trabalhador e não uma obrigação contratual, em sentido próprio³³⁰⁶.

Na mesma linha, se o trabalhador se ausenta por dependência decorrente do consumo de álcool ou de estupefacientes, não sendo, porém, possível demonstrar que o consumo teve em vista a ausência ao trabalho, a doutrina italiana tende a concluir por justificada incapacidade temporária³³⁰⁷. Para tanto retomando o enquadramento já enunciado: salvo casos excepcionais, a conduta do trabalhador na esfera privada, ainda que pouco salutar, não deve ser censurada, no plano contratual^{3308/3309}. Receando, todavia, reiteração ou

empregador. É, no entanto, em cada caso que o comportamento do trabalhador deve ser valorado, de modo a aferir se a execução de determinada actividade prolonga excessivamente a ausência (GALANTINO, *Diritto cit.*, p. 464; sobre o tema, v. as decisões da *Cassazione* de 1.7.2005, n.º 14046, de 6.10.2005, n.º 19414, de 21.4.2009, n.º 9474, de 21.4.2009, n.º 9474, de 5.11.2009, n.º 23444).

³³⁰⁴ Não é, por exemplo, escrutinável a opção do trabalhador por medicina alternativa, tal qual em hipótese de preferência por tratamento homeopático (ICHINO, *Il contratto cit.*, p. 104).

³³⁰⁵ *Il contratto cit.*, p. 104.

³³⁰⁶ ICHINO, *Il contratto cit.*, p. 105.

³³⁰⁷ ICHINO, *Il contratto cit.*, p. 62.

³³⁰⁸ ICHINO, *Il contratto cit.*, p. 62. Apenas se justificando enquadramento distinto se o trabalhador se apresenta ao serviço sob influência do álcool ou drogas.

³³⁰⁹ No Direito alemão, v. comentário de Klemens DÖRNER e Reinhard VOSSEN, "*Alkohol-, Drogenabhängigkeit*", *Kündigungsrecht* (coord. Reiner Ascheid, Ulrich Preis e Ingrid Schmidt), 4.^a ed., 2012, Beck, Rn 228-236b. A equiparação entre a embriaguez ou o consumo de drogas e a doença apenas tem lugar caso se conclua que o trabalhador perdeu o autocontrolo, encontrando-se física e psicologicamente dependente de álcool ou droga e, por essa razão, incapaz de cumprir adequadamente as suas obrigações. Nesta medida, ao trabalhador alcoólico/toxicodependente que, por tal condição, se ausenta prolongadamente, não deve, por regra, ser associado um juízo valorativo de culpa. No limite, apenas no contexto do necessário equilíbrio de interesses, a culpa pode ser objecto de valoração, autorizando o fim do contrato,

repetição das ausências, a doutrina procura limitar a amplitude das hipóteses toleradas: uma das vias restritivas admissíveis passa por considerar que a sistemática falta de diligência do trabalhador – alvo de recaídas frequentes –, que não procura superar aquela condição, traduziria, quanto à ausência ao trabalho, hipótese de dolo eventual, excluindo, por conseguinte, a tutela reservada pelo art. 2110 do CCit.³³¹⁰. Para ICHINO, a restrição assim proposta decorreria de princípio subjacente ao disposto no art. 94 do CPit., onde, sob a epígrafe “*Ubriachezza abituale*”, é previsto que “*quando il reato è commesso in stato di ubriachezza, e questa è abituale, la pena è aumentata*”³³¹¹. O que ditaria, portanto, concluir que o trabalhador alcoólico ou dependente do consumo de drogas – circunstância que, só por si, não consubstanciaria falta contratual – deve considerar-se contratualmente adstrito a tratamento de desintoxicação ou de reabilitação^{3312/3313}.

não transfigurando, todavia, a extinção, de objectiva em subjectiva – em termos idênticos, no que respeita à prisão, *v. infra* § 2.

³³¹⁰ ICHINO, *Il contratto cit.*, pp. 60 e 62.

³³¹¹ *Il contratto cit.*, p. 62. Explicitando o art. 94, 2 que “*agli effetti della legge penale, è considerato ubriaco abituale chi è dedito all'uso di bevande alcoliche e in stato frequente di ubriachezza*”. Por sua vez, o art. 94, 3 estende este agravamento ao caso em que “*l'aggravamento di pena stabilito nella prima parte di questo articolo si applica anche quando il reato è commesso sotto l'azione di sostanze stupefacenti da chi è dedito all'uso di tali sostanze*”. Versão consolidada (do Regio Decreto de 19.10.1930, n.º 1398) acessível em <<http://www.altalex.com/index.php?idnot=36653>> – por se tratar de diploma anterior a 1932, a sua consulta não está acessível em <<http://www.normattiva.it/ricerca/semplice>>.

³³¹² *Il contratto cit.*, p. 62. Resultando, por sua vez, inevitável a suspensão laboral, sempre que aquele tratamento imponha ausência ao trabalho: aos trabalhadores toxicodependentes é consentido um período de recuperação, em caso de frequência em programa terapêutico ou de reabilitação em instituições públicas. Conforme o art. 124 (“*Lavoratori tossicodipendenti*”) do Decreto del Presidente della Repubblica, de 9.10.1990, n.º 309 (“*Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza*”) – acessível em <<http://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=1990-10-31&atto.codiceRedazionale=090G0363&currentPage=1>>), os trabalhadores têm direito à conservação do posto de trabalho pelo tempo de ausência para tratamento – mas não por mais de três anos –, sem direito a retribuição, nem salvaguarda da antiguidade. Idêntica possibilidade é reconhecida em caso de frequência de programa terapêutico ou de reabilitação por abuso do consumo de álcool (ICHINO, *Il contratto cit.*, p. 63). Semelhante “*aspettativa*” – não retribuída e sem que o tempo de ausência seja computado para efeitos de antiguidade – é ainda reconhecida aos familiares de toxicodependentes sujeitos a programa terapêutico que exija a sua presença – *v.*, a este propósito, ICHINO, *Il contratto cit.*, p. 131, GIUDICE, MARIANI e IZZO, *Diritto cit.*, p. 412, SANTORO-PASSARELLI, *Diritto cit.*, p. 167, e GALANTINO, *Diritto cit.*, pp. 356-358.

³³¹³ Certo, porém, que se a dependência constitui um estado permanente e não já temporário e reversível, ICHINO propõe aplicação analógica do disposto no art. 95 do CPit. – sob a epígrafe “*Cronica intossicazione da alcool o da sostanze stupefacenti*”, ali se dispõe que “*per i fatti commessi in stato di cronica intossicazione prodotta da alcool ovvero da sostanze stupefacenti, si applicano le disposizioni contenute negli articoli 88 e 89*” (disposições que referem o enquadramento reservado à imputabilidade: o art. 88 trata do “*Vizio totale di mente*” e o art. 89 de “*Vizio parziale di mente*”) –, concluindo pela não imputabilidade do dano provocado por intoxicação crónica e (em cadeia) pela não imputabilidade do impedimento por falta de idoneidade irreversível para o desenvolvimento da prestação laboral (ICHINO, *Il contratto cit.*, p. 63). É, por conseguinte, assumido que o alcoolismo provoca danos cerebrais progressivos, que podem, em certos casos,

IV. Cremos, porém, que a imposição de um tal dever de cura ou recuperação, aplicado indistintamente – sem justificação imposta em função de concreta delimitação da actividade profissional –, traduz interferência desadequada e desproporcionada na esfera privada do trabalhador, não legitimada pela celebração do contrato de trabalho. Não vemos, por conseguinte, conveniência na transposição de idêntica solução para o nosso ordenamento³³¹⁴. Acresce que, quanto à não imputação na esfera (suspensiva) laboral, divergimos também do entendimento prevalecente na doutrina italiana, admitindo a extensão de um tal conceito a situações em que o acidente ou a doença não profissional resultam

resultar num estado de incapacidade permanente de entender e querer. No contexto da imputabilidade criminal, a *Corte Costituzionale* reflectiu sobre a possível identificação de hipótese intermédia, entre o previsto (i) no art. 94 (“*Ubriachezza abituale*”), que agrava a pena a aplicar, por se entender que o sujeito se coloca voluntária e frequentemente em tal estado – equiparado, por força do art. 92 do CPit. (“*Ubriachezza volontaria o colposa ovvero preordinata*”), ao cometimento do crime em condições mentais normais; e (ii) no art. 95 do CPit. (“*Cronica intossicazione da alcool o da sostanze stupefacenti*”), que exclui a imputabilidade, por se considerar que o estado de toxicidade não é mais, nestas hipóteses, dominável pelo sujeito (cf. decisão de 16.4.1998, n.º 114, disponível em <<http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>>). Foi, então, questionada a distinção entre intoxicação habitual ou crónica, segundo o critério diferenciador usual na jurisprudência – a reversibilidade (alteração não transitória do processo intelectual e volitivo), no primeiro caso, e a irreversibilidade, no segundo caso – concluindo-se pela admissibilidade de alteração intermédia, que, não sendo transitória, também não seria irreversível (cf. a referida decisão da *Corte Costituzionale* e síntese de ICHINO, *Il contratto cit.*, pp. 63-64). No entanto, se, no plano penal, esta hipótese resulta na não imputabilidade do crime cometido em tal estado intermédio, para ICHINO, o mesmo juízo não deve ser transposto para o plano civil ou, sequer, laboral: em tais circunstâncias, o trabalhador é sempre responsável pelo incumprimento de obrigação prévia, que lhe é exigível nos períodos intercalares, em que não se encontra ébrio, e que se traduz na sujeição a tratamento de desintoxicação e/ou de reabilitação (p. 64). Por conseguinte, para o Autor, não é concebível sustentar, nestas circunstâncias, falta de conexão entre o incumprimento passado e a ausência laboral subsequente. Nesta perspectiva, a sujeição a tratamento constitui obrigação acessória relativamente à actividade laboral (*idem*). A solução apela, uma vez mais, a equilíbrio adequado dos interesses em jogo: (i) sendo razoável que o conteúdo “*assicurativo*” do contrato de trabalho proteja o trabalhador, mesmo perante um comportamento desviante – como sucede na dependência alcoólica e de estupefacientes, em que se autoriza a ausência do trabalhador para tratamento de desintoxicação e de reabilitação; (ii) tal não legitima, no entanto, desresponsabilização do trabalhador que recuse tratar-se, transferindo o risco e os custos de uma tal omissão para o empregador (*idem*).

³³¹⁴ Entre nós, JÚLIO GOMES nega a existência de um dever de o trabalhador contribuir para a própria cura ou de não agravar a situação de doença, em decorrência da boa fé. No essencial, por três razões: (i) sugerindo maior legitimidade para a imposição de tais deveres em ordenamentos em que a ausência do trabalhador implique sacrifícios patrimoniais acrescidos para o empregador; sendo certo que, no português, “fora do domínio dos acidentes de trabalho e das doenças profissionais, não há praticamente consequências patrimoniais negativas para o empregador, mas tão-só os custos inerentes à conservação do posto de trabalho”; (ii) por razões ligadas à reserva da privacidade do trabalhador e ao direito ao sigilo médico quanto às causas concretas da incapacidade; (iii) por último, atento o direito do trabalhador à livre escolha dos tratamentos médicos a que se submete, questão, por vezes, não dissociável de opções religiosas (“Algumas reflexões ...” *cit.*, p. 749).

não só de comportamento negligente, mas também doloso – em qualquer variante – do trabalhador³³¹⁵.

Assumida esta premissa como princípio geral, alguns desvios podem, todavia, impor-se, caso se atenda a outros elementos, tal qual o momento em que o comportamento impeditivo se manifesta. Convocamos, neste âmbito, a diferenciação sugerida por MENGONI³³¹⁶: se, na véspera de regressar ao trabalho, o trabalhador se alcooliza e não está, no dia seguinte, em condições de trabalhar, a ausência ser-lhe-á imputável^{3317/3318}; se, em férias, pratica alpinismo e sofre um acidente que o torna incapaz para o trabalho por dois meses, a ausência não lhe será imputável. Dir-se-á que, no primeiro caso, é exigível ao trabalhador que não adopte comportamento que, de forma expectável – atendendo aos efeitos associados ao consumo excessivo de álcool e à proximidade do recomeço programado da actividade – possa inviabilizar a execução da prestação. Já na segunda hipótese, não haverá violação da diligência exigível: não só o acidente não constitui consequência inevitável da prática daquela actividade; mas, sobretudo, porque de outra forma – sendo sempre concebível lesão ou prejuízo potencial para a capacidade laboral – o trabalhador deveria abster-se de tal prática, sob pena de responsabilidade reflexa. Sucede que, como adverte MENGONI, o dever de diligência em termos preparatórios para o cumprimento, não pode ser estendido ao ponto de interditar ao trabalhador o exercício de desporto, enquanto factor adequado ao desenvolvimento e aperfeiçoamento da personalidade³³¹⁹.

Em certos casos, é assim possível definir um círculo de exigência: o dever de diligência do trabalhador compreende apenas os comportamentos

³³¹⁵ ICHINO sustenta solução idêntica em situação de interrupção voluntária da gravidez, nas hipóteses legalmente previstas – hipóteses às quais se impõe aplicar a tutela reservada à doença. Mais questionável é, no entanto, uma tal equivalência em caso de interrupção voluntária da gravidez, fora dos casos previstos na lei. O Autor concede, no entanto, que interpretação excludente poderia distanciar-se do princípio que garante a tutela da saúde, decorrente do previsto no art. 32 da Constituição italiana (*Il contratto cit.*, p. 59).

³³¹⁶ MENGONI, “Note ...” *cit.*, p. 274.

³³¹⁷ Também perfilhando este entendimento, no Direito alemão, v. Christian PICKER, “Personenbedingte Kündigung – mehrjährige Freiheitsstrafe”, *RdA*, 2012, pp. 40-50, p. 49. É, todavia, recusado um dever do trabalhador de “promoção da sua saúde” (“*gesundheitsförderlichen*”), por se entender que tal constituiria intromissão indevida na sua autonomia privada (*idem*).

³³¹⁸ Certamente, o trabalhador que se apresenta ao trabalho alcoolizado ou sob o efeito de estupefacientes comete uma falta contratual. Na origem do seu comportamento estaria uma escolha voluntária e consciente de redução da sua capacidade de valoração e de controlo das suas acções, no que respeita à actividade laboral que lhe compete desenvolver (ICHINO, *Il contratto cit.*, p. 61). V., a propósito, acórdão da RP, de 30.6.2014, “constitui justa causa de despedimento o trabalhador de uma empresa de construção civil apresentar por duas vezes valores de álcool no sangue superiores a 0,5 g/l, quando já antes tinham ocorrido situações similares e o trabalhador fora advertido de que aquele comportamento não era aceite pela entidade empregadora” (Proc. n.º 933/12.1TTBCL.P1, Sumário, III, RUI PENHA).

³³¹⁹ “Note ...” *cit.*, p. 274, com itálico nosso. Para ICHINO, a tutela constitucional da liberdade pessoal permitiria estender o conteúdo “*assicurativo*” do contrato de trabalho aos acidentes provocados por práticas especialmente perigosas – como o alpinismo, em condições particularmente arriscadas, ou voo de asa-delta (*Il contratto cit.*, pp. 59-60).

necessários à preparação imediata do trabalho – em função do local, do tempo e da natureza do trabalho a prestar, a valorar em concreto. Para lá destes limites, ainda que o impedimento superveniente ao trabalho tenha origem num facto voluntário do trabalhador, não seria já ajustado invocar desrespeito da diligência imposta ao devedor³³²⁰. Admitida a adequação deste critério como princípio geral, consideramos, não obstante, que determinadas situações podem justificar uma intensificação da diligência exigível – legitimando, por conseguinte, maior interferência do empregador na avaliação da conduta do trabalhador, ainda que extralaboral: a valoração da (não) imputação poderá ser distinta, consoante a actividade profissional (e, nesta medida, atento o compromisso contratual assumido). A título de exemplo, é razoável concluir que este exercício varie consoante se trate de modelo fotográfico ou de técnico informático; no primeiro caso, a prática de desporto perigoso, com risco elevado de lesões físicas, interfere, de forma mais evidente, com o cabal desempenho da actividade profissional do trabalhador – condicionado pela preservação do seu bem-estar físico³³²¹ – do que na segunda hipótese, em que o impacto da incapacidade é aferido apenas em função do tempo de ausência do trabalhador. O que assume, por sua vez, repercussão na valoração da (não) imputação do impedimento do trabalhador³³²².

³³²⁰ MENGONI, “Note ...” *cit.*, p. 274. A concretização deste critério obedece, todavia, no entender do Autor, a uma lógica titubeante (p. 275).

³³²¹ Assim se justificando, aliás, que, por vezes, tal imagem seja objecto de contrato de seguro. Conforme TERESA MOREIRA, “se o empregador pudesse exigir ao trabalhador um determinado comportamento na vida privada, a relação contratual *converter-se-ia num vínculo pessoal que transformaria o trabalhador em servo do empregador*. Porém, entende-se que a prestação de trabalho não se pode tornar impossível ou excessivamente defeituosa pelo facto de não se ter uma vida privada minimamente regrada e que coloque em causa a própria qualidade da prestação do trabalho” (“O respeito ...” *cit.*, itálico nosso, p. 158). Indicando, enquanto “exemplo paradigmático”, o do praticante desportivo: porém, em tal hipótese, “não sobressai o desrespeito pela vida privada mas o incumprimento do contrato de trabalho pelo trabalhador” (p. 158, n. 15). A tal respeito, v. art. 13.º, c) do RJCTPD, onde se dispõe que constitui dever do praticante desportivo “*preservar as condições físicas que lhe permitam participar na competição desportiva objecto do contrato*”. O art. 13.º, d), prevê ainda o dever do trabalhador se submeter “*aos exames e tratamento clínicos necessários à prática desportiva*”. Noutro ângulo, reflectindo sobre os traços que um futuro regime especial dos profissionais de espectáculo poderia assumir, MENDES BAPTISTA assinalava que se justificava a imposição da obrigação de preservar as condições físicas inerentes ao bom exercício profissional. Reconhecendo que “este dever aponta[va] para a relevância acrescida da vida extra-profissional, que naturalmente, para se conformar com a lei fundamental, te[ria] de observar juízos de adequação e de proporcionalidade” (“Subsídios para ...” *cit.*, p. 48).

³³²² Neste sentido, pronuncia-se LUÍS MORAIS, ao admitir que podem assumir relevância disciplinar “aquelas condutas extralaborais que ponham em causa certos deveres especiais [...] de preparação para o cumprimento da prestação de trabalho. Trata-se de assegurar a manutenção de uma certa esfera de vida privada compatível com a preparação do programa da prestação laboral”. Referindo a tal propósito, os casos de “jogador profissional de um clube que não leva uma vida regrada e são (aí o factor culpa pode consistir na negligência em relação à preparação para uma execução minimamente satisfatória da prestação de trabalho devida e esperada pela outra parte)”. Dir-se-á que, em tais casos, se está perante um “constante perigar

V. Ponto assente é que a tendencial convocação do regime suspensivo perante factos que, conforme o regime geral civilístico, se afigurariam imputáveis ao trabalhador (e que são, aqui, tomados por imputáveis) decorre da necessidade de não penalizar o trabalhador por comportamentos que pertencem, em primeira linha, à sua esfera pessoal – ainda que com reflexos evidentes (a ausência ao trabalho) na esfera laboral. Nesta medida, a recondução de tais condutas ao domínio privado é, no nosso entender, suficiente para, por regra, excluir um juízo de censurabilidade. Enquanto exemplo ilustrativo dos contornos da imputação, é, neste âmbito, frequentemente referido o suicídio frustrado: para MENEZES CORDEIRO, apenas se poderá considerar que o comportamento é imputável ao trabalhador se a conduta teve por finalidade a violação do dever de assiduidade³³²³; por conseguinte, o trabalhador temporariamente incapacitado por suicídio frustrado beneficia da suspensão, salvo se essa tentativa visasse, justamente, a ausência ao trabalho³³²⁴. Esta lógica distanciar-se-ia, pois, de delimitação da imputação civilística, cujos contornos impunham considerar que a ausência ao trabalho seria, mesmo nesta situação, imputável ao trabalhador³³²⁵. Por referência ao mesmo exemplo, JÚLIO GOMES acolhe, porém, leitura distinta da imputação subjectiva, (ainda) mais restritiva, dispensando semelhante escrutínio: independentemente das razões subjacentes a uma tal opção (que não seriam, com frequência, sequer decifráveis) e mesmo caso se conclua que o trabalhador assim agiu por razões ainda relacionadas com a actividade profissional, dir-se-á que o impedimento e a ausência não são imputáveis ao

[d]o cumprimento”, considerando-se, por conseguinte, “insustentáveis e atentatórias de uma expectativa justa da contraparte (de acordo com as regras da boa fé)” (*Dois estudos cit.*, p. 30).

³³²³ Também MENDES BAPTISTA refere que “o facto só é imputável se for *pré-ordenado* no sentido de dele resultar a impossibilidade de prestar trabalho” (“Faltas ...” *cit.*, p. 58).

³³²⁴ Assinalando que, “no limite, apenas o sentido da acção humana concreta pode decidir” (MENEZES CORDEIRO, *Manual cit.*, p. 769). Conforme a mesma lógica, o trabalhador preso beneficiaria da suspensão excepto se demonstrasse que congeminara a prisão para não trabalhar: “o trabalhador que é preso não incorre, por isso, em faltas injustificadas: ele coloca-se numa situação de impossibilidade de trabalhar, beneficiando da suspensão, *salvo se se demonstrar que congeminou a suspensão para não trabalhar*” (p. 769, ênfase nossa). Sobre esta hipótese, *v.*, porém, mais desenvolvidamente, *infra* § 2.

³³²⁵ Conforme parâmetros civilistas, “se a incapacidade temporária para o trabalho decorre da necessidade de recuperar de ferimentos sofridos na sequência de uma tentativa de suicídio [...] *nem sempre*, em bom rigor, *se poderia afirmar* que o impedimento *não é imputável* [...]” (JÚLIO GOMES, *Direito cit.*, p. 861, *itálico* nosso). Conforme acórdão do STJ, de 16.12.2010, Proc. n.º 196/06.8TTTCBR-A.C1.S1 (SOUSA GRANDÃO), “estando provado que a morte do sinistrado ocorreu *por acto próprio do mesmo* quando pôs termo à própria vida por enforcamento, é de afirmar a quebra do nexo causal entre as lesões decorrentes do acidente que o sinistrado anteriormente sofrera e o dano (a morte) que sobreveio em momento ulterior pois esse dano não surgiu como decorrência típica ou adequada daquelas lesões”. Acresce não estar “demonstrado que o quadro depressivo de que o sinistrado padecia resultante daquele acidente tenha sido causa adequada da sua morte, posto que esta não surge como desenvolvimento causal de tal lesão, *antes decorre de acto praticado pelo próprio lesado e, nessa medida, insusceptível de ser imputado à Ré, no quadro da sua responsabilidade infortunistica*” (Sumário, VII e VIII, *itálico* nosso).

trabalhador³³²⁶. Sustenta, para tanto, interpretação que qualifica de “generosa” da “inimputabilidade”: valoração diversa implicaria, afinal, demarcações complexas, ao nível da intencionalidade subjacente a tais situações, que implicariam proceder a “distinções extremamente delicadas como por exemplo entre as tentativas de suicídio realizadas em situações de desespero e de dor próximas da incapacidade acidental e em que seria plausível falar-se, para este efeito, de uma «inimputabilidade» e as restantes”³³²⁷. Uma tal destrição é, na verdade, frequentemente promovida na doutrina italiana, que autonomiza, conforme as hipóteses em causa³³²⁸: (i) admitindo a aplicação do regime da doença, sempre que a tentativa de suicídio resulte de perturbação mental; (ii) divergindo, todavia, quanto à aplicação de idêntica solução nos demais casos; apenas parte minoritária da doutrina convergindo numa tal solução – *ora* convocando razões de equidade, *ora* associando a todas as tentativas um estado de perturbação psicológica³³²⁹. Não cremos, porém, que semelhantes indagações se justifiquem ou sejam, sequer, adequadas, nestas circunstâncias: não há que perscrutar que motivações justificaram um acto de tal extremidade; a reserva da esfera íntima a tanto deve obstar, não autorizando uma tal intrusão na esfera privada do trabalhador. Em suma, o impedimento e a ausência ao trabalho têm-se, nestes casos, por inimputáveis ao trabalhador³³³⁰.

VI. A leitura assim sugerida da imputação subjectiva adequa-se especialmente aos casos previstos no art. 296.º, n.º 1: conforme oportunamente indicado, a doença e o acidente podem, consoante as circunstâncias, implicar um impedimento absoluto para o trabalho; vimos, todavia, não ser necessário que assim suceda, bastando, para a aplicação do regime suspensivo, que ao

³³²⁶ Em suma, “para além da óbvia dificuldade de prova de uma tal intenção [...], mesmo que se possa dizer que o escopo último do suicida foi fazer cessar o sofrimento associado, por exemplo, ao *mobbing* de que é vítima no seu trabalho – e, porventura, se possa também dizer, que o seu escopo era fazer cessar o contrato... – dificilmente gerarão uma impossibilidade imputável ao trabalhador” (JÚLIO GOMES, *Direito cit.*, p. 861, *itálico nosso*). Identificando ligações possíveis entre o impacto da crise iniciada em 2008/2009 e “*work-related stress*” v. Relatório Eurofound, “Impact of the Crisis on Industrial Relations and Working Conditions in Europe”, 2014, disponível em <http://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_publication/field_ef_document/ef1398en.pdf>.

³³²⁷ “Algumas reflexões ...” *cit.*, p. 749.

³³²⁸ ICHINO, *Il contratto cit.*, p. 60. LAVAGNINI rejeita um tal escrutínio, por entender que em qualquer hipótese de tentativa frustrada de suicídio, a subsequente ausência ao trabalho deve ser considerada não imputável ao trabalhador (*La sospensione cit.*, p. 91).

³³²⁹ ICHINO, *Il contratto cit.*, p. 60. Dando conta de idênticas variações, na doutrina espanhola, v. VIDA SORIA, *La suspension cit.*, pp. 113-114.

³³³⁰ Ainda que noutro contexto (não laboral) – e porque foi a cooperação do credor que resultou, então, primeiramente afectada, assim inviabilizando a prestação da contraparte – recusando igualmente valoração, para efeitos de culpa, da incapacidade decorrente de tentativa de suicídio do credor (aluno interno em estabelecimento de educação), v. PICKER, “*Fristlose ...*” *cit.* Sobre tal caso, v. *supra* Capítulo I, Secção IV, § 2.3.3., III.

trabalhador seja inexigível a prestação do trabalho³³³¹. Dispensado o trabalhador do dever de prestar, surge a necessária aferição da imputação do impedimento ao trabalhador; porém, com variações, no confronto com o Direito Civil: (i) por regra, se o impedimento for imputável ao devedor, dir-se-á que à exoneração do dever de prestar, acresce o incumprimento³³³²; no plano laboral, verificada a imputação do impedimento ao trabalhador, o regime suspensivo é excluído, prevalecendo juízo disciplinar; (ii) por seu turno, a imputação subjectiva é, nas duas hipóteses, aferida distintamente – justificando-se uma extensão do âmbito da não imputação do impedimento ao trabalhador, atenta a necessária autonomização dos tempos de autodisponibilidade e de heterodisponibilidade, a par da tutela reservada à vida privada do trabalhador³³³³. Assente esta lógica, surge, todavia, uma interrogação: se reconduzimos ainda ao n.º 1 do art. 296.º impedimentos que resultariam, não fora a extensão da não imputação assim promovida – no confronto com uma lógica estrita de Direito comum –, imputáveis ao trabalhador, o que distingue tais casos de outros tantos, enquadrados no n.º 5 do art. 296.º, mas em que, agora, a imputação apenas autoriza a suspensão, se assim resultar expressamente previsto? Cremos que os moldes em que a (não) imputação deve ser aferida a respeito das hipóteses indicadas nos n.ºs 1 e 5 do art. 296.º são sobreponíveis; simplesmente, enquanto os impedimentos enquadráveis no n.º 5 (v.g., greve, parentalidade³³³⁴, exercício de funções em estrutura de representação colectiva de trabalhadores³³³⁵) sempre resultariam imputáveis ao trabalhador, os previstos no n.º 1, mesmo conforme uma valoração “não específica” ou “não generosa” da não imputação, não são, com frequência, imputáveis ao trabalhador: a doença (impedimento absoluto ou relativo, nos termos expostos) que afecta a capacidade do trabalhador para o desenvolvimento da actividade laboral *pode* resultar de facto para o qual não concorre (sequer) comportamento negligente do trabalhador – ainda conforme delimitação da imputação nos termos gerais. Por sua vez, o impedimento decorrente do cumprimento de obrigações militares sempre resulta não imputável ao trabalhador, uma vez excluída a aplicação do n.º 1 do art. 296.º a

³³³¹ V. *supra* Capítulo I, Secção III, § 2.

³³³² No CC, v. arts. 801.º e ss.

³³³³ Tal separação é estruturante do modo como os deveres laborais devem ser compreendidos. Também no ordenamento francês se refere: “*on connaît aujourd’hui les principes posés par la chambre sociale de la Cour de cassation: hors de l’entreprise et de l’exécution du contrat de travail, la vie personnelle du salarié ne doit pas faire l’objet d’immixtion et de contrôle de l’employeur et, dans l’entreprise, un îlot de vie personnelle est protégé*” (Élisabeth FORTIS, “Vie Personnelle, Vie Professionnelle et Responsabilités Pénales”, *DS*, 2004, n.º 1, pp. 40-47, p. 40). A este propósito, LUÍS MORAIS admite “a relevância *excepcional* das condutas extralaborais quando estas tenham, de alguma forma, reflexo no conteúdo e na actuação funcional da relação empresarial” (*Dois estudos cit.*, p. 29, com itálico nosso).

³³³⁴ Assim, BERAUD indica que “*l’état de grossesse, s’il peut éventuellement entraîner une impossibilité d’exécution, est bien imputable à la salariée qui bénéficie de la suspension*” (*La suspension cit.*, p. 53).

³³³⁵ A este propósito, v., porém, *infra* § VII.

obrigações dessa natureza, se assumidas voluntariamente³³³⁶: a legislação laboral anterior a 2009 previa expressamente o “serviço militar obrigatório” e o “serviço cívico substitutivo” como factos suspensivos não imputáveis ao trabalhador; a referência era, porém, desajustada, atendendo a que o serviço militar não revestia já carácter obrigatório, antes traduzindo uma opção do trabalhador³³³⁷. O CT 2009 mantém, não obstante, no art. 296.º, n.º 1, *in fine*, referência a “facto decorrente da aplicação da lei do serviço militar”, entre os factos suspensivos não imputáveis ao trabalhador. Reconhecendo sentido útil a tal referência, dir-se-á que a mesma assume “mero carácter cautelar, prevenindo a hipótese de reintrodução, no nosso sistema, do serviço militar obrigatório, ou a de mobilização militar de um trabalhador que esteja na reserva (em caso de guerra, por ex.)”³³³⁸.

Por conseguinte, se os casos reconduzíveis ao n.º 5 sempre se consideram – conforme leitura indiferenciada – imputáveis ao trabalhador, os do n.º 1 afiguram-se, não raras vezes, ainda conforme tal modelo geral de delimitação, não imputáveis ao trabalhador; simplesmente *acresce*, em razão de exigências particulares do ordenamento, extensão da não imputação, em determinadas circunstâncias.

VII. Uma vez que a imputação deve ser identicamente determinada para efeitos do disposto nos n.ºs 1 e 5 do art. 296.º, assume, neste âmbito, especial importância a delimitação da imputação no que respeita às ausências em razão do exercício de actividade sindical: antes do CT 2003, a doutrina divergia quanto ao regime a aplicar a tais casos e a hesitação decorria precisamente da qualificação desta hipótese como impossibilidade superveniente e temporária de prestar trabalho não imputável ao trabalhador. A este propósito, quando ainda em vigor o art. 22.º do DL n.º 215-B/75, de 30.4³³³⁹ (“Lei Sindical ou LS”) – dispondo que “as faltas dadas pelos membros das associações sindicais para desempenho das suas funções consideram-se faltas justificadas e contam para todos os efeitos, menos o da remuneração, como tempo de serviço efectivo” –, JORGE LEITE justificava o enquadramento previsto: “a imposição legal da sobrevivência do contrato, apesar da sua inexecução voluntária, isto é, a proibição de o credor da prestação se prevalecer do incumprimento para resolver o contrato é, aqui, apenas um meio ou um instrumento ao serviço de interesses distintos dos da

³³³⁶ V. *supra* Capítulo I, Secção III, § 2.2, as referências feitas ao serviço militar, no contexto da delimitação da impossibilidade *vs.* inexigibilidade.

³³³⁷ Por conseguinte, já então a sua inclusão enquanto facto obstativo da prestação de trabalho não imputável ao trabalhador não se adequava ao âmbito operativo da norma, nem ao conceito de imputação pressuposto, salvo “no caso de mobilização militar de um trabalhador que esteja na reserva (por exemplo, num contexto de guerra ou de prevenção militar do país)”, em que “a norma ter[ia] plena aplicação, na medida em que o serviço militar não é voluntário” (PALMA RAMALHO, *Direito do trabalho. Parte II cit.* 2008, p. 733, n. 88).

³³³⁸ LEAL AMADO, *Contrato cit.*, p. 339.

³³³⁹ Alterado pelos DL n.º 564/75, de 2.10, DL n.º 13/76, de 10.3, DL n.º 773/76, de 27.10 e DL n.º 841-B/76, de 7.12 e pelas Leis n.ºs 23/99, de 21.4 e 118/99, de 11.8.

estabilidade do emprego”³³⁴⁰. Atenta a tendencial aproximação dos conceitos de voluntariedade e de “*facto imputável*”³³⁴¹, o Autor considerava esta ausência imputável ao trabalhador, à semelhança dos impedimentos decorrentes do exercício de outros cargos (*v.g.*, deputado ou membro do governo)³³⁴². Seria, afinal, dificilmente sustentável concluir por inatividade involuntária, já que “o desempenho de funções depende aqui de um *acto livre e voluntário* daquele que ocupa o cargo correspondente, não o descaracterizando como tal o facto de estar condicionado a um «acto de terceiros», seja este uma opção por sufrágio de uma determinada maioria do respectivo universo eleitoral ou uma escolha da entidade pública competente”. Em suma, “não se traduzindo, como não se traduz, no cumprimento de uma obrigação legal – *ninguém pode ser forçado a desempenhar tais cargos* – o exercício de funções sindicais *não pode*, pois, qualificar-se como um *impedimento involuntário*”³³⁴³.

Não sendo esta hipótese considerada como impedimento *não imputável*, nem a indicando a legislação à data como situação suspensiva – tal qual hoje previsto no art. 468.º, n.º 8 –, era adequado concluir pela sua localização à margem da suspensão^{3344/3345}. Em acórdão de 7.4.2008, a RP sintetiza as interrogações que se colocavam, a este respeito³³⁴⁶: a disposição em análise era ainda o art. 22.º do DL n.º 215-B/75, havendo que decidir se o exercício ininterrupto e exclusivo de funções sindicais, por cerca de trinta anos, legitimava a aplicação do regime suspensivo ou o das faltas justificadas³³⁴⁷. É, neste contexto, dada nota da divergência então existente a respeito daquela norma, sempre que o exercício de tais funções se protelasse por período

³³⁴⁰ JORGE LEITE, “O desempenho ...” *cit.*, p. 517, itálico nosso.

³³⁴¹ Tal qual assinalado *supra*, n. 3280.

³³⁴² JORGE LEITE, “O desempenho ...” *cit.*, pp. 533-534.

³³⁴³ JORGE LEITE, “O desempenho ...” *cit.*, p. 534, ênfase nossa. Também no Direito francês, BERAUD indica: “*le cas de l'exercice de fonctions représentatives du personnel ou de mandats politiques qui supposent, à l'origine, un acte de candidature de la part de celui qui se prévaut ensuite de la suspension pensant et pour l'exercice de sa mission*” (*La suspension cit.*, p. 53).

³³⁴⁴ Advertindo-se, no entanto, que “nada impede que a lei assim venha a dispor, concedendo-se mesmo uma boa dose de razoabilidade numa tal opção futura, não, porém, com os efeitos que a actual lei assinala à chamada suspensão por impedimento prolongado *involuntário*, mas com os que ela mesma vier a fixar, tendo em conta que uma tal legislação faz parte daquilo que atrás se qualificou como *legislação promocional*” (JORGE LEITE, “O desempenho ...” *cit.*, p. 535, itálico nosso).

³³⁴⁵ O que, em termos práticos, não assumia, todavia, especial impacto, já que, no caso, a não convocação da suspensão ditava tão-só a aplicação do regime das faltas justificadas. A expansão assim promovida do regime das faltas justificadas – sem limitação temporal – colocava, na verdade, em evidência a coincidência da função e dos efeitos da falta e da suspensão: “o expediente da falta justificada e o da suspensão do contrato cumprem, neste caso, a mesma função, sendo, nesta medida, praticamente indiferente a designação por que se opte” (JORGE LEITE, “O desempenho ...” *cit.*, p. 535, n. 53, ênfase nossa). V. porém, acórdão do STJ de 16.12.1983, referido *infra*, n. 3348. Quanto à autonomização das faltas e da suspensão, *v.* o referido *supra* Parte I, Capítulo III, § 5.

³³⁴⁶ Proc. n.º 0743201 (ALBERTINA PEREIRA).

³³⁴⁷ Estava ainda em causa possível extinção, por caducidade, por se considerar que o impedimento era não já transitório, mas definitivo. Haveria, no entanto, de se concluir por aplicação do regime suspensivo (*cf. infra*, n. 3712).

superior a trinta dias: o STJ ter-se-ia já pronunciado, por diversas vezes, em sentidos distintos – ora, aplicando o regime das faltas justificadas, sem limitação temporal³³⁴⁸, ora da suspensão. Em acórdão de 22.10.1996³³⁴⁹, o STJ convocara a suspensão, concluindo que o exercício de funções sindicais não deveria ser qualificado como facto imputável ao trabalhador – e assim decorrendo de delimitação específica da imputação, aqui acolhida pelo Tribunal: “o facto que determina a suspensão *não deve ser voluntária ou intencionalmente provocado*, embora possa não ser inteiramente independente da sua vontade, presumindo-se que a vontade do trabalhador não foi dirigida a provocar a suspensão do contrato de trabalho, mas a outras finalidades”³³⁵⁰. Este acórdão foi, no entanto, acompanhado de voto de vencido do Conselheiro CARVALHO PINHEIRO³³⁵¹, por considerar que não deveria ter tido aplicação a suspensão, em detrimento do regime das faltas³³⁵²: em suma, o facto era, no seu entender, imputável ao trabalhador e se “o pressuposto essencial da figura da suspensão (como justificativo do devedor não cumprir a sua prestação) reside na impossibilidade temporária, física ou legal, do trabalhador prestar trabalho *por facto a si não imputável*”, não estava verificada uma tal exigência³³⁵³. Uma vez

³³⁴⁸ Cf. acórdão do STJ de 16.12.1983, Proc. n.º 000556 (MELO FRANCO), *BMJ*, 1984, n.º 332, pp. 397-409, p. 397. Foi, então, decidido que “as faltas ao serviço, por motivo do exercício de funções sindicais, ainda que continuadas por mais de trinta dias, *não determinam a suspensão da relação de trabalho*” (Sumário, I, *itálico* nosso). Sugestivamente, refere o STJ: “devemos, desde já, dizer que não conhecemos trabalho algum de autor nacional, onde se considere que as faltas, mesmo prolongadas, de um trabalhador, pelo exercício de cargos sindicais, determinem aquela suspensão” (p. 401). Atento o enquadramento legal então em vigor, o Tribunal considera que a situação em apreço constitui uma hipótese de falta justificada, sem que tal se confunda com suspensão. Assim, “nada permite admitir o regime de suspensão da relação de trabalho no período mais ou menos longo, excedendo trinta dias consecutivos, empregado no exercício da actividade de dirigente sindical”. Nesta medida, havia que concluir que “as ausências ao serviço de um dirigente sindical por motivo do exercício das suas funções, como tal, apenas *constituem faltas* que a lei considera *justificadas*, mas sem remuneração, salvo as relativas ao crédito de quatro dias por mês”. Daqui resultando, por conseguinte, que “*se a lei considera aquela interrupção ao trabalho como falta não se pode falar em suspensão do contrato de trabalho*” (p. 403, *ênfase* nossa).

³³⁴⁹ Proc. n.º 004383 (ALMEIDA DEVEZA).

³³⁵⁰ Acórdão *cit.* Em suma, refere, a este propósito, o STJ que “os Autores passaram a desempenhar funções no Sindicato citado nos autos e ininterruptamente desde as datas acima indicadas, e correspondentes a um período bem superior a 30 dias”. Assente que, “enquanto exerceram funções na direcção do Sindicato, funções essas exercidas a tempo inteiro, deixaram de prestar qualquer actividade laboral à Ré”, impor-se-ia concluir por verificação “[d]os requisitos da suspensão do contrato, uma vez que existiu um impedimento temporário dos Autores para prestar trabalho, de duração superior a 30 dias, *sem que aquela situação impeditiva lhes possa ser imputável a título de culpa, tal como acima se caracterizou essa imputabilidade*” (acórdão, *itálico* nosso).

³³⁵¹ Subscrito pelo Conselheiro LOUREIRO PIPA.

³³⁵² Referindo, a este propósito, que “os Autores recorrentes, como membros duma direcção sindical, encontram-se no exercício das suas funções sindicais, *numa situação de faltas justificadas* (artigo 22.º, n.º 1, da L.S.) – *não de suspensão do contrato*” (voto de vencido ao acórdão *cit.*, *itálico* nosso).

³³⁵³ Voto de vencido ao acórdão *cit.*, *ênfase* nossa.

que, à data, não se identificava previsão legal expressa que admitisse, nesta hipótese, a suspensão – e sendo uma tal referência necessária na suspensão por facto imputável ao trabalhador –, era entendido que a suspensão não podia operar.

Também no mencionado acórdão da RL de 2008³³⁵⁴, a par de outras razões que dificultavam a convocação da suspensão³³⁵⁵, havia que ponderar a adequação da recondução do caso a facto “*não imputável*”. Sem adiantar, para tanto, especial justificação – e em parte sugestionada pelo enquadramento legal de 2003, que viria a situar esta hipótese na esfera da suspensão –, a RL conclui que “a figura da suspensão é a que melhor define a situação em apreço [...], no que se refere às faltas determinadas pelo exercício de funções sindicais por mais de trinta dias”³³⁵⁶. O tema da imputação não é, porém, sequer desenvolvido, sendo desvalorizado, atenta a relevância do motivo que legitima a suspensão: “o expediente da suspensão” surge, aqui, “ao serviço da liberdade sindical dos representantes eleitos dos trabalhadores”³³⁵⁷. Em suma, a suspensão constitui, conforme este ângulo, um *meio* ao serviço de um *fim*, cuja relevância é, em si mesma, bastante para justificar um tal enquadramento – dispensando valorar a (não) imputação da ausência. Idêntico enquadramento seria acolhido pelo STJ, em acórdão de 20.5.2009: convocado o regime suspensivo³³⁵⁸, o STJ admite a verificação de um impedimento não imputável ao trabalhador, não dispensando ao tema mais do que uma enigmática e pouco esclarecedora menção: “o que importa, para tal efeito, é a impossibilidade de prestar trabalho por facto não imputável ao trabalhador, no sentido de não derivar de uma sua conduta culposa (aqui envolvendo a inobservância de deveres particularmente virados para a tutela da situação jurídica laboral), que se prolongue para além de um mês”³³⁵⁹. Temos, na verdade, dificuldade em compreender o recorte da imputação aqui pressuposta, já que, mesmo à luz de leitura restritiva

³³⁵⁴ Referimo-nos ao acórdão da RP de 7.4.2008, Proc. n.º 0743201 (ALBERTINA PEREIRA), *supra* indicado (n. 3346).

³³⁵⁵ *Maxime*, a natureza temporária do impedimento (cf. *infra* Capítulo III).

³³⁵⁶ Acórdão *cit.*, itálico nosso.

³³⁵⁷ Afinal, “essa liberdade está consagrada na Constituição da República Portuguesa (art. 55.º) e representa, inequivocamente, a importância que a nossa Lei Fundamental atribui às associações sindicais que passaram a ser consideradas como os centros de referência na defesa de determinados interesses, para os quais a ordem jurídica os dota de meios de acção específicos, como é o caso da contratação colectiva e da greve” (acórdão *cit.*).

³³⁵⁸ Assim, “tendo o autor iniciado o exercício das funções de dirigente sindical em 1977, para que, posteriormente, foi sendo sucessivamente reeleito, funções essas que se mantinham em 2005, o contrato de trabalho suspendeu-se, inicialmente, ao abrigo do artigo 73.º e ss. da LCT, após, com a publicação do Decreto-Lei n.º 398/83, de 2 de Novembro, ao abrigo do regime constante deste diploma e, finalmente, com a publicação do Código do Trabalho de 2003 e Regulamento, ao abrigo dos artigos 333.º e 403.º, respectivamente, destes compêndios legais” (Sumário, VII).

³³⁵⁹ Proc. n.º 08S3258 (SOUSA GRANDÃO), itálico nosso. Foi, decidido que “as faltas dadas por membros da direcção das associações sindicais para o desempenho das suas funções consideram-se justificadas e, não sendo tais faltas remuneradas, se as mesmas se prologarem por mais de 30 dias, levam à aplicação do regime da suspensão do contrato de trabalho por impedimento prolongado” (Sumário, IV, ênfase nossa).

usualmente acolhida na esfera laboral³³⁶⁰, torna-se, na falta de outras referências, espinhoso decifrar em que medida o exercício destas funções não comporta a imputação do impedimento ao trabalhador.

De todo o modo, o art. 403.º da RCT (2003) passaria a dispor que “*quando as faltas determinadas pelo exercício de actividade sindical se prolongarem efectiva ou previsivelmente para além de um mês aplica-se o regime da suspensão do contrato de trabalho por facto respeitante ao trabalhador*”³³⁶¹. Esta redacção viria a ser transposta, com ajustamentos, em 2009, para o art. 468.º, n.º 8³³⁶², tornando-se, então, claro que o regime suspensivo tem aplicação após aquele período inicial³³⁶³. Todavia, embora reconduzida esta hipótese a um caso de suspensão por “*facto respeitante ao trabalhador*”, não resulta, ainda assim, perfeitamente evidente se estamos perante um facto imputável ou não imputável ao trabalhador. O que, embora em termos práticos possa revestir reduzido interesse, não deixa de assumir relevância para compreensão precisa dos contornos da imputação, em contexto suspensivo. Na doutrina, em conformidade com o apelo feito à (não) imputação subjectiva enquanto (in)voluntariedade, LEAL AMADO reconduz o desempenho de funções sindicais a hipótese suspensiva imputável ao trabalhador (cf. arts. 296.º, n.º 5, e 468.º, n.º 8): “*trata-se, nesta hipótese, da suspensão do contrato em virtude de um impedimento voluntário do trabalhador, através do qual se visa proteger outros direitos fundamentais cujo exercício se mostra incompatível com a normal execução da prestação*”³³⁶⁴. cremos, na verdade, que assim é³³⁶⁵: a par de outras

³³⁶⁰ Cf. referido *supra*, § I e ss.

³³⁶¹ A tal propósito, LUÍS MIGUEL MONTEIRO assinalava: “o preceito refere expressamente a «actividade sindical», parecendo dizer apenas respeito aos dirigentes sindicais (cfr. artigo 399.º). Crê-se, no entanto, que o legislador disse menos do que queria – eventualmente porque a questão vinha sendo colocada somente a propósito dos dirigentes sindicais – não se vislumbrando argumento contrário à suspensão dos contratos de trabalho de membros de outras estruturas representativas de trabalhadores que se ausentem, efectiva ou presumivelmente, por período superior a um mês” (AA.VV., *Código do trabalho. Três anos cit.*, p. 587).

³³⁶² Onde se dispõe que “*quando as faltas justificadas se prolongarem efectiva ou previsivelmente para além de um mês, aplica-se o regime da suspensão do contrato de trabalho por facto respeitante ao trabalhador, sem prejuízo do disposto em instrumento de regulamentação colectiva de trabalho aplicável, que preveja funções sindicais a tempo inteiro ou outras situações específicas, relativamente ao direito à retribuição de trabalhador*”.

³³⁶³ V. ainda acórdão da RL de 13.1.2012, Proc. n.º 3275/08.3TTLSB.L1-4 (ISABEL TAPADINHAS).

³³⁶⁴ *Contrato cit.*, p. 341, itálico nosso. Conforme a mesma lógica, o Autor reconduz também aqui o exercício do direito à greve. Neste sentido, “a adesão do trabalhador a uma greve determina, no plano individual, a suspensão do respectivo contrato de trabalho (art. 536.º)”. Já não assim, claro está, na hipótese de “greve ilícita, hipótese em que a ausência do trabalhador será tida como falta injustificada (art. 541.º)” (p. 341, n. 493).

³³⁶⁵ Também neste sentido, LIBERAL FERNANDES e REGINA REDINHA indicam que “*embora seja imputável o impedimento que desencadeia a suspensão do contrato do trabalhador eleito, a ocorrência deste efeito jurídico não é apenas do interesse deste, já que visa proporcionar as condições práticas ou efectivas para o exercício de outros direitos dos trabalhadores, designadamente o exercício da liberdade sindical na sua dimensão colectiva*” (“Regulamentação ...” *cit.*, pp. 54-55, n. 42, itálico nosso).

situações – como o exercício de licença parental ou da greve – estar-se-á perante impedimentos imputáveis ao trabalhador, porém legitimados legalmente, admitindo-se a sobrevivência do vínculo, atendendo aos valores que, por esta via, se procura promover. Embora traduzindo um impedimento imputável ao trabalhador³³⁶⁶, tal não obsta ao operar da suspensão: o dever de prestar resulta dispensado, nos termos oportunamente expostos, por se considerar inexigível ao trabalhador a execução da actividade laboral, atenta a motivação subjacente ao exercício de tais direitos/deveres³³⁶⁷. Ao que acresce dispensa legal de valoração adicional: a imputação é, então, assumida, sem que tal exclua a operacionalidade da suspensão.

2. Facto (in)imputável ao trabalhador em contexto suspensivo: em especial, a situação de ausência por observância de ordem privativa da liberdade

Maior complexidade resulta do enquadramento de impedimento por cumprimento, pelo trabalhador, de ordem privativa da liberdade. Trata-se, na verdade, de hipótese ilustrativa das dificuldades inerentes à rigorosa delimitação da imputação no plano da culpa e da depuração aqui tentada³³⁶⁸ –

³³⁶⁶ Perspectiva diversa é, no entanto, sugerida por ANDIAS GONÇALVES, ao indicar que se a licença por maternidade fosse qualificada como impedimento imputável à trabalhadora, ter-se-ia de concluir pela não operacionalidade da suspensão, já que o disposto no art. 333.º, n.º 4, do CT 2003 (ou, agora, o art. 296.º, n.º 5, do CT 2009) exigiria a expressa qualificação de tais casos como suspensivos (“A licença ...” *cit.*, pp. 164-165). Não acompanhamos, todavia, a premissa: não cremos que o disposto no art. 296.º, n.º 5, exija expressa qualificação da ausência como “suspensão”, bastando, para tanto, que a lei utilize outras designações que reconduzimos (ainda) à suspensão (*v. supra* n. 1188) – e tal precisamente o caso de outros tantos impedimentos qualificados legalmente como “licenças”. A Autora conclui, não obstante, pela não imputação do impedimento à trabalhadora: conforme critério que subscreve, o facto dir-se-ia imputável se foi “praticado com a consciência de que daí adviria um impedimento para o trabalho”; considera, porém, que os factos que determinam o impedimento são reconduzíveis à noção de caso fortuito ou força maior, não sendo, assim, imputáveis à trabalhadora (pp. 166-168). Diversamente, antes qualificam esta hipótese como impedimento imputável, nomeadamente, LEAL AMADO e PALMA RAMALHO: aquele Autor inclui estas ausências entre os casos de suspensão por facto imputável ao trabalhador, assim qualificada por força da conjugação do art. 296.º, n.º 5, e arts. 33.º e ss. (*Contrato cit.*, p. 341). São situações em que o contrato “não se suspende em virtude do art. 296.º, n.º 5, do CT (ao invés do que sucede nas situações do n.º 1); o contrato suspender-se-á, ao abrigo do n.º 5, porque (e só porque) tal vicissitude se encontra prevista nas disposições legais pertinentes” (*idem*). Por sua vez, PALMA RAMALHO integra nos casos de suspensão por facto imputável ao trabalhador, as licenças por maternidade, paternidade e assistência à família (*Tratado cit.*, II, pp. 851-854).

³³⁶⁷ Retomando, a este propósito, o indicado *supra*, Capítulo I, Secção III, § 2., quanto às razões que motivam flexibilização do conceito de impossibilidade. “*En effet, comme nous l’avons vu, il conviendrait parfaitement d’admettre la suspension du contrat de travail pour certains cas d’inexécution volontaire du travail, du travailleur*” (YAMAGUCHI, *La théorie cit.*, p. 77).

³³⁶⁸ Não obstante os diversos enquadramentos, veremos que se trata de questão que suscita dúvidas nos diferentes ordenamentos. Assim, no Direito francês, no que respeita ao juízo de imputação, ROGER nota que “*le droit du travail attache, que le contrat soit à durée indéterminée ou à durée déterminée, une grande importance à l’imputabilité de la rupture pour savoir qui en est responsable. L’acte délictueux reproché au salarié est ici susceptible de modifier sensiblement les éléments qui permettent d’imputer la rupture à l’employeur ou au salarié*” (“Les effets ...” *cit.*, p. 176). A

havendo, por sua vez, que autonomizar os casos de prisão preventiva³³⁶⁹ e de prisão efectiva³³⁷⁰. Importa, todavia, advertir que, entre as hipóteses a referir, trataremos apenas de valoração contratual da ausência de trabalhador impedido de comparecer ao serviço, excluindo menção às situações em que o comportamento censurado criminalmente constitua, em simultâneo, infracção disciplinar, por violação de outros deveres.

Para a ausência ser então justificada, terá de ser reconduzida a uma das hipóteses tipificadas no art. 249.º, n.º 2: na falta de expressa referência à prisão, há que verificar se a mesma pode ser enquadrada na alínea d) do art. 249.º, n.º 2, enquanto “impossibilidade de prestar trabalho” por facto “não imputável ao trabalhador”. Se assim for possível concluir, as faltas dir-se-ão justificadas, não incorrendo o trabalhador em responsabilidade disciplinar; de outra forma, são injustificadas^{3371/3372}.

complexidade do tema motiva, todavia, resistências ao tratamento sistematizado da matéria, mesmo em ordenamentos – tal qual o francês – que enquadram dogmaticamente a suspensão laboral. Para tanto alertava, já em 1980, ROGER, ao constatar que as principais obras dedicadas à “suspension” – como as de YAMAGUCHI e de BÉRAUD – omitiam referência à prisão do trabalhador (“Les effets ...” *cit.*, p. 181, n. 67). Para o que contribuiria, porventura, o facto de a prisão não ser expressamente indicada na lei como circunstância suspensiva (ao invés do que sucedia com a greve ou a doença), exigindo, por conseguinte, desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial (ROGER, “Les effets ...” *cit.*, p. 182).

³³⁶⁹ Cf. art. 202.º do CPP. Questões idênticas se suscitando a propósito de outras medidas de coacção, tal qual quanto à “Suspensão do exercício de profissão, de função, de actividade” (art. 119.º, n.º 1, a) do CPP) ou à “Obrigação de permanência na habitação” (art. 201.º do CPP).

³³⁷⁰ “Tem sido discutido na doutrina se a prisão do trabalhador envolve a suspensão do contrato. Não temos dúvidas que pelo menos a prisão como cumprimento de pena não pode ser equiparada à suspensão por facto não imputável. Do mesmo modo, as medidas penais da interdição de actividade ou de cassação de título e ainda o internamento de imputáveis. A questão da prisão preventiva pode ocasionar soluções diversificadas e, de igual maneira, as medidas de coacção com implicações profissionais previstas no Cód. Processo Penal” (LOBO XAVIER, *Manual cit.*, p. 703).

³³⁷¹ Determinando perda da retribuição correspondente ao período ausência, o qual será descontado na antiguidade do trabalhador (cf. arts. 249.º, n.º 3, e 256.º, n.º 1), podendo constituir justa causa de despedimento caso ultrapassem, no ano civil, cinco seguidas ou dez interpoladas, (cf. art. 351.º, n.ºs 1 e 2, g)). Havendo que transpor para este contexto as distintas interpretações, sustentadas quanto a tal disposição, perante faltas injustificadas em número superior ao ali previsto, *maxime*, (i) automatismo/presunção (inilidível) de justa causa (dispensando a convocação do n.º 1); (ii) leitura coordenada com o disposto no n.º 1, enquanto condicionante da justa causa; ou (iii) posição intermédia, que inverte o ónus da prova – verificado aquele número de ausências injustificadas, é presumida a existência de justa causa, cabendo ao trabalhador demonstrar a inexistência de culpa (tratando-se, pois, de presunção ilidível de justa causa). Explicitando tais divergências e subscrevendo a referida posição intermédia, v. LUÍS MORAIS, *Dois estudos cit.*, pp. 32 e ss.

³³⁷² O enquadramento jurídico do tema varia também em função de maior ou menor sensibilidade quanto aos efeitos que a perda de emprego pode assumir, em decorrência do cumprimento de pena privativa de liberdade. Assim, ROGER, que nota que “*plus que l’amende ou l’emprisonnement, au moins de courte durée, la privation de l’emploi qui peut résulter indirectement d’une décision pénale est sans doute une des «sanctions» les plus graves qui soit par ses répercussions tant matérielles que psychologiques sur le salarié et ses proches*” (“Les effets ...” *cit.*, p. 173).

2.1. A (não) imputação da ausência do trabalhador por prisão preventiva e efectiva: ausência justificada, suspensão e caducidade

I. A este propósito, parte da doutrina propõe aplicação do regime das faltas justificadas no primeiro mês de ausência, convocando, após esse período ou tão logo seja certo que a ausência se prolongará por tempo superior, o enquadramento reservado à suspensão. É, para tanto, indicado que as faltas por motivo de prisão não são imputáveis ao trabalhador: ainda que responsável por ilícito criminal, se assim não agiu para não trabalhar, a ausência não lhe é imputável³³⁷³. Há, pois, que autonomizar juízo de culpa criminal e juízo de culpa laboral e, nesta medida, ainda que o arguido venha a ser condenado na esfera penal, tendo que cumprir pena de prisão que o impedirá de comparecer ao serviço, uma tal impossibilidade apenas mediatamente decorre da conduta punida criminalmente: a ausência ao trabalho não resulta de acto voluntário do trabalhador, mas da necessária observância de ordem judicial – decisão alheia ao contrato de trabalho, imposta ao trabalhador, impedindo-o de se apresentar ao trabalho.

Em suma, conforme esta perspectiva, coincidindo o conceito de acto voluntário – *maxime*, se direccionado à não comparência ao serviço – com o de acto imputável³³⁷⁴, a ausência é, na hipótese descrita, justificada³³⁷⁵, “*por impossibilidade de prestar trabalho devido a facto não imputável ao trabalhador, nomeadamente [...] cumprimento de obrigações legais*”^{3376/3377}, tendo, na hipótese de

³³⁷³ Assim, MENEZES CORDEIRO, que assinala que “o trabalhador que é preso não incorre em faltas injustificadas: ele coloca-se numa situação de impossibilidade de trabalhar, beneficiando da suspensão, salvo se se mostrar que congeminou a prisão para não trabalhar” (*Manual cit.*, p. 769, itálico nosso). Também LEAL AMADO nota que a pena de prisão traduz um “impedimento involuntário de prestar trabalho (o trabalhador pode ter cometido o crime *dolosamente*, voluntariamente, mas decerto não o praticou em ordem a criar uma situação de impossibilidade de prestar trabalho)” (*Contrato cit.*, pp. 339-340, ênfase nossa). Refere ainda Eduardo Maia COSTA que “não pode deixar de considerar-se aberrante que, sendo o Estado, ao retê-lo dentro dos muros de uma prisão, a impedir o trabalhador de prestar o trabalho, seja este tido por «faltoso»”. Em suma, “é o Estado que, interpondo-se entre as partes do contrato de trabalho, impede o trabalhador fisicamente de comparecer e de dar a sua prestação. Não pode, pois, considerar-se que lhe é imputável a falta ao trabalho” (“Comentário ao Acórdão do STJ de 14.5.1997, Proc. n.º 96S177”, RMP, 1997, n.º 70, pp. 152-157, pp. 155-156, itálico nosso). No mesmo sentido, MENDES BAPTISTA, “Faltas ...” *cit.*, p. 57.

³³⁷⁴ V. *supra* § 1.

³³⁷⁵ Assim, PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, II, pp. 624-625, n. 641. Para a Autora, “a ilicitude que releva para a qualificação da falta do trabalhador ao trabalho tem a ver com a imputabilidade da falta a um comportamento do *trabalhador enquanto tal* e não noutra qualidade, como aqui sucede” (ênfase nossa).

³³⁷⁶ Cf. art. 249.º, n.º 2, d). A este propósito é ainda oportuno referir alteração introduzida no CT 2009, relativamente ao âmbito da licença por interrupção da gravidez. Enquanto o art. 35.º, n.º 6, do CT 2003 restringia a licença às hipóteses de aborto lícito (cf. art. 142.º do CPenal), o art. 38.º dispõe agora que “em caso de interrupção da gravidez, a trabalhadora tem direito a licença com duração entre 14 e 30 dias”, sem fazer distinção quanto à (i)licitude do acto. A este respeito, PALMA RAMALHO saúda a alteração, por considerar que a anterior redação pressupunha ingerência indevida do empregador na esfera privada da trabalhadora. Nesta medida, relevante deve ser apenas a situação de impossibilidade da trabalhadora para o desenvolvimento da actividade,

ausência prolongada, aplicação o regime da suspensão^{3378/3379}: não tendo o crime sido cometido com o intento de o trabalhador não executar o acordado com o empregador, nem assumindo os factos conexão relevante com a execução contratual (para lá da ausência), o exercício disciplinar extravasaria o seu escopo, constituindo interferência indevida na esfera privada do trabalhador³³⁸⁰.

É, no entanto, reconhecido que, em certas situações, uma tal ausência possa estender-se demasiadamente em caso de condenação em pena de prisão prolongada³³⁸¹: verificada a suspensão, o empregador estaria, então, obrigado a assegurar, por todo esse tempo, o retorno do trabalhador – o que pode, porém,

em moldes idênticos à “ausência de um trabalhador sinistrado por acidente de viação, independentemente de se saber que tal acidente se deveu a uma violação do Código da Estrada por ele perpetrada” (*Tratado cit.*, II, p. 642, n. 673). A modificação assim registada constitui um importante elemento interpretativo, evidenciando as consequências que podem decorrer de uma perspectiva excessivamente intrusiva do empregador na esfera pessoal do trabalhador.

³³⁷⁷ À luz de enquadramento legal anterior, RAÚL VENTURA recusava enquadrar a detenção ou a prisão entre as hipóteses de “necessidade de cumprir quaisquer obrigações legais incompatíveis com a continuação do serviço” (“Extinção ...” *cit.*, p. 313).

³³⁷⁸ Se o impedimento se prolongar por mais de um mês ou “no momento em que seja previsível que o impedimento vai ter duração superior àquele prazo” (cf. art. 296.º, n.ºs 1 e 3).

³³⁷⁹ Embora não acolhendo este entendimento, JÚLIO GOMES sintetiza a lógica subjacente ao mesmo: a prisão efectiva determina a suspensão “por se tratar de facto não imputável, em sentido jurídico-laboral ao trabalhador. Esgrime-se, por um lado, o *alargamento da própria noção de inimputabilidade* a situações já atrás referidas, como a tentativa de suicídio ou o acidente de viação causado pela elevada taxa de alcoolemia do trabalhador; mas invoca-se também que *só assim*, evitando a perda do emprego, é que se evitaria uma espécie de sanção acessória não prevista por lei, ao que acresce que a *manutenção do emprego* estaria de acordo com a *finalidade ressocializadora* da pena e facilitaria a reintegração do ex-recluso” (*Direito cit.*, p. 862, *itálico nosso*). Também PALMA RAMALHO sustenta que as faltas por prisão – preventiva ou em cumprimento de pena – devem ser consideradas justificadas (*Tratado cit.*, II, pp. 623 e 624-625, n. 641).

³³⁸⁰ “O critério desenvolvido pela jurisprudência para justificar o relevo disciplinar das condutas extra-laborais do trabalhador é o da existência de um nexo relevante entre aquelas condutas e o contrato de trabalho, no sentido em que, apesar de extra-laborais, tais condutas se repercutem no vínculo de trabalho de modo grave, justificativo da inexigibilidade da respectiva subsistência” (PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, II, p. 963). Sobre esta problemática no domínio específico da prisão do trabalhador, v. TERESA MOREIRA, “O respeito ...” *cit.*, pp. 155-189.

³³⁸¹ Embora a doutrina que apela a uma tal transmutação do impedimento (de transitório em definitivo) nem sempre exclua expressamente a prisão preventiva, cremos que essa a interpretação mais conforme com o sentido afecto à presunção de inocência, numa tal fase processual. Restringimos, assim, a extinção por caducidade, por impossibilidade definitiva aos casos de prisão efectiva; o mesmo é dizer que, na prisão preventiva ou na hipótese de aplicação de uma outra medida de coacção impeditiva do exercício profissional, a suspensão manter-se-á – por subsistir o carácter transitório do impedimento – por todo o tempo em que tal medida perdurar (quanto aos prazos de duração máxima da prisão e de outras medidas de coacção, v. arts. 215.º e 218.º do CPP). Em sentido diverso, v., nomeadamente, *infra* § 2.2.2, I, b), leitura frequentemente sustentada no Direito francês, em que, embora se reconhecendo que em situação de “*détention provisoire*” a suspensão opera (“*le salarié inculqué et placé en détention provisoire verra donc son contrat en principe suspendu et non rompu*”), é admitido que a extinção terá lugar se o impedimento se prolongar demasiadamente (ROGER, “Les effets ...” *cit.*, p. 182).

traduzir sacrifício excessivo. É, por isso, sustentado que, em tais circunstâncias, opera um aproveitamento dos cânones civilistas e a impossibilidade temporária poderá converter-se em definitiva, por perda do interesse do credor³³⁸², autorizando a caducidade do contrato de trabalho³³⁸³. Certo, porém, que esta delimitação – impedimento transitório ou definitivo – nem sempre se afigura evidente, não se adiantando, por regra, indicação precisa, a tal respeito³³⁸⁴. Justificando-se, neste contexto, breve referência ao Direito alemão:

a) Neste ordenamento, à luz do disposto no § 622 do BGB, a extinção, pelo empregador (*“ordentliche Kündigung”*), é admissível contanto que não seja considerada “socialmente injustificada” (*“sozial ungerechtfertigt”*), em função dos fundamentos de cessação indicados no § 1, 2 da KSchG³³⁸⁵. São motivos justificativos da extinção, desde logo, razões relacionadas com o trabalhador (*“personenbedingte Kündigungen”*), por falta de capacidade para o exercício da actividade profissional – aqui também se incluindo hipóteses de ausência prolongada do trabalhador por motivo de prisão (*“Inhaftierung”/“Freiheitsstrafe”*)³³⁸⁶. Sendo, a tal respeito, promovida aproximação ao enquadramento testado em situação de doença³³⁸⁷:

³³⁸² Conforme o art. 792.º, n.º 2, do CC, “a impossibilidade só se considera temporária enquanto, atenta a finalidade da obrigação, se mantiver o interesse do credor”. A este propósito, *v.*, todavia, o indicado *supra* Parte I, Capítulo II, § 3.

³³⁸³ Cf. art. 343.º b). Assim, MAIA COSTA, “Comentário ...” *cit.*, pp. 156-157. Também PALMA RAMALHO embora considerando justificadas as faltas de trabalhador preso, admite que tal não impede o fim do contrato, por caducidade. Por conseguinte, “uma vez que o trabalhador preso está objectivamente impossibilitado de continuar a cumprir a sua prestação, não sendo exigível ao empregador que aguarde a sua libertação para retomar o vínculo, *pelo menos no caso da prisão para cumprimento de pena* – a figura da cessação do contrato de trabalho por caducidade, motivada em impossibilidade superveniente absoluta de o trabalhador continuar a prestar a sua actividade (art. 343.º b) do CT), poderá ter aqui aplicação [...]” (*Tratado cit.*, II, pp. 624-625, n. 641, *itálico* nosso).

³³⁸⁴ A doutrina não procede, regra geral, à indicação dos critérios a que se deverá recorrer para delimitação da natureza temporária ou definitiva do impedimento. Admitindo natureza definitiva na hipótese de condenação em pena de prisão de seis anos, *v.* MENDES BAPTISTA, “Faltas ...” *cit.*, p. 59. Quanto a uma tal delimitação, *v.*, porém, *infra* Capítulo III.

³³⁸⁵ Por se tratar de avaliação do impacto da ausência do trabalhador na esfera do empregador, a extinção não ocorre, por regra, por *“außerordentliche Kündigung”* (§ 626 do BGB), salvo em situações de particular gravidade, em que a infracção penal implique violação de obrigações laborais com reflexos directos na relação de trabalho.

³³⁸⁶ Wilfried BERKOWSKY, “Personenbedingte Kündigung”, *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht. Band 1: Individualarbeitsrecht*, 3.ª ed., C. H. Beck, 2009, Rn 123-124, e Klemens DÖRNER e Reinhard VOSSEN, “Inhaftierung des Arbeitnehmers”, *Kündigungsrecht* (coord. Reiner Ascheid, Ulrich Preis e Ingrid Schmidt), 4.ª ed., Beck, 2012, Rn 242-244. Não se trata, todavia, de matéria frequentemente tratada na doutrina e na jurisprudência alemãs (Peter SCHRADER, “Der inhaftierte Arbeitnehmer”, *ArbRAktuell*, 2011, n.º 12, 291-292, p. 291). O tema é, não obstante, reconduzido pela jurisprudência a um despedimento por circunstâncias relativas ao trabalhador, atenta a falta de capacidade para a execução do trabalho: “nach der bisherigen Rechtsprechung kommt die Inhaftierung eines Arbeitnehmers als personenbedingter Kündigungsgrund deshalb in Betracht, weil der Arbeitnehmer die geschuldete Arbeitsleistung nicht erbringen kann, sie ist ihm unmöglich” (*idem*).

³³⁸⁷ Decorrendo da jurisprudência que o que vale para o impedimento por doença não culposa (*“unverschuldete krankheitsbedingte Arbeitsverhinderung”*), é transponível para o impedimento ao

simplesmente, agora – ao invés da incerteza inerente à ausência por doença –, o tempo máximo de afastamento resulta pré-determinado³³⁸⁸. Atento o enquadramento extintivo, a cessação pressupõe, no entanto, aferir o impacto da ausência na esfera do empregador, verificando em que medida é ou não exigível impor que aguarde o regresso futuro do trabalhador. É, todavia, reconhecido maior rigor à verificação da cessação em razão de doença do que em situação de prisão, precisamente por se entender que, neste caso, o impedimento decorre de um acto da responsabilidade do trabalhador, não se afigurando razoável concluir que uma situação por doença (que se considera involuntária – “*unverschuldeten*”) se pautе por parâmetros idênticos aos de uma ausência auto-infligida (“*selbst verschuldeten*”)³³⁸⁹. Também neste sentido, DÖRNER e VOSSEN constataм: “*da der Arbeitnehmer seine Leistungsunmöglichkeit selbst zu vertreten hat, sind dem Arbeitgeber Überbrückungsmaßnahmen nur in geringerem Maße zumutbar als bei der krankheitsbedingten Kündigung*”³³⁹⁰.

b) Estas referências, frequentes na doutrina, tornam evidente que, embora a (não) imputação subjectiva da ausência ao trabalhador não surja – ao invés do que sucede entre nós – como elemento determinante da (in)operacionalidade da suspensão (até porque, nestes casos, a extinção tem lugar, no Direito alemão, por razões objectivas – *i.e.*, impacto da ausência na esfera do empregador), é assumido que a ausência resulta imputável ao trabalhador³³⁹¹. E, ainda que tal não constitua razão suficiente para obviar à subsistência do vínculo, é um elemento relevante a considerar na avaliação dos reflexos da ausência na esfera do credor e nas (maiores ou menores) exigências impostas a este último, na valoração da (in)subsistência do contrato³³⁹². Dir-se-á que, não sendo legalmente

trabalho por detenção provocada pelo próprio (“*selbst verursachte Arbeitsverhinderung durch Inhaftierung*”) (SCHRADER, “Der inhaftierte ...” *cit.*, 291).

³³⁸⁸ BERKOWSKY, “Personenbedingte ...” *cit.*, Rn 123-124.

³³⁸⁹ BERKOWSKY, “Personenbedingte ...” *cit.*, Rn 123-124. Conforme decisão do BAG de 24. 3. 2011, 2 AZR 790/09 = RdA 2012, 40, em situação de prisão, o trabalhador “*hat seinen langen Ausfall selbst verschuldet*”. No mesmo sentido, SCHRADER, “Der inhaftierte ...” *cit.*, p. 291.

³³⁹⁰ Significando que sendo o trabalhador responsável pela impossibilidade de realização da prestação, ao empregador são impostas menores exigências na acomodação da organização do que em caso de doença (“*Inhaftierung ...*” *cit.*, Rn 243). Acolhendo um tal entendimento, *v.* decisão do BAG de 24.3.2011, 2 AZR 790/09 = RdA 2012, 40.

³³⁹¹ Também SCHRADER nota que, nestas circunstâncias, o trabalhador “*selbstverschuldet inhaftiert ist*” (“Der inhaftierte ...” *cit.*, p. 291). No mesmo sentido, PICKER, “Personenbedingte ...” *cit.*, p. 41.

³³⁹² Cumpre assinalar que o empregador se encontra, nestes casos, liberto da contraprestação retributiva (BERKOWSKY, “Personenbedingte ...” *cit.*, Rn 123-124). Assim resulta de leitura conjugada do disposto nos §§ 275, 1 (“*Ausschluss der Leistungspflicht* Ausschluss der Leistungspflicht”) e 326, 1 (“*Befreiung von der Gegenleistung und Rücktritt beim Ausschluss der Leistungspflicht*”) do BGB – conforme plena concretização do princípio “*ohne Arbeit kein Lohn*”. Na verdade, não se considera aqui aplicável o § 616 do BGB (“*Vorübergehende Verhinderung*”), já que a manutenção, em tal contexto, de pagamento correspondente à retribuição pressupõe que o impedimento não seja imputável ao trabalhador – o que se entende não verificado, nestas hipóteses. Quanto à aplicação destas normas, neste contexto preciso, *v.* PICKER, “Personenbedingte ...” *cit.*, p. 45, que admite a verificação de uma “*Vollsuspension*” (*idem*).

fixada a duração máxima do tempo de ausência tolerável³³⁹³, há que convocar parâmetros de avaliação do impacto organizacional, tal qual a perturbação operacional, a viabilidade do recurso a trabalho a termo ou temporário ou o investimento em formação profissional de terceiros³³⁹⁴. É, todavia, tendencialmente sustentado que uma pena de prisão de curta duração não autoriza concluir pela extinção, considerado o reduzido impacto na estrutura do empregador, salvo, porventura, se se tratar de trabalhador dificilmente substituível³³⁹⁵.

c) De referir, no entanto, que mesmo na prisão preventiva (*"Untersuchungshaft"*), a doutrina tende a considerar a extinção admissível, atenta a incerteza inerente ao regresso do trabalhador (*"Ungewissheit der Rückkehr"*) e o tempo que poderá decorrer até ao retorno³³⁹⁶. É, contudo, sustentado que se não for expectável o cumprimento de uma pena privativa de liberdade superior a dois anos – limite admissível para a contratação a termo nas hipóteses indicadas no § 14, 2, da *Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge* (*"TzBfG"*)³³⁹⁷ – sendo, por sua vez, o trabalhador titular de um contrato de trabalho por prazo superior, o fim do vínculo não se afigura, por regra, legítimo³³⁹⁸. Em contrapartida, se a ausência é estimada em tempo superior, o BAG tende a dispensar qualquer indagação adicional de perturbações operacionais, considerando viável ao empregador promover, em tais casos, a extinção do contrato³³⁹⁹. Assim sendo por se considerar que não há, agora, que ser tão exigente como em situação de doença – e afirmando-se que outra leitura implicaria contradição sistemática, em contexto extintivo³⁴⁰⁰. Este o entendimento acolhido em decisão do BAG, de 24.3.2011, sucessivamente

³³⁹³ DÖRNER e VOSSEN, *"Inhaftierung ..."* cit., Rn 242.

³³⁹⁴ DÖRNER e VOSSEN, *"Inhaftierung ..."* cit., Rn 243.

³³⁹⁵ DÖRNER e VOSSEN, *"Inhaftierung ..."* cit., Rn 242.

³³⁹⁶ DÖRNER e VOSSEN, *"Inhaftierung ..."* cit., Rn 244. Em decisão do BAG de 24.3.2011, é mesmo indicado que para o empregador pode ser mais fácil avaliar o impacto de pena de prisão efectiva (devidamente concretizada) do que estimar as repercussões de uma ausência indefinida, por prisão preventiva (2 AZR 790/09 = RdA 2012, 40).

³³⁹⁷ Disponível em <<http://www.gesetze-im-internet.de/tzbfsg/>>. Confirmando a reiterada aplicação daquela disposição a esses casos, v. PICKER, *"Personenbedingte ..."* cit., p. 45. Questionando, todavia, um tal enquadramento, preferindo recondução ao indicado no § 14, 1 TzBfG, onde é prevista a contratação a termo por substituição de trabalhador ausente, v. PICKER, p. 47.

³³⁹⁸ DÖRNER e VOSSEN, *"Inhaftierung ..."* cit., Rn 244. Há, no entanto, que assinalar que uma tal valoração tem lugar aquando da cessação do vínculo, ainda que em momento anterior ao trânsito em julgado da decisão condenatória: por conseguinte, uma alteração do sentido da decisão em sede de recurso não condiciona a extinção já verificada (BERKOWSKY, *"Personenbedingte ..."* cit., Rn 123-124). Reafirmando um tal entendimento, v. decisão do BAG de 24. 3. 2011, 2 AZR 790/09 = RdA 2012, 40.

³³⁹⁹ *"Jedenfalls dann, wenn gegen den Arbeitnehmer rechtskräftig eine Freiheitsstrafe von mehr als zwei Jahren verhängt worden ist, könne der Arbeitgeber den Arbeitsplatz in der Regel dauerhaft neu besetzen"* (SCHRADER, *"Der inhaftierte ..."* cit., p. 291). Diferentemente, em situação de doença, a avaliação do impacto organizacional não deve, em caso algum, ser preterida.

³⁴⁰⁰ Assim, SCHRADER, *"Der inhaftierte ..."* cit., p. 291. Opera, pois, uma forma de hierarquização da tutela reservada ao trabalhador, em razão das diversas ausências (doença e prisão). No plano da delimitação da natureza transitória ou definitiva do impedimento, v. *infra* Capítulo III.

referenciada³⁴⁰¹ – estando, então, em causa uma hipótese de “*Personenbedingte Kündigung bei mehrjähriger Haftstrafe*”. Foi, então, decidido que:

- O impedimento de trabalhador por cumprimento de pena privativa de liberdade pode constituir motivo para um despedimento por razões pessoais (“*personenbedingten Kündigung*”);
- Nem toda a pena privativa de liberdade implica a cessação do contrato de trabalho, havendo que promover adequada valoração dos interesses das partes, considerando a extensão do impedimento e o respectivo impacto organizacional e operacional³⁴⁰²;
- Se, à data em que tem lugar a extinção, não for expectável a libertação do trabalhador em período inferior a dois anos, dir-se-á inexigível ao empregador aguardar uma tal libertação, sem necessidade de convocar qualquer outro elemento de valoração³⁴⁰³. Importa assinalar que no caso em análise, havia sido demonstrado que o empregador não necessitava de recorrer à contratação de terceiro para suprir transitoriamente a ausência do trabalhador: seria, na verdade, suficiente uma reorganização da mão-de-obra disponível. Tal não impediu, todavia, o BAG de considerar como (único) elemento relevante para medição do impacto organizacional o tempo de prisão, por referência ao limite dos dois anos – assumindo que, nessas circunstâncias, sempre concorre significativa perturbação da relação de troca³⁴⁰⁴.

³⁴⁰¹ 2 AZR 790/09 = RdA 2012, 40.

³⁴⁰² É, neste contexto, frequentemente confirmado o apelo ao disposto no § 241, 2 do BGB (“*Pflichten aus dem Schuldverhältnis*”), que exige ao devedor atender, no cumprimento da obrigação, os interesses da contraparte (“*das Schuldverhältnis kann nach seinem Inhalt jeden Teil zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichten*”).

³⁴⁰³ No caso, o trabalhador estava ao serviço do empregador desde 1992, como mecânico automóvel, encontrando-se detido desde Novembro de 2006, vindo a ser condenado, em 8.5.2007, no cumprimento de pena de prisão de quatro anos e sete meses, sendo despedido a 30.4.2008. Sobre tal decisão, v. SCHRADER, “*Der inhaftierte ...*” *cit.*, p. 291. Esta solução inverte a jurisprudência do BAG, que sempre exigira ao empregador demonstração precisa da perturbação da ausência do trabalhador na estrutura organizacional, a par da insuficiência de medidas paliativas – sem o que o despedimento não poderia ter lugar (BAG 9.3.1995, 2 AZR 497/94 = NZA 1995, p. 777; referindo esta decisão, v. PICKER, “*Personenbedingte ...*” *cit.*, pp. 43-44).

³⁴⁰⁴ Assim, PICKER, “*Personenbedingte ...*” *cit.*, que convoca uma “*erheblichen Störung des Austauschverhältnisses*” (pp. 42 e 45 e ss.). Embora o Autor acolha a solução perfilhada pelo BAG, entende essencial distinguir as situações que podem estar em causa, em caso de infracção penal: (i) de um lado, aferir se o ilícito penal implica, em si mesmo – e para lá da ausência ao trabalho – , violação de outros deveres laborais; (ii) de um outro, as hipóteses em que os reflexos laborais de tais circunstâncias são circunscritas à ausência ao trabalho. Nestas, PICKER indica que haverá que verificar se, atento o ilícito cometido, o trabalhador concebeu a aplicação de pena privativa de liberdade e a consequente ausência ao trabalho. Questiona, no entanto, se, demonstrada a imputação do crime ao agente, a cessação do contrato não deveria decorrer da responsabilidade criminal apurada e não já apenas da ausência do trabalhador. Sustentando que, com o cometimento do crime haveria que assumir uma adesão tácita do trabalhador à consequência subsequente – aplicação de pena privativa de liberdade e ausência ao trabalho (p. 48). Sempre concorrendo potencial “*Kündigungsgrund*”, uma vez que adoptando um tal comportamento, o trabalhador infringiria culposamente o dever de manter/assegurar a sua força de trabalho

A fixação de um tal limite temporal foi bem recebida na doutrina, por se entender que assim se acolhe um critério objectivo, conferindo maior segurança jurídica aos empregadores³⁴⁰⁵. PICKER considera, porém, que seria mais rigoroso e transparente afirmar que, nestes casos, o BAG sempre assume a imputação da ausência ao trabalhador: na verdade, para lá de tal circunstância, nada justificaria dispensar valorar, em concreto, o reflexo operacional da ausência, na esfera do empregador³⁴⁰⁶.

d) Aproximando esta leitura das construções entre nós sustentadas, diremos que a determinação (objectiva) do impacto da ausência do trabalhador na estrutura organizativa do empregador, em razão de prisão, assume alguma proximidade com a avaliação entre nós reclamada quanto ao carácter transitório ou definitivo do impedimento – se subscrito o entendimento acima indicado, que delimita a suspensão e a cessação (por caducidade). De todo o modo, o Direito alemão não convoca juízo de imputação nos mesmos moldes: embora tendendo a assumir que o impedimento resulta, nestes casos, imputável ao trabalhador, a extinção opera, ainda assim, por razões objectivas, apenas influenciando tais considerações – no que respeita à culpa do trabalhador – na (menor) exigência, imposta ao empregador (por confronto com a cessação em caso de doença), quanto à desvinculação. Acresce, por sua vez, que a doutrina alemã tende a conceder na extinção – considerado o impacto da ausência do trabalhador na estrutura do empregador – mesmo em situações de ausência cautelar (*v.g.*, prisão preventiva) e ainda que a decisão condenatória não tenha transitado em julgado³⁴⁰⁷.

(*idem*). No entender do Autor, assim decorria ainda da troca subjacente ao § 611 do BGB (*“Vertragstypische Pflichten beim Dienstvertrag”*) e dos deveres pressupostos. Para tanto concorrendo, no seu entender, o facto de não ser possível dissociar o cometimento de um crime de um comportamento voluntário do trabalhador – que coloca em crise a sua capacidade laboral: de um ponto de vista subjectivo, o trabalhador deveria ter concebido o impedimento, conformando-se com uma tal consequência. Haveria, nestas hipóteses, a aceitação de um risco elevado de perturbação do sinalagma contratual, com todas as consequências inerentes, numa lógica idêntica à subjacente à *actio libera in causa* (pp. 49-50). O BAG perspectiva, aliás, o cometimento do crime e a ausência ao trabalho como processos inseparáveis (*“einen einheitlichen Lebensvorgang”*) (p. 42).

³⁴⁰⁵ SCHRADER, *“Der inhaftierte ...” cit.*, p. 291. PICKER discorda, todavia, da dispensa de valoração de outros elementos, para lá da extensão do tempo de prisão, por considerar – também aqui – relevante valorar o impacto da ausência do trabalhador na esfera do empregador (*“Personenbedingte ...” cit.*, p. 44). Questionando se a baliza temporal – dos dois anos – assim estabelecida consubstancia uma presunção inilidível e preferindo admitir ao trabalhador a demonstração de que, não obstante o longo período de ausência, a mesma não assume impacto significativo na esfera jurídica do empregador ao ponto de justificar o despedimento, *v. p. 44*.

³⁴⁰⁶ *“Personenbedingte ...” cit.*, p. 44. Diferentemente, a doença *“bedeutet für einen Arbeitnehmer regelmäßig einen «unverschuldeten Schicksalsschlag»* – assim se afastando, por princípio, qualquer juízo de censura (p. 46).

³⁴⁰⁷ Este enquadramento aproxima-se, como veremos *infra*, n. 3546, do acolhido no Direito italiano.

II. O raciocínio acima descrito (§ I.), tal qual sustentado por parte da doutrina nacional, depara-se, todavia, com reparo crítico: (i) se a razão de ser da suspensão laboral, enquanto vicissitude contratual, é ainda condicionar a autonomia extintiva do credor da(s) prestação(ões) impossibilitada(s) (o empregador); (ii) se este regime se desvia do enquadramento geral da impossibilidade temporária na medida em que a perda de interesse do credor na realização futura da prestação não autoriza o fim do contrato; (iii) será, então, adequado, a final, a invocação de uma tal perda de interesse enquanto justificativo da conversão da impossibilidade temporária em definitiva³⁴⁰⁸? Embora não perfilhando integralmente o entendimento exposto quanto à autonomização da imputação criminal e laboral³⁴⁰⁹, não cremos procedentes as críticas à sugerida conversão do impedimento, de transitório em definitivo. Uma tal valoração é, na verdade, inerente à dinâmica suspensiva: a suspensão (o seu desencadear e subsistir) pressupõe a natureza temporária do impedimento e uma tal transitoriedade deve ser medida em moldes bilaterais, apelando também ao impacto da ausência do trabalhador na esfera do credor. Por conseguinte, tal qual em situação de doença do trabalhador, em que a natureza transitória ou definitiva do impedimento exige considerar os interesses das partes e, nesta medida, avaliar o impacto da ausência na esfera do credor³⁴¹⁰, idêntico exercício tem lugar – até por maioria de razão, atendendo aos factos que determinam, em cada hipótese, o impedimento³⁴¹¹ – em situação de prisão efectiva. Apenas se justificando excluir de uma tal lógica a prisão preventiva, atenta a relevância prevalecente, nesse contexto, da presunção de inocência, e que se sobrepõe ao interesse do empregador quanto à desvinculação³⁴¹².

³⁴⁰⁸ Assim, JÚLIO GOMES, que considera “muito duvidosa a tentativa de ler a impossibilidade definitiva subjacente à caducidade do contrato de trabalho à luz do interesse do credor: na verdade, a própria figura da suspensão do contrato de trabalho parece ter como escopo impedir que o credor venha alegar que perdeu o interesse na prestação de trabalho e que, por isso, a impossibilidade temporária se converterá em definitiva”. No seu entender, é questionável que o empregador possa “esgrimir a caducidade do contrato perante uma pena de prisão de 6, 8 ou 12 anos” (*Direito cit.*, pp. 862-863). Por sua vez, LEAL AMADO, embora sustentando que o contrato de trabalho se suspende em caso de cumprimento de pena de prisão, entende que “nada justifica que logo se «retire o tapete» ao trabalhador, alegando que o empregador poderá recorrer à figura da caducidade, invocando a perda de interesse na execução futura da prestação laboral” (*Contrato cit.*, p. 340). A este propósito, v. ainda TERESA MOREIRA, “O respeito ...” *cit.*, pp. 184-185.

³⁴⁰⁹ Tal qual adiante desenvolvido (*infra*, § 2.2.3.).

³⁴¹⁰ V. *infra* Capítulo III, a delimitação da impossibilidade temporária e definitiva – que autonomiza o âmbito operativo da suspensão e da caducidade.

³⁴¹¹ V. *infra* Capítulo III, § 4.2., distinção entre hipóteses suspensivas “neutras” e “não neutras” e o impacto de uma tal destrição na determinação da natureza transitória ou definitiva do impedimento.

³⁴¹² Distintamente, no Direito italiano, é admitida a perda de interesse do credor no regresso do trabalhador, mesmo na ausência por prisão preventiva (v. *supra* § I. quanto ao Direito alemão). Refere, a este propósito, DEL PUNTA que “la giurisprudenza è solita riportare al giustificato motivo oggettivo anche i licenziamenti derivanti da situazioni di oggettiva impossibilità, per il lavoratore, di

De assinalar, por fim, que este raciocínio – quanto à não imputação da ausência ao trabalhador – não impede, naturalmente, ponderação disciplinar da infracção de deveres laborais, ainda que acessórios, que possa acrescer ao cometimento do crime e à valoração da ausência. A tanto se reportam os inúmeros casos jurisprudenciais de apreciação disciplinar de condutas referentes à vida privada do trabalhador³⁴¹³: se o tesoureiro da empresa é condenado no cumprimento de pena de prisão por furto noutra organização, esta conduta pode afectar irreversivelmente a confiança do empregador na idoneidade futura do trabalhador e justificar o fim do contrato³⁴¹⁴, por justa causa – e assim mesmo que a ausência ao trabalho, por cumprimento da pena, não assuma, em si mesma, efeitos disciplinares autónomos^{3415/3416}. Nestas hipóteses, é possível sancionar disciplinarmente o trabalhador, contanto que, para tanto, a conduta assuma relevância: mas a censura disciplinar funda-se não já na valoração da ausência do trabalhador, mas na infracção de deveres acessórios de conduta que colocam em crise a boa fé na execução do contrato e, em especial, a lealdade do trabalhador³⁴¹⁷.

prestare l'attività lavorativa. Un esempio è quello del lavoratore sottoposto a custodia cautelare (ove la ragione del licenziamento è semplicemente il fatto dell'assenza, pur forzata, del lavoratore, e non ha a che vedere con la sopra discussa giusta causa per commissione di un fatto-reato), qualora lo stato di detenzione [...] si protragga per un tempo tale da far venir meno l'interesse del datore di lavoro ad attendere la ripresa della prestazione lavorativa"(Diritto cit., p. 534).

³⁴¹³ Delimitando tais casos, v. nomeadamente Guilherme Machado DRAY, "Justa Causa e Esfera Privada", *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, vol. 2, Almedina, 2001, pp. 35-91, pp. 72 e ss. No Direito alemão, v. HAGER, *Das ruhende cit.*, pp. 252 e ss.

³⁴¹⁴ A tal propósito, LUÍS MORAIS admite "a relevância *excepcional* das condutas extralaborais quando estas tenham, de alguma forma, reflexo no conteúdo e na actuação funcional da relação empresarial" (*Dois estudos cit.*, p. 31).

³⁴¹⁵ Já que, no entendimento descrito, a ausência seria justificada, autorizando a suspensão.

³⁴¹⁶ Em acórdão de 6.3.2002, Proc. n.º 01S1812 (ALÍPIO CALHEIROS), o STJ reitera, que "mesmo *actos de vida particular dos agentes* po[dem] ser questionados face à *repercussão* que podem ter no desempenho da sua profissão, com reflexos directos na imagem e até na clientela do Banco" (ênfase nossa).

³⁴¹⁷ "Nos casos em que a conduta criminosa se traduza também numa infracção disciplinar, isto é, nos casos em que viole igualmente deveres ou negue valores inscritos na ordem jurídico-laboral, pode o contrato cessar por despedimento com justa causa se como tal puder qualificar-se a infracção disciplinar" (JORGE LEITE, "O desempenho ..." cit., p. 533).

2.2. A imputação da ausência do trabalhador por prisão

2.2.1. A imputação da ausência do trabalhador por prisão efectiva

Outra linha de raciocínio tem porém sido, entre nós, acolhida pela maioria da jurisprudência e por parte da doutrina. Conforme este entendimento, a imputação (laboral) ao trabalhador da ausência decorre automaticamente da condenação em pena privativa da liberdade, no plano criminal: se o trabalhador comete um crime, sendo consequentemente condenado em pena cujo cumprimento dita a sua ausência ao trabalho, a impossibilidade de prestar trabalho é-lhe imputável porque resultante de um acto da sua responsabilidade – a prática de um crime³⁴¹⁸. Assim, no seguimento da orientação firmada pelo STA, em acórdão de 20.5.1975³⁴¹⁹, e pelo STJ, em acórdão de 30.10.1987³⁴²⁰, este tribunal reitera, em acórdão de 3.11.1988³⁴²¹, que “não é de admitir qualquer dúvida de que os *factos determinativos das faltas* dadas pelo recorrente *lhe são inteiramente imputáveis*”. Afinal, tais factos, “*reconhecidamente criminosos, por acórdão transitado, de 1.3.1985 [...], foram dolosamente praticados pelo recorrente, em plena liberdade e responsabilidade*”, sendo certo que lhe seria “*exigível um comportamento diverso*”³⁴²². Em suma, o facto que desencadeia as faltas, é a

³⁴¹⁸ Cf. acórdão da RL de 21.11.2007, “a jurisprudência, sem vozes discordantes conhecidas, tem decidido que a *prisão resultante de condenação* constitui motivo de faltas *não justificadas*: na base de tal prisão e das consequentes faltas ao serviço, está *sempre* um comportamento que o trabalhador *quis* ou que, podendo evitar tal actuação, não agiu de modo adequado para que o evento criminoso, mesmo que culposos, não ocorresse” (Proc. n.º 7008/2007-4, ISABEL DE TAPADINHAS, *itálico nosso*). Também neste sentido, v. acórdão do STJ de 14.5.1997, Proc. n.º 96S177 (MATOS CANAS). Posição algo distinta parece ser sustentada por MADEIRA DE BRITO, “Justa causa ...” *cit.*, p. 130: “as faltas dadas pelo trabalhador em cumprimento de pena de prisão em que foi condenado devem ser consideradas faltas injustificadas, *embora possa não existir um comportamento culposos para efeitos de justa causa de despedimento*” (*ênfase nossa*). Em suma, dar-se-ia, por esta forma, “utilidade à ideia defendida de que não basta a verificação de faltas injustificadas em determinado número para que se verifique um comportamento culposos capaz de fundamentar a extinção unilateral do contrato” (*idem*).

³⁴¹⁹ Proc. n.º 8279 (ANTÓNIO PEDRO SAMEIRO), ADSTA, ano 14, 1975, n.ºs 164-165, pp. 1174-1178, onde é indicado que “as faltas consequentes de detenção e subsequente condenação em pena de prisão não podem ser consideradas justificadas, por imputáveis a factos voluntariamente praticados pelo trabalhador, pelo que lhe deverão ser descontadas na antiguidade” (Sumário).

³⁴²⁰ Proc. n.º 1738 (MELO FRANCO), BMJ, 370, 1987, pp. 472-481. Conforme o Sumário deste acórdão, “devem considerar-se faltas injustificadas as dadas pelo trabalhador por ter de cumprir pena de prisão em que fora condenado por crime doloso, por ele cometido” (III). No caso, o despedimento foi comunicado ao trabalhador após o trânsito em julgado da decisão penal, que o condenou a vinte meses de prisão.

³⁴²¹ Proc. n.º 1974 (DIAS ALVES), BMJ, n.º 381, 1988, pp. 489-493.

³⁴²² Estava em causa a prática de cinco crimes de furto qualificado. Acima resulta transcrição de parte da decisão no referente à qualificação da ausência ao trabalho por condenação no cumprimento de pena de prisão. Certo, todavia, que, no caso, a ausência respeitava a 111 faltas por prisão preventiva, vindo o trabalhador a ser condenado na pena de dois anos e meio de prisão, cujo cumprimento foi suspenso por quatro anos. O trabalhador permaneceu em prisão preventiva de 25.9.1984 a 1.3.1985, data em que foi condenado. Logo em seguida, em 7.3.1985 e em 28.3.1985, foram instaurados dois processos disciplinares, no seguimento dos quais o

trabalhador viria a ser despedido, em 20.5.1985. A este propósito, refere o STJ que “o facto originador das faltas deu lugar a uma falta continuada, que cessou apenas em 1 de Março de 1985”. Concluindo, por conseguinte que “não houve, portanto, prescrição do procedimento disciplinar” (p. 492). Divergindo do sentido desta decisão, v. a anotação de M. SIMAS SANTOS ao acórdão da RP, de 26.10.1987 – que, em recurso, viria a ser confirmado pelo STJ, no referido acórdão, de 3.11.1988 (RMP, 1988, n.ºs 35 e 36, pp. 174-184). Quanto ao acórdão da RP de 1987, também LUÍS MORAIS desatende o entendimento então acolhido pelo Tribunal, por rejeitar derivar a imputação laboral de situações de ausência por prisão preventiva (*Dois estudos cit.*, pp. 34-36). Conforme a mesma linha, em acórdão de 17.5.1995, concluiu a RL que “as faltas dadas em número superior a cinco dias seguidos por motivo de prisão preventiva do trabalhador por infracção pela qual veio a ser condenado, embora com pena suspensa, *devem considerar-se injustificadas, pois foram dadas com culpa sua*” (Proc. n.º 128/95, DINIS ROLDÃO, CJ, 1995, t. 3, pp. 183-186, com *itálico* nosso). No caso, o trabalhador faltara, em razão de prisão preventiva, entre 29.4.1992 e 16.2.1993, vindo a ser libertado em 17.2.1993, após condenação em pena suspensa. Foi instaurado processo disciplinar, que veio a resultar em nota de culpa, comunicada em 24.6.1992, vindo o trabalhador a ser despedido em 15.12.1992. As faltas dadas por prisão preventiva foram consideradas injustificadas, no essencial, com base na seguinte argumentação: (i) “a lei não prevê a prisão como circunstância geradora da suspensão do contrato de trabalho, quer aquela seja *preventiva*, ou seja *efectiva*, no cumprimento de pena aplicada, e ainda que dure por mais de um mês” (p. 185, *itálico* nosso); (ii) o cumprimento de pena de prisão efectiva implica concluir pela imputação ao trabalhador da ausência ao trabalho; quanto à prisão preventiva, se, na sua pendência “ou em seguida a ela, *se verifica uma condenação do trabalhador em pena de prisão*, a qual vem a ser suspensa na decisão judicial por um certo período, *não pode deixar de continuar a imputar-se ao trabalhador, a título de culpa, a sua ausência do trabalho durante o período em que preventivamente esteve preso*” (ênfase nossa). Noutra decisão, a RP considerou que uma cláusula convencional que considere justificadas as faltas dadas em razão do cumprimento de prisão preventiva teria de ser interpretada restritivamente, de modo a abranger apenas os casos em que a privação da liberdade fosse seguida de decisão absolutória (acórdão da RP de 17.5.1993, Proc. n.º 214/93, LEITÃO SANTOS, CJ, 1993, t. 3, pp. 268-269). Havendo sido concluído, na linha do acórdão do STJ de 3.11.1988 acima indicado, que “se o trabalhador é condenado por homicídio, por decisão transitada em julgado, têm de considerar-se como *injustificadas e integradoras de justa causa de despedimento, as faltas dadas ao serviço, durante o período de prisão preventiva, por serem imputadas a conduta do mesmo*” (Sumário, II, p. 268, *itálico* nosso). No caso, o acórdão do STJ que confirmou a decisão condenatória transitou em julgado em 12.12.1991, havendo o processo disciplinar sido instaurado em 5.12.1991 (por faltas incorridas entre Abril e Dezembro de 1991) e o despedimento comunicado ao trabalhador a 6.1.1992. De referir ainda a situação subjacente ao acórdão do STJ, de 25.2.1993 (Proc. n.º 3537, CHICHORRO RODRIGUES, CJ, 1993, t. 1, pp. 260-262). No caso: (i) o trabalhador faltara cinquenta e nove dias ao trabalho por prisão preventiva; (ii) ainda no período em que o trabalhador se encontrava em prisão preventiva, foi instaurado processo disciplinar, referente àquela ausência; (iii) em 9.6.1986 – data em que se mantinha em prisão preventiva – o trabalhador viria a ser condenado pela prática de crime de tráfico de estupefacientes, na pena de sete anos de prisão; (iv) em 29.7.1987, o trabalhador foi despedido, com fundamento na referida ausência, *por prisão preventiva*. O acórdão que condenou o arguido em sede criminal transitou em julgado apenas em 9.1.1987. Por estar também aqui em causa valoração relativa ao tempo de prisão preventiva, o trabalhador alegara que “as faltas ao serviço, fundamento do seu despedimento, *não são culposas*, já que *involuntárias*, estando impossibilitado fisicamente de comparecer, por estar preso preventivamente” (p. 262, ênfase nossa). O STJ viria, todavia, a concluir que “a prisão preventiva, pelos requisitos que pressupõe existirem, importa um juízo de probabilidade de verificação de conduta punível mais exigente do que qualquer medida preventiva de natureza disciplinar” (*idem*). Admitindo, por conseguinte, que “encontra plena justificação a instauração do processo disciplinar ao recorrente, como a nota de culpa que lhe foi entregue, *bem como o aguardar da certificação da conduta e da sua gravidade, para ajuizar da responsabilidade*, à luz de

prática do crime: sendo o resultado imputável ao arguido em termos criminais, a subsequente ausência ao trabalho ser-lhe-ia também imputável. Esta a posição de JÚLIO GOMES, que conclui que a prisão efectiva não autoriza a suspensão laboral³⁴²³: (i) o alargamento legal, por vezes operado, da não imputação – tal qual, no que respeita à doença ou acidente –, não constituiria padrão generalizável, devendo ser acolhido a título excepcional; (ii) o domínio criminal seria o adequado para considerar, na determinação da pena aplicável, todas as consequências inerentes à mesma; afinal, “o próprio direito penal conhece mecanismos para evitar a perda do emprego, a não ser em situações limite: pense-se na prisão por dias livres ou na «aversão» do Código Penal a penas curtas de prisão”³⁴²⁴.

a) Cumpre registar que este enquadramento aproxima-se, na verdade, do hoje acolhido no ordenamento espanhol: até ao ET, não existia expressa previsão da privação de liberdade enquanto hipótese suspensiva e, ainda que preventiva, a prisão redundava, quase sempre, num despedimento por faltas injustificadas³⁴²⁵. A dificuldade residia, então, em aferir – tal qual no Direito português actual – se a ausência não deveria ser qualificada, em razão da sua (não) voluntariedade, como razão justificativa, adequada a excluir censura disciplinar³⁴²⁶. A jurisprudência acolhia a designada “doutrina voluntarista”³⁴²⁷: o livre cometimento dos factos que viriam a ditar a privação de liberdade legitimava valoração disciplinar da ausência ao trabalho, que, perdurando por certo período, poderia justificar o despedimento³⁴²⁸. Por conseguinte, relevante seria que

valores éticos, da sua prisão preventiva, motivadora das faltas”. Concluindo, em suma, pela imputação ao trabalhador da ausência por prisão preventiva: “a condenação em pena de gravidade daquela em que o réu foi condenado, leva a imputar-lhe a responsabilidade da prisão preventiva que sofreu, em termos tais que levam a considerar as faltas como injustificadas, porque resultantes de comportamento do faltante, gravemente censurável e censurado” (itálico nosso). Por fim, v. acórdão da RL de 6.5.1992, Proc. n.º 7700 (CUNHA E SILVA), CJ, 1992, t. 3, p. 255, onde é indicado que “as faltas dadas por motivo da prisão do trabalhador por crime por que veio a ser condenado em 22 meses de prisão, devem considerar-se injustificadas, constituindo justa causa de despedimento” (Sumário).

³⁴²³ *Direito cit.*, p. 862. Também MONTEIRO FERNANDES entende que as faltas por prisão efectiva são imputáveis ao trabalhador (*Direito cit.*, pp. 360-361) e MENEZES LEITÃO conclui igualmente que “em caso de condenação a prisão efectiva, a situação deve considerar-se imputável ao trabalhador, pelo que não há lugar à suspensão do contrato” (*Direito do trabalho cit.*, p. 386, n. 508). Neste sentido, v. ainda Abílio NETO, “Natureza e Consequências das Faltas Dadas por um Trabalhador, Motivadas por Condenação em Pena de Prisão”, *RDES*, ano 39, 1987, pp. 49-55, e LOBO XAVIER, *Manual cit.*, p. 735.

³⁴²⁴ JÚLIO GOMES, *Direito cit.*, p. 862.

³⁴²⁵ Reflectindo sobre tal hipótese, v. CARRO IGELMO, *La suspensión cit.*, pp. 133 e ss. Assumindo também por referência enquadramento legal anterior, v. VIDA SORIA, *La suspensión cit.*, pp. 195 e ss., e Carlos Morais VALLEJO, “La Privación de Libertad del Trabajador como Causa Suspensiva de la Relación de Trabajo”, *Revista de Política Social*, 1972, n.º 93, pp. 107-136, pp. 109 e ss.

³⁴²⁶ MARÍN RICO, “Las causas de suspensión ...” *cit.*, p. 147.

³⁴²⁷ MARÍN RICO, “Las causas de suspensión ...” *cit.*, p. 148.

³⁴²⁸ O enquadramento da valoração disciplinar da ausência variava, com apelo, por vezes, a suposta infracção do dever de diligência.

o comportamento que ditou a privação de liberdade fosse voluntário e intencional, ainda que a privação de liberdade e a ausência ao trabalho o não fossem³⁴²⁹; em suma, “*la causa de la causa es la causa del mal causado*”³⁴³⁰. Seguidamente, teria, todavia, aplicação critério jurisprudencial diverso, conforme o qual se à privação preventiva de liberdade sucedesse decisão absolutória, aquele período deveria estar a coberto da suspensão, não legitimando a cessação: em nota crítica, contrapunha-se, porém, que, conforme aquela orientação, a operacionalidade da suspensão apenas se confirmaria ao fim de um período normalmente longo, no qual o empregador poderia ter já assumido decisões difíceis de corrigir *a posteriori* – cessações e novas contratações. Acrescia inexistir, a este respeito, linha jurisprudencial continuada e firme³⁴³¹.

Actualmente, o ET indica expressamente a prisão enquanto facto suspensivo, dispondo que “*el contrato de trabajo podrá suspenderse [...] por “privación de libertad del trabajador”* – todavia, apenas – “*mientras no exista sentencia condenatoria*”³⁴³². Aqui se reconduzindo situações diversas, de distinto teor e envergadura, em tutela da expectativa do trabalhador quanto ao regresso ao trabalho, em caso de absolvição ou arquivamento penal. Certo, contudo, que sobrevivendo decisão condenatória, o contrato de trabalho pode cessar por faltas injustificadas ao trabalho: de acordo com o art. 54, n.º 2, a) do ET³⁴³³, consideram-se para este efeito incumprimento, “*las faltas repetidas e injustificadas*”. Por conseguinte, à luz do Direito espanhol, a ausência do trabalhador por cumprimento de pena de prisão decorrente de decisão condenatória final³⁴³⁴ concretiza uma situação de faltas injustificadas ao trabalho, legitimando o despedimento³⁴³⁵. Conforme esta orientação, o TS concluiu, em decisão de 28.2.1990, que a condenação em pena de prisão de seis anos e um dia por pertença a grupo organizado armado, privava, em diante, de justificação a ausência do trabalhador – a qual, até tal momento e atenta a garantia de presunção de

³⁴²⁹ Construção explicada por TEBA PINTO, “Privación ...” *cit.*, p. 325.

³⁴³⁰ MARÍN RICO, “Las causas de suspensión ...” *cit.*, p. 145. Dando também conta desta orientação, *v.* CARRO IGELMO, *La suspensión cit.*, p. 137. Outra linha jurisprudencial prescindia, todavia, de referência à “voluntariedade”, bastando-se com a situação de ausência, assumindo a sua não justificação e considerando os seus efeitos na regularidade e normalidade do funcionamento da empresa (p. 150). Referindo os antecedentes da solução acolhida no art. 45, n.º 1, g) do ET, *v.* Francisco Javier Sánchez ICART e Luis Torres GOSÁLBEZ, “Privación de Libertad y Despido Disciplinario, *Actualidad Laboral*, 1999, n.º 4, pp. 83-91, pp. 84 e ss. Indicando ainda convocação pontual da “*fuerza mayor*”, *v.* RIVAS VALLEJO, *La suspensión cit.*, p. 188.

³⁴³¹ Síntese de MARÍN RICO, “Las causas de suspensión ...” *cit.*, p. 145. O regime do abandono do trabalho era também convocado em alternativa ao das faltas injustificadas (p. 146). Dando conta de idêntica evolução, *v.* SÁNCHEZ ICART e TORRES GOSÁLBEZ, “Privación ...” *cit.*, pp. 84-85.

³⁴³² Art. 45, n.º 1, g). A este propósito, *v.* ainda FERNANDEZ DOMINGUEZ, *La fuerza cit.*, pp. 132-133.

³⁴³³ Que, tratando do “*despido disciplinario*”, dispõe, no n.º 1, que “*el contrato de trabajo podrá extinguirse por decisión del empresario, mediante despido basado en un incumplimiento grave y culpable del trabajador*”. Sendo concretizado, no n.º 2, a) que “*se considerarán incumplimientos contractuales las faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo*”.

³⁴³⁴ Quanto à operacionalidade da suspensão até ao trânsito em julgado da decisão penal, *v. infra* n. 3524.

³⁴³⁵ Neste sentido, MARTÍN VALVERDE, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ e GARCÍA MURCIA, *Derecho cit.*, pp. 764-765 e p. 781.

inocência, ditava tão-só, nos termos do art. 45, n.º 1, g) do ET, a suspensão laboral. A partir de então, a ausência constitui um incumprimento contratual, sancionável pelo empregador: não é o comportamento criminoso do trabalhador que legitima a censura disciplinar; simplesmente, após condenação penal, a ausência ao trabalho carece de justificação, potenciando o despedimento, por faltas injustificadas³⁴³⁶.

A operacionalidade do art. 45, n.º 1, g) do ET requer, todavia, a verificação de certos requisitos. Desde logo, o trabalhador tem de se encontrar em situação de privação de liberdade, em razão de acto de autoridade – daqui resultando que, só por si, a instauração de processo criminal não é bastante para o desencadear da suspensão³⁴³⁷. Acresce que a suspensão tem carácter condicional, não sendo automática, carecendo de invocação: refere o art. 45, n.º 1, do ET que o contrato “*podrá suspenderse*”³⁴³⁸. E assume, aqui, dupla natureza – direito do trabalhador e dever do empregador³⁴³⁹: comunicada atempadamente, é assegurado o direito do trabalhador à suspensão, não sendo ao empregador legítimo despedir o trabalhador, em razão da ausência³⁴⁴⁰. Por último, conforme delimitação expressa da lei, é necessário não ter sido ainda proferida

³⁴³⁶ Rec. n.º 704/1987, disponível em <<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=4375404&links=suspension&optimize=19960107&publicinterface=true>>. V., todavia, a decisão do TS de 14.2.2013, Rec. n.º 979/2012, acessível em <<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=6667416&links=%22979/2012%22&optimize=20130402&publicinterface=true>>, em que o Tribunal conclui que, após condenação em sede criminal, se o trabalhador nada mais transmitir ao empregador, é legítimo assumir que o contrato cessa por abandono de trabalho (cf. art. 49, n.º 1, d) do ET), a tal não obstando o carácter não voluntário do cumprimento da pena de prisão – estava em causa a não justificação de ausência ao trabalho pelo tempo de cumprimento da pena de prisão, por treze anos. Quanto à extinção por abandono do trabalho, v. ainda *infra* Capítulo III, § 4.4.

³⁴³⁷ Cf. MARÍN RICO, “Las causas de suspensión ...” *cit.*, pp. 145 e 150. V. ainda SÁNCHEZ ICART e TORRES GOSÁLBEZ, “Privación ...” *cit.*, pp. 85-86.

³⁴³⁸ É, pois, necessário um acto do trabalhador direccionado à suspensão, por ser o interessado em justificar o que – pelo menos, em aparência – constitui um grave incumprimento contratual (TEBA PINTO, “Privación ...” *cit.*, p. 326). No mesmo sentido, v. SÁNCHEZ ICART e TORRES GOSÁLBEZ, “Privación ...” *cit.*, p. 86; também ALONSO OLEA e CASAS BAAMONDE indicam que a suspensão não opera automaticamente, carecendo de invocação pelo trabalhador, salvo manifesta impossibilidade (*Derecho cit.*, p. 557). Para que opere eficazmente, importa ainda que a impossibilidade de comparecer ao trabalho seja comunicada ao empregador. Esta comunicação deve assumir um tal propósito específico, não se concretizando acidentalmente – por exemplo, por meio de publicação num jornal. De outra forma, poderia estar-se perante abandono do trabalho, conducente à extinção do contrato (TEBA PINTO, “Privación ...” *cit.*, p. 326). Distintamente, MARÍN RICO, considera desnecessária tal comunicação, sempre que a privação de liberdade seja conhecida, em concretização da boa fé (“Las causas de suspensión ...” *cit.*, pp. 150-151). Assinala, porém, ser recomendável a sua formalização por escrito (p. 150).

³⁴³⁹ TEBA PINTO, “Privación ...” *cit.*, p. 326.

³⁴⁴⁰ O que não impede, todavia, a cessação por outras razões (MARÍN RICO, “Las causas de suspensión ...” *cit.*, p. 152).

decisão penal condenatória – conforme o art. 45, n.º 1, g) do ET, a suspensão deve, até lá, ser mantida^{3441/3442}.

b) Outros ordenamentos admitem a extinção do vínculo pelo empregador, em situação de prisão do trabalhador. Ainda que o enquadramento reservado registe, em cada hipótese, variações – distanciando-se, em aspectos relevantes, do ordenamento português – convocam, com frequência, interrogações úteis ao aprofundamento do tema. Neste âmbito, também o Direito inglês constitui campo fértil, atendendo ao enquadramento complexo, reservado aos casos em que o trabalhador *se coloca* em situação que impede a comparência ao trabalho, na hipótese de cometimento de crime.

Das diferentes orientações resulta, no essencial, que não obstante a forma como a extinção ocorre – sobretudo, por “*repudiatory conduct*” ou “*frustration*” –, é assumida a culpa do trabalhador na produção do impedimento laboral. Simplesmente, atenta a orientação maioritária de que a extinção opera por “*frustration*”, é frequentemente sustentado que embora demonstrada uma tal imputação – criminal e laboral – a mesma não legitima censura disciplinar³⁴⁴³, por se tratar de comportamento extracontratual, que não traduz, só por si, infracção laboral. Adiantamos, todavia, que esta premissa – imputação também laboral, por força de comportamento censurado criminalmente – assenta numa associação que não subscrevemos e que importa, uma vez mais, assinalar: a censura disciplinar da ausência ao trabalho não é o mesmo que a valoração laboral da conduta punida criminalmente. Os factos imputados ao agente, em sede penal, podem não assumir reflexos laborais, não justificando interferência disciplinar, seja a que título for. Noutros casos, a conduta imputada ao agente, em contexto penal, pode revelar o cometimento de infracção disciplinar, por violação de deveres acessórios de conduta, *maxime*, lealdade, legitimando, então, a interferência do empregador, ainda que não impondo o cumprimento de pena privativa de liberdade – não concorrendo, por conseguinte, ausência ao trabalho. Veremos, por fim, que, noutras tantas situações, os factos imputados ao agente, em contexto criminal, podem não autorizar avaliação disciplinar, por violação

³⁴⁴¹ MARÍN RICO, “Las causas de suspensión ...” *cit.*, p. 145. A decisão condenatória que põe fim ao processo penal extingue a situação suspensiva: pressupondo o cumprimento de pena privativa da liberdade, as ausências subsequentes são injustificadas e legitimam o despedimento. Para TEBA PINTO nada impede perpetuar a suspensão após a condenação: simplesmente, a partir de então, o empregador não está já obrigado a observar uma tal suspensão, podendo optar por pôr fim ao contrato (“*Privación ...*” *cit.*, p. 327). Quanto à eventual extensão (retroactiva) de juízo de imputação relativamente ao tempo de prisão preventiva no Direito espanhol, *v. infra* § 2.2.2., IV.

³⁴⁴² MARÍN RICO autonomiza diversas situações que, conforme o Direito Penal espanhol, podem pôr fim à situação suspensiva, (“*Las causas de suspensión ...*” *cit.*, pp. 153-162). A recuperação da liberdade antes de proferida decisão em sede criminal remove o impedimento ao desenvolvimento da actividade laboral; cessa, por conseguinte, a suspensão e o contrato de trabalho retoma total eficácia (pp. 153-154). Por sua vez, também a decisão absolutória extingue a situação suspensiva, reforçando o justificativo das ausências precedentes (p. 161).

³⁴⁴³ O que obstaria à extinção por “*frustration*”, atenta a proibição de “*self-induced frustration*”. A este propósito, *v. infra* n. 3460.

de obrigação de lealdade; todavia, o seu reflexo – a ausência ao trabalho – poderá ser ainda imputável ao trabalhador³⁴⁴⁴: não porque concorra, então, censura disciplinar da conduta criminal, mas porque não é razoável concluir – atento o critério delimitador da imputação acolhido – que a ausência ao trabalho não seja imputável ao trabalhador. Admitimos, por isso e em suma, que a imputação da *ausência* ao trabalhador resulta delimitada por critérios diversos dos que moldam a aferição da responsabilidade criminal³⁴⁴⁵.

Estas distinções não são, todavia, salvo algumas exceções, usualmente consideradas: no Direito inglês, a extinção, a operar, pressupõe, regra geral³⁴⁴⁶, valoração objectiva – aproximando-se, neste âmbito, do enquadramento promovido no Direito italiano³⁴⁴⁷. É, assim, promovida avaliação do impacto da ausência do trabalhador na esfera do empregador, aferindo-se quando é legítimo concluir que um tal afastamento não reflecte já um impedimento temporário, mas definitivo. Vejamos, ainda que brevemente, os moldes em que o tema tem sido tratado: no Direito inglês, a ausência de culpa na verificação do impedimento é essencial à operacionalidade da “*frustration*”³⁴⁴⁸. Desta exigência resultam duas construções distintas³⁴⁴⁹:

Segundo certa perspectiva, havendo culpa de uma das partes, o contrato não cessa por “*frustration*”: estar-se-á perante “*repudiatory conduct*”, competindo à contraparte valorar tal conduta e decidir cessar (ou não) o contrato, considerando os meios de que dispõe³⁴⁵⁰. Assim sucedendo com a imposição de pena de prisão ou de outra medida privativa da liberdade, atenta a culpa do agente na produção do impedimento³⁴⁵¹. Esta a lógica seguida pelo *Employment Appeal Tribunal*, em *Norris v. Southampton City Council* (1982)³⁴⁵²: um empregado de limpeza foi condenado por condução sem habilitação legal e ofensas à integridade física. O *Magistrates’ Court* impôs o cumprimento de pena de prisão, por seis meses. O caso foi, todavia, remetido para o *Crown Court*, para aplicação de pena superior³⁴⁵³. Os empregadores foram, entretanto, informados que o trabalhador iria permanecer detido até à decisão final daquele tribunal, mas, em 27.3.1981, remeteram ao trabalhador “*notice of dismissal*”. Este havia, no entanto, interposto recurso da decisão de

³⁴⁴⁴ V. *infra* § 2.2.3.

³⁴⁴⁵ *Idem*.

³⁴⁴⁶ Embora contando com algumas ressalvas, adiante assinaladas.

³⁴⁴⁷ E também, em certa medida, do alemão (cf. *supra*, § 2.1., I).

³⁴⁴⁸ Tal qual enunciado *supra* n. 1718.

³⁴⁴⁹ De assinalar, no entanto, que, em qualquer caso – “*repudiatory conduct*” ou “*frustration*” – o Direito inglês considera que, em caso de prisão efectiva, sempre concorre a culpa do trabalhador, nesta qualidade.

³⁴⁵⁰ SELWYN nota que compete à outra parte aceitar o repúdio e cessar o contrato ou mantê-lo, conforme sua opção (*Selwyn’s Law cit.*, p. 456).

³⁴⁵¹ Assim, SELWYN, que assume a prisão do trabalhador como exemplo de grave repúdio contratual (“*repudiatory conduct*”) (*Selwyn’s Law cit.*, pp. 456-457).

³⁴⁵² [1982] ICR 177 e [1982] IRLR 141, EAT.

³⁴⁵³ Já que, no caso, a pena máxima que poderia ser aplicada pelo *Magistrates’ Court* era, precisamente, de seis meses.

condenação e, em 24.4.1981, viria a ser libertado, sob caução. Reagiu, em seguida, àquela comunicação, alegando “*unfair dismissal*”³⁴⁵⁴. O *Industrial Tribunal* concluiria que, atendendo à decisão condenatória, ainda que, então, não definitiva, o contrato cessara por “*frustration*”. Já EAT – apoiando-se, em certa medida, na decisão proferida pela *Court of Appeal* em *London Transport Executive v. Clarke* (1981)³⁴⁵⁵ – entendeu que a recondução à “*frustration*” exigia concluir pela indisponibilidade (“*inability*”) de o trabalhador cumprir o contrato de trabalho. Sucede que a “*inability*” em contexto laboral, pressuporia uma de duas situações: que o trabalhador estivesse impedido de executar o trabalho por doença ou acidente; ou que a “*inability*” resultasse de conduta do trabalhador, tal qual, por ausência deliberada ou perpetração de ofensa da qual viesse a resultar a prisão do trabalhador. Ora, se em situações de doença ou acidente, é omitida referência à eventual culpa do trabalhador na produção do impedimento, no segundo caso, a indisponibilidade é assumida como decorrência de comportamento culposos do trabalhador. Por conseguinte, para o EAT, nesta situação, haveria, porventura, “*repudiatory conduct*”, mas não “*frustration*”: ao empregador competindo avaliar se o contrato foi incumprido – e, se assim se justificasse, optar pelo despedimento³⁴⁵⁶. Atento este enquadramento, restava verificar se o despedimento fora “*unfair*”, sugerindo, contudo, o Tribunal, que ainda que se viesse a considerar que o despedimento fora “*unfair*” – por apressado, admitindo que os empregadores deveriam ter adoptado outras diligências –, impunha-se não descurar que “*the employee contributed wholly and to the maximum extent to his dismissal*”³⁴⁵⁷. Cumpre ainda assinalar outro aspecto relevante: o entendimento subscrito pelo EAT promove leitura bipartida da imputação, no que respeita a duas hipóteses desencadeadoras da “*frustration*”: de um lado, doença ou acidente, em que se afirma dever abstrair-se de valoração da culpa do trabalhador; de um outro, a indisponibilidade por prisão do trabalhador, situação em que é assumida a culpa do trabalhador na produção do evento impeditivo –

³⁴⁵⁴ De assinalar que à data em que a acção foi julgada em sede laboral, não havia ainda decisão definitiva na esfera criminal.

³⁴⁵⁵ [1981] ICR 355.

³⁴⁵⁶ Na decisão *supra* indicada (*London Transport Executive v. Clarke*), Templeman e Dunn L.JJ. haviam já sustentado que quando alguém se coloca numa situação de impossibilidade de execução do acordado, não se estará perante “*frustration*”, nem “*discharge*”, nem “*dismissal of himself by himself*”, antes se identificando um caso de “*repudiatory conduct*”, que autoriza o empregador a despedir o trabalhador. A situação fáctica subjacente era a seguinte: o trabalhador ausentara-se do trabalho, sem autorização, por sete semanas, para deslocação à Jamaica e ali tratar de negócios familiares. Os empregadores enviaram uma carta para a residência inglesa do trabalhador, informando que se não obtivessem resposta assumiriam que o trabalhador não estaria mais interessado em manter a relação de trabalho. Não tendo recebido qualquer notícia, dirigiram nova carta ao trabalhador, informando que o haviam “removido dos livros” (“*removed him from the books*”) – e o trabalhador invocaria “*unfair dismissal*”. A decisão da *Court of Appeal* – conforme entendimento sustentado por Templeman e Dunn L.JJ. – admitiu ter havido “*dismissal*”, que não deveria, porém, ser considerado “*unfair*”.

³⁴⁵⁷ Com ênfase nossa. Segundo o EAT, tendo o *Industrial Tribunal* errado ao considerar que o contrato cessara por “*frustration*”, o caso teria de ser remetido para este Tribunal, para se aferir se o “*dismissal*” fora ou não “*unfair*”.

ainda que em data anterior à condenação definitiva do arguido, em sede criminal. Se, quanto à doença ou acidente, subscrevemos entendimento idêntico – desconsiderando a culpa do trabalhador na produção do impedimento³⁴⁵⁸ –, quanto à prisão, apenas acompanhamos a lógica perfilhada pelo EAT somente perante pena de prisão transitada em julgado e, tendencialmente, se o crime tiver sido cometido dolosamente³⁴⁵⁹.

c) Anunciámos, todavia, a este respeito, perspectivas distintas. Outra leitura integra estas hipóteses ainda no âmbito da “*frustration*”: a impossibilidade (culposa ou não) bastaria, só por si, para frustrar o contrato. Este entendimento pressupõe, porém, considerar, em contexto laboral, derrogação à usual exigência de ausência de culpa, enquanto condicionante da “*frustration*”. Em termos práticos, o resultado difere do anterior: ao empregador é agora reconhecida a possibilidade de considerar que o impedimento, ainda que provocado culposamente pela contraparte – pressuposto que a jurisprudência também agora não parece contrariar –, ditou o fim automático do contrato, excluindo a cessação por outra forma (*maxime*, por “*dismissal*”). Para não beliscar a coerência lógica da “*frustration*” – cujo âmbito extravasa, naturalmente, o laboral –, haveria apenas que aqui considerar algumas especificidades. Impor-se-ia admitir que a construção associada à “*self-induced frustration*” adquire, nesta esfera, contornos próprios: afinal, na maioria dos casos, ainda que a impossibilidade resulte de comportamento de algum modo imputável ao trabalhador, este não pretende a extinção do vínculo, seja por “*frustration*”, por “*dismissal*” ou por outra forma. Bem pelo contrário: invocando o empregador a “*frustration*”, o trabalhador tenderá a contrariar um tal efeito³⁴⁶⁰. A necessidade de um regime próprio de “*frustration*” na esfera laboral, foi confirmada em *F. C. Shepherd & Co Ltd v. Jerrom* (1987)³⁴⁶¹: a *Court of Appeal*, embora reconhecendo que, conforme certa perspectiva, a operacionalidade da “*frustration*” se encontra condicionada à inexistência de culpa das partes na produção do evento impeditivo, concluiu que se impunha contrariar a manipulação daquela exigência, não autorizando que o trabalhador, quando responsável pelo impedimento, invocasse uma tal responsabilidade, precisamente como forma de *obstar* à “*frustration*”³⁴⁶². No caso, *Jerrom* procurara excluir a “*frustration*”, invocando, para tanto, a sua responsabilidade na produção do impedimento – a prática de um ilícito criminal, do que veio a resultar decisão condenatória e o cumprimento de pena privativa da liberdade. A

³⁴⁵⁸ Cf. *supra*, § 2.

³⁴⁵⁹ Tal qual adiante explicitado, §§ 2.2.3. e 3.

³⁴⁶⁰ Embora noutro plano, mas ainda no que respeita à distinta funcionalidade da dispensa do dever de prestar, decorrente do regime geral da impossibilidade (absoluta ou relativa) e da operacionalidade da caducidade do vínculo laboral perante impedimento que afecte o trabalhador, v. *supra* Capítulo I, Secção III, § 3. Para lá da esfera laboral, e quanto à “*self-induced frustration*”, v. BROWNSWORD, *Smith & Thomas: A casebook cit.*, pp. 720-721.

³⁴⁶¹ [1987] QB 301.

³⁴⁶² V., a este propósito, BROWNSWORD, *Smith & Thomas: A casebook cit.*, pp. 721 e 465.

Court of Appeal nota, todavia, que ao trabalhador não deveria ser autorizada a invocação de culpa própria, para obstar à cessação; a *Jerrom* não seria, pois, legítimo afirmar que sendo o evento impeditivo da sua responsabilidade, o contrato não se frustrara. Tal qual então apontado por *Mustil L.J.*, solução diversa deturparia, nestas circunstâncias, a lógica subjacente aos institutos. Aliás, a ausência de culpa como pressuposto geral da “*frustration*” fora já questionada em *Joseph Constantine Steamship Line Ltd. v. Imperial Smelting Corporation Ltd. (1942)*³⁴⁶³. *Viscount Simon L.C.* adiantara a este propósito e para evitar futuros equívocos, não considerar que a culpa contrariasse o fundamento da “*frustration*”: certamente, a “*self-induced frustration*” pressupõe uma escolha deliberada, ditando que ninguém pode esperar ser dispensado do cumprimento por “*frustration*”, se agiu com o propósito de a provocar. Admite, todavia, que em certos domínios, sobretudo em contratos que pressuponham uma execução pessoal, a “*frustration*” não deveria deixar de operar se a incapacidade resulta de falta de cuidado: assim se a cantora lírica fica sem voz porque negligentemente não muda de roupa após exposição à chuva. Identificar-se-ia, nestas hipóteses, se descortine um termo implícito no contrato, conforme o qual a incapacidade física superveniente frustra automaticamente o contrato, dispensando indagações adicionais quanto à sua origem, salvo se deliberada e expressamente induzida, com o propósito de escusar ao cumprimento³⁴⁶⁴. A respeito especificamente do juízo de imputação, aproximamo-nos, na verdade, deste entendimento, considerados os impedimentos a que uma tal lógica resulta circunscrita – incapacidade física superveniente em razão de doença³⁴⁶⁵.

d) A possível integração destes casos no âmbito da “*frustration*” foi ainda sustentada com particular vigor por *Lord Denning M.R.*, em *Hare v. Murphy Brothers Ltd (1974)*³⁴⁶⁶. Em Junho de 1971, o trabalhador fora condenado a doze meses de prisão, por se ter envolvido em desacatos e infligido ofensas corporais (“*unlawful wounding*”) em incidente não relacionado com a actividade laboral, fora do horário e local de trabalho. Estava ao serviço do empregador há mais de vinte anos, exercendo, há mais de quinze, funções de chefia. Foi libertado ao fim de oito meses, tendo sido, então, informado, por carta de 28.2.1972, que o seu posto de trabalho fora, entretanto, ocupado e que não havia outra vaga disponível. O litígio foi submetido à *Court of Appeal* – “*so it comes back to the point: was his service automatically terminated in June 1971, when he was sentenced, or did it continue (suspended maybe) until February 28, 1972, when they wrote him the letter?*”.

Na *Court of Appeal*, *Lord Denning M.R.* discordou frontalmente da decisão precedente, que excluía a “*frustration*”³⁴⁶⁷: não poderia haver

³⁴⁶³ [1942] AC 154.

³⁴⁶⁴ *Idem*.

³⁴⁶⁵ Tal qual exposto *supra*, § 2.

³⁴⁶⁶ [1974] IRLR 342.

³⁴⁶⁷ O *National Industrial Relations Court* rejeitara aferir da verificação de “*unfair dismissal*”, por entender que não se verificara qualquer despedimento. A prisão tornara impossível o cumprimento do contrato de trabalho, mas o impedimento decorria de acto do trabalhador – o

incumprimento (“*breach of contract*”) porque (i) a conduta criminosa não tinha repercussão no contrato de trabalho e (ii) a sentença criminal não constituía, em si mesma, violação do contrato – afinal, se ao trabalhador tivesse sido aplicada pena suspensa, não lhe seria apontado incumprimento contratual. Acresce que a pena decorre de decisão condenatória enquanto acto do Tribunal, não havendo, por conseguinte, “*breach*” do trabalhador. Para Lord Denning M.R. a decisão de condenação em doze meses de prisão frustrara o contrato: é certo que tal resultara de conduta ilícita do trabalhador (“*unlawful wounding*”). Nesta medida, poderia dizer-se que a “*frustration*” fora auto-induzida; mas constituía, não obstante, evento que extinguiu o contrato. Recorre, para tanto, aos exemplos seguintes: (i) se o trabalhador tivesse sido gravemente ferido em acidente de viação – cuja ocorrência se devesse a culpa própria – resultando incapacitado por oito meses, o contrato ter-se-ia frustrado; (ii) ajustando o exemplo de *Viscount Simon L.C.*, em *Joseph Constantine Steamship Line Ltd. v. Imperial Smelting Corporation Ltd.* (1942)³⁴⁶⁸, se uma cantora lírica se coloca, negligentemente, junto a corrente de ar e perde a voz, o contrato poderia cessar por “*frustration*”. Concluindo, por conseguinte, que, também aqui, a imprevisibilidade da ocorrência e a longa duração da pena de prisão haviam ditado o fim do contrato. Resultando, pois, sugerido que qualquer impedimento imputável ao trabalhador, a título de dolo ou negligência, seria bastante para frustrar o contrato – considerados os desvios à “*self-induced frustration*”, reclamados na esfera laboral: aqui, haveria, assim, que desconsiderar a culpa do trabalhador na produção do impedimento³⁴⁶⁹. Admite, porém, que a extinção não seria automática, exigindo a ponderação de diversos elementos, que autorizariam aferir se o impedimento não é já apenas transitório, mas definitivo: (i) a duração do vínculo até à verificação do evento impeditivo; (ii) a posição ocupada pelo trabalhador; (iii) e, sobretudo, a duração prevista para a ausência e a necessidade de recurso a substituto para a execução do trabalho³⁴⁷⁰.

cometimento de ofensa, pela qual fora condenado, não autorizando o operar da “*frustration*”. Excluída a “*frustration*”, o Tribunal concluiu que a condenação traduzia grave incumprimento e a “*unilateral repudiation*” do trabalhador, que assim (por sua iniciativa) pôs fim ao contrato de trabalho. O trabalhador recorreu desta decisão, por considerar que o *National Industrial Relations Court* errara (i) ao considerar que a decisão penal e, em particular, a imposição da pena de prisão consubstanciavam a “*repudiation*” do contrato e (ii) ao admitir que o *modus operandi* da “*repudiation*” no vínculo laboral divergia do exigido nos demais contratos, pressupondo (aquele Tribunal) que, no domínio laboral, a “*repudiation*” extinguiria automaticamente o contrato, dispensando aceitação. Contrariando um tal entendimento, o trabalhador assinalou nunca ter afirmado que não iria cumprir o contrato.

³⁴⁶⁸ Referido *supra*, n. 3463.

³⁴⁶⁹ Veremos, todavia, que não subscrevemos leitura uniforme da (não) imputação. Sobretudo em caso de prisão, assumimos, na verdade, construção diversa (*infra*, §§ 2.2.3. e 3.).

³⁴⁷⁰ Neste caso, *Stephenson L. J.* e *Lawton L.J.* concluíram que a longa pena de prisão, imposta em Junho de 1971, pôs fim ao contrato, inviabilizando a continuação do vínculo laboral. Prescindem, todavia, de qualificar a cessação: “*frustration*”, “*repudiatory conduct*” ou “*breach*”. Quanto à delimitação da natureza transitória ou definitiva do impedimento, *v.*, todavia, *infra* § Capítulo III.

Lógica aproximada teria acolhimento em *Chakki v. United Yeast Co Ltd* (1981)³⁴⁷¹: o trabalhador, condutor de veículo pesado de mercadorias ao serviço do empregador desde 1973, foi condenado, em 19.8.1980, a pena de onze meses prisão, por ofensas corporais (“*wounding offence*”) infligidas contra o filho mais velho. A decisão foi proferida no primeiro dia de férias do trabalhador e, nesse mesmo dia, a sua mulher informou o empregador do teor da decisão. Por ser muito improvável o regresso imediato do trabalhador, teve início processo de recrutamento para a sua substituição. Todavia, o trabalhador acabou por permanecer apenas uma noite na prisão, vindo a ser libertado, sob caução, na pendência de recurso; e três semanas depois, o recurso foi decidido a seu favor, sendo decretada liberdade condicional. Não obstante, o empregador havia, entretanto, contratado um substituto permanente e o trabalhador invocou “*unfair dismissal*”: o *Industrial Tribunal* desatendeu o seu pedido, considerando que o contrato de trabalho havia cessado automaticamente por “*frustration*”, com a imposição da pena de prisão; ao invés, o *Employment Appeal Tribunal* concluiu que a condenação do trabalhador na pena de prisão não implicava, só por si, a “*frustration*” do contrato – tal como em caso de doença ou acidente³⁴⁷², tratar-se-ia de evento potencialmente (mas não inevitavelmente) apto à frustração do contrato, sendo imprescindível a verificação de outros factores como (i) a urgência na contratação de trabalhador substituto, (ii) a extensão da ausência e (iii) aferir se o empregador agira de forma razoável ao decidir por substituição permanente, em vez de temporária³⁴⁷³.

Embora reconhecendo que o conjunto factual relevante é o existente à data em que a decisão é proferida (e não o subsequente), o *Employment Appeal Tribunal* concluiu que a decisão anterior errara ao considerar a cessação (por “*frustration*”) como decorrência automática da condenação³⁴⁷⁴. Ambas as decisões partem, todavia, de pressuposto que não acompanhamos: legitimam a extinção por “*frustration*” em momento em que a decisão penal condenatória não é ainda definitiva, apenas divergindo quanto à automacidade da cessação – tal qual sustentado pelo “*Industrial Tribunal*” – ou à necessidade de considerar o impacto do impedimento na esfera do empregador, consoante os contornos do caso, assim aferindo da natureza transitória ou definitiva do impedimento.

Importa retomar, com maior atenção, a análise do caso *F. C. Sheperd & Co Ltd v. Jerrom* (1987)³⁴⁷⁵, atenta a argumentação particularmente

³⁴⁷¹ [1982] ICR 140.

³⁴⁷² O EAT assinala, de resto, uma diferença relevante entre, de um lado, a doença ou o acidente e, de um outro, a decisão judicial que impõe o cumprimento de uma pena de prisão: neste último caso, salvo na pendência de recurso, o tempo previsível de ausência e a respectiva repercussão no contrato de trabalho são imediatamente conhecidos.

³⁴⁷³ Elementos relevantes para a delimitação da natureza transitória ou definitiva do impedimento (*v. infra* Capítulo III).

³⁴⁷⁴ O litígio foi, por isso, remetido para reapreciação, junto do *Industrial Tribunal*. Por conseguinte, embora sendo possível reconduzir à “*frustration*” hipóteses de privação de liberdade do trabalhador, haverá sempre que verificar se as circunstâncias legitimam, de facto, a cessação.

³⁴⁷⁵ *V. supra* n. 3461, a par das observações feitas, a este propósito, por FENTIMAN, “*Frustration ...*” *cit.*, pp. 54-56, e por SELWYN, *Selwyn’s Law cit.*, p. 458.

interessante então acolhida, quanto aos contornos do juízo de imputação: as partes haviam celebrado, em 20.6.1980, um contrato de aprendizagem, por quatro anos. Em 25.6.1981, o aprendiz (*Jerrom*) foi condenado ao cumprimento de pena privativa de liberdade (“*borstal training*”), entre seis meses e dois anos, por conspiração em agressão e por participação em tumulto. Em Janeiro de 1982, após libertação, foi recusado o regresso do aprendiz, por se entender que a decisão penal havia frustrado o contrato³⁴⁷⁶ e *Jerrom* invocou “*unfair dismissal*”. Submetido o caso à *Court of Appeal*³⁴⁷⁷ foi decidido que a conduta censurada a *Jerrom* não tinha conexão com as obrigações emergentes do contrato de aprendizagem: o comportamento criminoso do aprendiz, embora deliberado e intencional, não tinha repercussão directa no cumprimento do contrato. Não estava, por conseguinte, em causa cessação por “*dismissal*”, não havendo que verificar se o respectivo procedimento havia sido observado. Na passagem que se nos afigura mais relevante, *Lawton L. J.* reconhece que a condenação em sede criminal resultava de conduta culposa do aprendiz: ao cometer um ilícito penal, *Jerrom* agira de forma imprudente, colocando em crise a sua capacidade para a execução do contrato – deveria ter ponderado que, procedendo daquele modo, punha em risco a sua liberdade. Não obstante, *Lawton L. J.* exclui que da celebração de contrato de trabalho ou de aprendizagem resulte para o trabalhador ou o aprendiz uma obrigação de não adoptar determinados comportamentos fora do tempo e local de trabalho, que possam inviabilizar a sua capacidade de trabalho – aqui se incluindo condutas criminosas. Acresce que o ilícito criminal não teria eco no contrato caso *Jerrom* não tivesse sido julgado e condenado no cumprimento de pena privativa de liberdade: tal resultou, certamente, de comportamento ilícito de *Jerrom*. No entanto, ainda que se afigurassem consequências previsíveis, a condenação e a privação de liberdade não constituíam resultados inevitáveis: para *Lawton L. J.*, a conduta do aprendiz não significava, por conseguinte, “*repudiation*” do contrato^{3478/3479}. Para a *Court of Appeal*, a imposição de “*borstal training*” constituía um acto judicial – evento externo ao contrato – apto a frustrar o compromisso assumido entre as partes; simplesmente, rejeitada a automaticidade da “*frustration*”, a verificação de um tal desfecho pressupunha atender às circunstâncias do caso e à duração efectiva da

³⁴⁷⁶ Sobre o caso, v. HOWARTH, “*Frustration ...*” *cit.*, pp. 48-49.

³⁴⁷⁷ O *Industrial Tribunal* considerara que o contrato não cessara por “*frustration*” ou “*repudiation*”: *Jerrom* havia sido “*constructively dismissed*” e tal cessação fora “*unfair*”, por inobservância do procedimento previsto para o efeito. Por sua vez, o *EAT* seguiu a argumentação acolhida em *Chakki v United Yeast Co Ltd*, concluindo que a sentença não representara mais que um evento potencialmente frustrante (v. *supra* n. 3471).

³⁴⁷⁸ Também SELWYN considera que a prisão, embora auto-induzida, não traduz “*repudiatory conduct*”, por não representar “*breach*” do contrato (*Selwyn’s Law cit.*, p. 458). Para delimitação e caracterização precisa do contrato de aprendizagem no Direito inglês, v. SELWYN, *Selwyn’s Law cit.*, pp. 67-68.

³⁴⁷⁹ Veremos, adiante, que divergimos desta perspectiva, por admitirmos que a impossibilidade de comparência, em razão do cumprimento de pena privativa de liberdade, resulte, na hipótese de condenação por prática dolosa, imputável ao trabalhador – legitimando, assim, valorização disciplinar da ausência (cf. *infra*, §§ 2.2.3. e 3.).

pena. A defesa de *Jerrom* procurou sustentar que a “*frustration*” não deveria operar, já que a duração do impedimento (seis meses) ficava muito aquém do período remanescente de execução do contrato (celebrado por quatro anos). Divergindo, a *Court of Appeal* considerou, porém, que a decisão judicial condenatória havia frustrado o contrato: *Lawton L.J.* faz notar que a imposição de “*borstal training*” determinara interrupção significativa do tempo de aprendizagem e, no final de um tal período, o aprendiz não usufruía da formação programada³⁴⁸⁰. A *Court of Appeal* admitiu, por conseguinte, a aplicação da “*doctrine of frustration*” a esta hipótese – considerando inexistir “*repudiation*”³⁴⁸¹ e descartando também a possibilidade de “*unfair dismissal*”³⁴⁸².

2.2.2. A (não) imputação da ausência do trabalhador por prisão preventiva

I. Entre nós, quem perfilhe o entendimento acima descrito (*supra*, § 2.2.1) – sobrepondo, em certa medida, os juízos de imputação criminal e laboral –, tende, todavia, a distinguir consoante a ausência decorra de prisão preventiva ou efectiva³⁴⁸³, condicionando a imputação da ausência aos casos em que seja proferida decisão penal condenatória³⁴⁸⁴. A natureza cautelar da prisão

³⁴⁸⁰ TREITEL considera que, de um lado, a natureza do contrato (de aprendizagem) e, de outro, o motivo que justificou a ausência, fundamentam esta decisão. Afinal, “*in this type of contract continuity of training was considered to be of vital importance. Whether the court would have taken the same view of an interruption of the same length which was due to illness, is perhaps open to discussion*” (*Frustration cit.*, p. 252).

³⁴⁸¹ A este respeito, *Lawton L. J.* indica que embora a ofensa criminal tivesse conduzido à privação de liberdade e, em consequência, à impossibilidade de o trabalhador comparecer ao serviço, não se tratava de resultado inevitável.

³⁴⁸² Em tom crítico, HOWARTH, assinala que outras medidas importantes e amplamente divulgadas, como a reintegração de jovens transgressores não mereceram qualquer atenção (“*Frustration ...*” *cit.*, p. 49).

³⁴⁸³ Assim, nomeadamente, JÚLIO GOMES, *Direito cit.*, p. 862, que aplica a suspensão ao período de ausência por prisão preventiva, e MENEZES LEITÃO, *Direito do trabalho cit.*, p. 386, n. 508, por força do princípio da presunção de inocência. LUÍS MORAIS rejeita a imputação da ausência ao trabalhador, na situação de prisão preventiva. Reconhece, porém, maior complexidade à hipótese de ausência por condenação em pena de prisão efectiva: “a impossibilidade de prestar trabalho já será imputável ao trabalhador, porque já existe um juízo de culpabilidade e as faltas dadas serão obviamente injustificadas” (*Dois estudos cit.*, p. 36, com itálico nosso). O Autor acaba, porém, por admitir que será, porventura, melhor solução a extinção do vínculo por caducidade, por perda de interesse do credor (*idem*). Diversamente, caso se sustente a imputação da ausência ao trabalhador, entende que caberá, então, ao trabalhador – cf. leitura acolhida a respeito da verificação de justa causa de despedimento na hipótese de faltas injustificadas (cf. *supra*, n. 3371) – demonstrar a inexistência de justa causa, “concedendo, embora, que, nesta situação específica, tal corresponderá a uma verdadeira *diabolica probatio*” (*idem*).

³⁴⁸⁴ Mas ainda que restringida a hipótese a este caso, parece incontornável apontar aparente incoerência ao regime: “a qualificar-se a ausência do trabalhador preso como falta injustificada, porque ele praticou um crime pelo qual foi condenado, teria, por exemplo, que se fazer idêntica qualificação para a falta do trabalhador motivada por acidente de viação em que este tenha sido considerado culpado – hipótese que tem sido reconduzida sem discussão a um caso de falta justificada por impossibilidade de prestar trabalho” (PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, II, pp. 624-

preventiva – medida de coacção decretada quando apenas existem indícios da prática do crime – assim o imporia³⁴⁸⁵: conforme o princípio constitucional da presunção de inocência, apenas com o julgamento e o trânsito em julgado de decisão condenatória seria legítimo afirmar que o arguido cometeu um crime³⁴⁸⁶, só então se consolidando a responsabilidade criminal. Atenta a conexão pressuposta entre a imputação criminal e a laboral, não seria, pois, legítimo sancionar disciplinarmente o trabalhador no tempo de ausência por prisão preventiva: a ausência seria, assim, não imputável ao trabalhador – nos primeiros trinta dias, conforme o disposto no art. 249.º, n.º 2, d) e, após este período, considerado o previsto no art. 296.º, n.º 1³⁴⁸⁷. Deste entendimento se aproxima, com uma nota distintiva, o entendimento acolhido no ordenamento francês, quanto à prisão preventiva:

a) Em França, na ausência de referência expressa à prisão como facto suspensivo, a jurisprudência e a doutrina hesitam quanto ao enquadramento mais adequado: “*qu’advent-il de la relation de travail lorsque le salarié est incarcéré?*”³⁴⁸⁸. Superada a inicial recondução destes casos à “*force majeure*”³⁴⁸⁹ – que, em determinadas circunstâncias, tornaria

625, n. 641). O reparo assume, naturalmente, a maior pertinência. Admitimos, no entanto, que concorrem razões que legitimam a distinta valoração (v. *infra* §§ 2.2.3. e 3.).

³⁴⁸⁵ Trata-se de medida de coacção aplicada *ultima ratio* (cf. art. 202.º, n.º 1, do CPP).

³⁴⁸⁶ “*Todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa*” (art. 32.º, n.º 2, da CRP). Em suma, “a prisão preventiva, isto é, a detenção anterior à sentença condenatória, implica a suspensão do contrato de trabalho, como decorre do princípio da presunção de inocência de que goza o detido, regra igualmente aplicável até ao trânsito em julgado da respectiva sentença. Pelo menos até este momento, deve entender-se, ou presumir-se, que o impedimento resulta de um facto não imputável (art. 32.º/2 da CRP)” (JORGE LEITE, “O desempenho ...” *cit.*, p. 531).

³⁴⁸⁷ A mesma lógica sendo transponível para outras medidas de coacção. Indica a RE, em acórdão de 7.6.2011, Proc. n.º 168/10.8TTPTG.E1 (JOÃO LUÍS NUNES), que tem lugar a “suspensão do contrato de trabalho por facto ligado ao trabalhador quando existe um impedimento temporário, superior a um mês (mas que pode ser inferior a esse período desde que seja previsível que o impedimento vai perdurar por mais de um mês), ligado ao trabalhador (no sentido de derivar de qualquer acto do mesmo) e que não lhe é imputável (no sentido de *voluntariamente provocado* por ele)” (Sumário, I, ênfase nossa). Concluindo, face a este enquadramento, que a suspensão opera caso o trabalhador tenha sido “constituído arguido no âmbito de um processo-crime, tendo-lhe sido aplicada a medida de coacção de suspensão do exercício da profissão ao serviço da empregadora” (Sumário, II). Havendo sido ainda referido que, “em tal situação, durante o período de suspensão não existe o direito do trabalhador à retribuição, pois, por um lado, tal direito encontra-se intimamente associado ao trabalho (ou disponibilidade), que na situação não se verifica, e, por outro, não existe qualquer norma que preveja, ao contrário de outras situações, o direito do trabalhador à retribuição” (Sumário, III). No caso, o trabalhador fora constituído arguido em 5.11.2009, tendo-lhe sido aplicada a medida de coacção de suspensão do exercício de profissão até 28.5.2010.

³⁴⁸⁸ Assim inicia Jean-Yves FROUIN reflexão dedicada ao tema, “L’Incarcération du Salarié et la Relation de Travail”, *RJS*, 2001, n.º 1, pp. 3-4, p. 3; v. ainda ROGER, “Les effets ...” *cit.*, pp. 173-186.

³⁴⁸⁹ No Direito francês, a ruptura do contrato por força maior chegou a ser sustentada caso a detenção se prolongasse por longo período. Um tal enquadramento viria, todavia, a ser

impossível a execução do contrato, atenta a extensão da prisão – e excluído também o fim do vínculo por “*démission*”³⁴⁹⁰, é equacionada a extinção por “*licenciement*” –, mais garantística do que a “*force majeure*”³⁴⁹¹. Certo, porém, que a extinção – qual seja a forma que revista – não tem lugar caso se conclua que antes opera a suspensão, por prevalência da conservação, em detrimento da dissolução. Sustenta a doutrina que na falta de menção legal à prisão entre as hipóteses suspensivas, era necessário que a jurisprudência lhe associasse um tal efeito³⁴⁹². O que viria a suceder, por decisão de 21.11.2000, da *Cour de Cassation, Chambre sociale*, onde foi indicado que a prisão do trabalhador por “*détention provisoire*” autorizava a suspensão laboral: “*le placement d’un salarié en détention provisoire, alors qu’il est présumé innocent et que l’obstacle mis à l’exécution du contrat ne lui est pas imputable entraîne la suspension du contrat de travail*”³⁴⁹³. Tratar-se-ia de qualificação (judicial) determinante do regime aplicável, justificando a ausência do trabalhador e impedindo a censura disciplinar³⁴⁹⁴ – salvo, naturalmente, se o comportamento criminoso fosse, em si mesmo, revelador de incumprimento, pelo trabalhador, de deveres laborais (v.g., a lealdade).

b) No entanto, distanciando-se do entendimento acima descrito, e subscrito, entre nós, por parte dos autores nacionais (*supra*, §§ 2.2.1. e 2.2.2.), a doutrina e a jurisprudência francesas concedem que, embora se tratando de “*détention provisoire*”, a extinção pode, nestes casos, operar (ainda) por “*licenciement*”: não já por via de censura disciplinar, mas atento o *impacto* que a ausência do trabalhador e a suspensão prolongada podem revestir na esfera do empregador. Por conseguinte, não obstante a suspensão, o “*licenciement*” é possível se fundamentado na situação

excluído pela *Cour de Cassation, Chambre sociale*, em decisão de 15.10.1996, n.º 93-43668, onde foi entendido que a prisão do trabalhador não consubstancia uma situação de força maior, uma vez que a execução do contrato sempre se mantém possível após o cumprimento da pena (Sumário acessível em <<http://legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007037633&fastReqId=1635896946&fastPos=1>>). Referenciando também esta decisão, v. FORTIS, “Vie ...” *cit.*, p. 46. O que corresponde, na verdade, a movimento de progressiva circunscrição das hipóteses em que a “*force majeure*” opera, em contexto laboral – na linha do proposto também em situação de doença do trabalhador. Sobre tais hipóteses, v. o referido *infra* Capítulo III, § 4.1.

³⁴⁹⁰ A *Cour de Cassation, Chambre sociale* concluiu, por decisão de 30.10.1996, n.º 94-41083, que se o trabalhador se encontrava preso – situação que se prolongou de 25.5 a 6.12.1991 –, o empregador não podia assumir que o contrato cessara por “*démission*”, por não concorrer, em tais casos, vontade clara e inequívoca de o trabalhador pôr fim ao contrato de trabalho” (decisão disponível em

<<http://legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007038208&fastReqId=957027104&fastPos=4>>).

³⁴⁹¹ Cf. ROGER, *ob. cit.*, p. 186.

³⁴⁹² ROGER, “Les effets ...” *cit.*, p. 174.

³⁴⁹³ Decisão n.º 98-41788, acessível em <<http://legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007043776&fastReqId=54452949&fastPos=1>>; v. ainda FROUIN, “L’incarcération ...”, *cit.*, p. 4.

³⁴⁹⁴ FROUIN, “L’incarcération ...”, *cit.*, p. 4.

objectiva da empresa, cujo funcionamento é perturbado por uma ausência prolongada do trabalhador³⁴⁹⁵ – correspondendo, na verdade, a transposição de solução admissível no contexto da suspensão por doença, em que o “*licenciement*” é admitido, não em razão do estado de saúde do trabalhador, mas atento o prolongar da ausência e a repercussão na estrutura do empregador: não é, portanto, a prisão ou a ausência ao trabalho que constitui razão imediata do despedimento, mas o impacto eventual da ausência no funcionamento da empresa³⁴⁹⁶. Neste sentido se pronunciou a *Cour de Cassation*, entre outras, na indicada decisão de 21.11.2000: considera que a “*détention provisoire*” por conduta extra-laboral ditara a suspensão laboral; confirma, porém, o sentido da decisão da *Cour d'Appel* – no caso, a inadmissibilidade de despedimento, uma vez que (mas apenas por tal razão) a detenção não implicara, naquelas circunstâncias, interferência relevante na organização e no funcionamento da empresa³⁴⁹⁷.

c) Refere, contudo, FROUIN que se a suspensão opera na detenção cautelar, não tem já aplicação na prisão decorrente decisão penal condenatória. Conclui, na verdade, que, em tais casos, não operando a suspensão, a ausência é imputável ao trabalhador e, como tal, injustificada (“*absence fautive du salarié*”), podendo legitimar o despedimento – agora, enquanto “*motif sérieux de licenciement*”, a valorar em concreto, consoante a extensão da ausência. Em suma, “*en adoptant un comportement délictueux pour lequel il a été condamné à une peine d'emprisonnement, le salarié s'est mis dans la situation de ne pouvoir accomplir sa prestation de travail, ce qui peut lui être imputé à faute par l'employeur (l'obstacle mis à l'exécution du contrat lui est alors imputable, pour reprendre a contrario les termes de l'arrêt du 21 novembre 2000). Une telle solution qui avait déjà été adoptée, dans une affaire ancienne, paraît donc toujours valable*”³⁴⁹⁸. E também ROGER, em texto anterior, assinala que diversas decisões consideram a ausência ao trabalho por

³⁴⁹⁵ Assim se decidindo, com frequência, na jurisprudência, quando se conclua não ser viável a substituição temporária do trabalhador (FORTIS, “*Vie ...*” *cit.*, p. 47).

³⁴⁹⁶ FROUIN, “*L’incarcération ...*”, *cit.*, p. 4; atestando o frequente acolhimento desta solução na jurisprudência, v. ROGER, “*Les effets ...*” *cit.*, p. 182. Considerando, todavia, que a presunção de inocência deveria obstar ao despedimento sempre que a responsabilidade penal não se encontra ainda definida, v. FORTIS (“*Vie ...*” *cit.*, p. 47).

³⁴⁹⁷ Decisão indicada *supra*, n. 3493; v. também Paul-Henri ANTONMATTEI, “*La Rupture du Contrat de Travail Consécutive à l’Incarcération du Salarié*”, *DS*, 1997, n.º 3, pp. 246-248, p. 247.

³⁴⁹⁸ FROUIN, “*L’incarcération ...*”, *cit.*, p. 4; v. ainda FORTIS, “*Vie ...*” *cit.*, p. 47. Uma vez que a responsabilização penal decorre, nas hipóteses em escrutínio, de comportamento da vida privada do trabalhador, Jean SAVATIER nota que “*ces faits ne peuvent être qualifiés de fautes disciplinaires. Mais l’incarcération durable qu’ils ont entraînée met le salarié hors d’état de poursuivre le contrat. Cette impossibilité lui est imputable [...]*” (“*Incarcération du Salarié, Incarcération de l’Employeur: Quelles Incidences sur la Poursuite du Contrat de Travail?*”, *DS*, 2004, n.ºs 7 e 8, pp. 729-732, p. 730). Já FORTIS adverte que, atenta a solução acolhida no Direito francês, sobretudo quanto à extinção por ausência do trabalhador em razão de aplicação de medida cautelar, “*du point de vue du droit pénal et de la procédure pénale, la distinction vie personnelle-vie professionnelle n’apparaît donc pas vraiment opératoire*” (“*Vie ...*” *cit.*, p. 47).

condenação penal imputável ao trabalhador, ainda que a conduta censurada criminalmente não assumia reflexos na relação de trabalho³⁴⁹⁹.

II. Entre nós e na procura da solução mais adequada, admitimos que a extinção do contrato de trabalho no tempo em que o trabalhador se encontra em cumprimento de medida cautelar – e, nesta medida, em data em que a responsabilidade penal do arguido não foi ainda determinada – não se ajusta ao princípio da presunção de inocência³⁵⁰⁰. E se este princípio obsta, de forma especialmente evidente, à censura disciplinar da ausência do trabalhador em período em que se presume (na esfera penal) inocente da prática dos factos indiciados, deve impedir ainda formas de extinção objectiva, que, dispensando valoração disciplinar da ausência, autorizam a cessação, atendendo, para tanto, ao impacto da ausência do trabalhador na organização do empregador³⁵⁰¹ – e, por conseguinte, assim nos distanciando das construções sustentadas no Direito francês, mas também nos ordenamentos alemão, italiano ou inglês³⁵⁰².

³⁴⁹⁹ “Les effets ...” *cit.*, p. 180 e pp. 182-183. O Autor não acolhe, todavia, este entendimento, admitindo que solução mais adequada passaria por atender à extensão da pena de prisão, admitindo a suspensão sempre que aquela revestisse curta duração (p. 183). No mesmo sentido, *v.* ainda ANTONMATTEI, “La rupture ...”, *cit.*, p. 247.

³⁵⁰⁰ Neste sentido, *v.* TERESA MOREIRA, “O respeito ...” *cit.*, p. 181.

³⁵⁰¹ Em sentido distinto, *v.*, todavia, acórdão do TEDH, de 7.2.2012 (*Teodor Octavian Tripon c. Roménia*), Proc. n.º 27062/04, acessível em <[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"appno":\["27062/04"\],"documentcollectionid2":\["JUDGMENTS","DECISIONS"\],"kpdata":\["2012-02-07T00:00:00.0Z","2012-02-07T00:00:00.0Z"\],"itemid":\["001-139785"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{)>. Sintetizamos, os factos subjacentes à decisão:

- Em 21.9.2001, *Teodor Tripon* foi detido – na versão inglesa, “*pre-trial detention*” –, por indícios de crime previsto e punido no Código Penal romeno. A detenção foi estendida até 1.12.2001, quando *Teodor Tripon* foi libertado.

- Conforme o Código do Trabalho romeno, o empregador pode pôr fim ao contrato de trabalho caso o trabalhador se encontre detido por um período superior a sessenta dias, independentemente das razões que justificam a detenção.

- A conformidade de uma tal disposição com o princípio constitucional da presunção de inocência viria a ser suscitada perante o Tribunal Constitucional romeno que, por decisão de 14.1.2003, concluiu não verificada violação daquele princípio, uma vez que a extinção do contrato decorria de um facto objectivo – a ausência prolongada ao trabalho – e não de avaliação subjetiva, tal qual aferir se o trabalhador era ou não responsável pelo cometimento da infracção indiciada. O fim da norma seria apenas conferir ao empregador um meio de tutela, atendendo aos efeitos adversos de uma ausência prolongada ao trabalho.

- Por decisão judicial de 16.1.2004, a licitude da extinção contratual viria ser definitivamente confirmada.

- Sendo certo que apenas em data posterior – 11.10.2004 – o arguido viria a ser condenado em sede criminal. Atento este enquadramento, *Teodor Tripon* questionaria se o fim unilateral do vínculo, pelo empregador, em razão de prisão preventiva, em data em que não havia sido ainda proferida decisão penal condenatória, estaria em conformidade com o princípio da presunção de inocência – e admitindo que a solução mais garantística passaria por considerar, nestes casos, prevalecente a suspensão laboral, até proferida decisão, em sede criminal. Viria, todavia, o TEDH a considerar que a solução acolhida no Direito romeno e a possível extinção, promovida pelo empregador, no tempo de detenção – sendo que aquele prazo de ausência viria, por meio de alteração legislativa subsequente, a ser reduzido de sessenta para trinta dias – não se afigurava desconforme ao princípio da presunção de inocência.

³⁵⁰² Tal qual *supra*, §§ 2.1., e 2.2.1., e, quanto ao Direito italiano, *infra*, § 2.2.3., II.

III. Ainda assim, não obstante a tutela reservada ao tempo de ausência em observância de medida cautelar, há que considerar a possibilidade de a decisão penal condenatória que vier a ser proferida *estender* o juízo de imputação ao período prévio de ausência do trabalhador em prisão preventiva³⁵⁰³. A este propósito, a jurisprudência nacional não é, todavia, uniforme:

- Em acórdão de 24.11.2004³⁵⁰⁴, a RL decidiu que *“ainda que tenha sobrevindo condenação do arguido em pena de prisão, que lhe seja suspensa, esse acto, se superveniente à dedução da nota de culpa e à decisão do processo disciplinar, não pode ser tido em consideração na valoração da infracção disciplinar acusada não relevando para efeitos de não justificação daquelas faltas”*. Em suma, tal não poderia ser tomado em conta, uma vez que a condenação fora posterior à formulação da nota de culpa³⁵⁰⁵.

- O mesmo sentido foi acolhido nos acórdãos da RL de 6.4.2005 e de 24.10.2007³⁵⁰⁶. No primeiro, foi indicado que *“as ausências do serviço motivadas por impossibilidade do trabalhador prestar trabalho devido a facto que não lhe é imputável (prisão preventiva)” não constituem justa causa de despedimento “se não existir decisão condenatória à data da decisão final do processo disciplinar, momento com referência ao qual deve ser apreciada a existência de justa causa”*³⁵⁰⁷. Não havendo que rever um tal entendimento ainda que, a final, o trabalhador venha a ser condenado, em sede criminal³⁵⁰⁸. Equacionado, então,

³⁵⁰³ MONTEIRO FERNANDES considera que as faltas por prisão efectiva são imputáveis ao trabalhador – *“são consequência, embora mediata, de um comportamento cujo carácter culposos foi judicialmente apurado. A opção de conduta do trabalhador resultou, ou devia ter resultado, da ponderação de todas as suas sequelas, inclusivamente a do impedimento de comparecer ao trabalho. Cessa, pois, a atendibilidade da causa imediata das faltas como sua justificação”*. Embora excluindo a transposição de lógica idêntica para a prisão preventiva, *“uma vez que esta não permite estabelecer um juízo de imputabilidade”*, conclui que *“se se seguir a condenação do trabalhador, e o cumprimento da pena correspondente, a imputabilidade assim apurada alastra a todo o tempo de detenção e, portanto, de não comparência ao trabalho”* (Direito cit., p. 360, ênfase nossa). Contra, TERESA MOREIRA, *“O respeito ...”* cit., pp. 182-183.

³⁵⁰⁴ Proc. n.º 4936/2004-4 (FILOMENA CARVALHO).

³⁵⁰⁵ Ali se dispondo que *“as faltas dadas pelo autor em prisão preventiva não lhe podem ser imputadas e como tal devem ser consideradas justificadas e a condenação posterior do autor em pena suspensa não pode relevar para efeitos do despedimento em causa dado que tal condenação foi posterior à instauração do processo disciplinar, com o envio da nota de culpa”* (Sumário, I, itálico nosso).

³⁵⁰⁶ Respectivamente, Proc. n.º 6108/2004-4 (Duro Mateus Cardoso), e n.º 4421/2007-4 (Paula Sá Fernandes).

³⁵⁰⁷ Sumário, itálico nosso. Em suma, *“como a prisão preventiva tem sempre a natureza de medida cautelar, sem conteúdo punitivo, resultando de um mero juízo de probabilidade, que não se concretiza com a acusação, já que mesmo verificando-se esta, pode ocorrer a absolvição do arguido, as faltas dadas em consequência daquela não podem deixar de ser consideradas justificadas”* (ênfase nossa).

³⁵⁰⁸ No caso, o trabalhador permaneceu em prisão preventiva de 10.12.2002 a 30.5.2003 e posteriormente, *“por acórdão criminal de 27.2.2004, veio a ser condenado na pena única de 18 anos de prisão”*. Entende, todavia, a RL que uma tal circunstância não podia ser considerada: *“inexistindo decisão condenatória com trânsito em julgado (no caso, nem sequer decisão*

um despedimento sujeito a condição suspensiva – cujos efeitos seriam condicionados a decisão condenatória, a proferir em sede criminal –, a RL conclui pela sua inadmissibilidade³⁵⁰⁹: não seria, assim, procedente a notificação de uma decisão de despedimento condicionada ao desfecho do processo criminal. Se uma tal estratégia tinha por objectivo obstar à prescrição e à caducidade do processo disciplinar, outras alternativas afiguravam-se mais adequadas: para a RL, os prazos de prescrição e de caducidade apenas deveriam iniciar o seu curso após o trânsito em julgado do processo penal; e que, de qualquer modo, a equacionar-se uma suspensão, a mesma deveria reportar-se ao processo disciplinar e não já à decisão de despedimento³⁵¹⁰. O mesmo entendimento é sustentado no segundo acórdão referido, de 24.10.2007, aí se indicando que “as faltas dadas pelo autor no âmbito da prisão preventiva, e porque devidamente comunicadas, devem ser consideradas *justificadas*”³⁵¹¹. Logo se acrescentando que “as faltas dadas pelo autor em prisão preventiva *não lhe podem ser imputadas* e como tal devem ser consideradas justificadas e a condenação posterior do autor em pena suspensa *não pode relevar para efeitos do despedimento* em causa dado que tal condenação foi posterior à instauração do processo disciplinar, com o envio da nota de culpa”³⁵¹².

– Entendimento diverso viria, todavia, a ser sustentado noutras decisões, tal qual – para além dos acórdãos *supra* referidos³⁵¹³ – pela RL em

condenatória), à data das notas de culpa ou mesmo da decisão final disciplinar, *tais ausências têm de se considerar justificadas*, porque motivadas por impossibilidade de prestar trabalho devido a facto não imputável ao trabalhador”. Assim sendo porque “a justa causa tem de ser apreciada com referência à data da decisão de despedimento, uma vez que só os factos contidos nessa decisão podem ser invocados em tribunal [...]”, mas também porque um tal entendimento é o “que necessariamente decorre do princípio constitucional de presunção de inocência do arguido, estabelecido no art. 32º da CRP, que prescreve presumir-se inocente qualquer arguido «...até ao trânsito em julgado da sentença de condenação...»” (acórdão *cit.*, *itálico* nosso).

³⁵⁰⁹ É a este propósito indicado que “na medida em que o despedimento nasce logo que a respectiva declaração chega ao conhecimento do destinatário *não pode ser admissível a oposição de condição suspensiva*” (acórdão *cit.*, *itálico* nosso). Na esfera civil, *v.* arts. 1048.º e 1084.º do CC, que acolhem hipóteses de resolução sob condição – sobre tais casos, *v.* JOANA FARRAJOTA, *A resolução cit.*, pp. 114-117 e 118 e ss.

³⁵¹⁰ Ainda à luz do disposto nos arts. 27.º, n.º 3, e 31.º, n.º 1, da LCT, a RL acompanha a “preocupação subjacente ao comportamento do requerido na perspectiva de *evitar futura e eventual caducidade* da possibilidade de *instauração do processo disciplinar* ou de *prescrição da própria infracção* [...]”. De outra forma, “quando a decisão do processo-crime, com trânsito em julgado, se verificasse, *já poderia ser muito tarde para dar início ao processo disciplinar*”. Todavia, conclui a RL que tais reservas não têm justificação, “na medida em que, para que as normas jurídicas atinentes a esta situação tenham sentido útil e se articulem coerentemente, te[ria] de se considerar que *em caso de prisão preventiva do trabalhador, o prazo de caducidade (...) se suspende* até haver decisão com trânsito em julgado no processo-crime, bem como o prazo de *prescrição da infracção disciplinar* [...] *não corre* enquanto estiver pendente o mesmo processo-crime” (acórdão *cit.*, *ênfase* nossa).

³⁵¹¹ Sumário, I, *itálico* nosso.

³⁵¹² Sumário, II, *ênfase* nossa.

³⁵¹³ Acórdãos do STJ, de 3.11.1988, Proc. n.º 1974 (DIAS ALVES), *BMJ*, 1988, n.º 381, pp. 489-493 e de 25.2.1993, Proc. n.º 3537 (CHICHORRO RODRIGUES), *CJ*, 1993, t. 1, pp. 260-262, da RP de

acórdão de 21.11.2007³⁵¹⁴, onde foi concluído que “as faltas dadas ao serviço, em número superior a cinco, por motivo de prisão preventiva do trabalhador, em consequência de acusação de crime de homicídio qualificado, abuso de confiança e simulação de crime, crime por que veio a ser condenado e que leva a imputar-lhe a responsabilidade de tal prisão, são consideradas como injustificadas, por procederem de comportamento gravemente censurável, constituindo, por isso, justa causa de despedimento”³⁵¹⁵. No caso, invocava o trabalhador que o “despedimento fo[ra] extemporâneo em virtude de a sua condenação no processo crime ter ocorrido posteriormente a tal despedimento”. Sendo, todavia, sustentado pela RL que “nada impede que o processo disciplinar seja instaurado antes de haver decisão penal condenatória, transitada em julgado”³⁵¹⁶. A tanto não obstaria o princípio da presunção da inocência, por se entender que o mesmo não teria aplicação em sede disciplinar³⁵¹⁷. Distanciando-se do entendimento

17.5.1993, Proc. n.º 214/93 (LEITÃO SANTOS), CJ, 1993, t. 3, pp. 268-269 e da RL, de 17.5.1995, Proc. n.º 128/95 (DINIS ROLDÃO), CJ, 1995, t. 3, pp. 183-186) – v. *supra* § 2.2.1.

³⁵¹⁴ Proc. n.º 7008/2007-4, referido *supra*, n. 3418. Deste acórdão viria a ser interposto recurso para o STJ, que confirmou a decisão da RL (acórdão de 1.10.2008, Proc. n.º 08S718, referido, *infra*, n. 3527). A respeito da ausência por prisão preventiva considerou o STJ que “devem considerar-se não justificadas as faltas do Autor ao trabalho, no período de 11 de Dezembro de 2002 a 9 de Janeiro de 2003, por motivo de, nesse período, se encontrar sujeito à medida de coacção de prisão preventiva” (Sumário, X).

³⁵¹⁵ Sumário, I, *itálico* nosso. Este entendimento havia já sido sustentado pelo STJ, em acórdão de 14.5.1997, Proc. n.º 96S177 (MATOS CANAS), onde é indicado que “constitui justa causa de despedimento, [...] o facto de o trabalhador ter estado preso preventivamente 211 dias pela prática de crime, pelo qual veio a ser condenado”, devendo, por conseguinte, “tais faltas ser consideradas injustificadas” (*itálico* nosso).

A situação fáctica subjacente ao processo era a seguinte:

- Em 15.1.1992 A foi preso preventivamente;
- Em 14.7.1993 foi iniciado julgamento, e A foi libertado;
- Em 15.7.1993 A apresentou-se ao serviço;
- Em 28.7.1993 foi entregue a A nota de culpa, com intenção de despedimento, atento o tempo de ausência por prisão preventiva;
- (Apenas posteriormente), em 15.9.1993, A foi condenado em sede criminal, havendo sido descontado o tempo de prisão preventiva e suspensa a pena restante, ainda por cumprir;
- Nesta data (15.9.1993), o trabalhador já havia sido despedido.

Em anotação crítica a este acórdão, MAIA COSTA nota que este acórdão, inovadoramente, “ratifica um despedimento efectuado antes da condenação do trabalhador”, conforme um entendimento que considera inadmissível (“Comentário ...” *cit.*, p. 152).

³⁵¹⁶ Sumário, II, *itálico* nosso. Afinal, “admitir o contrário redundaria numa inversão de valores a ter em consideração numa relação laboral normal e adequada aos interesses do empregador e à generalidade dos trabalhadores ao seu serviço uma vez que quando a entidade patronal pudesse mover o processo disciplinar ela já estaria fora de prazo para tal” (Sumário, III).

³⁵¹⁷ “Não adianta chamar à colação a máxima constitucional da presunção da inocência do arguido, pois que estamos no campo do direito disciplinar laboral e não no domínio do direito penal ou processual penal” (acórdão *cit.*, *itálico* nosso). Não subscrevemos este entendimento, como adiante explicitado (v. *infra* §§ 2.2.3. e 3.). Também MAIA COSTA rejeita uma tal interpretação do princípio constitucional, que “enquanto garantia individual, vincula não só o Estado (e não apenas no processo criminal), e as restantes pessoas públicas, como também as entidades privadas”. Por conseguinte, “só com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, que

assumido nos acórdãos anteriores, o Tribunal considerou que se assim não se admitisse, “quando a ré pudesse mover o processo disciplinar ela já estaria fora de prazo”, por terem decorrido os prazos estabelecidos para o efeito³⁵¹⁸. Acrescendo, por seu turno – e também aqui divergindo do entendimento sustentado nas decisões antecedentes – que “a lei não prevê a suspensão do processo disciplinar”. A RL haveria, pois, de concluir que “a responsabilidade pela prisão preventiva é imputável” ao trabalhador, admitindo a aplicação ao caso da sanção disciplinar de despedimento, por ausências injustificadas ao trabalho³⁵¹⁹.

IV. Também no Direito espanhol, esta hipótese é controversa. Não obstante a expressa previsão de que “*el contrato de trabajo podrá suspenderse [...] por “privación de libertad del trabajador, mientras no exista sentencia condenatoria”*”³⁵²⁰, concorrem muitas dúvidas quanto ao enquadramento a afectar à ausência por prisão preventiva, sobrevivendo decisão condenatória – havendo que determinar se a condenação esvazia de justificação apenas as ausências subsequentes ou se atinge também (retroactivamente) o tempo de prisão preventiva:

- a) Para ALONSO OLEA e CASAS BAAMONDE, o art. 45, n.º 1, g) do ET salvaguarda a ausência por prisão preventiva: um tal período não releva disciplinarmente, ainda que lhe suceda decisão condenatória³⁵²¹. A condenação não invalida retroactivamente, os efeitos da suspensão, quanto ao tempo de ausência, por prisão preventiva. A suspensão laboral operaria, assim, numa situação que se concebe “provocada” pelo trabalhador, mas que a presunção de inocência imporia considerar ainda

marca o fim da presunção de inocência, a culpa do condenado está definida, quer em relação ao Estado, quer em relação às entidades privadas (“Comentário ...” *cit.*, p. 154).

³⁵¹⁸ No mesmo sentido havia decidido o STJ, em acórdão de 14.5.1997, Proc. n.º 96S177 (MATOS CANAS), ali se dispondo que “a extemporaneidade do processo disciplinar traduzia-se, ao fim e ao cabo, em o processo ter sido movido e a sanção ter sido aplicada *antes de haver sentença penal condenatória*”. Assinalando-se, a este propósito, “que a ser levada às últimas consequências esta tese, na maioria dos casos em que os trabalhadores ao serviço da ré cometessem crimes, quando a ré pudesse mover o processo disciplinar ela já estaria fora de prazo para tal, pois que entre o conhecimento por parte da ré dos factos atribuídos ao trabalhador e a sentença condenatória mediaria, normalmente, mais tempo do que o previsto nos artigos 31.º e 27.º do Decreto-Lei 49408 *a menos que houvesse suspensão do processo disciplinar até à decisão no processo crime*”. Seja como for, “o certo é que a empresa ficaria sujeita a demoras mais do que injustificadas para que pudesse, legalmente, mover algum processo disciplinar a um trabalhador ao seu serviço que cometesse um crime e pelo qual estivesse submetido ao devido processo judicial”. Aliás, “quanto mais grave ou complexo fosse o crime assacado ao trabalhador, maior seria normalmente a demora o que, portanto redundava numa inversão de valores a ter em consideração numa relação laboral normal e adequada aos interesses do empregador e à generalidade dos trabalhadores ao seu serviço” (acórdão *cit.*, ênfase nossa).

³⁵¹⁹ Foi entendido que o trabalhador “demonstrou um comportamento gravemente censurável pelos crimes cometidos e pela qualidade da vítima e da sua relação com próprio Banco apelado, não se vendo que neste contexto [fosse] possível a manutenção da relação laboral e a aplicação de uma sanção do tipo conservatório” (acórdão *cit.*).

³⁵²⁰ Cf. art. 45, n.º 1, g) do ET. A este propósito *v.* o já referido *supra* § 2.2.1.

³⁵²¹ Nesta medida, estas situações não poderiam ser reconduzidas a abandono do trabalho, nem autorizariam convocar o despedimento por faltas injustificadas ao trabalho (*Derecho cit.*, p. 557).

decorrente de decisão de terceiro, enquanto acto de autoridade (cf. art. 24, n.º 2 da CEsp.)³⁵²². O tema parece, todavia, revestir maior complexidade sempre que a decisão condenatória não implique o cumprimento efectivo de pena privativa da liberdade, tal qual em caso de condenação em pena suspensa ou em pena privativa de liberdade já cumprida, por integralmente computada no tempo de prisão preventiva³⁵²³.

b) Ainda no que respeita ao Direito espanhol, outra questão se coloca, a este propósito. Neste ordenamento, tanto a decisão condenatória como a absolutória fixam o momento em que a privação de liberdade deixa de ter força suspensiva. No entanto, as opiniões divergem sobre se o fim da suspensão deve depender do trânsito em julgado da decisão. Um número significativo de autores e a jurisprudência maioritária consideram que a suspensão manter-se-á enquanto a decisão não transite em julgado³⁵²⁴. Diversamente, MARÍN RICO entende que a omissão do legislador laboral – ao não referir expressamente o trânsito em julgado – teria sido intencional, em tutela de interesse legítimo do empregador, que não deveria sujeitar-se ao perpetuar da suspensão laboral, em função da morosidade judicial. O ET assentaria, assim, numa presunção de acerto judicial, quanto à primeira decisão proferida. Por conseguinte, na hipótese de recurso que alterasse o sentido de decisão anterior, excluindo a condenação, tal não afectaria o despedimento já ocorrido – embora assente em culpa que, afinal, não podia ser atribuída ao trabalhador. MARÍN RICO conclui que o trabalhador “*podrá ejercitar la acción prevista en la Constitución por daños derivados de su primera condena*”, ainda que “*con pocas posibilidades de éxito*”, sem que tal afecte, todavia, a esfera do empregador e decisão extintiva cujos efeitos se produziram³⁵²⁵.

³⁵²² MARÍN RICO, “Las causas de suspensión ...” *cit.*, pp. 144-145.

³⁵²³ Para MARÍN RICO a decisão condenatória – seja ou não privativa de liberdade – não produz efeitos na suspensão já operada, não inutilizando o efeito suspensivo precedente (“Las causas de suspensión ...” *cit.*, pp. 145-146). Idêntica leitura é sustentada por SÁNCHEZ ICART e TORRES GOSÁLBEZ, que alertam, todavia, para as variantes acolhidas na jurisprudência (“Privación ...” *cit.*, pp. 88-89). V. ainda RIVAS VALLEJO, que subscreve o mesmo entendimento, dando, porém, conta de doutrina divergente (*La suspensión cit.*, pp. 189-190). Também para ALONSO OLEA e CASAS BAAMONDE, na hipótese de condenação em pena não privativa de liberdade, embora a suspensão não opere em diante, o contrato também não cessa por ausências injustificadas, retroactivamente imputadas ao trabalhador (*Derecho cit.*, p. 557).

³⁵²⁴ De acordo com o entendimento dominante na jurisprudência, o trânsito em julgado da decisão constitui requisito necessário ao termo da situação suspensiva (cf. síntese de MARÍN RICO, “Las causas de suspensión ...” *cit.*, p. 160). SÁNCHEZ ICART e TORRES GOSÁLBEZ subscrevem também esta leitura (“Privación ...” *cit.*, pp. 87-88). No mesmo sentido, SOMOZA ALBARDONEDO e SOMOZA RAMIS, *Suspensiones cit.*, p. 67, e RIVAS VALLEJO, *La suspensión cit.*, p. 190. Maior complexidade decorre dos casos de recurso extraordinário, que venha a contrariar a condenação penal já transitada em julgado; a doutrina tende, porém, a rejeitar impender sobre o empregador um tal desfecho, recusando impor o “reviver” de contrato já extinto (SÁNCHEZ ICART e TORRES GOSÁLBEZ, “Privación ...” *cit.*, pp. 90-91). Entre nós, quanto à revisão de decisão transitada em julgado, v. arts. 449.º e ss. do CPP; quanto à indemnização devida em tais circunstâncias, v. art. 462.º do CPP.

³⁵²⁵ “Las causas de suspensión ...” *cit.*, p. 146. MONTROYA MELGAR indica, por sua vez: “*la doctrina académica se ha planteado el problema de la situación laboral que correspondería al trabajador condenado*,”

V. Diversamente, assumindo posição sobre o tema à luz do ordenamento jurídico português, diremos que por força do princípio da presunção de inocência, aplicável até ao trânsito em julgado da decisão judicial (cf. art. 32.º, n.º 2, da CRP³⁵²⁶), apenas em tal momento é legítimo concluir pelo fim da suspensão: até lá, a ausência ao trabalho, por aplicação de medida de coação privativa de liberdade, deve considerar-se não imputável ao trabalhador, legitimando a suspensão e não autorizando censura disciplinar. Só a partir de então sendo admissível valorar disciplinarmente o tempo de ausência, por prisão preventiva: explicitamos seguidamente o entendimento subscrito a respeito de tais ausências, sobreindo decisão penal condenatória.

2.2.3. A imputação da ausência do trabalhador por prisão: no momento da prática do crime, o agente equacionou ou estava em condições de equacionar que daí resultaria impossibilidade de trabalhar?

I. Às duas construções assim enunciadas, há, porém, que somar uma terceira, que importa considerar. Convocamos o sustentado pelo STJ, em acórdão de 1.10.2008³⁵²⁷, em que o Tribunal propõe critério distinto de autonomização do juízo de imputação criminal e laboral³⁵²⁸: o trabalhador foi

quando la sentencia fuera impugnada y revocada, resultando absuelto. Aunque las razones de justicia material en favor de la reincorporación del trabajador no admiten duda, la efectividad de la readmisión penderá de la existencia de vacante” (Derecho cit., pp. 443-444).

³⁵²⁶ “Todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação”.

³⁵²⁷ Proc. n.º 08S718 (VASQUES DINIS). Cujos factos sintetizamos esquematicamente:

- A era trabalhador do Banco B;
- Entre Dezembro de 2002 e Maio 2003, A foi detido e preso preventivamente, totalizando 115 dias de faltas ao trabalho, por homicídio que teve lugar em Setembro de 2002;
- Em Janeiro de 2003, B instaurou procedimento disciplinar a A por faltas injustificadas;
- Em 10 de Fevereiro 2004, B procedeu ao despedimento de A;
- Em 27 de Fevereiro de 2004, B foi condenado, em sede criminal, na pena de 17 anos de prisão, pela prática de um crime de homicídio;
- Em Maio de 2005, a condenação viria a ser confirmada pelo STJ.

Numa perspectiva laboral estava em causa determinar se as faltas por prisão preventiva eram justificadas, por se considerar que o impedimento não era imputável ao trabalhador ou injustificadas, por se entender que o impedimento ser-lhe-ia imputável.

³⁵²⁸ Em acórdão do STJ, de 4.6.2008, Proc. n.º 08S601 (BRAVO SERRA), já se havia adiantado este critério: “o que revelará, para aquilatar de uma falta disciplinar baseada em faltas injustificadas motivadas pelo facto de o trabalhador ter sido sujeito à medida de coacção de prisão preventiva, é *saber se ele, ao prosseguir uma data conduta, que, eventualmente, foi motivadora daquela medida, «desconsiderou» a circunstância da plausibilidade de uma das consequências da sua actuação ser a privação da sua liberdade, com a inevitável impossibilidade de prestar o seu serviço à entidade patronal*” (ênfase nossa). A decisão foi acompanhada do voto de vencido do Conselheiro SOUSA PEIXOTO, que lhe aponta dois reparos: o primeiro é que o juízo de imputação parece “exig[ir] o dolo”, não bastando “a mera negligência”. O segundo é o de que “a conduta em que aquela «desconsideração» assenta é a conduta que veio a ser dada como provada no processo-crime. Acontece, porém, que, à data do despedimento, ainda não havia naquele processo, decisão com trânsito em julgado” e tal deveria obstar “a que tal conduta possa ser levada em

preso preventivamente por indícios da prática de um crime de homicídio – situação que se prolongou por 115 dias. Ainda na pendência da prisão preventiva, o empregador instaurou um procedimento disciplinar por faltas injustificadas, que terminou com a aplicação da sanção de despedimento. Esta decisão foi proferida antes de ser conhecida decisão judicial que veio a condenar o arguido pela prática dos factos de que fora acusado. Desta decisão foi interposto recurso que culminou em decisão de condenação do arguido no cumprimento de uma pena de prisão de dezassete anos.

Atento este contexto factual, o STJ pronunciou-se, mais uma vez, sobre o enquadramento a afectar às faltas por prisão preventiva, concluindo que os factos determinantes da ausência eram imputáveis ao trabalhador e as faltas injustificadas, confirmando a licitude do despedimento. Sustenta, no entanto, uma tal leitura, delimitando distintamente a imputação laboral. Como ponto de partida, autonomiza a censura laboral e a criminal – por assentes em valorações diversas: “[o] juízo de censura pelo cometimento de factos que configuram *ilícitos criminais* e aqueloutro juízo de censura pela *violação do dever de assiduidade* do trabalhador *devem ser diversos*: neste último, podem relevar outros factores e intenções que, devendo ser tomadas em linha de conta para a sua formulação, podem não suportar o juízo de censura criminal”³⁵²⁹.

Por conseguinte, ao invés do que, até então, vinha sendo o raciocínio habitualmente acolhido na jurisprudência, é afirmado que o nexó entre a prática do crime e a ausência ao trabalho não se encontra automaticamente fixado, apenas sendo determinado mediante resposta afirmativa à questão: no momento da prática do crime, o agente equacionou ou estava em condições de equacionar que daí resultaria impossibilidade para o trabalho? Sendo a resposta afirmativa, a ausência é imputável ao trabalhador e as faltas são injustificadas; sendo negativa, a ausência não lhe é imputável e as faltas são justificadas³⁵³⁰.

conta para efeitos da referida «desconsideração», uma vez que nos termos do n.º 2 do art. 32.º da CRP, «[t]odo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação». Sendo ainda indicado: “é certo que o autor acabou por ser condenado, com trânsito em julgado, em dois anos de prisão com pena suspensa, mas esse trânsito só ocorreu após ele ter sido despedido e, em nossa opinião, tal facto é irrelevante para ajuizar da justificação ou não justificação das faltas, por entendermos que esse juízo deve ser formulado apenas com base nos *factos já adquiridos à data do despedimento*” (ênfase nossa).

³⁵²⁹ Sumário, § IV, *italico* nosso.

³⁵³⁰ Tratar-se-ia, conforme sustentado em acórdão do TC n.º 209/93, Proc. n.º 228/90 (SOUSA BRITO), de 16.3.1993, de raciocínio próximo da censura criminal subjacente ao disposto no art. 295.º do CPenal, em que o agente comete um crime em estado de inimputabilidade e, não sendo punido pelo tipo de crime, que, em tal estado, vem a cometer, é punido por *se ter colocado em tal situação*, concorrendo os elementos constitutivos de novo tipo de ilícito, previsto tipicamente para os casos em que o agente comete um crime em estado de embriaguez ou intoxicação. Assim, o art. 295.º do CPenal dispõe que “*quem, pelo menos por negligência, se colocar em estado de inimputabilidade derivado da ingestão ou consumo de bebida alcoólica ou de substância tóxica e, nesse estado, praticar um facto ilícito típico é punido com pena de prisão até 5 anos ou com pena de multa até 600 dias*”. Quanto à lógica da punição, dir-se-á que “*a (censurável) autocolocação em estado de inimputabilidade derivado da ingestão ou consumo de bebida alcoólica ou de substância tóxica é que constitui o crime previsto no art. 295.º, n.º 1. Trata-se de um tipo legal de crime de perigo*

Por conseguinte, no domínio laboral, seria possível ao trabalhador demonstrar que, no momento da prática do facto – acção ou omissão constitutiva do crime – não equacionou, nem estava em condições de equacionar que, de um tal comportamento, adviria impossibilidade de trabalhar. No caso, atento o contexto factual a valorar pelo STJ e “na falta de alegação e prova de qualquer facto ou circunstância com idoneidade para convencer de que o autor não podia e/ou não estava obrigado a prever que lhe fossem imputados comportamentos de gravidade tal que, sendo passíveis de fundamentar a aplicação da medida de prisão preventiva, *determinariam a impossibilidade de comparecer ao serviço*”, as faltas foram consideradas imputáveis ao trabalhador.

No entanto, ainda que este raciocínio tenha a vantagem de distinguir os juízos de imputação laboral e criminal – não fazendo decorrer aquele, automaticamente e sem mais, deste último³⁵³¹ – não se acompanha a decisão ao assumir a relevância disciplinar da ausência ao trabalho por prisão preventiva antes de proferida decisão penal. A prisão preventiva é uma medida de coacção que se basta com um juízo indiciário de culpa, decaindo, pois, o pressuposto em que assenta a censura laboral: *só após a condenação criminal* é possível indagar se, aquando da prática do crime, o agente equacionou (ou estava em condições de equacionar) que aquela conduta ditaria, em consequência, a sua ausência ao trabalho. E uma tal interrogação não pode ter lugar num momento em que apenas existe um juízo preliminar: só após confirmação judicial da responsabilidade criminal do agente e de ser conhecida decisão penal condenatória, é possível questionar se o trabalhador devia ou não ter concebido a possibilidade de, em resultado da sua conduta, ficar impossibilitado de trabalhar. Interpretação distinta constituiria uma violação do princípio da presunção de inocência, não se acompanhando – tal qual sustentado no referido acórdão – que assim se promova indevida transposição daquele princípio para

abstracto-concreto, cuja ilicitude é constituída, exclusivamente, pelo desvalor da (perigosidade da) conduta. Todavia, a punibilidade deste ilícito depende da circunstância de, nesse estado de inimputabilidade, o agente «praticar um facto ilícito típico» (*Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial* (dir. Jorge de Figueiredo Dias), t. 2, Artigos 202.º a 307.º, Coimbra Editora, 1999 (comentário de AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO), p. 1112, itálico nosso). Criticando a aproximação a uma tal argumentação, *v.*, porém, MENDES BAPTISTA, “Faltas ...” *cit.*, p. 62: “em caso algum, é possível ver uma analogia entre as faltas por motivo de prisão e as acções livres na causa, por inexistir nexo de causalidade”. Afinal, “no momento em que o crime é praticado, o trabalhador está em estado e em situação de imputabilidade” (p. 63). Na mesma linha, *v.* MAIA COSTA, “Comentário ...” *cit.*, p. 155. Por crermos que tais críticas não procedem (afinal, “o tipo de ilícito previsto pelo art. 295.º, n.º 1, não exige qualquer relação psicológica entre a autocolocação em estado de inimputabilidade e o concreto facto ilícito típico praticado” – cf. AA.VV., *Comentário cit.*, p. 1113), admitimos algum paralelismo – o que não se confunde com identidade – entre a lógica subjacente ao enquadramento penal do cometimento de um facto ilícito típico em estado de inimputabilidade autoprovocada – porém, não preordenada (quanto a tais casos – *actio liberae in causa* dolosa –, *v.* art. 20.º, n.º 4, do CPenal) – e a situação do trabalhador que se ausenta ao trabalho (assim infringindo o dever de assiduidade que lhe compete), por ter cometido um ilícito criminal.

³⁵³¹ Assim se distanciando da construção indicada *supra*, § 2.2.1.

o Direito do Trabalho³⁵³²: se apurar a responsabilidade disciplinar passa por verificar em que medida, no momento da prática do crime, o agente ponderou (ou deveria ter ponderado) a ausência consequente ao trabalho, então não há como não concluir que uma tal interrogação assume que o agente cometeu o crime; e isto – nada menos que a responsabilidade criminal – não é possível inferir sem violação do princípio da presunção da inocência, no âmbito criminal (e não tanto laboral, como sugerido pelo Tribunal).

Por conseguinte, ao invés do sustentado pelo STJ, até desfecho judicial criminal não consideramos viável responsabilizar o trabalhador pelo tempo de ausência por prisão preventiva: até um tal momento, a responsabilidade penal apenas se funda em indícios e não em certezas; nesta medida, a responsabilização disciplinar do trabalhador por ausência por prisão preventiva apenas é sustentável após proferida decisão definitiva, em sede criminal³⁵³³. O que resultaria concedível por, pelo menos, uma de três vias:

a) É instaurado processo disciplinar e notificada ao trabalhador nota de culpa – assim interrompendo os prazos previstos no art. 329.º, n.ºs 1 e 2 – seguindo-se a suspensão do processo disciplinar até proferida decisão penal³⁵³⁴. Só então o processo disciplinar seria reaberto, para arquivamento ou continuação, conforme o sentido da decisão penal. Não concorreria, neste enquadramento, violação da presunção de inocência, já que, só por si, a ausência pelo tempo de prisão preventiva não legitimaria valoração

³⁵³² “Na falta de alegação e prova de qualquer facto ou circunstância com idoneidade para convencer de que o Autor não podia e/ou não estava obrigado a prever que lhe fossem imputados comportamentos de gravidade tal que, sendo passíveis de fundamentar a aplicação da medida de prisão preventiva, determinariam a impossibilidade de comparecer ao serviço, a mera invocação da presunção da inocência não tem virtualidade para impedir a formulação de um juízo de culpa reportado, não directamente a comportamentos criminalmente censuráveis, mas, sim, à «desconsideração» da previsibilidade da imputação dos mesmos, nos moldes e com as consequências referidos, sendo aquele o juízo que releva, no tocante à imputabilidade exigida para a qualificação das ausências ao serviço como faltas injustificadas”. Logo em seguida se explicitando que “o princípio da presunção de inocência, consagrado no n.º 2 do artigo 32.º da Constituição da República Portuguesa, tendo a sua projecção plena no âmbito do apuramento da responsabilidade criminal, a efectuar em procedimento que se caracteriza por não ser um processo de partes e do qual está afastada a imposição ao arguido de qualquer ónus probatório, não vigora, com o mesmo alcance, em processos sancionatórios emergentes do incumprimento de deveres inseridos em relações jurídicas de carácter obrigacional, relativamente aos quais, a lei fundamental (n.º 10 do referido artigo 32.º) apenas exige que sejam assegurados ao arguido os direitos de audiência e defesa” (acórdão *cit.*, com itálico nosso).

³⁵³³ Acolhendo uma perspectiva diversa, JORGE LEITE refere, ainda que à luz de enquadramento legal anterior, que “salvo, porventura, nos casos em que a pena de prisão seja inferior ao período de prisão preventiva, e atendendo a que o despedimento não produz efeitos retroactivos, não se vê que interesse pode justificar o desencadeamento de um processo disciplinar por faltas dadas ao trabalho dadas por motivo de detenção. Note-se, aliás, que o empregador poderá promover o despedimento posteriormente à sentença quer pelas faltas que se seguirem quer, se for o caso, pelas anteriores, desde que não deixe ultrapassar os prazos previstos nos arts. 27.º/3 e 31.º/1 da LCT” (“O desempenho ...” *cit.*, p. 531, n. 42).

³⁵³⁴ Solução admitida no Direito italiano (GALANTINO, *Diritto cit.*, p. 461).

disciplinar³⁵³⁵ – sempre dependente de decisão condenatória³⁵³⁶. Esta construção deparar-se-ia, porém, com duas dificuldades: (i) a nota de culpa formalizaria uma acusação que narraria um conjunto de factos – materializados na ausência ao trabalho – que, à data em que é elaborada, não são imputáveis ao trabalhador, atenta a plena eficácia do princípio da presunção de inocência; (ii) a introdução, em 2009, do disposto no n.º 3 do art. 329.º, ao prever que “o procedimento disciplinar prescreve decorrido um ano contado da data em que é instaurado quando, nesse prazo, o trabalhador não seja notificado da decisão final”; a instauração do procedimento disciplinar e a comunicação da nota de culpa em momento anterior à condenação em sede criminal, tendo o propósito de interromper os prazos indicados nos n.ºs 1 e 2 do art. 329.º, poderia não obstar ao incumprimento do prazo previsto no n.º 3 daquela disposição³⁵³⁷.

³⁵³⁵ No acórdão do STJ de 25.2.1993 *cit.* assim se decidiu: “as faltas ao serviço, por motivo de prisão preventiva do trabalhador, em consequência de acusação de tráfico de droga, crime por que veio a ser condenado, e que leva a imputar-lhe a responsabilidade de tal prisão, são consideradas como *injustificadas*, por procederem de comportamento gravemente censurável, constituindo, por isso, justa causa de despedimento”. O trabalhador havia alegado “que as faltas ao serviço, fundamento do seu despedimento, não s[er]iam culposas, já que [...] estava “impossibilitado fisicamente de comparecer, por estar preso preventivamente” (p. 263, ênfase nossa). O STJ entendeu, todavia, que “a «alma da lei» não est[ava] com o recorrente” (p. 263): (i) o Tribunal não só aceita a instauração de processo disciplinar com fundamento em faltas injustificadas, em razão de prisão preventiva; (ii) como admite a suspensão do processo até ser proferida decisão judicial – necessária, de resto, para legitimar qualquer decisão sancionatória no processo disciplinar. Quanto ao primeiro aspecto – abertura de processo disciplinar –, o STJ considera que “a prisão preventiva, pelos requisitos que pressupõe existirem, importa um juízo de probabilidade de verificação de conduta punível mais exigente do que qualquer medida preventiva de natureza disciplinar” (p. 263). Conclui, portanto, que, “assim, encontra plena justificação a instauração do processo disciplinar ao recorrente, como a nota de culpa que lhe foi entregue” (p. 263). Não obstante, entende o STJ fazer todo o sentido *aguardar* a “certificação da conduta e da sua gravidade, para ajuizar da responsabilidade, à luz de valores éticos, da sua prisão preventiva, motivadora das faltas” (p. 263). Ora, uma vez que o trabalhador veio a ser condenado pela prática do crime de tráfico de estupefacientes, o STJ entende que esta responsabilidade se *alastrou* ao período de prisão preventiva: “a condenação em pena de gravidade daquela em que o réu foi condenado, *leva a imputar-lhe a responsabilidade da prisão preventiva* que sofreu, em termos tais que levam a considerar as faltas como *injustificadas*, porque resultantes de comportamento do faltante, gravemente censurável e censurado” (p. 263, *itálico* nosso).

³⁵³⁶ Ainda assim, a conciliação desta leitura com o princípio da presunção de inocência suscita dúvidas na doutrina (*v.* JORGE LEITE, “O desempenho ...” *cit.*, p. 531, n. 42), caso se acolha uma concepção abrangente do princípio, conforme a qual o período de ausência por prisão preventiva sempre se deve tomar por não imputável do trabalhador – mesmo após ter sido proferida decisão penal condenatória.

³⁵³⁷ “O terceiro prazo, também de um ano, constitui inovação do Código revisto e é, no fundo, também, um condicionamento do *direito de punir*: trata-se, nele, como no primeiro prazo, de evitar a eternização da crise disciplinar, através do prolongamento do processo. O decurso do prazo, contado a partir da *instauração do processo* (ou melhor, do envio da nota de culpa), provoca a *extinção do direito de acção de disciplinar* e, por conseguinte, do direito de punir” (MONTEIRO FERNANDES, *Direito cit.*, p. 250, ênfase nossa).

b) Outra solução pressuporia admitir que a decisão de despedimento seja proferida sob condição suspensiva, condicionada à verificação de decisão penal condenatória. Também nesta hipótese, a decisão de despedimento não colocaria em crise a presunção de inocência, já que a sanção extintiva teria eficácia condicionada ao trânsito em julgado, em sede criminal. Esta solução tem, porém, sido frequentemente afastada pela jurisprudência, que tende a rejeitar eficácia condicionada à decisão de despedimento³⁵³⁸. cremos, de todo o modo, que um despedimento condicionado é ainda um despedimento, com todo o peso inerente – e que não deverá ser imposto a alguém que, em tal data, se presume inocente.

c) Por fim – na alternativa que nos parece mais adequada, por conforme ao enquadramento sistemático e à lógica finalística dos institutos da prescrição e da caducidade –, dir-se-á que o exercício disciplinar³⁵³⁹ apenas é possível quando conhecido o desfecho criminal^{3540/3541}: a simples ausência ao trabalho

³⁵³⁸ Assim, no referido acórdão do STJ, de 1.10.2008, Proc. n.º 08S718 (VASQUES DINIS), onde é afirmado que “a lei não admite uma *declaração de despedimento*, fundada na impossibilidade imediata e prática de subsistência da relação do trabalho, com efeitos condicionados à posterior verificação de qualquer facto: trata-se de uma declaração receptícia, que se torna eficaz logo que chega ao conhecimento do destinatário [...]” (itálico nosso). FURTADO MARTINS admite, ainda que em termos limitados, o despedimento sob condição suspensiva, indicando o critério de valoração relevante: “o que se exige é que o trabalhador possa conhecer sem margem para dúvidas qual seja a sua situação jurídica para o futuro. Quando, em face das circunstâncias do caso concreto, essa exigência esteja preenchida *não se vê razão para não se admitir um despedimento sob condição suspensiva*” (“Despedimento ...” *cit.*, p. 46, ênfase nossa). Concretizando esta lógica em exemplo diverso, sustenta que nada obsta, salvo comportamento abusivo, uma decisão de despedimento que apenas produz efeitos se e quando o despedimento anterior vier a ser anulado – caso em que o despedimento subsequente põe fim ao contrato de trabalho (p. 140).

³⁵³⁹ Divergindo da qualificação do prazo indicado no n.º 2 do art. 329.º como de caducidade, atenta a possibilidade de interrupção (cf. arts. 352.º e 353.º, n.º 3) e considerando tratar-se de prazo de prescrição, v. AA.VV., *Código cit.*, pp. 699-700 (anotação ROMANO MARTINEZ). Não acompanhamos, porém, este enquadramento, já que, conforme o art. 328.º, *in fine*, do CC, “o prazo de caducidade não se suspende nem se interrompe senão nos casos em que a lei o determine”. As hipóteses previstas nos arts. 352.º e 353.º do CT concretizariam, pois, um de tais casos indicados na parte final da norma (v. ainda o disposto no art. 298, n.º 2, *in fine*, do CC).

³⁵⁴⁰ Conforme o art. 329.º do CC, “o prazo de caducidade, se a lei não fixar outra data, começa a correr no momento em que o direito puder legalmente ser exercido”. Por sua vez, quanto à prescrição, o art. 306.º, n.º 1, 1.ª parte do CC, dispõe que “o prazo da prescrição começa a correr quando o direito puder ser exercido”. Ora, se em sede criminal, atenta a vigência do princípio da presunção de inocência, não é lícito, até decisão firme, ser assumida a prática de infracção, o empregador também não deverá ser penalizado, até essa data, pelo não exercício do poder disciplinar, por referência a uma tal conduta. Embora não se pronunciando especificamente sobre esta hipótese, JÚLIO GOMES indica que o prazo de sessenta dias só deve ser contado “a partir do conhecimento integral ou perfeito da infracção pelo empregador ou pelo superior hierárquico. Com efeito, estes podem ter um conhecimento incompleto da infracção e não a abarcar em toda a sua gravidade e consequências, sendo que é essa sua ignorância que explica uma inacção” (*Direito cit.*, p. 897, itálico nosso). Nas hipóteses que tratamos, não há, na verdade, sequer que convocar o disposto no art. 329.º, n.º 1, *in fine*, do CT, onde é indicado que o empregador fique sujeito aos prazos de prescrição mais longos, previstos para o ilícito criminal, sempre que o ilícito

por prisão preventiva ou outra medida cautelar não legitima concluir que a ausência constitui infracção disciplinar, *por não assente se a ausência é (in)justificada*. Não se encontram reunidos os pressupostos que têm em vista sancionar a inércia injustificada do empregador, por meio da prescrição ou da caducidade – respectivamente, a “prática” ou o “conhecimento” da “infracção”³⁵⁴². Constituindo a nota de culpa descrição circunstanciada de factos constitutivos de uma infracção disciplinar, dir-se-á que antes de conhecido o desfecho da acção penal, não é, nas situações em apreço, procedente a formalização de uma

disciplinar (embora autónomo) constitua, *em simultâneo*, crime – tal qual na hipótese de um furto em estabelecimento do empregador. Diversamente, nos casos em análise, a ausência ao trabalho (é apenas este o comportamento a valorar) não constitui, em simultâneo, um crime: simplesmente, o seu sancionamento disciplinar depende de se concluir, em sede criminal, que a ausência decorre da prática de um crime – o que apenas com o trânsito em julgado da decisão penal é legítimo afirmar. Por conseguinte, até esta decisão ser proferida, ao empregador não é possível censurar disciplinarmente tal conduta (a ausência ao trabalho). Nas ausências em apreço não há infracção disciplinar enquanto não for apurada a responsabilidade criminal do arguido. Distintamente, nos casos em que é aplicável a parte final do art. 329.º, n.º 1, do CT, dir-se-á que à responsabilidade disciplinar do trabalhador acresce, pela mesma conduta, a responsabilidade criminal do arguido – não está, então, em causa valoração de ausência, mas censura disciplinar dos *mesmos factos que foram objecto de análise no plano criminal* – o que justifica que, embora em si mesmo, o processo disciplinar pudesse ser exercido autonomamente, a lei estende o prazo prescricional do processo disciplinar, em função do previsto, para idêntica conduta, em sede criminal. Esta regra foi introduzida em 2003, pondo fim a divergência doutrinária: o prazo prescricional da infracção disciplinar, pode, assim, ser superior a um ano, desde que os respectivos factos constituam igualmente crime, sendo então aplicáveis os prazos de prescrição do procedimento criminal, (cf. art. 118.º, n.º 1, do CPenal). Quanto às causas de suspensão e de interrupção da prescrição, v. arts. 120.º e 121.º do CPenal. Sobre o tema, v. Bernardo da Gama Lobo XAVIER, “Prescrição de Infracção Disciplinar (art. 27.º, n.º 3 da LCT)”, RDES, ano 32, 1990, n.ºs 1-2-3-4, pp. 225-267, pp. 246 e ss. e, em especial, p. 251.

³⁵⁴¹ Atenta esta leitura, não cremos sequer adequado ao empregador o recurso a processo prévio de inquérito (cf. art. 352.º – “*caso o procedimento prévio de inquérito seja necessário para fundamentar a nota de culpa, o seu início interrompe a contagem dos prazos estabelecidos nos n.ºs 1 ou 2 do artigo 329.º, desde que ocorra nos 30 dias seguintes à suspeita de comportamentos irregulares, o procedimento seja conduzido de forma diligente e a nota de culpa seja notificada até 30 dias após a conclusão do mesmo*”), como forma de obviar ao decurso daqueles prazos. Um tal expediente faz, sobretudo, sentido sempre que a suspeita de comportamento irregular possa ser confirmada ou afastada por diligências que o empregador possa levar a cabo e não já quando a existência de infracção dependa tão-só de decisão judicial, em sede criminal. Refere a RC, em acórdão de 29.2.2012, Proc. n.º 298/10.6TTFIG.C1 (AZEVEDO MENDES), que “o inquérito prévio a que alude o art. 352.º do CT/2009 é um procedimento constituído, no seu essencial, pelo conjunto de *actos necessários para se apurar factos com eventual relevo disciplinar, as circunstâncias de tempo, modo e lugar em que os mesmos ocorreram e as consequências deles eventualmente decorrentes*” (Sumário, I, *itálico nosso*). Assinalando-se que um tal procedimento é constituído pelas “diligências probatórias necessárias ao referido apuramento” (Sumário, II). V., a este propósito, AA.VV., *Código cit.*, pp. 752-753 (anotação ROMANO MARTINEZ).

³⁵⁴² O decurso do prazo de um ano “traduz-se no esgotamento do poder disciplinar *em relação aos factos qualificáveis como infracções*” (MONTEIRO FERNANDES, *Direito cit.*, p. 249, *ênfase nossa*). Outra solução estaria, assim, em dissonância com a lógica material daqueles institutos. Sobre o tema, v. Rita Canas da SILVA, “Suspensão e Interrupção da Prescrição. Estudo Comparado dos Direitos Português e Espanhol”, *Themis*, ano 10, 2010, n.º 18, pp. 131-207.

tal acusação e, menos ainda, a aplicação de sanção disciplinar ao trabalhador³⁵⁴³.

Apenas se confirmada a não justificação da ausência por prisão preventiva – por via do trânsito em julgado da decisão condenatória – se encontram reunidos os elementos que delimitam a *infracção disciplinar*. Admitindo-se, pois, que aquela decisão legitime a imputação da ausência ao trabalhador: a valoração da ausência do trabalhador em situação de prisão preventiva pode, na verdade, assumir especial relevância sempre que decisão subsequente dite a condenação do arguido em pena de prisão suspensa ou em que a pena de prisão em que o arguido seja condenado seja consumida pelo tempo de prisão preventiva. Dir-se-á, em suma, que valorar disciplinarmente a ausência por prisão preventiva não viola, nestes casos, a presunção de inocência – já afastada, nesta fase³⁵⁴⁴; e que solução diversa estaria em desarmonia com o critério que legitima concluir, nos moldes sustentados, por imputação da ausência ao trabalhador, na hipótese de cumprimento de pena de prisão efectiva.

II. Solução alternativa seria equacionável à luz de enquadramento que embora excluísse a valoração disciplinar da ausência do trabalhador preso preventivamente, valorasse uma tal ausência para efeito de extinção do contrato de trabalho por razões objectivas (*v.g.*, ordenamentos alemão, inglês e francês)³⁵⁴⁵. Este, aliás, o entendimento também acolhido no Direito italiano³⁵⁴⁶, onde tem igualmente lugar debate quanto ao enquadramento reservado à prisão (“*arresto*” ou “*carcerazione*”) do trabalhador, por factos estranhos ao contrato de trabalho³⁵⁴⁷. Em suma, a maioria da doutrina e da jurisprudência italianas admite, em razão do prolongar do impedimento, a cessação por motivo justificado; a tal não obstante, na hipótese de prisão preventiva, a

³⁵⁴³ Noutro plano, *v.* ainda arts. 178.º e 179.º da LGTFP. À luz de enquadramento jurídico diverso, *v.* Mário TORRES, “Suspensão e Demissão de Funcionários ou Agentes como Efeito de Pronúncia ou Condenação Criminais”, *RMP*, 1986, ano 7, n.º 26, pp. 161-179, e acórdão do TC n.º 198/90, de 7.6.1990, Proc. n.º 28/89 (MONTEIRO DINIS).

³⁵⁴⁴ Em sentido oposto, *v.*, nomeadamente, MENDES BAPTISTA, para quem “não faz qualquer sentido que a suspensão do contrato de trabalho deixe de operar em virtude de uma sentença condenatória que não se consubstancia tão-pouco numa privação da liberdade” (“Faltas ...” *cit.*, p. 54).

³⁵⁴⁵ *V. supra* §§ 2.1., I, 2.2.1. e 2.2.2., I.

³⁵⁴⁶ No Direito italiano, em caso de aplicação medida cautelar, privativa da liberdade, estar-se-á perante “*impossibilità temporanea della prestazione per causa non imputabile, non potendo il lavoratore per tutto il tempo di durata della misura assolvere le mansioni componenti la prestazione al medesimo demandata*” (LOMBARDI, *La risoluzione cit.*, p. 409). A não imputação não é, nestas hipóteses, beliscada, ainda que concorram sérios indícios da prática de crime – o que não resulta tanto do princípio de presunção de inocência (*cf.* art. 27 da Constituição italiana), mas, sobretudo, de se estar perante um comportamento estranho ao normal desenvolvimento do contrato de trabalho (*pp.* 409 e *ss.*).

³⁵⁴⁷ Assim, nomeadamente, decisão da *Cassazione* de 1.9.1999, n.º 9239, *RIDL*, ano 19, 2000, pp. 547-552, com anotação de Matteo BORZAGA, “In Tema di Carcerazione Preventiva del Lavoratore e Giustificato Motivo Oggettivo di Licenziamento”, *RIDL*, ano 19, 2000, pp. 547-554.

presunção de inocência do arguido³⁵⁴⁸: quer a detenção ou prisão cautelar, quer a prisão definitiva por factos alheios ao contrato de trabalho podem constituir “*giustificato motivo di licenziamento*” – atendendo a que o trabalhador se encontra, em tais casos, impossibilitado de executar a actividade laboral, por período mais ou menos longo^{3549/3550}. Quanto à conformidade de uma tal solução em caso de prisão preventiva do trabalhador, o tema viria a ser avaliado pela *Corte Costituzionale*, em decisão de 5.4.1984³⁵⁵¹. No domínio do emprego público, a suspensão laboral havia sido expressamente prevista nos casos em que o trabalhador, sujeito a procedimento criminal, se encontrasse privado de liberdade – havendo, por isso, que justificar distinto tratamento, nas esferas pública e privada. A *Corte Costituzionale* adiantou, porém, que, naquele âmbito (público) a suspensão laboral não teria em vista a protecção do trabalhador nem a conservação do emprego, mas a tutela de interesses inerentes ao funcionamento da Administração Pública e, em especial, a regularidade e o prestígio dos serviços do Estado³⁵⁵². Não se justificando, por conseguinte, assinalar qualquer desvalor – *maxime*, violação da igualdade – perante a omissão de idêntica solução (suspensiva), no Direito privado.

Com especial interesse, foi questionada a adequação de um tal enquadramento com o art. 27, 2 da Constituição italiana, conforme o qual “*l'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva*”. Esta disposição poderia, afinal, impor privilegiar, em absoluto, a posição do trabalhador, precludindo a extinção do contrato de trabalho – ainda que por razões objectivas – até eventual condenação definitiva, em sede criminal. Conforme esta lógica, foi solicitado à *Corte Costituzionale* o reconhecimento de uma nova hipótese suspensiva, distinta das demais indicadas no art. 2110 do CCit.: havia, no caso em apreço, que “*escludere del tutto il potere di recesso, finché non sia cessata quella causa di temporanea o parziale impossibilita della prestazione di*

³⁵⁴⁸ PERA, *Compendio cit.*, p. 229, itálico nosso.

³⁵⁴⁹ Massimiliano MARINELLI, “Insindacabilità delle Scelte Datoriali e Giustificato Motivo Oggettivo”, *GIURETA – Rivista di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente*, 2009, vol. 7, disponível em

<<http://www.giureta.unipa.it/phpfusion/images/articles/InsindacabilitasceltedatorialiMARI NELLI.pdf>>, p. 14, e GALANTINO, *Diritto cit.*, p. 469. Dando conta do entendimento sustentado, a este propósito, na jurisprudência – que convoca, em simultâneo, o disposto no art 1464 do CCit. – referente à impossibilidade parcial – e o art. 3 da *Legge* n.º 604, de 15.7.1966, quanto à apreciação da “*legittimità del recesso*”, pelo empregador –, v. LOMBARDI, *La risoluzione cit.*, pp. 53-54. O Autor critica, não obstante, o apelo à impossibilidade *parcial*, por considerar que antes tem lugar, impossibilidade total e temporária (p. 54). Relativamente a uma tal delimitação, v. *supra* § Parte I, Capítulo II, § 3.

³⁵⁵⁰ Certo, todavia, haver também quem considere que a ausência decorrente do cumprimento de pena de prisão efectiva deve ser considerada imputável ao arguido ainda na qualidade de trabalhador, concluindo pela censurabilidade disciplinar da ausência. Dando conta de um tal entendimento na doutrina italiana, LAVAGNINI observa haver quem sustente que “*l'arresto per furto costituisce evento direttamente imputabile al lavoratore, mentre non è tale l'arresto causato da un reato compiuto in stato d'ira o di commozione da far ritenere e giustificare che il lavoratore abbia dimenticato gli obblighi scaturenti dal contratto*” (*La sospensione cit.*, p. 146).

³⁵⁵¹ Decisão n.º 90, disponível em <<http://www.giurcost.org/decisioni/index.html>>.

³⁵⁵² Decisão da *Corte Costituzionale*, de 5.4.1984.

*lavoro*³⁵⁵³. A *Corte Costituzionale* concluiu, porém, que resultando a prisão preventiva da imputação provisória ao trabalhador de facto exterior ao contrato de trabalho e aos deveres que o vinculam perante o empregador, a eventual cessação do vínculo por razões objectivas empresariais (cf. art. 3, 2.^a parte da *Legge* 15.7.1966, n.º 604) não representaria um juízo antecipado de culpa do trabalhador, não se infringindo, por isso, qualquer disposição constitucional³⁵⁵⁴. No mesmo sentido, a *Cassazione* sustentaria também que a presunção de inocência, tal qual enunciada no art. 27 da Constituição, não escuda o trabalhador de todo e qualquer prejuízo, apenas dispondo que a condenação penal e, por maioria de razão, a pendência processual não assumem reflexos automáticos no contrato de trabalho³⁵⁵⁵.

Já entre nós as divergências surgem noutra plano: respeitam, sobretudo, à valoração disciplinar das ausências em razão de prisão efectiva³⁵⁵⁶, a par de quem considere que qualquer hipótese de prisão (preventiva ou efectiva) não é imputável ao trabalhador³⁵⁵⁷. Dir-se-ia, porventura, que esta última solução se aproximaria da acolhida no ordenamento italiano, já que os autores que, entre nós, a perfilham tendem a admitir o fim do vínculo, por caducidade – e não já por justa causa disciplinar – caso o tempo de prisão se prolongue por tanto tempo que não seja legítimo impor ao empregador a subsistência do vínculo. Concedemos, todavia, que mesmo quem subscreva uma tal construção, tenda a limitar os efeitos da caducidade à prisão efectiva e não já à prisão preventiva³⁵⁵⁸. Acresce que ainda que se concedesse numa leitura menos exigente da presunção de inocência – à semelhança do sustentado pela *Corte* –, legitimar *ex ante* a extinção do vínculo (em data anterior à condenação definitiva do arguido em sede criminal), em razão de ausência por prisão preventiva, gera mais dúvidas do que respostas, adensando a complexidade do tema. Assim o demonstra, aliás, a experiência italiana:

- a) O art. 24 da *Legge* 8.8.1995, n.º 332³⁵⁵⁹, introduziu nova disposição (o art. 102-bis) às “*Norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del Codice*”

³⁵⁵³ Decisão da *Corte Costituzionale*, de 5.4.1984. O trecho citado concretiza, mais uma vez, a indefinição, patente na doutrina e jurisprudência italianas, quanto à recondução da hipótese em apreço à impossibilidade temporária ou parcial.

³⁵⁵⁴ Decisão da *Corte Costituzionale*, de 5.4.1984.

³⁵⁵⁵ V. decisão da *Cassazione* de 1.9.1999 *cit.*

³⁵⁵⁶ No Direito italiano, a extinção motivada na ausência por prisão não pressupõe valoração disciplinar, não se suscitando, por conseguinte, reflexão idêntica quanto à delimitação da imputação laboral ou criminal. A extinção opera por razões objectivas (a ausência, em si mesma), atento o impacto na organização do empregador.

³⁵⁵⁷ Cf. *supra*, §§ 2.2.1 e 2.1., respectivamente.

³⁵⁵⁸ De assinalar, todavia, que entre nós, LOBO XAVIER admite a caducidade, por impedimento absoluto e definitivo de o trabalhador prestar trabalho se “contratado pelo prazo de um ano”, passar “alguns meses em prisão preventiva ou mesmo contratado por tempo indeterminado se a prisão durar muitos meses” (*Manual cit.*, p. 735).

³⁵⁵⁹ “*Modifiche al codice di procedura penale in tema di semplificazione dei procedimenti, di misure cautelari e di diritto di difesa*”.

di Procedura Penale”³⁵⁶⁰, que, sob a epígrafe “Reintegrazione nel posto di lavoro perduto per ingiusta detenzione”, passou a prever que “chiunque sia stato sottoposto alla misura della custodia cautelare in carcere ai sensi dell'articolo 285 del codice ovvero a quella degli arresti domiciliari ai sensi dell'articolo 284 del codice e sia stato per ciò stesso licenziato dal posto di lavoro che occupava prima dell'applicazione della misura, ha diritto di essere reintegrato nel posto di lavoro medesimo qualora venga pronunciata in suo favore sentenza di assoluzione, di proscioglimento o di non luogo a procedere ovvero venga disposto provvedimento di archiviazione”. Por conseguinte, o trabalhador despedido na sequência de prisão preventiva ou domiciliária, cujo processo penal tenha um desfecho que lhe seja favorável, teria direito à reintegração no posto de trabalho anteriormente ocupado. Para MARINELLI, esta medida evidencia a desconfiança do legislador quanto à oferta de novas oportunidades profissionais aos trabalhadores que sejam alvo de um processo criminal – nem sempre uma decisão não condenatória bastando para dissipar suspeitas³⁵⁶¹. Daqui resultam, no entanto, dúvidas várias³⁵⁶²: o desfecho penal influi, por esta forma, em relação laboral passada, transferindo as fragilidades e insuficiências do sistema judicial para terceiro, não responsável pela situação gerada (o empregador). Acresce que a incerteza daqui decorrente agrava a responsabilidade que, neste âmbito, incide sobre o empregador – dúvidas, com frequência, apenas definitivamente dissipadas ao fim de vários anos – situação tanto mais grave em empresas de menor dimensão³⁵⁶³. Neste sentido, a decisão proferida em sede penal é, por vezes, qualificada de condição resolutive da eficácia do despedimento, ainda que com eficácia *ex nunc*³⁵⁶⁴.

b) Este enquadramento acolhe, por isso, reservas na doutrina: vozes discordantes consideram que seria preferível a previsão de ressarcimento a cargo do Estado³⁵⁶⁵; outras tantas questionando a legitimidade constitucional da solução, atenta a restrição da liberdade de iniciativa económica³⁵⁶⁶. Segundo ICHINO, trata-se, mais uma vez, de fazer o empregador suportar o custo da impossibilidade de substituição definitiva do trabalhador; simplesmente, neste caso, uma tal limitação não decorreria da subsistência do contrato até ao fim do impedimento, mas, em moldes agravados, da respectiva reconstituição *ex lege*³⁵⁶⁷.

³⁵⁶⁰ Decreto Legislativo 28.7.1989, n.º 271 e subsequentes alterações – versão consolidada acessível em <<http://www.normattiva.it/>>.

³⁵⁶¹ “Insindicabilità ...” *cit.*, p. 19. V. ainda ICHINO, *Il contratto cit.*, p. 453.

³⁵⁶² Laura CASTELVETRI e Franco SCARPELLI, “I Referendum in Materia Sindicale. La Reintegrazione del Lavoratore Ingiustamente Detenuto”, *RIDL*, ano 15, 1996, pp. 23-30, e PERA, *Compendio cit.*, p. 229.

³⁵⁶³ ICHINO, *Il contratto cit.*, p. 452.

³⁵⁶⁴ Noutro plano, admitindo a aposição de condição resolutive a acordo de revogação de contrato de trabalho, em caso de não concessão do subsídio de desemprego, com “inerente reposição do vínculo laboral”, v. FURTADO MARTINS, *Cessão cit.*, p. 136.

³⁵⁶⁵ ICHINO, *Il contratto cit.*, p. 453, e PONTE, “La valutazione ...” *cit.*, p. 4.

³⁵⁶⁶ Cf. art. 41 da Constituição italiana. Do que dá conta MARINELLI, “Insindicabilità ...” *cit.*, p. 20.

³⁵⁶⁷ *Il contratto cit.*, p. 452.

De assinalar que, para a *Cassazione*, o art. 102-bis não pressupõe qualquer valoração da adequação do despedimento, encontrando justificação apenas na injustiça da medida cautelar. Por isso, os efeitos da reintegração operam *ex nunc*, sem que para o empregador resultem obrigações quanto ao período que medeia o despedimento e a reintegração³⁵⁶⁸. Por força daquela disposição, o trabalhador tem, nas circunstâncias descritas, direito à reconstituição do vínculo de trabalho; sendo aqui identificada uma manifestação de *revivescência* do contrato³⁵⁶⁹.

As dificuldades multiplicam-se, atenta a dinâmica evolutiva da organização produtiva – quer nos casos em que o empregador tenha contratado terceiro para o desempenho de funções antes afectas ao trabalhador preso ou noutras tantas circunstâncias, tal qual se o posto de trabalho foi, entretanto, eliminado^{3570/3571}.

3. Ponto de ordem

I. Importa considerar as diversas construções em confronto. Quanto à primeira, que admite que qualquer hipótese de prisão (cautelar ou efectiva) constitua impedimento não imputável ao trabalhador – que não se coloca voluntariamente em tal situação com o intuito de não comparecer ao trabalho, antes se encontrando adstrito a ordem de autoridade (*v. supra* § 2.1.) –, aderimos parcialmente ao entendimento sustentado, quanto ao tempo de prisão preventiva: inexistindo, então, certeza quanto à responsabilidade do arguido pela prática do crime indiciado – pelo qual o trabalhador se encontra preso e, por conseguinte, impedido de se apresentar ao serviço –, a ausência é justificada, atento o conflito imposto ao trabalhador – porventura (ou, melhor, *presumivelmente*) criminalmente inocente, que tem de observar ordem judicial. Estamos perante obrigações cujo cumprimento é inconciliável: assiduidade e ordem de autoridade: por conseguinte, a observância desta última exclui o necessário acatamento daquela. Por outro lado, tratando do cumprimento de medida cautelar, com plena aplicação do princípio da presunção de

³⁵⁶⁸ Cf. decisão da *Cassazione* de 2.5.2000, n.º 5499. Sobre a aplicação do art. 102-bis *v.* também a decisão da *Cassazione* de 1.4.2003, n.º 4935. V. ainda PONTE, “La valutazione ...” *cit.*, p. 4, e GALANTINO, *Diritto cit.*, p. 469.

³⁵⁶⁹ ICHINO, *Il contratto cit.*, p. 451.

³⁵⁷⁰ MARINELLI, “Insindicabilità ...” *cit.*, p. 20.

³⁵⁷¹ A lógica exposta a respeito da prisão preventiva é, no Direito italiano, transponível para a prisão efectiva. Também um tal caso concretiza motivo justificado objectivo de despedimento, sempre que a duração da pena, atendendo à dimensão da empresa e às funções do trabalhador, afectem o seu regular funcionamento (GALANTINO, *Diritto cit.*, p. 469) – *i.e.*, sempre que a impossibilidade de comparência ao serviço (por ausência forçada) se protraia por um período que esvazia o interesse do empregador na execução futura (DEL PUNTA, *Diritto cit.*, p. 534). Nesta medida, os critérios de valoração enunciados a propósito da prisão preventiva teriam aplicação, por maioria de razão, à ausência por cumprimento de pena efectiva. Aliás, a valoração do interesse do credor em prestação ulterior encontraria, agora, na duração pré-determinada da pena, um elemento seguro de valoração (BALLETTI, “La risoluzione ...” *cit.*, p. 514). Neste sentido, *v.* decisão da *Cassazione* de 23.6.1992, n.º 7668.

inocência, não concedemos que o tempo decorrido legitime concluir – conforme valoração objectiva que atenda ao impacto da ausência na esfera jurídica do empregador – por conversão do impedimento, de transitório em definitivo. Admitimos, todavia – por esta via nos distanciando, agora, da posição exposta – que um tal período pode constituir futuramente ausência injustificada ao trabalho, se sobrevier decisão condenatória, em processo criminal.

II. Evidentemente, raciocínio idêntico – no sentido da não imputação – poderia ser acolhido quanto ao cumprimento de pena de prisão efectiva, também decorrente de ordem de autoridade, reflectindo, em termos semelhantes, a observância de obrigação legal. Rejeitamos, no entanto, uma tal solução (a não imputação), sempre que possível considerar que o cumprimento de obrigação legal resulta ainda de facto imputável ao trabalhador: a prática de um crime³⁵⁷². Assente esta premissa, importa, no entanto, verificar em que termos se concebe a articulação da imputação laboral e criminal: aderimos, neste âmbito, à fórmula proposta pelo STJ, no acórdão de 1.10.2008, acima indicado³⁵⁷³: o nexó entre a prática do crime e a ausência ao trabalho não se encontra automaticamente fixado, apenas sendo estabelecido mediante resposta afirmativa à questão: *“no momento da prática do crime, o agente equacionou ou estava em condições de equacionar que daí resultaria impossibilidade de trabalhar?”* Sendo a resposta afirmativa, a ausência ao trabalho é imputável ao trabalhador e as faltas são injustificadas; sendo negativa, a ausência não lhe é imputável e as

³⁵⁷² Em acórdão n.º 209/93, Proc. n.º 228/90 (ANTÓNIO VITORINO) (*v. supra* n. 3530), o TC nota que a imputação ao trabalhador da ausência ao trabalho foi assumida pela RP, no caso em análise: “a norma legal citada” – estava em causa o art. 23.º, n.º 2, e) do DL n.º 874/76, de 28.12 – “dispõe, genericamente, que *são justificadas* as faltas dadas por (qualquer) motivo *não imputável* ao trabalhador e inclui um elenco de hipóteses de não imputabilidade, que correspondem a exemplos representativos do conceito geral. Entre eles conta-se o *cumprimento de obrigações legais e não sofre contestação que o cumprimento de pena de prisão constitui cumprimento de obrigação legal*. Porém, na óptica do tribunal recorrido, o cumprimento desta obrigação legal *não fundamentará a justificação de faltas*, por a sua causa (o cometimento do crime) *ser imputável ao trabalhador*. O tribunal a quo terá, assim, procedido a uma interpretação restritiva do exemplo padrão, imposta pela própria cláusula geral exemplificada” (ênfase nossa).

No caso, a situação retratada era a seguinte:

- A encontrava-se ao serviço de B desde 1973;
- Em 12.11.1982, A foi preso preventivamente;
- Por acórdão de 24.6.1983, A foi condenado como co-autor material de um crime de tráfico de estupefacientes, em pena de prisão de um ano;
- Computado o tempo de prisão preventiva, A foi libertado em 12.11.1983;
- B instaurou processo disciplinar contra A, despedindo-o em 11.11.1983;
- Em 17.11.1983, A requereu a suspensão do despedimento, suscitando a inconstitucionalidade material, não só de cláusula do instrumento de regulamentação colectiva aplicável – que dispunha que *“são consideradas faltas justificadas as dadas por motivo de detenção ou prisão preventiva do trabalhador, enquanto não se verificar a prisão efectiva resultante de decisão condenatória”* –, como do art. 23.º, n.º 2, e) do DL n.º 874/76, de 28.12, por admitirem o despedimento como consequência automática da condenação em pena de prisão, contrariando o disposto no art. 30.º, n.º 4, da CRP e no art. 65.º do CPenal – invocação reiterada em 1.3.1984, em acção de impugnação do despedimento.

³⁵⁷³ Proc. n.º 08S718 (VASQUES DINIS) – *v. supra* n. 3527.

faltas são justificadas. Há, assim, várias etapas a considerar: uma vez definida a responsabilidade penal do arguido, fica demonstrado que praticou o facto desencadeador da responsabilidade criminal; seguidamente, sendo condenado em pena privativa de liberdade, com consequente impossibilidade de comparência ao trabalho, haverá que aferir se, ao cometer o ilícito criminal, poderia ter desconsiderado as consequências de uma tal conduta, nomeadamente, a aplicação de pena privativa de liberdade³⁵⁷⁴. Apenas então se afigurando legítimo avaliar se as faltas em que o trabalhador incorre resultam (ou não) de facto que lhe é imputável – e assim se definindo se são (ou não) (in)justificadas³⁵⁷⁵.

Esta leitura não assume, porém, que imputação criminal e laboral coincidam: ainda que confirmada a responsabilidade criminal do arguido, se a pena aplicada não interferir com a assiduidade, não haverá reflexos laborais a considerar³⁵⁷⁶ – salvo se, os factos traduzirem a violação de outros deveres laborais³⁵⁷⁷, para lá da assiduidade. Uma tal autonomização de responsabilidades resulta clara em planos diversos: assim, desde logo, a factualidade assente em processo penal pode não ser bastante para uma condenação criminal, mas suficiente para censura disciplinar: em *Da Costa v. Optolis*, um contabilista foi despedido por comportamento descuidado na organização da contabilidade da empresa, seguindo-se a instauração de processo criminal. O arguido viria a ser absolvido de todas as acusações, pela *Crown Court*, tal não impedindo o acolhimento de solução inversa, em sede disciplinar, pelo *Employment Tribunal*, atenta a distinta natureza das valorações

³⁵⁷⁴ Acolhendo sentido aproximado, *v. acórdão do TC n.º 209/93 cit.* Ali se adianta, porém, que a qualificação destas faltas como injustificadas traduz uma opção de política legislativa: “isto não significa, obviamente, que a solução de qualificar como injustificadas as faltas dadas por motivo de cumprimento de pena de prisão seja a única admissível. Seria possível, nessa situação, determinar a suspensão do contrato de trabalho, por impedimento respeitante ao trabalhador. Mas não é esse o regime consagrado pelo artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 398/83, de 2 de Novembro: o impedimento temporário por facto imputável ao trabalhador só determina a suspensão do contrato de trabalho nos casos previstos na lei e nenhuma norma legal estabelece no caso em apreço, essa suspensão” (ênfase nossa).

³⁵⁷⁵ Nada impedindo, regra geral, a cumulação de responsabilidade criminal e disciplinar (PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, II, p. 766). Abordando tal problemática, *v. Rita Canas da SILVA*, “A Europeização do Direito Constitucional Português. O *ne bis in idem* em Matéria Criminal”, *RDP*, 2011, n.º 5, pp. 183-226.

³⁵⁷⁶ Também para JORGE LEITE “se a modalidade da prisão não for incompatível com a execução do contrato, este não se extingue nem se suspende. É o que sucederá, por exemplo, com a prisão por dias livres ou em regimes de semi-detenção (arts. 44.º e 45.º do Código Penal), entre cujos fins se inscreve, precisamente, o de evitar a ruptura com a profissão, o meio social e a família” (“O desempenho ...” *cit.*, p. 532).

³⁵⁷⁷ Também no Direito inglês é legítimo concluir que se a conduta em causa produzir um efeito adverso na esfera do empregador, o despedimento poderá ser “fair” (SELWYN, *Selwyn’s Law cit.*, p. 478). E no Direito francês, ROGER assinala que “la délinquance dont un salarié peut se rendre coupable en dehors du travail relève de sa vie privée. Elle doit donc en principe n’avoir aucune incidence sur le contrat de travail. Mais ce principe comporte, lui aussi des exceptions. Exceptionnellement, en effet, la délinquance hors travail aura une répercussion sur le contrat de travail et constituerait un motif de rupture” (“Les effets ...” *cit.*, p. 178).

pressupostas³⁵⁷⁸. Afinal, na *Crown Court*, impunha-se apurar se o agente era responsável, “*beyond reasonable doubt*”, enquanto no *Employment Tribunal* havia que verificar tão-só se o empregador dispunha de “*reasonable grounds*” para o despedimento³⁵⁷⁹. Dir-se-á que esta premissa tem aplicação evidente sempre que a conduta apurada em sede criminal, não sendo suficiente para fundar a responsabilidade penal do arguido, é, porém, demonstrativa da infracção, pelo trabalhador, de deveres laborais, ainda que acessórios, tal qual a lealdade³⁵⁸⁰. Não se trata, é certo, de valoração disciplinar da ausência do trabalhador – não está em causa violação do dever de assiduidade, mas de obrigação diversa, que impende sobre o trabalhador –, mas o exemplo torna clara a autonomização da censura laboral e criminal, em função do mesmo conjunto fáctico³⁵⁸¹. Acrescem, por sua vez, outras tantas hipóteses em que a responsabilidade criminal do arguido, não ditando a aplicação de pena impeditiva do exercício profissional, não autoriza qualquer iniciativa disciplinar³⁵⁸².

De assinalar, por seu turno, que nos casos em que a imputação laboral e a criminal concorrem, não há violação do *ne bis in idem*, por se tratar de apreciações distintas, sustentadas em valorações diversas³⁵⁸³. Por conseguinte, também nos casos em análise, a autonomização dos juízos de imputação laboral e penal deve ser assumida: a responsabilização (disciplinar) em razão da ausência resulta da verificação de um determinado número de faltas

³⁵⁷⁸ Entre nós, refere a RP, em acórdão de 9.2.2015, que “como é sabido, há total separação entre a responsabilidade disciplinar e criminal. O processo disciplinar é independente do processo criminal, cujos contornos e finalidades são diferentes. *Com aquele* visa-se punir o funcionário (trabalhador) por violação de deveres funcionais e, *com este* visa-se punir o comportamento violador das regras jurídicas protectoras de interesses vitais da comunidade. Pode acontecer que o mesmo facto possa ser punido disciplinar e criminalmente, mas nem por isso, o processo disciplinar perde a autonomia, este é sempre independentemente daquele” (Proc. n.º 569/13.0TTVNG.P1, ISABEL SOEIRO, itálico nosso). A este propósito, como registado por RAÚL VENTURA, “quando o procedimento penal tenha tido lugar por factos relacionados com a prestação de trabalho e, por virtude dos mesmos factos, o trabalhador tenha sido despedido com alegação de justa causa, há quem entenda que, no caso de ser absovido criminalmente, o despedimento deve considerar-se injustificado”. Assinala, todavia, o Autor que “a opinião assim formulada peca por exagero, pois nada impede que, embora a qualificação criminal não tenha lugar, os factos provados justifiquem o despedimento” (“Extinção ...” *cit.*, p. 314).

³⁵⁷⁹ [1977] IRLR 178, EAT. V., neste sentido, SELWYN, *Selwyn’s Law cit.*, p. 475.

³⁵⁸⁰ Referindo jurisprudência aproximada no Direito francês, v. ROGER, “Les effets ...” *cit.*, pp. 175-176 e pp. 178 e ss.

³⁵⁸¹ Assim, TERESA MOREIRA, “O respeito ...” *cit.*, pp. 164 e ss. No mesmo sentido, no Direito francês, v. SAVATIER, “Incarcération ...” *cit.*, pp. 729-732, p. 729. E identicamente, no Direito alemão, PICKER, “Personenbedingte ...” *cit.*, p. 42 – sendo, neste contexto, convocada obrigação que impende sobre o trabalhador, nos termos do § 241, 2 do BGB, considerados os interesses da contraparte (*idem*).

³⁵⁸² Enquanto decorrência da necessária separação entre factos da vida privada e profissional.

³⁵⁸³ Assim, “quando coexista responsabilidade disciplinar e laboral, o apuramento da culpa no foro laboral não está dependente do juízo que venha a ser efectuado no âmbito do processo penal, sendo distintas aquelas responsabilidades” (acórdão da RL, de 6.6.2012, Proc. n.º 4231/11.0TTLSB.L1, FILOMENA CARVALHO). Confirmando este entendimento, à luz do ordenamento italiano, LAVAGNINI refere: “*anche l’esclusione della responsabilità penale, non può senz’altro far venire meno la responsabilità civile e disciplinare*” (*La sospensione cit.*, p. 147).

injustificadas e não, tão-só, do apuramento de responsabilidade criminal³⁵⁸⁴. Uma associação automática despedimento/responsabilidade criminal estaria ainda em flagrante desarmonia com o art. 30.º, n.º 4, da CRP, que obsta a que de uma condenação penal derivasse *ope legis*, enquanto efeito necessário, a perda de direitos profissionais³⁵⁸⁵. É certo que a confirmação da responsabilidade criminal, acompanhada da condenação em pena privativa da liberdade implica incontornável impossibilidade de o trabalhador comparecer ao trabalho. Importa, todavia, deslindar o sentido da norma: “não está em causa um *efeito automático da condenação*, estabelecido por lei, mas antes uma *inevitável consequência do cumprimento de pena de prisão*, derivada da própria natureza desta pena”³⁵⁸⁶ – o que é, ainda assim, diverso³⁵⁸⁷.

De assinalar, porém, que o raciocínio que perfilhamos não subscreve na íntegra o sustentado no acórdão acima referido, de 1.10.2008³⁵⁸⁸, por lhe apontarmos duas insuficiências: por um lado, não acompanhamos a solução acolhida em caso de prisão preventiva, por não considerarmos admissível a formalização de um despedimento em data anterior à decisão de condenação³⁵⁸⁹; por outro, afigura-se insuficientemente fundamentada a sugerida autonomização imputação laboral/imputação criminal. Na verdade, se admitimos que a imputação (laboral) da ausência por prisão ao trabalhador pressupõe resposta afirmativa à questão “*no momento da prática do crime, o agente equacionou ou estava em condições de equacionar que daí resultaria impossibilidade de trabalhar?*”, limitamos tendencialmente uma tal interrogação aos casos em que o arguido seja condenado por prática dolosa³⁵⁹⁰. Afinal, apenas nessas situações – e não já, por regra, perante um comportamento negligente – é razoável indagar

³⁵⁸⁴ “Não é verdade que do cumprimento de pena de prisão derive, *ope legis*, o despedimento do trabalhador. Este despedimento *pode* ser decretado no âmbito do processo disciplinar, que *pode* ser instaurado pelo empregador. *Nem* a instauração do processo disciplinar, *nem* o despedimento são efeitos obrigatórios das faltas injustificadas dadas pelo trabalhador” (acórdão do TC n.º 209/93 *cit.*, itálico nosso).

³⁵⁸⁵ Invocando uma tal disposição, neste contexto, *v.* acórdão do TC n.º 209/93 *cit.*, que conclui, porém, pela inexistência de violação daquela disposição constitucional. Também ABÍLIO NETO nota que o proibido é “o *automatismo* das denominadas penas acessórias, compreensíveis num sistema rígido de prevenção geral ou retribuição cega, mas incompatíveis com o da recuperação social do delinquente, que informa o nosso sistema penal”. Não preclui, todavia, que “a aplicação e cumprimento da pena” possam determinar “uma incapacidade ou impossibilidade temporária do exercício do direito de escolha de profissão e género de trabalho” (“Natureza ...” *cit.*, p. 52). No mesmo sentido, *v.* ainda acórdão do STJ de 30.10.1987 *cit.*, p. 479.

³⁵⁸⁶ Acórdão do TC n.º 209/93 *cit.*, itálico nosso.

³⁵⁸⁷ Tal qual refere ABÍLIO NETO, “se o mesmo facto é passível, digamos assim, de uma dupla sanção, seria absurdo *declarar disciplinarmente irrelevante a ausência* do trabalhador durante o período normal de trabalho a que está obrigado *só porque essa ausência é determinada pelo cumprimento de uma pena privativa da liberdade*”. De resto, “neste caso, a responsabilidade disciplinar emerge de um facto distinto do que levou à aplicação da sanção criminal: o que se pune é a *falta objectiva de comparência ao trabalho*, motivada pela prática de acto(s) voluntário(s) sancionados com prisão efectiva” (“Natureza ...” *cit.*, pp. 53-54, itálico nosso).

³⁵⁸⁸ Proc. n.º 08S718 (VASQUES DINIS).

³⁵⁸⁹ Cf. *supra*, §§ 2.2.2. e 2.2.3.

³⁵⁹⁰ Consideradas as diversas variantes do dolo.

se o agente considerou ou deveria ter considerado uma consequência (tão) mediata da sua conduta: (i) a prática do crime; (ii) a condenação criminal; (iii) a aplicação de pena privativa de liberdade; e, por fim, (iv) a ausência ao trabalho. Cremos que desta lógica se aproxima JORGE LEITE, ao indicar que “a prisão por conduta criminosa negligente deverá considerar-se para estes efeitos, um impedimento resultante de facto *não imputável* ao trabalhador”³⁵⁹¹. Divergindo do entendimento que exclui o regime suspensivo apenas nas situações em que o trabalhador comete o crime com o propósito de se ausentar ao trabalho, conclui que “nos crimes dolosos, bastará mas exige-se, que o agente *haja representado, ou devesse ter representado, a prisão como uma consequência do seu acto* – o agente «não quis a prisão para não trabalhar», mas praticou um acto ilícito que *sabia, ou devia saber, impossibilitá-lo de prestar trabalho*”³⁵⁹².

Esta construção suscita, todavia, objecção pertinente: ao admitirmos – conforme a lógica sustentada –, que, em certas hipóteses, a prisão do trabalhador constitui facto imputável ao trabalhador, como diferenciar tais casos de outros tantos, tal qual o de trabalhador que dolosa ou negligentemente contrai uma doença, que o impossibilita de comparecer ao serviço por alguns meses³⁵⁹³? Rejeitamos, na verdade, leitura uniforme da imputação, admitindo, em alternativa, que o conceito assuma variantes, consoante a natureza do impedimento em causa³⁵⁹⁴. Divergimos, assim, neste plano, também da solução perfilhada por JORGE LEITE que, ao sustentar que a ausência por cumprimento de pena de prisão, por crime praticado dolosamente, sempre resulta imputável ao trabalhador, expande um tal critério às demais situações de ausência ao trabalho – tal qual a doença do trabalhador: assim, se a doença tiver sido produzida negligentemente, a ausência seria não imputável ao trabalhador; todavia, se decorrente de comportamento doloso, dir-se-ia imputável. Sugerindo, por isso, delimitação específica mas uniforme da imputação subjectiva, em contexto suspensivo laboral: “o facto só deve considerar-se *imputável* ao trabalhador – a impossibilidade dele emergente não determina, nesse caso, a suspensão – quando este *tenha agido com um mínimo de*

³⁵⁹¹ “O desempenho ...” *cit.*, p. 532, n. 43, itálico nosso.

³⁵⁹² Acrescentando, a este propósito, que “tendo em conta a natureza do facto (crime doloso), parece deverem considerar-se irrelevantes as representações que o autor haja feito da maior ou menor probabilidade de condenação” (JORGE LEITE, “O desempenho ...” *cit.*, p. 532, n. 44, itálico nosso). Secundando este entendimento, *v.* TERESA MOREIRA, “O respeito ...” *cit.*, pp. 183-184.

³⁵⁹³ Ou a de trabalhador fisicamente incapacitado pelo mesmo período, no seguimento de acidente de viação, pelo qual é responsável – excluindo, por ora, o caso em que tal comportamento consubstancia a prática de um crime.

³⁵⁹⁴ Estranhando uma tal perspectiva, MENDES BAPTISTA refere, que, a ser assim, “do mesmo facto, nasceriam faltas justificadas (as correspondentes à situação de doença) e faltas injustificadas (se acaso o trabalhador viesse a ser preso, até, porventura, por período inferior ao da situação de doença). Pelo que se pergunta: então o facto não é igualmente inimputável ao trabalhador enquanto tal?” (“Faltas ...” *cit.*, p. 58). Cremos que a destrição é necessária, como seguidamente explicado.

intencionalidade ou quando, tendo em conta a *natureza criminosa* do facto, esta deva ter-se por irrelevante”³⁵⁹⁵.

Não acompanhamos, porém, a uniformidade pressuposta numa tal construção: convergindo, diremos que em caso de cumprimento de pena de prisão efectiva, o impedimento é imputável ao trabalhador apenas se o crime foi cometido dolosamente; se a responsabilidade criminal decorre de conduta negligente, a ausência ao trabalho dir-se-á, por princípio, não imputável ao trabalhador³⁵⁹⁶; divergindo, admitimos que a ausência em razão de doença resulta tendencialmente não imputável ao trabalhador, ainda que provocada dolosamente³⁵⁹⁷. Cumpre, pois, justificar o que autoriza distinguir o enquadramento reservado às diversas situações. Nas duas hipóteses, coincide não só o efeito laboral (a ausência do trabalhador), como o facto desencadeador (determinada acção ou omissão do trabalhador): foi o trabalhador que cometeu o crime (nos casos em que um tal comportamento subjaz à ausência) *ou* que adoptou conduta inadequada a preservar a sua integridade física (se estiver em causa ausência, em razão de doença ou acidente). Acresce que, em qualquer hipótese, o trabalhador poderá ter agido dolosa ou negligentemente. Sendo assim, o que legitima concluir diversamente, a respeito de cada caso? Na falta de menção expressa, não reconduzimos o crime cometido dolosamente a “*impedimento temporário por facto respeitante ao trabalhador que não lhe seja imputável*”³⁵⁹⁸; admitimos, todavia, por regra, o enquadramento em tal previsão da doença, ainda que produzida dolosamente – situações em que o trabalhador *se coloca* em situação de incapacidade: porque fuma ou consome bebidas alcoólicas em excesso ou porque pratica um desporto perigoso. Concluir, em tais casos, pela não imputação (da ausência), exige, pois, acolher um regime diverso do testado a respeito da prisão: a transposição de um tal enquadramento para a situação de doença implicaria que, também então, o trabalhador considerasse as sequelas da conduta adoptada, em especial, as faltas consequentes ao trabalho – hipótese em que, com frequência, a ausência não se poderia ter por justificada, por imputável ao trabalhador. Sucede que embora tais comportamentos se tenham por voluntariamente executados – não resultando, com frequência, de conduta meramente negligente, mas de escolha deliberada, da qual vem a resultar a impossibilidade de o trabalhador comparecer ao serviço –, não são desencadeadores de responsabilidade laboral.

³⁵⁹⁵ JORGE LEITE, “O desempenho ...” *cit.*, p. 536, ênfase nossa. Estendendo este critério de delimitação da imputação aos demais impedimentos respeitantes ao trabalhador, o Autor conclui “não basta[r] aqui um qualquer grau de culpa, exigindo-se antes uma mais densa e incisiva conexão entre o trabalhador e o facto de que resulta o impedimento” (p. 536).

³⁵⁹⁶ Introduzimos, ainda assim, um desvio a uma tal construção, admitindo que, em certas hipóteses, também conduta punida criminalmente a título de negligência possa determinar a imputação da ausência ao trabalhador. Tratando-se, porém, de desvio pontual, oportunamente justificado, não desvirtua a regra, que tende a excluir as hipóteses de negligência, nos termos expostos (*infra*, §§ III e IV).

³⁵⁹⁷ Cf. *supra*, § 1.; *v.*, ainda assim, os desvios indicados *supra* § 1., IV.

³⁵⁹⁸ Cf. art. 296.º, n.º 1.

E assim é porque no domínio laboral tem aplicação o princípio da tendencial separação das esferas pessoal e profissional. São, por conseguinte, excepcionais os casos em que o comportamento privado do trabalhador legitima interferência disciplinar do empregador: se o trabalhador pratica um desporto e vem a sofrer uma lesão – contanto que esta conduta não fosse especificamente vedada em função da respectiva actividade profissional –, não só um tal comportamento (extracontratual) não poderá, só por si, motivar censura disciplinar, como (consequentemente) a ausência decorrente da incapacidade será, por princípio, não imputável ao trabalhador. Não se encontrando uma tal conclusão condicionada à indagação dos motivos que terão justificado esta conduta – sob o pretexto de assim se confirmar se o trabalhador teria o intento final de, por esta forma, se ausentar ao trabalho –, nem se o impedimento foi produzido a título doloso ou negligente³⁵⁹⁹. A uma tal valoração contrapomos não só o necessário respeito pela vida privada do trabalhador, como as dificuldades associadas a semelhante escrutínio. Afinal, entendimento distinto suscitaria complexos problemas de causalidade: “bem poderia, de facto, suceder que o trabalhador, mesmo sem fumar, contraísse igualmente um cancro nos pulmões”³⁶⁰⁰; afigurar-se-ia, por sua vez, draconiano punir o trabalhador, nesta qualidade, por conduta que a generalidade das pessoas comete ou pode cometer: “qual o condutor que nunca se portou de maneira imprudente?”³⁶⁰¹. Acrescendo o melindre inerente à concretização de uma tal fórmula em hipóteses suspensivas específicas, tal qual na tentativa de suicídio – reclamando diferenciar situações próximas da incapacidade accidental das demais³⁶⁰².

Diremos, pois, que a ausência ao trabalho por impossibilidade física ou psíquica do trabalhador, por doença ou acidente, reconduz-se, tendencialmente, a comportamento da vida privada do trabalhador, relativamente ao qual o escrutínio do empregador é indevido, atendendo à necessária tutela da reserva da vida privada; e não havendo, por princípio, que promover qualquer juízo de imputação. Entendemos, por isso, a referência legal a tais casos (cf. art. 296.º, n.º 1) como hipóteses relativamente às quais, por regra, se abstrai de qualquer valoração concreta de imputação: o que releva é, tão-só, a situação de incapacidade que afecta o trabalhador, inviabilizando a prestação de trabalho³⁶⁰³. Resta, porém, explicar o que, num plano distinto, motiva convocar uma tal análise a respeito da ausência de trabalhador impedido de comparecer

³⁵⁹⁹ Salvo nos casos indicados *supra*, § 1, IV.

³⁶⁰⁰ JÚLIO GOMES, “Algumas reflexões ...” *cit.*, p. 748.

³⁶⁰¹ JÚLIO GOMES, “Algumas reflexões ...” *cit.*, p. 749.

³⁶⁰² JÚLIO GOMES, “Algumas reflexões ...” *cit.*, p. 749. Quanto à tentativa de suicídio, rejeitámos uma tal diferenciação (*v. supra* § 1.).

³⁶⁰³ Apenas excepcionalmente assim não sucede, sempre que se afigure legítima a censura disciplinar de conduta pertencente, em primeira linha, à esfera privada, mas cujos reflexos traduzam a violação de deveres laborais, ainda que acessórios. Assim, se o piloto de avião se alcooliza na véspera da viagem, apresentando-se ao serviço incapacitado para o exercício das suas funções, este comportamento consubstancia violação da boa fé, zelo e diligência, no cumprimento do contrato. Por sua vez, também a ausência ao trabalho decorrente de uma tal incapacidade, dir-se-á imputável ao trabalhador. Referindo exemplo idêntico no Direito alemão, *v. HAGER, Das ruhende cit.*, pp. 252-253.

ao trabalho, em razão do cumprimento de pena privativa de liberdade e concluir, então, pela imputação da ausência, na hipótese de condenação por prática dolosa. A razão decorre, cremos, de leitura articulada do ordenamento: a “*impossibilidade de prestar trabalho não imputável*” determina justificada inobservância do dever de prestar, sempre que a ausência derive de um comportamento da vida privada do trabalhador, que apenas a este respeite – e cuja censurabilidade se esgota na sua esfera pessoal, não legitimando interferência alheia³⁶⁰⁴. A situação reveste, todavia, contornos distintos, se concorrer censura judicial criminal de conduta que venha a ditar impossibilidade de o trabalhador comparecer ao trabalho – contanto que seja adequado concluir que o trabalhador, ao actuar daquele modo, não ignorava (ou não poderia ignorar) as repercussões possíveis do seu comportamento, *maxime* a ausência ao trabalho³⁶⁰⁵. Os limites ao escrutínio do empregador quanto à (não) imputação da ausência deixam de se justificar perante pronúncia judicial definitiva, relativa ao comportamento daquele indivíduo – condenado em sede criminal, por prática dolosa – do qual veio a resultar a impossibilidade de comparecer ao trabalho³⁶⁰⁶: era exigível que o trabalhador tivesse considerado, enquanto efeito reflexo da sua conduta, uma tal consequência, por isso se concluindo que a ausência lhe é imputável e assim se autorizando o impulso disciplinar. Deste enquadramento é, todavia, excluída a ausência motivada por prisão preventiva ou outra medida cautelar – enquanto decorrência do princípio da presunção de inocência, até proferida decisão condenatória que ateste, em definitivo, infracção criminal, cometida dolosamente³⁶⁰⁷ –, a par de hipótese de cumprimento de pena privativa de liberdade, contanto que o crime seja imputado ao agente a título de negligência. Falha, então, por regra, resposta afirmativa à questão acima enunciada, enquanto critério delimitador da imputação do impedimento – assim se afectando justificativo à ausência³⁶⁰⁸. Por conseguinte, nestas situações –

³⁶⁰⁴ O mesmo princípio tem, aliás, concretização equivalente, no que respeita aos limites impostos ao escrutínio (*maxime*, judicial) das decisões de gestão do empregador e que legitimam a imposição unilateral de desvios ao pactuado. Sobre o tema, *v.*, nomeadamente, *supra* Capítulo I, Secção IV, § 2.

³⁶⁰⁵ O que, tal qual referido, admitimos que, por princípio, apenas suceda perante condenação por comportamento doloso, excluindo os casos de conduta negligente. *V.*, todavia, os desvios assinalados *infra* §§ III e IV.

³⁶⁰⁶ Transpomos, para este âmbito, observação de FORTIS: “*on peut répondre à cela que le cloisonnement entre la vie personnelle et la vie professionnelle ne peut être total, que les relations sociales sont des relations humaines, et que l’on ne peut répondre simplement non seulement à l’employeur mais aux autres salariés de l’entreprise qu’une infraction pénale n’a aucune incidence sur les relations de travail*”. Acrescentando: “*c’est pourquoi un minimum de réalisme commande que ce principe souffre exception*” (“*Vie ...*” *cit.*, p. 44).

³⁶⁰⁷ Assumida já a difusão dos efeitos de uma tal decisão ao tempo anterior, de ausência por prisão preventiva – tal qual explicitado *supra*, § 2.2.3.

³⁶⁰⁸ Tratando-se de condenação penal por crime cometido a título de negligência, a ausência por cumprimento de pena privativa de liberdade diz-se tendencialmente não imputável ao trabalhador, com aplicação da suspensão, pelo tempo em que se considere que o impedimento se mantém transitório – quanto a tal avaliação, *v. infra* Capítulo III. Não acompanhamos,

condenação em pena de prisão, por facto cometido por negligência – por princípio, apenas se o impedimento não se afigurar já temporário, revestindo natureza definitiva, será possível concluir pela extinção, por caducidade³⁶⁰⁹.

III. Uma última nota se impõe, ainda no que respeita à delimitação da imputação, atento o disposto no art. 117.º, n.º 2, onde se refere: “quando o título profissional é retirado ao trabalhador, por decisão que já não admite recurso, o contrato caduca logo que as partes sejam notificadas da decisão”³⁶¹⁰. Reveste, afinal, particular interesse o enquadramento de hipótese em que, sendo o trabalhador temporariamente privado de título profissional e não concorrendo os pressupostos da caducidade – atento o carácter não definitivo do impedimento³⁶¹¹ –, haja que determinar se o regime da suspensão tem aplicação ou se a tanto obsta considerar que o impedimento é imputável ao trabalhador³⁶¹².

No que respeita, especificamente, à valoração da imputação, estas hipóteses suscitam, não raras vezes, questões complexas. No Direito italiano, embora se considere que a obrigação de realocação é extensível às diversas situações de impedimento que atinge o trabalhador – e, nesta medida, ao pretender cessar o contrato, o empregador deve demonstrar não dispor de ocupação alternativa – é, neste âmbito, controversa a exigência de um tal dever perante perda de título habilitador, caso a impossibilidade de execução contratual resulte de comportamento culposos do trabalhador, ainda que

todavia, a leitura de TERESA MOREIRA, que considera que, nestes casos, para que ocorra “efectiva reinserção social do trabalhador/delinquente, é preferível que haja uma mudança de trabalho ou, até, de local de trabalho, sob pena do trabalhador poder vir a sentir todas as consequências sociais negativas que se podem ter formado no seio da empresa onde trabalhava” (“O respeito ...” *cit.*, pp. 186-187). A preocupação de ressocialização e de integração não deve, com uma tal amplitude, impender sobre o empregador – sobretudo considerando que sobre este recaem já outros custos relativos à ausência do trabalhador, quer no que respeita à ausência por prisão preventiva ou outra medida cautelar privativa de liberdade, quer, por regra, em caso de condenação criminal, por crime cometido a título de negligência, em pena que inviabilize a comparência ao trabalho. Mais do que isto, não deve onerar o empregador, sendo a ressocialização do agente uma preocupação que cabe, em primeira linha, ao julgador penal, na escolha da pena a aplicar, valorando todas as consequências de uma tal opção. Rejeitando que a função de ressocialização impenda sobre o empregador, *v.* PICKER, “Personenbedingte ...” *cit.*: “Adressat des Resozialisierungsgebots ist der Staat, nicht der private Arbeitgeber” (p. 48).

³⁶⁰⁹ Excluimos a possível conversão da natureza temporária em definitiva do impedimento em função do tempo de ausência por prisão preventiva ou outra medida de natureza cautelar.

³⁶¹⁰ Dispondo o n.º 1 que “sempre que o exercício de determinada actividade se encontre legalmente condicionado à posse de título profissional, designadamente carteira profissional, a sua falta determina a nulidade do contrato”.

³⁶¹¹ Quanto à delimitação da natureza transitória ou definitiva do impedimento em tais casos, *v. infra* Capítulo III.

³⁶¹² A questão é enunciada por ROMANO MARTINEZ: “a situação é controversa na eventualidade de o trabalhador ter sido privado do título profissional por um determinado período (cassação temporária, por ex., por seis meses) – não se verificando os pressupostos da suspensão do contrato, nomeadamente *por o impedimento ser imputável ao trabalhador* – em que faltaria o carácter definitivo da impossibilidade” (*Direito do Trabalho cit.*, p. 927, *itálico* nosso).

extracontratual³⁶¹³. Assim sucedendo, por hipótese, perante apreensão de carta de condução, por infracção ao Código da Estrada – porventura, por imprudência do trabalhador, na sua vida privada. A maioria da jurisprudência sustenta a extensão do “*repêchage*” também a tais situações, por considerar que a conduta, ainda que culposa, é simples antecedente da ausência subsequente – dispensando valoração da culpa³⁶¹⁴: a perda de título que condiciona o exercício profissional, não resultando directamente da vontade do trabalhador, mas, em rigor, de decisão de terceiro, constituiria um facto alheio e externo àquele – sendo, por isso, irrelevante aferir da negligência ou do dolo do trabalhador na sua produção. A extinção operaria, assim, apenas caso se concluísse que o impedimento não reveste já natureza transitória, mas definitiva³⁶¹⁵, por justificado motivo objectivo, considerado o impacto da ausência do trabalhador na esfera do empregador. E, atenta a irrelevância da culpa do trabalhador na produção do impedimento laboral, a extinção do vínculo apenas tem lugar uma vez descartadas outras funções, às quais seja ainda possível afectar o trabalhador, no âmbito da organização³⁶¹⁶. Em linha com o exposto, a *Cassazione* concluiu, em 24.10.2000³⁶¹⁷, que a revogação do título de exercício da actividade de “*guardia particolare giurata*”, legitimaria a cessação por “*giustificato motivo oggettivo*” – condicionada, porém, à inexistência, na empresa, de outras funções, que não exigissem uma tal habilitação^{3618/3619}.

³⁶¹³ Decisão da *Cassazione* de 24.1.2005, n.º 1378, *RIDL*, ano 24, 2005, pp. 986-990, com anotação de Stefano BARTALOTTA, “Estensione del repêchage al caso di sospensione per impossibilità temporanea della prestazione e nodi non ancora sciolti sul fondamento di quest’obbligo” (pp. 986-989). Sobre o tema, v. ainda *supra* Capítulo I, Secção III, § 3.

³⁶¹⁴ Decisões da *Cassazione* de 11.8.1998, n.º 7904 e de 14.4.2005, n.º 7726. Em sentido diverso, v., todavia, decisão da *Cassazione* de 3.2.1992, n.º 1115.

³⁶¹⁵ Quanto a uma tal delimitação, v. *infra* Capítulo III.

³⁶¹⁶ Assim, MARINELLI, “Insinducibilità ...” *cit.*, pp. 17-18 (v. o exemplo referido na n. 36). Quanto a tal obrigação de realocação, v. *supra* Capítulo I, Secção III, § 3.

³⁶¹⁷ Decisão n.º 13986. V. ainda Vincenzo POSO, “Sull’Impossibilità Temporanea per *factum principis* come Giustificato Motivo di Licenziamento” (Anotação à Decisão da *Cassazione* de 28.2.1992, n.º 2461), *RIDL*, ano 12, 1993, pp. 351-354. Nesta decisão, de 28.2.1992, a *Cassazione* concluiu que “il ritiro da parte della P.A. del tesserino che consente al lavoratore aeroportuale l’accesso alla zona doganale, a seguito di denuncia per ricettazione risoltasi successivamente con sentenza di assoluzione, integra gli estremi della sopravvenuta impossibilità temporanea della prestazione lavorativa per fatto estraneo al rapporto di lavoro e non imputabile al lavoratore, che autorizza il datore di lavoro ad esercitare la facoltà di recedere dal rapporto di lavoro nel rispetto, però, dei limiti imposti dall’art. 3 l. n. 604 del 1966. Pertanto, ai fini della legittimità del licenziamento, il datore di lavoro deve provare la sussistenza delle ragioni tecnico-produttive e l’impossibilità di adibire il lavoratore a mansioni identiche o equivalenti in luoghi diversi dalla zona doganale” (p. 351). V. igualmente decisões da *Cassazione* de 18.7.2006, n.º 16370, de 19.12.1998, n.º 12719, e de 10.9.1993, n.º 9453, bem como a decisão de 19.9.2002, n.º 13732, com referência à revogação do cartão de acesso à área aeroportuária no seguimento de procedimento penal por furto de bagagem de passageiros.

³⁶¹⁸ V. ainda LOMBARDI, *La risoluzione cit.*, pp. 414 e ss.

³⁶¹⁹ A este propósito, v. acórdão da RL, de 21.5.2014, Proc. n.º 2787/10.3TTLSB.L1-4 (DURO MATEUS CARDOSO). Estava em causa decisão, por parte de entidade responsável pela exploração do aeroporto de Lisboa, de indeferimento da renovação do cartão de acesso de trabalhador (“operador de rampa”) de empresa prestadora dos serviços de “*handling*”, ao “lado ar” do aeroporto – de acesso restrito. O indeferimento decorrera de parecer negativo, elaborado pela

A orientação assim descrita, quanto ao enquadramento a reservar a estes casos, coincide, na verdade, com o sustentado, na jurisprudência italiana, quanto à ausência de trabalhador preso: a extinção do contrato de trabalho opera, então, consoante o impacto da ausência na organização do empregador e se verificado justificado motivo objectivo que legitime a extinção³⁶²⁰. Lógica idêntica sendo, seguidamente transposta para outras situações, em que se constate que o trabalhador é, de algum modo, ainda responsável por perda de título que condiciona o exercício profissional³⁶²¹. Assinalámos, todavia, afastamento quanto à interpretação sustentada, no Direito italiano, relativamente à valoração da ausência do trabalhador, em situação de prisão (preventiva ou efectiva)³⁶²². Dir-se-ia que atenta a similitude das hipóteses, o entendimento subscrito a respeito do cumprimento de pena de prisão seria transponível também para estes casos. Por conseguinte, *ou* se consideraria que o impedimento decorre ainda de facto de terceiro – nomeadamente, entidade competente que suspende o título que habilita o exercício profissional – *ou* admitimos estar perante ausência derivada de comportamento imputável ao trabalhador. As situações têm, na realidade, muitas semelhanças, justificando enquadramento aproximado: transpomos, por isso, a solução reservada à prisão preventiva para os casos em que tenha aplicação medida de coacção de

Polícia de Segurança Pública, por incidentes anteriores, em que o trabalhador estivera envolvido.

³⁶²⁰ V. *supra* § 2.2.3., II.

³⁶²¹ Também no Direito alemão a perda de título que autoriza o desenvolvimento da actividade profissional (*“Arbeitserlaubnis”*) reclama enquadramento aproximado, legitimando a cessação. O fim do contrato ocorre, então, à luz do disposto no § 622 do BGB (*“ordentliche Kündigung”*), por razões respeitantes ao trabalhador (*“personenbedingte Kündigungen”* – cf. § 1, 2 da KSchG), atento o impacto da ausência na esfera do empregador. V., a este respeito, o comentário de BERKOWSKY, *“Personenbedingte ...” cit.*, Rn 100-105 e 117-121. Sem menção à imputação do impedimento é constatado que, por esta forma, é impossibilitado duradouramente o cumprimento da obrigação laboral: *“ist die Arbeitserlaubnis rechtskräftig versagt worden, so begründet dies ein dauerhaftes Beschäftigungsverbot; dem Arbeitnehmer wird die geschuldete Arbeitsleistung dauernd unmöglich”* (Rn 102). À semelhança do sustentado quanto à situação de prisão (cf. *supra*, § 2.1.), também aqui a doutrina admite que a extinção possa ocorrer mesmo não havendo uma decisão definitiva e ainda que persistam dúvidas quanto à sua reversibilidade (Rn 103). No entanto, em consonância com o princípio do despedimento como *ultima ratio*, é reconhecido que a extinção não deve ser promovida se a recuperação do título for previsível a breve trecho e se o trabalhador puder, num tal período, ser reocupado em funções diversas (Rn 121). Ainda em referência a esta hipótese, v. DÖRNER e VOSSEN, *“Mangelnde ...” cit.*, Rn 245.

³⁶²² Não surpreende, pois, que não acompanhamos, agora, a leitura perfilhada a respeito de comportamento culposos do trabalhador, em caso de perda de título ou habilitação essencial ao exercício profissional. Fora desta análise ficam as situações em que a perda de título que condiciona o exercício profissional não decorre de qualquer conduta – sequer negligente – imputável ao trabalhador. Em tais hipóteses, a suspensão opera, salvo se houver que concluir que o impedimento não assume natureza transitória, mas definitiva, ditando a extinção do contrato, por caducidade. A respeito da inscrição na Ordem dos Enfermeiros, v. *infra* n. 3685, relativamente a acórdão do STJ, de 19.12.2007, Proc. n.º 07S3389 (SOUSA PEIXOTO).

suspensão do exercício de profissão, de função ou de actividade³⁶²³. Também aqui, a presunção de inocência não só não legitima concluir pela imputação da ausência ao trabalhador, como não autoriza assumir a conversão da impossibilidade, de transitória em definitiva³⁶²⁴: nada obstando, por conseguinte, à operacionalidade da suspensão.

Cremos, todavia, que a delimitação da imputação não obedece aos mesmos critérios, se considerarmos, de um lado, o enquadramento reservado à ausência por cumprimento de pena de prisão e, de um outro, a ausência por perda transitória – porém, não cautelar – de título profissional, essencial à execução da actividade contratada. A definição dos contornos da imputação em situação de ausência por prisão efectiva assumiu por pressuposto a valoração de conduta que, embora revestindo relevância criminal, não implica violação de deveres laborais, ainda que acessórios. Assente esta premissa, a delimitação da imputação da ausência do trabalhador ditou a autonomização dos casos em que o facto criminoso é imputado ao agente a título de dolo ou negligência: na primeira hipótese, a ausência subsequente ao trabalho é ainda imputável ao trabalhador; o mesmo não sucedendo na segunda, em que a ausência é considerada não imputável, operando a extinção (por caducidade) apenas se, a dada altura, houver que assumir que o impedimento não é mais transitório, mas definitivo.

Há, agora, que verificar se a delimitação da imputação obedece aos mesmos contornos, perante perda, ainda que temporária, de título profissional. Ilustramos o caso por referência a acórdão da RE, de 11.7.2013³⁶²⁵: o trabalhador, motorista profissional de veículos pesados de transportes internacionais, foi julgado como autor de um crime de condução de veículo em estado de embriaguez, previsto e punido pelo artigo 292.º, n.º 1, do CPenal³⁶²⁶ e, por tais factos, condenado na pena de sessenta dias de prisão suspensa pelo período de um ano e na pena acessória de proibição de conduzir veículos motorizados, pelo período de seis meses³⁶²⁷. Aquando do cometimento do

³⁶²³ Dispõe o art. 119.º, n.º 1, a), do CPP que, “se o crime imputado for punível com pena de prisão de máximo superior a 2 anos, o juiz pode impor ao arguido, cumulativamente, se disso for caso, com qualquer outra medida de coacção, a suspensão do exercício: a) De profissão, função ou actividade, públicas ou privadas” [...].

³⁶²⁴ Cf. referido *supra*, § I.

³⁶²⁵ Proc. n.º 41/13.8PACTX.E1 (ANTÓNIO JOÃO LATAS).

³⁶²⁶ Sob a epígrafe “Condução de veículo em estado de embriaguez ou sob a influência de estupefacientes ou substâncias psicotrópicas”, ali se dispõe, no n.º 1, que “quem, pelo menos por negligência, conduzir veículo, com ou sem motor, em via pública ou equiparada, com uma taxa de álcool no sangue igual ou superior a 1,2 g/l, é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal”.

³⁶²⁷ Nos termos do art. 69.º, n.º 1, do CPenal, esta pena acessória pode ser fixada entre três meses e três anos. Também de acordo com acórdão da RL de 18.4.2013, Proc. n.º 242/11.3PQLSB.L1-9 (CARLOS BENIDO), “o que está em causa com a proibição de conduzir veículos com motor é a restrição de um direito civil, só podendo atingir colateralmente o seu direito ao trabalho. Este, no entanto, na sua vertente de direito à segurança do emprego, não constitui um direito absoluto, podendo ser legalmente constrangido, desde que [...] se mostre justificado, proporcional e adequado à preservação de outros direitos ou garantias constitucionais” (Sumário, IV, *itálico*

crime, o agente não se encontrava em exercício profissional, conduzindo veículo ligeiro de passageiros particular, nunca tendo praticado crime idêntico no desempenho das funções de motorista. O Tribunal não restringiu, todavia, a pena acessória a veículos ligeiros, impedindo, por conseguinte, o trabalhador de conduzir também veículos pesados, assim inibindo o exercício profissional, por seis meses. Em recurso para a RE, viria o trabalhador a invocar que a aplicação da pena acessória de inibição de condução não assumia o mesmo impacto se aplicada a quem exerce profissão de motorista profissional ou a alguém cuja inibição da condução apenas condiciona a sua vida privada³⁶²⁸. Afinal, naquele caso, “o veículo pesado é o seu instrumento de trabalho, *sem o qual não pode trabalhar*”³⁶²⁹. Não obstante os argumentos expostos, a RE viria a concluir pela adequação da pena acessória aplicada, não limitando a sua aplicação a veículos ligeiros: “tudo ponderado e tendo especialmente em conta, por um lado, o carácter excecional da restrição da proibição de conduzir a certas categorias de veículos e, por outro, a elevada taxa de alcoolémia apresentada pelo arguido e a circunstância de ter sido já condenado por duas vezes pela condução de veículo em estado de embriaguez, entendemos que as necessidades de prevenção geral e especial induzidas por estas circunstâncias *impõem que a proibição de conduzir abranja quaisquer categorias de veículos*, como decidido em 1ª instância”. Por conseguinte, uma vez transitada em julgado a decisão, o trabalhador encontrava-se impedido temporariamente (por seis meses) de exercer a actividade profissional³⁶³⁰. Importa, pois, verificar se a suspensão laboral pode, neste caso, operar, considerando que é uma conduta criminosa – pela qual o trabalhador foi julgado e condenado – que dita a aplicação da pena acessória

noso). Acrescentando-se, neste contexto, que “o direito ao trabalho, pode ser restringido para a salvaguarda de outros direitos humanos, como o direito à vida, à liberdade e à segurança da pessoa” (Sumário, V).

³⁶²⁸ Referindo, especificamente: “não é a mesma coisa proibir de conduzir qualquer veículo motorizado um condutor que, habitualmente, apenas conduz ao fim de semana, ou que pode apanhar o transporte público para ir para o trabalho e proibir de conduzir qualquer veículo motorizado um motorista profissional [...]” (acórdão *cit.*).

³⁶²⁹ Acórdão *cit.*, itálico nosso.

³⁶³⁰ No mesmo sentido, *v.* acórdão da RE de 18.2.2014, Proc. n.º 61/13.2PTFAR.E1 (JOÃO AMARO), onde se refere que “o artigo 69.º, n.º 2, do Código Penal, na redacção actualmente vigente (e vigente à data da prática dos factos) não permite a restrição da proibição de conduzir a uma categoria determinada de veículos motorizados, nem excluir dessa proibição a condução pelo arguido dos veículos automóveis por ele utilizados no exercício da sua profissão” (Sumário, II). Assinalando-se, a este propósito, que “os custos, de ordem profissional e/ou familiar, que poderão advir para o recorrente do facto de a proibição de conduzir em causa afectar a sua actividade profissional, são próprios das penas, que só o são se representarem para o condenado um verdadeiro e justo sacrifício, com vista a encontrarem integral realização das finalidades gerais das sanções criminais, sendo que tais custos nada têm de desproporcionados em face dos perigos para a segurança das outras pessoas criados pela condução em estado de embriaguez e que a aplicação da pena pretende prevenir”. Por sua vez, quanto à alegada violação, por esta via, do direito ao trabalho, a RE nota que “atenta a natureza do crime em questão, com a inerente perigosidade decorrente da conduta nele pressuposta, surge como adequada e proporcional a sanção de proibição de conduzir, *mesmo que dela possa decorrer, no caso concreto, a perda do trabalho exercido pelo arguido*” (itálico nosso). Cf. lógica idêntica, *v.* acórdão da RE, de 17.6.2014, Proc. n.º 2/13.7GCBJA.E1 (GILBERTO CUNHA).

que impede o exercício da actividade profissional. Se entendermos transponível o critério delimitador da imputação em caso de prisão, dir-se-á que se o crime foi cometido dolosamente, o impedimento ao trabalho, decorrente do cumprimento da pena acessória, é imputável ao trabalhador. O acolhimento, neste âmbito, daquela lógica implicaria, todavia, excluir idêntica conclusão se o crime for praticado a título de negligência³⁶³¹. Fará, todavia, sentido estabelecer, agora, uma tal diferenciação? Admitimos que importa, na verdade, autonomizar situações distintas: (i) a de trabalhador cuja inibição de condução, por conduta extraprofissional e em relação à qual venha a ser punido criminalmente não condiciona o exercício profissional; (ii) e a de motorista profissional, em que uma tal inibição implica, ainda que transitoriamente, impossibilidade para o desempenho laboral. Se o primeiro caso não assume reflexos na actividade profissional³⁶³², o segundo dita a indisponibilidade do trabalhador, justificando-se, agora, censura acrescida, que legitima maior interferência na esfera privada do trabalhador, ao qual competia – por comparação com outro trabalhador que, no exercício profissional, não deva obediência a regras que conformam a actividade de condução – maior rigor e diligência, exigindo-se que não tivesse procedido daquele modo. Concluimos, pois, que um crime cometido por condutor de veículos pesados, que, na sua vida privada, conduz um veículo ligeiro em estado de embriaguez, vindo, por tal conduta, a ser condenado – a título doloso ou negligente – em pena acessória de inibição de condução, gera um impedimento temporário imputável ao

³⁶³¹ O crime previsto no art. 292.º, n.º 1, do CPenal pode ser cometido a título de dolo ou de negligência. Para melhor compreensão dos casos em que este crime pode ser cometido com negligência, fazemos menção ao acórdão da RC, de 28.4.2009, Proc. n.º 208/08.0GBMGR.C1 (JORGE DIAS). Ali se indicando que da matéria de facto apurada “*não resulta a verificação de conduta dolosa, nem a título de dolo eventual*”. Assim, em concreto, nada sugeria que o arguido ao ingerir bebidas alcoólicas o fez *representando que iria provocar no seu sangue uma taxa de álcool superior à legalmente permitida e que mesmo assim continuou a ingerir tais bebidas e, que sabendo da possibilidade de ter ingerido álcool que provocaria o ultrapassar do limite legalmente permitido, foi conduzir*”. Entendeu, por isso, a RC que “*não se verifica[va] conduta dolosa*”. Em suma: “*dos factos provados não consta que o arguido quis ingerir bebidas alcoólicas que provocassem taxa de alcoolemia superior à legalmente permitida, para quando atingisse essa situação se sentar ao volante e conduzir veículo motorizado*”. Nem tão pouco que “*o arguido tivesse praticado a condução, consciente do seu grau de alcoolemia*”. Ora, se “*o crime é doloso sempre que o agente, tendo consciência do seu estado, pratica a condução de veículo rodoviário, então “se o agente não tinha consciência do seu estado, por erro indesculpável, o crime é-lhe imputado a título de negligência*”. Na verdade, “*o dolo e a negligência têm como elementos de referência no art. 292.º a consciência do estado de embriaguez e não a ingestão das bebidas alcoólicas*”. Por conseguinte, para o crime ter sido cometido a título de dolo teria de ter sido provado que “*o arguido ingeriu bebidas alcoólicas antes de iniciar a condução do veículo em que se fez transportar, bem sabendo que se encontrava sob a influência de uma taxa de alcoolemia superior à permitida por lei e, ainda assim, de forma livre, deliberada e consciente, quis conduzir nas circunstâncias supra referidas, estando ciente de que semelhante conduta era proibida por lei*” (ênfase nossa). Não tendo estes elementos sido demonstrados, foi entendido que o crime foi cometido a título de negligência.

³⁶³² Salvo, porventura, se lhe for aplicável pena de prisão que o impeça de comparecer ao trabalho – caso em que a valoração da ausência obedece ao critério delimitador da imputação acima indicado, quanto à prisão.

trabalhador³⁶³³, não autorizando a suspensão laboral e legitimando a instauração de processo disciplinar, por faltas injustificadas.

IV. Esta conclusão exige, porém, corrigir a lógica subscrita quanto à delimitação da imputação em situação de prisão³⁶³⁴: se, em violação das regras de condução, o trabalhador sofre, na sua vida privada, um acidente de viação, pelo qual vem a ser condenado em pena de prisão, que o impede de exercer a sua actividade profissional (não estando já em causa inibição transitória de condução), haverá que distinguir consoante se trate de motorista profissional ou, por exemplo, de trabalhador administrativo? Nos dois casos, é a ausência ao trabalho em razão de prisão que está em causa e não já – conforme a hipótese acima descrita – a perda de título ou habilitação que autoriza o desempenho profissional; não haveria, por conseguinte, que introduzir distinção, quanto à actividade laboral, em cada caso, desenvolvida. Não cremos, todavia, que assim seja. Acima indicámos, enquanto critério delimitador da imputação da ausência ao trabalho subsequente a condenação em pena privativa de liberdade, que importa aferir se a responsabilidade penal resulta de conduta dolosa ou negligente, havendo concluído que perante comportamento negligente a ausência consequente ao trabalho não deveria ser considerada imputável ao trabalhador. Admitimos, porém, que esta regra acolha ressalva sempre que o comportamento censurado criminalmente – mesmo que a título de negligência – revele manifesta falta de cuidado e diligência, atenta a actividade profissional desenvolvida. Em suma, se a delimitação da imputação pressupõe resposta afirmativa à questão: *“no momento da prática do crime, o agente equacionou ou estava em condições de equacionar que daí resultaria impossibilidade de trabalhar?”*, dir-se-á que assim sucede se a infracção penal da qual vem a resultar a prisão do trabalhador decorre do desrespeito de regras às quais o trabalhador deve estrita obediência no exercício das suas funções, enquanto motorista profissional – e assim ainda que a censura subjacente à condenação penal e à aplicação de medida privativa de liberdade resulte imputada a título de negligência.

V. Acresce considerar uma última hipótese: o caso de trabalhador que, por falta de diligência, não renova atempadamente documentação que o habilita ao exercício profissional. Embora não concorrendo comportamento a censurar criminalmente – nem, por conseguinte, impedimento por cumprimento de pena privativa de liberdade ou de sanção acessória que iniba o exercício profissional –, mesmo perante conduta negligente, o impedimento, ainda que transitório, dir-se-á imputável ao trabalhador, não autorizando o operar da suspensão: ao

³⁶³³ A mesma questão é colocada no Direito francês – *“a la suite d’une condamnation pénale, il est fréquent qu’un salarié ne soit plus en mesure de fournir sa prestation de travail, soit parce qu’il est emprisonné, soit parce qu’il ne possède plus un document essentiel à son emploi, permis de conduire, par exemple”* (ROGER, “Les effets ...” cit., p. 180) –, não sendo, porém, líquido o enquadramento jurídico reservado a tais casos (*idem*).

³⁶³⁴ Tal qual *supra*, § II.

trabalhador era exigível, para garantia de execução da actividade laboral, que diligenciasse na obtenção de título necessário à efectivação de um tal cumprimento; se, por negligência, não o fez, a ausência subsequente ao trabalho é-lhe imputável. Assente esta solução, resta, ainda assim, distinguir os casos analisados de um outro: agora, o trabalhador, motorista de pesados, na sua vida privada, conduzindo um veículo ligeiro, infringe o Código da Estrada, provocando um acidente e sofrendo grave lesão física que o impede de comparecer ao trabalho, por sete meses. Havíamos concluído que perante incapacidade física – ainda que provocada dolosamente –, tendencialmente o respeito pela vida privada do trabalhador impunha desconsiderar tais condutas, tomando, nessas hipóteses, a ausência consequente como não imputável ao trabalhador. Justificar-se-á, agora, um desvio a tal regra, por se entender – também aqui – concorrer um especial dever de o trabalhador, ainda que no âmbito da sua vida privada, não cometer tais infracções? Admitimos que não: nesta situação, a ausência não decorre já da necessária observância de decisão externa – reveladora de especial censura do ordenamento em relação à conduta do agente, valorada em sede criminal. Na hipótese em apreço está apenas em causa impedimento físico, que não autoriza a comparência ao serviço. Outra leitura implicaria assumir que sobre o trabalhador – motorista de veículos pesados – impende um particular dever acautelar o seu bem-estar e integridade física, na sua esfera pessoal. O que não se afigurando ajustado – por não se tratar de profissão que reclame esse especial zelo³⁶³⁵ –, redundaria em compressão indevida da vida privada.

Aqui chegados e uma vez definidos os contornos da “impossibilidade” e do juízo de imputação em contexto suspensivo laboral, há que promover adequada delimitação da natureza transitória ou definitiva do obstáculo à execução.

³⁶³⁵ O que apenas se concebe a título excepcional, atenta a actividade desempenhada e as especificidades do acordado (*v. supra* § 1.).

CAPÍTULO III

IMPEDIMENTO TEMPORÁRIO: A DELIMITAÇÃO DA NATUREZA TRANSITÓRIA OU DEFINITIVA DO OBSTÁCULO À EXECUÇÃO

I. RADOUANT caracteriza a suspensão como um estado jurídico dos contratos, que exige a concorrência de certos elementos³⁶³⁶, entre os quais, enquanto traço incontornável, a natureza temporária do impedimento que entrava a normal execução do vínculo: referimos situações em que, perante desacordo quanto à subsistência do contrato³⁶³⁷, a suspensão pode resultar de decisão imposta à contraparte, em prol da continuidade contratual³⁶³⁸. Assim sucedendo, entre nós, no contexto preciso da suspensão laboral, considerando o disposto nos arts. 294.º e ss. do CT: (i) quer a suspensão resulte de factos respeitantes ao trabalhador – atenuando os meios reactivos do empregador (*maxime*, relativamente à desvinculação), perante tutela acentuada do interesse do trabalhador, quanto à estabilidade do vínculo laboral; (ii) ou decorra de factos referentes ao empregador – assumindo, neste contexto, especial relevância a natureza vinculada da suspensão (atento o significado que reveste, para o trabalhador, a execução efectiva da actividade laboral)³⁶³⁹ e a necessária observância de regras materiais e processuais próprias, que enquadram e limitam as formas extintivas, sobretudo, o despedimento por razões objectivas³⁶⁴⁰.

Fechando o círculo, importa, no entanto, convocar reflexão precedente: tão importante como aferir a duração objectiva do obstáculo é determinar se uma execução tardia é conveniente às partes ou se o ordenamento a tanto as adstringe³⁶⁴¹: o sentido que reveste o tempo de execução do contrato – em especial, consoante se trate de termo essencial de cumprimento – condiciona a natureza temporária ou definitiva do impedimento. Obviando a repetição³⁶⁴², apelamos ao concluído a respeito dos desvios regimentais ditados pela natureza duradoura da obrigação, considerando, sobretudo, as especificidades associadas ao cumprimento das prestações singulares que integram um tal

³⁶³⁶ *Du cas fortuit cit.*, p. 274.

³⁶³⁷ Sendo certo que “*lorsque ni les dispositions légales, ni les conventions collectives ne prennent soin de déterminer précisément la durée d’absence autorisée, une question très délicate se pose: dans quelle mesure l’absence du travailleur peut-elle être considérée comme temporaire?*” (YAMAGUCHI, *La théorie cit.*, p. 149).

³⁶³⁸ Para lá do domínio laboral, assim sucede, não raras vezes, no Direito francês, em que a suspensão resulta, com frequência, de decisão judicial: retomando o apelo à civilística francesa (cf. *supra*, Parte I, Capítulo V, § 1.), diremos que, em tal contexto, a subsistência ou a destruição do vínculo pode resultar de decisão judicial, que afere os fundamentos invocados para a extinção, ditando o destino do contrato. Resultando, assim, possível a imposição da manutenção do contrato, por via da suspensão – *maxime*, perante impedimento temporário, que se entenda não revestir gravidade bastante para a extinção.

³⁶³⁹ Sobre a natureza vinculada da suspensão, *v. supra* Capítulo I, Secção IV, § 1.

³⁶⁴⁰ Quanto à importância da suspensão como meio conservatório, *v. supra* Parte I, Capítulo I, Secção V, Subsecção III, § 1.

³⁶⁴¹ TREILLARD, “De la suspension ...” *cit.*, p. 65.

³⁶⁴² Uma vez que o tema foi tratado *supra*, Parte I, Capítulo I, Secção V, Subsecção III, § 3. e Capítulo II, §§ 1.3. e 1.4.

complexo. A análise subsequente, quanto à natureza transitória do impedimento, não prescinde, pois, de uma tal valoração, havendo que averiguar em que medida a obrigação duradoura resulta em crise perante (definitiva) impossibilidade de cumprimento de prestação(ões) singular(es) que integram aquele conjunto³⁶⁴³. Apenas se admitirmos que o tempo de execução contratual assim amputado não inviabiliza inevitavelmente a subsistência do contrato, há espaço para considerar os contornos do impedimento – sua duração provável e impacto no futuro do contrato. A reflexão subsequente assume tal viabilidade, conforme oportunamente concluído³⁶⁴⁴.

II. Enquanto medida conservatória – impondo a manutenção, ainda que “dormente” do contrato³⁶⁴⁵, – a suspensão assume, como traço próprio, natureza temporária³⁶⁴⁶: é, por isso, essencial avaliar quando é legítimo concluir que o facto impeditivo que obsta à normal execução do acordado, não é já apenas temporário, mas definitivo, autorizando a desvinculação do empregador: *“el elemento que aparta la figura de la extinción de la suspensión es, pues, el carácter temporal o definitivo de la cesación de los efectos del contrato, siendo temporal en la suspensión y definitivo en la extinción”*³⁶⁴⁷. Referimos aspecto de especial interesse, sobretudo, na suspensão por facto respeitante ao trabalhador, por estar em causa impedimento que, surgido na esfera deste e ditando um período de ausência prolongada, não legitima a extinção, por iniciativa do empregador: é, por conseguinte, a tais casos que reservamos especial atenção. A suspensão assegura, então, a subsistência do contrato, contrariando a ruptura, porventura pretendida pelo credor da(s) prestação(ões) frustrada(s)³⁶⁴⁸. Certo, porém, que ainda que um tal estado (suspensivo) apenas imponha o persistir do vínculo enquanto o impedimento se mantém transitório, reveste particular complexidade definir o *limite* (e os critérios relevantes para uma tal aferição) a partir do qual – considerados os interesses conflitantes das partes – não é mais adequado considerar que o impedimento assume natureza temporária, havendo que concluir pela extinção. É, na verdade, nas hipóteses de suspensão por facto referente ao trabalhador que, na falta de fixação do tempo máximo de suspensão³⁶⁴⁹, a precisão do carácter transitório – e consequente exigência

³⁶⁴³ *Idem*.

³⁶⁴⁴ *Supra*, Parte I, Capítulo II, § 3.5.

³⁶⁴⁵ *V. supra* Parte I, Capítulo I, Secção V, Subsecção III, § 1.

³⁶⁴⁶ Sobre a duração do impedimento, *v. SARRAUTE, De la suspension cit.*, pp. 48 e ss. No Direito alemão, *v. ainda* o referido por HAGER quanto à *“Dauer des Ruhens”* (*Das ruhende cit.*, pp. 208 e ss.).

³⁶⁴⁷ RIVAS VALLEJO, *La suspensión cit.*, p. 145. *V. ainda* CARRO IGELMO, *La suspensión cit.*, pp. 42 e ss.

³⁶⁴⁸ Quanto à definitiva inviabilização da actividade que seria prestada, pelo trabalhador, *v. supra* Parte I, Capítulo II, § 3.

³⁶⁴⁹ Salvo, por exemplo, no regime especial reservado ao serviço doméstico, onde se considera *“definitivo o impedimento cuja duração seja superior a seis meses ou, antes de expirado este prazo, quando haja a certeza ou se preveja com segurança que o impedimento terá duração superior”* (art. 28.º, n.º 2, do DL n.º 235/92, de 24.10).

(imposta ao empregador) de manutenção do vínculo, por período mais ou menos extenso – assume maior indefinição³⁶⁵⁰. Claro está que tal não se revelará particularmente espinhoso se ao facto suspensivo for associado uma duração máxima, antecipadamente conhecida. O tema reveste, no entanto, contornos mais complexos sempre que ao impedimento que motiva a suspensão não corresponda a fixação *ex ante* de um limite máximo – como sucede, com frequência, perante ausência prolongada, por incapacidade do trabalhador ou atento o exercício indefinido de determinadas actividades extralaborais. Acrescem, por fim, situações em que o tempo de ausência se encontra delimitado, mas em que a extensão do referido período justifica questionar *até que momento* é legítimo impor ao empregador a vinculação ao contrato – assim, por exemplo, na ausência prolongada do trabalhador, em razão do cumprimento de pena privativa de liberdade ou por ausência de título que condiciona o exercício de actividade profissional – sempre que, em tais casos, concedemos na operacionalidade da suspensão³⁶⁵¹.

III. Embora focada, em diante, a análise, sobretudo nas hipóteses de suspensão por facto respeitante ao trabalhador, cumpre assinalar que também na suspensão por factos referentes ao empregador – salvo na suspensão em situação de crise empresarial³⁶⁵² – não é indicado tempo máximo de suspensão³⁶⁵³. Em tais circunstâncias (cf. arts. 309.º e ss.), não é já previsto, como antes dispunha o art. 78.º, n.º 5, da LCT³⁶⁵⁴, um prazo de seis meses, findo o qual o impedimento se convertia em definitivo, ditando a caducidade dos vínculos pressupostos. A este respeito, JOANA VASCONCELOS assinala que, desde uma tal alteração, a ausência de menção expressa a um limite máximo implica que “o juízo acerca da natureza meramente *temporária* da impossibilidade ou da sua transformação em *definitiva* se fará sem o apoio daquela presunção de conversão”. E, por conseguinte, “tanto pode suceder que, pouco tempo volvido sobre o encerramento, o empregador *conclua* ser o impedimento definitivo

³⁶⁵⁰ A este propósito, também YAMAGUCHI questiona: “[c]omment peut-on déterminer le caractère temporaire de l’empêchement dans la pratique des relations de travail? (La théorie cit., p. 80).

³⁶⁵¹ No Direito italiano, a delimitação da natureza temporária ou definitiva do impedimento obedece a avaliação teleológica-funcional. Reconhecida escassa utilidade ao designado critério cronológico, que atende tão-só à duração do impedimento – constatando-se que, conforme a natureza do contrato, um impedimento pode, afinal, revestir natureza temporária, ainda que objectivamente prolongado, e natureza definitiva, embora se saiba que irá cessar muito em breve (LOMBARDI, *La risoluzione cit.*, p. 135).

³⁶⁵² O art. 299.º, n.º 1, e), prevê, entre os elementos a comunicar pelo empregador, “o prazo de aplicação da medida”. Por sua vez, o art. 301.º, n.º 1, indica, sem prejuízo da prorrogação prevista no n.º 3, que “a redução ou suspensão deve ter uma duração previamente definida, não superior a seis meses ou, em caso de catástrofe ou outra ocorrência que tenha afectado gravemente a actividade normal da empresa, um ano”.

³⁶⁵³ Apenas se dispondo, no art. 310.º (“Cessação de encerramento ou de diminuição de actividade”), que “o empregador deve informar os trabalhadores cuja actividade está suspensa da cessação do encerramento ou da diminuição de actividade, devendo estes retomar a prestação de trabalho”.

³⁶⁵⁴ Conforme o qual, “os contratos de trabalho caducam no fim de seis meses, salvo se antes de decorrido este prazo a entidade patronal declarar o carácter definitivo do impedimento, caso em que se aplicará o regime da denúncia unilateral”. A este propósito, *v. supra* Capítulo I, Secção II, § 2.1.2.

(hipótese que o preceito da LCT já contemplava), como pode, passados mais de seis meses sobre aquele, continuar o empregador a considerar viável a retoma da normalidade das relações laborais”³⁶⁵⁵. Verificada a natureza definitiva do impedimento – o que depende, nestas circunstâncias, de manifestação/exteriorização^{3656/3657}, que ateste a não reabertura do

³⁶⁵⁵ AA.VV., *Código cit.*, p. 673, ênfase nossa. Também à luz do ordenamento espanhol e da suspensão em razão de força maior, BLASCO SEGURA questiona: “*al considerar la F.M. temporal como causa suspensiva surge una inicial reflexión que exige respuesta: si na Fuerza Mayor es definitiva, cabe la extinción contractual. Si es temporal la suspensión; «en dónde se situará el límite entre la que es definitiva y hasta dónde llega la temporalidad? No hay, en verdad, procedimiento para conocer cuando una F.M. es de duración temporal, ni el tiempo que se precisa para determinar a dicha F.M. suspensiva y no extintiva»*” (“La suspensión ...” *cit.*, pp. 173-221, p. 195).

³⁶⁵⁶ Sugestivamente, MONTEIRO FERNANDES questiona: “a fábrica encerra – facto determinante da impossibilidade superveniente da prestação de trabalho. Mas que impossibilidade? Temporária ou definitiva? Só nesta última hipótese, como se sabe, poderá produzir-se a cessação *ope legis* do contrato”. Reconhecendo, em seguida, que, na verdade, “só o empregador sabe ou pode prever, normalmente, se o encerramento será permanente ou provisório; é necessário que o *exteriorize* ou manifeste, através de comunicação adequada (um aviso afixado à porta da fábrica, por exemplo)” (*Direito cit.*, p. 490; retomamos a n. 2732 *supra*).

³⁶⁵⁷ “De facto, mesmo nos chamados casos de força maior, o carácter definitivo do encerramento acaba por depender, de um modo ou de outro, da própria vontade do empresário. Assim, a empresa pode encerrar por ver as suas instalações completamente destruídas por um incêndio ou bombardeamento mas nem por isso esse encerramento terá de ser definitivo, podendo sempre o empresário recomeçar a exploração do empreendimento” (LOBO XAVIER, “A repercussão ...” *cit.*, p. 11, *itálico* nosso). Nesta medida, “é o empregador que decide se vai reconstituir a capacidade produtiva da empresa, fazendo o necessário investimento, ou desiste de prosseguir com a actividade, tornando definitivo o encerramento” (MONTEIRO FERNANDES, *Direito cit.*, p. 462, ênfase nossa). Também o STJ indica, em acórdão de 20.5.2009, Proc. n.º 08S3258 (SOUSA GRANDÃO), que a “mera eventualidade de a Ré poder vir a retomar a actividade em causa não constitui obstáculo à impossibilidade definitiva de a Ré receber a prestação do trabalho e, com ela, à caducidade do contrato” (*itálico* nosso). Já foi, todavia, sustentado entendimento particularmente exigente, a este propósito. Assim, SÁ E MELLO nota que mesmo nas hipóteses de encerramento compulsório de estabelecimento, ditado por autoridade pública – exemplificando com hipótese de cassação de licença de funcionamento ou de sanção por incumprimento de regras sanitárias ou outras de natureza pública –, contanto que não acompanhado de impedimento à continuidade da actividade societária, não concorreria impossibilidade definitiva de colaboração, já que “supridas as eventuais irregularidades, a reabertura seria sempre possível – desejável, na perspectiva do empresário e dos trabalhadores, para a continuação de actividade lícita” (“Extinção ...” *cit.*, p. 371, ênfase nossa). Aproximando-se deste entendimento, em acórdão de 1.4.1998, a RL concluiu que, embora não tendo sido “renovada a concessão feita à entidade patronal para exploração de determinada actividade [...] se o empregador só tinha o estabelecimento onde desempenhava aquela actividade” e o empregador “teve de o encerrar, não se verifica[va] a impossibilidade definitiva de receber o trabalho dos seus trabalhadores, pelo que se não verifica a caducidade do contrato de trabalho” (Proc. n.º 838/98, DINIS ROLDÃO, *CJ*, ano 23, 1998, t. 2, pp. 179-181, p. 179, *itálico* nosso). É explicitado que, mantendo a Ré (sociedade por quotas) existência jurídica, o encerramento do único estabelecimento por não renovação, pela ANA, de licença de exploração do espaço onde exercia comércio, não era razão bastante para a invocação da impossibilidade de recebimento da prestação laboral. Estava em causa, sobretudo, a natureza definitiva do impedimento, admitindo a RL a operacionalidade da suspensão até que se encontrasse novo espaço onde a Ré pudesse continuar actividade: “apesar de se tratar do seu único estabelecimento, a não renovação da licença não impedia a Ré de continuar a exercer a

estabelecimento (em definitivo) – o contrato cessa, consoante as circunstâncias, por caducidade ou por despedimento por razões objectivas³⁶⁵⁸. Certo, contudo, que a não exteriorização de uma tal opção não autoriza protelar indefinidamente o encerramento³⁶⁵⁹: existirá, pois, um momento *para lá do qual* haverá que considerar que não é mais legítimo ao empregador manter uma tal indeterminação³⁶⁶⁰. É certo que, nesse período, não obstante a inactividade, o empregador suporta o pagamento de valor correspondente à totalidade ou a parte substancial da retribuição³⁶⁶¹ – o que constitui elemento dissuasor de extensão desmedida. E é também evidente que o trabalhador, não se conformando com o protelar da suspensão e com a desocupação inerente, pode optar por se libertar do vínculo³⁶⁶². Importa, todavia, não esquecer que, atenta a natureza *vinculada* da suspensão³⁶⁶³, ao empregador não é legítimo manter indefinidamente a suspensão, sem razão que o justifique: outra solução pressuporia violação de garantia do trabalhador³⁶⁶⁴. Cremos, na verdade, que aferir da (in)adequação da decisão que motiva a suspensão – e sua (des)conformidade com o dever de ocupação efectiva – exige considerar, em

sua actividade estatutária num qualquer outro local, para onde decidisse transferir o estabelecimento existente ou onde entendesse abrir um novo (ou novos estabelecimentos)” (p. 180). Ainda a respeito da natureza definitiva ou temporária do encerramento, JÚLIO GOMES indica que “segundo o sistema do Código, *bastará a declaração do empregador nesse sentido*”. Não deixa, todavia, de questionar “se cessando os contratos de trabalho pelo encerramento definitivo de uma empresa, estes não deverão *renascer* [...] caso o mesmo estabelecimento ou empresa venha efectivamente a reabrir, mostrando que a decisão de encerramento não era, afinal, definitiva ou irreversível” (*Direito cit.*, p. 927).

³⁶⁵⁸ V. *supra* Capítulo I, Secção IV, § 2.2.

³⁶⁵⁹ A falta de expressa previsão de limite máximo da suspensão não é razão bastante para a subsistência ilimitada do vínculo, em estado suspensivo. Conforme referido pela RP, em acórdão de 7.4.2008, uma tal circunstância não legitima “que o empregador possa ter, sem mais, *indefinidamente* encerrado, em termos *temporários*, o estabelecimento. É que, para além de assim omitir a cooperação creditória a que se encontra vinculado e que hoje se exprime, designadamente, através do art. 122.º, alínea b), do Código do Trabalho (dever de ocupação efectiva do trabalhador), as possibilidades concedidas ao empregador no referido art. 351.º, não podem deixar de conexionar-se com a proibição do *lock-out*, vigente na nossa ordem jurídica” (Proc. n.º 0743201, ALBERTINA PEREIRA). Há que articular estas referências com o enunciado *supra*, Capítulo I, Secção IV, § 1., quanto à natureza vinculada da suspensão; por sua vez, quanto ao *lock-out* (cf. arts. 544.º e 545.º), v. o acórdão da RP de 21.12.2005, Proc. n.º 0540974 (ANTÓNIO GAMA).

³⁶⁶⁰ “Se tiver ocorrido o encerramento de um estabelecimento, é todo o circunstancialismo concreto que acompanha essa ocorrência (e particularmente a atitude adoptada pelo empregador prévia, concomitante ou subsequentemente ao encerramento) *que permitirá concluir se se trata de um encerramento temporário ou definitivo* e se é, em si, impeditivo do prosseguimento da actividade comercial ou produtiva da empresa” (acórdão do STJ, de 13.7.2005, Proc. n.º 05S2057, FERNANDES CADILHA, *itálico* nosso).

³⁶⁶¹ A totalidade da retribuição, se a suspensão for devida “*a facto imputável ao empregador ou por motivo de interesse deste*” ou 75% da retribuição, “*sendo devido a caso fortuito ou de força maior*”(cf.art. 309.º, n.º 1).

³⁶⁶² Cf. art. 394.º, n.º 3, b) e n.º 4.

³⁶⁶³ Cf. *supra*, Capítulo I, Secção IV, § 1.

³⁶⁶⁴ Dispõe o art. 129.º, n.º 1, b), que é proibido ao empregador “*obstar injustificadamente à prestação efectiva de trabalho*”. V., a este propósito, *supra* Capítulo I, Secção IV, § 1.

cada caso, a extensão da inatividade. Se, atendendo às circunstâncias que conduziram à suspensão – o que, como vimos, não se basta com decisão imotivada do empregador nesse sentido – se concluir pela ausência de conexão entre um tal justificativo e o tempo estimado para a desocupação^{3665/3666}, a suspensão é, para lá de tal conexão, indevida³⁶⁶⁷; ao que pode, consoante os casos³⁶⁶⁸, haver que somar extinção, porventura ilícita³⁶⁶⁹, se inobservadas as exigências para tanto previstas³⁶⁷⁰.

³⁶⁶⁵ Relação semelhante é convocada no âmbito da contratação a termo certo. O art. 141.º, n.º 1, e), exige que o contrato inclua *“indicação do termo estipulado e do respectivo motivo justificativo”*. Por sua vez, o n.º 3 refere que, para tal efeito, *“a indicação do motivo justificativo do termo deve ser feita com menção expressa dos factos que o integram”*, acrescentando, *in fine*, que *“deve[rá] estabelecer-se a relação entre a justificação invocada e o termo estipulado”*.

³⁶⁶⁶ Estar-se-á perante um encerramento definitivo (e não já transitório) se, *“encerrada a empresa por qualquer impedimento, seja improvável que este impedimento venha a cessar, não sendo de esperar que isso se dê ou que tal aconteça dentro do espaço de tempo em que a finalidade do negócio possa ainda ser alcançada”* (LOBO XAVIER, *“A repercussão ...” cit.*, p. 12, *itálico nosso*).

³⁶⁶⁷ Assim, por exemplo, se o encerramento se deve a obras e se o empregador protela o encerramento, sem razão justificativa, após aquelas terem terminado. V. ainda *supra* Capítulo I, Secção IV, § 1., referência às consequências inerentes à violação do dever de ocupação efectiva.

³⁶⁶⁸ Conforme acórdão do STJ de 26.1.1998, *“a comunicação da entidade empregadora aos trabalhadores ao seu serviço de que «por falta de matéria prima encerrava a fábrica» a partir desse dia e «dispensava» imediatamente todo o pessoal, tendo ela ainda comunicado nessa ocasião «ser o encerramento temporário» durando enquanto se mantivesse a falta de matéria prima e persistisse a carência de encomendas dos seus fornecedores – o que ocorreu durante uns três meses, não pode ser considerada como envolvendo um despedimento, desde logo pela diversidade de sentidos atribuíveis ao termo «dispensar»”* (Proc. n.º 99S072, PADRÃO GONÇALVES, Sumário, I, *itálico nosso*). Acrescendo a constatação de que *“a doutrina e a jurisprudência têm salientado que a vontade de pôr termo ao contrato de trabalho há-de ser inequívoca”*, daqui resultando *“que não há lugar ao despedimento tácito, se bem que existam situações que correspondem e têm sido aceites como «despedimento de facto» por iniciativa clara da entidade patronal, sendo de exigir que os actos praticados por esta sejam inequívocos, equivalentes a uma manifestação de vontade de despedir”* (Sumário, III, *itálico nosso*). São vários os arestos que admitem o *“despedimento de facto”*: em acórdão do STJ, de 25.11.2014, *“o despedimento de facto extrai-se da actuação do empregador que revele inequivocamente, de um qualquer modo ou forma, a manifestação da vontade de pôr termo à relação contratual, desde que esse conhecimento chegue ao seu destinatário e como tal seja susceptível de ser entendido, segundo o critério legal definido no art. 236.º/1 do Cód. Civil”* (Proc. n.º 781/11.6TTFAR.E1.S1, FERNANDES DA SILVA, Sumário, IV). Em concreto, a trabalhadora havia sido impedida de retomar actividade, após ter comunicado ao empregador a cessação da revogação do contrato de trabalho, conforme previsto no art. 350.º: a *“alusão ao termo «despedimento» [...] não poderia deixar de ser entendido, por um declaratório normal, colocado na posição da destinatária daquela reacção, no descrito contexto, como um inequívoco desígnio rescisório, com todos os contornos de um infundado despedimento verbal”* (acórdão *cit.*). Por sua vez, conforme a matéria descrita em acórdão do STJ de 13.7.2005, *“em Setembro de 1996, os gerentes da ré convocaram os trabalhadores da secção de supermercado do estabelecimento e comunicaram-lhes que iriam de férias por não haver dinheiro para o pagamento de salários e que depois se veria da possibilidade de continuação da actividade da referida secção e, quando os trabalhadores regressaram de férias, encontraram o estabelecimento encerrado, tendo-lhes sido dito que fossem para o «Fundo de Desemprego» [...]; na mesma ocasião, a ré entregou a alguns trabalhadores declarações de dívida e a outros entregou declarações para efeitos de requerimento de subsídio de desemprego [...]; a ré B, [...]*

1. O momento relevante para a determinação da natureza transitória ou definitiva do impedimento. Definitivo significa irreversível?

I. Na delimitação da natureza temporária ou definitiva do impedimento, há que identificar o momento relevante para uma tal avaliação, havendo ainda que esclarecer se o carácter *definitivo* traduz impedimento *irreversível* ou se para tanto é bastante juízo de prognose/indiciário. No Direito inglês, já em *Morgan v. Manser* (1948)³⁶⁷¹ a *King's Bench Division* esclarecera que a aferição do carácter temporário ou definitivo deve resultar dos elementos disponíveis, em cada

não tinha qualquer outro estabelecimento, nem dispunha de outro local em que pudesse continuar a exercer qualquer tipo de actividade [...]”. Atento este contexto factual, o STJ considerou que “*tudo aponta para concluir que o encerramento do estabelecimento era definitivo*, visto que a ré não só não dispunha de qualquer outro local para prosseguir a sua actividade, como também *manifestou inequivocamente a intenção de lhe pôr termo para o futuro*, ao comunicar aos trabalhadores da única secção que estava então em funcionamento que deveriam inscrever-se no fundo de desemprego, fornecendo-lhes os elementos necessários para esse efeito”. Referindo ainda que “*mesmo que assim se não entenda, é possível, no mínimo, configurar a situação versada como um despedimento de facto*, tal como considerou o acórdão recorrido, já que os elementos probatórios coligidos [...] *ainda que não representem uma declaração expressa de despedimento, exteriorizam, em todo o caso, uma vontade inequívoca, por parte da entidade patronal, de pôr termo aos contratos de trabalho ainda subsistentes* [...]” (Proc. n.º 05S2057, FERNANDES CADILHA, ênfase nossa). Admitindo, todavia, a hipótese de um despedimento tácito, v. acórdão da RP, de 11.11.2013, Proc. n.º 164/11.8TTPRT.P1 (EDUARDO PETERSEN SILVA). A este propósito, v. ainda *supra* n. 2658.

³⁶⁶⁹ Quanto ao operar da caducidade, não obstante inobservância das formalidades previstas no art. 346.º, n.º 3, indica a RL que o “*não cumprimento das formalidades exigidas, não acarreta a ilicitude do despedimento*, como alegou o apelante, até porque não se trata de nenhum caso de despedimento em sentido próprio e a *caducidade opera independentemente da verificação desses procedimentos*”; acrescentando que “*o incumprimento das referidas formalidades, quando muito, poderá dar lugar a indemnização, verificados os pressupostos da responsabilidade civil*” (acórdão de 3.12.2008, Proc. n.º 8814/2008-4, SEARA PAIXÃO, *italico* nosso). Em sentido distinto, qualificando a hipótese em apreço com um despedimento ilícito, v., todavia, acórdão da RP, de 6.7.2010, Proc. n.º 1/08.0TJVNF-L.S1.P1 (SÍLVIA PIRES). Para além do disposto naquela disposição, importa ter presente que “*as exigências nesta matéria [são] complementadas pelas regras especiais aplicáveis aos encerramentos realizados sem observância dos procedimentos referidos no art. 346.º – v., a este respeito, o disposto nos arts. 315.º e 316.º, sendo de assinalar “a especial severidade com que o Código trata o encerramento dito «selvagem», pois a violação do referido art. 315.º é qualificada como crime, punível com pena de prisão até dois anos [...]*” (LOBO XAVIER, *Manual cit.*, p. 738).

³⁶⁷⁰ Na apreciação do carácter transitório ou definitivo da impossibilidade de o empregador receber a prestação de trabalho, SÍLVIA GALVÃO TELES indica um prazo máximo, findo o qual o impedimento deveria ser considerado definitivo, ditando a caducidade dos contratos. Propõe a aplicação do disposto no art. 142.º, n.º 1, c) do CSC, que, à data de elaboração do texto, admitia dissolução da sociedade se esta não tivesse “*exercido qualquer actividade durante cinco anos consecutivos*”. Por conseguinte, “*no momento em que a entidade patronal souber qual a duração previsível do impedimento e tomar conhecimento de que o mesmo irá ter duração superior aos cinco anos, então, nessa data poderá considerar caducado o contrato*”. Caso não lhe seja possível estimar “*a duração do impedimento, deverá considerar caducado o contrato a partir do quinto ano de impedimento consecutivo*” (“*Impossibilidade ...*” *cit.*, p. 1105). De assinalar que o DL n.º 76-A/2006, de 29.3, alterou a redacção desta disposição, encurtando o prazo ali indicado de cinco para dois anos.

³⁶⁷¹ 1 KB 184, retomado *infra*, § 3.2.

hipótese, à data em que se admita que a cessação operou – momento em que se considere que o contrato se extinguiu, ainda que a valoração judicial tenha lugar posteriormente. Se, a final, os pressupostos sofrem variação inesperada, tal não deve afectar a convicção antes firmada, transmutando o que se tomava, então, por definitivo e vem a revelar-se, contra as expectativas, temporário³⁶⁷². Também no Direito italiano, doutrina e jurisprudência tendem a convergir na “actualidade” da impossibilidade: é, assim, bastante a “*sussistenza dell'impossibilità al momento in cui l'obbligazione deve essere eseguita essendo del tutto irrelevante, invece, che tale situazione persista anche in epoca successiva*”³⁶⁷³. Refere a *Cassazione* que, em tais situações, para a operacionalidade do “recesso”, pelo credor da prestação impossível (no caso, o empregador), é suficiente verificação de incapacidade *actual* do trabalhador³⁶⁷⁴.

Entre nós, JÚLIO GOMES parece, todavia, sugerir a identificação, neste âmbito, de “definitivo” e “irreversível”: “exige-se para que se verifique a caducidade do contrato de trabalho que a impossibilidade seja *irreversível* até porque a nossa lei não contempla a possibilidade de, uma vez caducado o contrato de trabalho, este poder *reviver* caso se chegue à conclusão de que, por exemplo, uma junta médica errou ao considerar como definitiva uma incapacidade”³⁶⁷⁵. Lógica aproximada resulta ainda pontualmente acolhida na jurisprudência, que chega mesmo a convocar, enquanto demonstrativo da irreversibilidade do impedimento, comprovação da irreversibilidade de decisão do trabalhador em não se submeter a tratamento médico – sempre que tal se revelasse bastante para obviar à incapacidade³⁶⁷⁶. Rejeitamos, porém, esta

³⁶⁷² Esta lógica é, por vezes, subscrita pela jurisprudência nacional. Para além das decisões adiante analisadas, referimos acórdão do STJ de 2.11.1995, onde é indicado que “um motorista da Carris reformado por invalidez em 1973 e que, em 1991, foi presente a uma Junta médica que o declarou apto para o trabalho [...] não tem direito a ser reintegrado no serviço activo, uma vez que o contrato de trabalho caducou com a reforma” (Proc. n.º 004231, ALMEIDA DEVEZA, Sumário, II, *itálico* nosso). Ainda a respeito de avaliação feita no contexto da invalidez permanente, FURTADO MARTINS nota que, uma vez declarada, a caducidade opera, “não tendo uma eventual declaração posterior de aptidão para o trabalho por parte da Segurança Social como efeito a reposição do vínculo contratual”. Aliás, por essa razão, “nestas situações reconhece-se o direito à percepção do subsídio de desemprego, considerando-se em situação de «desemprego involuntário» o trabalhador que, tendo sido reformado por invalidez, é, em posterior exame de revisão de incapacidade por invalidez, realizado nos termos regulamentares, declarado apto para o trabalho – artigo 9.º, 4 do RJSD” (*Cessação cit.*, p. 125).

³⁶⁷³ LOMBARDI, *La risoluzione cit.*, p. 61.

³⁶⁷⁴ Decisão de 21.3.1990, n.º 2329. A *Cassazione* procede ainda à autonomização da cessação por “*inabilità del lavoratore*”, das hipóteses de ausência por doença, em que a extinção resulta do decurso do “*periodo di comportamento*” (LOMBARDI, *La risoluzione cit.*, p. 77). Por fim, delimitando a “actualidade” aqui pressuposta, dir-se-á que a mesma corresponde à subsistência da impossibilidade no momento da produção das consequências juridicamente relevantes – no caso, o “*recesso datoriale*” – acompanhada de razoável expectativa quanto à sua persistência (p. 75).

³⁶⁷⁵ “Algumas reflexões ...” *cit.*, p. 745, *itálico* nosso. Referimos *supra*, n. 3657, a formulação de idêntica interrogação, pelo Autor, a respeito do encerramento de estabelecimento.

³⁶⁷⁶ Cf. acórdão da RL de 29.9.1999 *cit.*, pp. 171-173. É, neste âmbito, a dada altura, referido que “procurou saber-se se a doença era *irreversível sem tratamento*, mas a R. não conseguiu

exigência, sob pena de a caducidade se tornar praticamente inoperável: embora compreendendo as razões que motivam o apelo a um sentido particularmente exigente de impossibilidade definitiva³⁶⁷⁷, afastamos menção à irreversibilidade³⁶⁷⁸. Afinal, “de outro modo, a doença não incurável mas cujo tratamento demore anos não impedir[ia] [...] que o contrato sobreviv[esse] – e isto parec[eria], mesmo à luz da melhor protecção ao trabalhador, francamente forçado para qualquer das partes”³⁶⁷⁹. A respeito desta avaliação – natureza transitória ou definitiva do impedimento – acolhemos, na verdade, o decidido em acórdão do STJ, de 24.9.2008³⁶⁸⁰: estava, então, em causa doença crónica do trabalhador (infecção por VIH), com reduzidas hipóteses de cura. A total recuperação, ainda que remota, era possível; não era, todavia, expectável que assim viesse a suceder. E tanto bastou para considerar que, no plano jurídico, a impossibilidade era definitiva: “é de considerar definitiva porque, face a uma *evolução normal e previsível, não se mostrava que fosse viável, no futuro e em tempo útil ou razoável*, que o A. visse eliminada a doença de que é portador e o consequente risco de contágio [...], *nem que fosse exigível à R. aguardar uma eventual e, porventura, longínqua cura do A., mantendo-lhe o contrato como cozinheiro*”³⁶⁸¹. A mesma lógica viria a ser subscrita pelo STJ, em acórdão de 14.4.2010, onde foi concluído que “a impossibilidade é definitiva quando não seja previsível, *num prazo razoável, a reversibilidade da situação*”³⁶⁸². O impedimento não tem, pois, que assumir natureza absolutamente irreversível; o carácter definitivo bastar-se-á com um juízo fundado quanto à natureza

demonstrar essa alegação, tendo-se provado apenas que *com tratamento* a doença *não era irreversível*. Tentou-se, por outro lado, apurar se o A. *recusava tratar-se* e ficou provado que recusou tratar-se até 31.10.94, data a partir da qual considerou extinto o contrato. No entanto, a R. *não alegou nem cuidou de saber nem de demonstrar se essa recusa era irreversível*” (p. 173, *itálico* nosso). Também em acórdão de 5.2.2009, refere o STJ que, uma vez demonstrado “que o autor sofr[ia] de perturbação da personalidade que o pod[ia] impedir, temporariamente, de trabalhar, que essa perturbação *não t[inha] cura*, mas que os respectivos sintomas (depressão e ansiedade) pod[ia]m ser remidos, *se tive[ss]em tratamento clínico adequado*, não se configura[va] a impossibilidade absoluta e *definitiva* de o autor prestar o seu trabalho à ré” (Proc. n.º 08S2596, PINTO HESPAÑHOL, ênfase nossa).

³⁶⁷⁷ Em especial, a ausência de procedimentalização da extinção por caducidade quando o impedimento que entrava a execução respeita ao trabalhador – e a deficiente harmonização de um tal regime com as garantias reconhecidas ao trabalhador, quanto à estabilidade contratual.

³⁶⁷⁸ Recusámos idêntica exigência (irreversibilidade), quanto à decisão de encerramento.

³⁶⁷⁹ MONTEIRO FERNANDES, “Suspensão da ...” *cit.*, pp. 137-138, *itálico* nosso.

³⁶⁸⁰ Proc. n.º 07S3793 (MÁRIO PEREIRA), referido *supra*, n. 2524. Questão distinta, que não tratamos agora, respeita à adequação da conexão, que se considerou verificada, entre a actividade desenvolvida e o facto de o trabalhador ser portador de VIH.

³⁶⁸¹ Acórdão *cit.* *itálico* nosso.

³⁶⁸² Proc. n.º 36/07.0TTCSC.L1.S1 (PINTO HESPAÑHOL), ênfase nossa. Adiante se explicitando que “quanto ao carácter definitivo da impossibilidade, entendemos que, *a menos que estivesse iminente* a alteração do Despacho Normativo sobre as habilitações próprias e suficientes para a docência, no sentido de passar a integrar a licenciatura em Psicologia – o que não consta que se verificasse à data, tanto mais que, *decorridos três anos lectivos*, ainda não ocorreu tal alteração – terá de considerar-se que a falta de habilitação da A. comunicada pelo Ministério da Educação e determinante da impossibilidade de exercício da docência se configura como *definitiva*” (*itálico* nosso).

definitiva, havendo que convocar, para tal valoração, o limite do sacrifício que se entende ajustado impor ao empregador³⁶⁸³ – o que pressupõe aferir até que ponto é razoável concluir pela sua vinculação a um contrato cujas perspectivas de plena retoma se afiguram remotas³⁶⁸⁴.

Também em acórdão do STJ, de 19.12.2007³⁶⁸⁵, foi rejeitada referência à irreversibilidade: constituindo a inscrição na Ordem dos Enfermeiros requisito essencial para o exercício da profissão, a ausência de inscrição justificava o fim do contrato, por caducidade. Reiterando-se, a este propósito, que a “impossibilidade deve ter-se por *definitiva*, no caso de o trabalhador necessitar de ir tirar o curso de enfermagem para se poder inscrever como membro efectivo da Ordem”³⁶⁸⁶. Poderia, é certo, argumentar-se que o impedimento era transitório, já que, em rigor, nada impedia que, no futuro, o obstáculo viesse a ser superado. Porém, além de “não ser garantido que as autoras lograssem tirar o dito curso, a verdade é que a sua obtenção *sempre demoraria bastante tempo*, o que significa que a impossibilidade se manteria *por largo tempo*, quicá, por vários anos, *deixando, por isso, de ser transitória*”³⁶⁸⁷. Em termos idênticos se decidiu em acórdão do STJ, de 12.3.2008, onde se admitiu o carácter definitivo do impedimento de professor de viola dedilhada que, desde 1989, leccionava aquela disciplina ao abrigo de autorizações provisórias, concedidas pela Direcção Regional de Educação de Lisboa, as quais, a partir de 2004, deixaram de lhe ser concedidas. Foi entendido que, tendo o trabalhador sido contratado para funções docentes e não mais lhe sendo autorizado o exercício daquela actividade, por falta de requisitos académicos, havia que concluir por impossibilidade de prestar a actividade a que se vinculava. Especificamente a respeito da natureza transitória do impedimento, foi referido que “o exercício das referidas funções docentes durante cerca de 15 anos, ao abrigo de autorizações provisórias, *sem que, nesse período, adquirisse as habilitações legalmente exigíveis*” justificava que a impossibilidade fosse considerada definitiva, por “*não se afigura[r] previsível* que, futuramente, num prazo de dois

³⁶⁸³ Também VIDA SORIA nota que “*en los casos más extremos, en los que la Ley no ha prefijado un plazo concreto, hay que entender que el mismo viene señalado por el momento máximo, en el que empieza la suspensión a producir un desequilibrio en sentido contrario al que había querido evitar con la suspensión misma (es decir, cuando el empresario empieza a soportar excesivamente un riesgo que no le es propio)*” (*La suspensión cit.*, pp. 71-72).

³⁶⁸⁴ No contexto da incapacidade por doença prolongada, a jurisprudência alemã tem vindo a sustentar, a par de outros elementos de valoração, um limite temporal máximo: não se afigurando expectável, nos vinte e quatro meses subsequentes, recuperação plena do trabalhador, o empregador pode, atento o impacto da ausência na esfera empresarial, pôr fim ao contrato, considerando o impedimento definitivo. Assim assinala o BAG, em 29.4.1999 (NZA, 1999, pp. 978-981, p. 978): “*die Ungewißheit der Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit steht einer krankheitsbedingten dauernden Leistungsunfähigkeit dann gleich, wenn in den nächsten 24 Monaten mit einer anderen Prognose nicht gerechnet werden kann*”. Mais se afirmando, neste contexto, que uma tal aferição deve ter lugar no momento em que é decidida a extinção.

³⁶⁸⁵ Proc. n.º 07S3389 (SOUSA PEIXOTO).

³⁶⁸⁶ Sumário, § III.

³⁶⁸⁷ Acórdão, itálico nosso.

ou três anos, pudesse vir a obter essas habilitações, ou uma nova autorização provisória para continuar a leccionar”^{3688/3689}.

Já em acórdão de 26.11.2003³⁶⁹⁰, tendo o ensino de línguas estrangeiras sido abolido em determinado estabelecimento de ensino particular, por reestruturação determinada pelo Ministério da Educação, entendeu o STJ que o contrato de trabalho de docente, admitido e habilitado apenas para aquele efeito (a docência de línguas), havia caducado. A dado trecho é, ainda assim, questionado se seria adequado qualificar uma tal impossibilidade como *definitiva*: afinal, “é óbvio que ninguém pode garantir que as coisas não possam mudar daqui a 10, 15 ou 20 anos”. É, porém, assinalada a conveniência de “captar o sentido jurídico das coisas”. Concluindo o STJ que “não seria razoável nem adequado *manter uma relação jurídica por tempo indefinido*, à espera de um qualquer *acto futuro incerto* e que as partes não dominam, ao menos na sua globalidade”³⁶⁹¹.

O carácter definitivo da impossibilidade surge, assim, associado ao tempo estimado para a cessação do impedimento: definitivo não significa eterno e irreversível, mas definitivo em termos jurídicos, considerados os interesses das partes e a extensão previsível do impedimento, aquando de tal valoração³⁶⁹². Nesta medida, o contrato de trabalho, caducando por impossibilidade (definitiva) para o trabalho, não renasce se, em exame futuro, o trabalhador vem a ser considerado apto ou se, anos mais tarde, vem a reunir os requisitos essenciais para o exercício da actividade – por exemplo, completando a formação para tanto necessária. Dir-se-á, contudo, que, na ausência de referências legais expressas ou da enunciação clara de critérios delimitadores, a valoração da transitoriedade reveste, entre nós, contornos pouco evidentes³⁶⁹³.

³⁶⁸⁸ Proc. n.º 07S740 (MÁRIO PEREIRA), Sumário, §§ V e VI, itálico nosso. É ainda referido que, atento “o aumento gradual e constante das exigências académicas para o exercício da actividade docente, também não parece que fosse *previsível* que a um indeferimento do exercício da actividade docente, por falta de habilitações, num ano lectivo, se seguisse, nos anos imediatos, com base na mesma formação académica, a autorização, ainda que provisória, para o exercício daquela actividade docente”. Em suma, entendeu-se “*previsível* que a impossibilidade para o Autor exercer as funções de professor de viola dedilhada fosse durar tanto tempo que não era exigível à Ré aguardar uma futura e incerta aquisição de habilitações do Autor ou autorização provisória por parte da DREL para o Autor continuar a leccionar”. Concluindo-se pela verificação de uma “impossibilidade superveniente, absoluta e *definitiva* de o Autor exercer as funções para a Ré”, admitindo-se, em conformidade, o fim do contrato por caducidade (ênfase nossa).

³⁶⁸⁹ Também em acórdão de 14.4.2010, Proc. n.º 36/07.0TTCSC.L1.S1 (PINTO HESPAHOL), o STJ concluíra que “a impossibilidade é *definitiva* quando não seja *previsível*, num prazo razoável, a *reversibilidade* da situação” (itálico nosso).

³⁶⁹⁰ Proc. n.º 03S2559 (FERREIRA NETO).

³⁶⁹¹ Itálico nosso.

³⁶⁹² À luz do ordenamento francês, também BERAUD assinala: “le caractère temporaire ou définitif de l’empêchement ne doit pas être apprécié de manière abstraite et absolue car il ne s’agit pas de savoir si l’exécution du contrat pourra ou non reprendre dans l’avenir mais si cette exécution pourra ou non reprendre utilement” (*La suspension cit.*, p. 47).

³⁶⁹³ Diversamente, no Direito italiano, doutrina e jurisprudência procuram identificar princípios gerais e critérios válidos de demarcação da impossibilidade definitiva em face da impossibilidade temporária (LOMBARDI, *La risoluzione cit.*, p. 135).

2. A delimitação da natureza transitória ou definitiva do impedimento: a volatilidade da jurisprudência e a ausência de critérios orientadores

I. O apelo à inexigibilidade é, na esfera laboral, frequentemente renovado, assumindo, no contexto que nos ocupa, duas variantes essenciais, conforme a dualidade apontada à estrutura complexa do vínculo laboral (interna e externa)³⁶⁹⁴: (i) quanto à *dinâmica interna*, vimos que a par de hipóteses pontuais, em que o obstáculo que atinge o trabalhador reveste natureza absoluta, a suspensão corresponde, regra geral, a casos em que o trabalhador é exonerado de prestar, por se considerar uma tal execução (tão-só) inexigível³⁶⁹⁵; (ii) a menção à inexigibilidade é, porém, retomada no que respeita à *dinâmica externa*, havendo que aferir em que termos não se afigura já exigível ao empregador tomar o impedimento à execução por temporário, justificando-se concluir que o contrato se extinguiu, por caducidade. Estar-se-á, então, perante avaliação que congrega elementos vários, que densificam a ideia de transitoriedade do obstáculo e, neste âmbito, a medida de esforço exigível ao credor, quanto à vinculação ao contrato. Se, na primeira hipótese, importa, no essencial, considerar a *(in)exigibilidade ao devedor*, no que respeita à observância do dever de prestar, na segunda, é valorada a *(in)exigibilidade ao credor*, relativamente à subsistência do vínculo. Agora, estando em causa possível extinção do contrato, por se admitir a sua continuação inexigível ao empregador, há que convocar referências aproximadas, que atendam ao sacrifício imposto quanto à continuação do vínculo. Surgindo, neste âmbito, natural o apelo à “*impossibilidade prática de subsistência da relação de trabalho*”³⁶⁹⁶, pressuposta na justa causa de despedimento³⁶⁹⁷, e que não consubstancia “*uma impossibilidade material da prestação*”, mas uma “*inexigibilidade que deve ter em conta os interesses em presença*”^{3698/3699}. O que corresponde, na verdade, a entendimento jurisprudencial estabilizado, atenta a frequente menção a “*um comportamento de tal modo grave que gere uma crise tão intensa que não seja exigível à entidade empregadora manter aquele trabalhador ao seu serviço*”³⁷⁰⁰.

³⁶⁹⁴ V. *supra* Parte I, Capítulo I, Secção V, Subsecção III, § 3. e Capítulo II, §§ 1.3. e 1.4.

³⁶⁹⁵ *Supra*, Capítulo I, Secção III, § 2. Mas não só: v. *supra* Capítulo I, Secção IV, § 2., o renovado apelo à inexigibilidade, no que respeita à observância do dever de cooperação, pelo empregador.

³⁶⁹⁶ Cf. art. 351.º, n.º 1.

³⁶⁹⁷ Retomamos aspecto referido *supra*, Parte I, Capítulo II, § 1.4.2.

³⁶⁹⁸ MADEIRA DE BRITO, “Justa causa ...” *cit.*, p. 124, *itálico* nosso.

³⁶⁹⁹ Já no contexto da extinção por razões objectivas, v. o art. 368.º, n.º 1, b), que, quanto ao despedimento por extinção de posto de trabalho, indica a necessidade de a “*subsistência da relação de trabalho*” se afigurar “*praticamente impossível*”. A densificação de um tal requisito obedece, todavia, a lógica própria, atento o disposto no n.º 4 daquele preceito. O apelo à impossibilidade prática de subsistência do contrato de trabalho é ainda retomado no contexto do despedimento por inadaptação (cf. art. 374.º, n.ºs 1 e 2).

³⁷⁰⁰ MADEIRA DE BRITO, “Justa causa ...” *cit.*, p. 124, *ênfase* nossa.

E para tanto relevando elementos objectivos³⁷⁰¹ vários, a valorar conforme “o entendimento de um bom pai de família ou de um empregador normal”³⁷⁰²: afinal, “na apreciação da justa causa, deve atender-se, no quadro de gestão da empresa, ao grau de lesão dos interesses do empregador, ao carácter das relações entre as partes ou entre o trabalhador e os seus companheiros e às demais circunstâncias que no caso sejam relevantes”³⁷⁰³. É, todavia, assumido que os múltiplos apelos à inexigibilidade, para efeitos extintivos, exigem acomodação, em função não só das circunstâncias concretas de cada caso, mas considerando ainda se a iniciativa (extintiva) provém do empregador ou do trabalhador³⁷⁰⁴. A necessidade de tais ajustamentos resulta, aliás, reconhecida na jurisprudência: em acórdão de 4.3.2013, a RP afirma que “o rigor com que se aprecia a *justa causa invocada pelo empregador* não pode ser o mesmo com que se aprecia a *justa causa invocada pelo trabalhador*, sendo certo que, naquele, se tutela a garantia do emprego, por um lado, e que, nesta, não tem o trabalhador, à semelhança do que ocorre com o empregador (que detém um leque variado de sanções disciplinares), outros meios de reacção ao comportamento infractor do empregador”³⁷⁰⁵. Ora, sendo muito diversos os parâmetros que enquadram as modalidades extintivas, é também defensável apreciação diferenciada da (in)exigibilidade de subsistência do vínculo – consoante inexecução seja apontável ao trabalhador ou ao empregador. Assim decorre, aliás, do disposto no art. 394.º, n.º 4, onde é indicado, no que respeita à extinção promovida pelo trabalhador, que “a *justa causa*” – subjectiva ou objectiva (cf. n.ºs 2 e 3 do art. 394.º respectivamente³⁷⁰⁶) – “é apreciada nos termos do n.º 3 do artigo 351.º”; porém, “com as necessárias adaptações”³⁷⁰⁷.

Tendo presente esta variedade de referências, renovamos o apelo à inexigibilidade, em contexto suspensivo/extintivo: decorrendo a suspensão de facto respeitante ao trabalhador, estará, com frequência, em causa delimitação do período em que se afigura *exigível* ao empregador a continuidade do contrato – havendo que determinar a maior ou menor extensão da suspensão. Impor-se-á, pois, definir um limite para lá do qual não será mais razoável

³⁷⁰¹ E não conforme valoração estritamente pessoal e subjectiva do empregador (MADEIRA DE BRITO, “Justa causa ...” *cit.*, p. 124).

³⁷⁰² MADEIRA DE BRITO, “Justa causa ...” *cit.*, p. 124.

³⁷⁰³ Cf. n.º 3 do art. 351.º.

³⁷⁰⁴ Retomamos aspecto afluído *supra*, Parte I, Capítulo II, § 1.4.2.

³⁷⁰⁵ Proc. n.º 517/11.1TTGDM.P1 (PAULA LEAL DE CARVALHO), p. 13, *itálico* nosso. No mesmo sentido, *v.*, acórdão da RE de 7.2.2013, Proc. n.º 56/11.0TTPTM.E1 (JOÃO NUNES), Sumário, V.

³⁷⁰⁶ Ali se “consagra[ndo] o que habitualmente se designa, respectivamente, por *justa causa subjectiva*, proveniente de actuação culposa do empregador, e por *justa causa objetiva*, relacionada com circunstâncias justificativas dessa resolução não imputáveis a comportamento ilícito e culposos do empregador” (acórdão da RP, de 4.3.2013, Proc. n.º 517/11.1TTGDM.P1, PAULA LEAL DE CARVALHO, p. 12, *itálico* nosso).

³⁷⁰⁷ A este propósito, refere a RP estar-se perante uma impossibilidade prática que, “por não se tratar de impossibilidade física ou legal remete-nos, necessariamente, para o campo da *inexigibilidade*, a determinar através do balanço, em concreto, dos interesses em presença” (acórdão de 4.3.2013, Proc. n.º 517/11.1TTGDM.P1, PAULA LEAL DE CARVALHO, *itálico* nosso). Já neste sentido, *v.* acórdão da RE de 7.2.2013, Proc. n.º 56/11.0TTPTM.E1 (JOÃO NUNES).

reclamar do empregador a subsistência do contrato e em que a cessação será, por conseguinte, admissível. Estando, porém, em causa inactividade legítima do trabalhador e considerando que não há, agora, alternativas intermédias, – havendo apenas que concluir pela continuidade ou o fim do vínculo laboral –, convirá, também aqui, não descurar a forte tutela conferida ao trabalhador, quanto à estabilidade do emprego.

II. A determinação da natureza temporária do impedimento baliza temporalmente a operacionalidade da suspensão, em contexto laboral. Neste âmbito preciso, importa, porém, considerar não apenas a extensão máxima – com consequente delimitação da suspensão em face da extinção –, mas também a sua duração mínima. Na verdade, perante impedimento por facto respeitante, porém não imputável ao trabalhador, por regra, apenas após um mês a suspensão tem lugar; opera, todavia, antes de decorrido esse período, se for possível antever que o impedimento terá duração superior³⁷⁰⁸. Nesta medida, ainda que transitória, a suspensão pressupõe, regra geral, uma ausência demorada^{3709/3710}. Já quanto ao tempo máximo de suspensão, deve admitir-se a caducidade do contrato *“no momento em que seja certo que o impedimento se torne definitivo”*³⁷¹¹. Certo, porém, que nem sempre um tal limite surge claro – daqui resultando que a opção pela manutenção ou cessação do contrato nem sempre se afigure evidente. Nas hipóteses acima referidas (*v. supra* § 1.), foi considerado

³⁷⁰⁸ Assim, embora o art. 296.º, n.º 1, exija que o impedimento temporário [...] *“se prolongue por mais de um mês”*, o n.º 3 admite a suspensão *“antes do prazo referido no n.º 1, no momento em que seja previsível que o impedimento vai ter duração superior àquele prazo”*. Por conseguinte, *“o decurso deste período mínimo não é [...] uma condição ou um pressuposto da suspensão do contrato, já que esta se pode verificar antes do seu termo e ser mesmo contemporânea do seu início. A suspensão pode, na verdade, operar-se no primeiro dia de ausência por impedimento prolongado ou suceder a um período de faltas justificadas, tendo lugar, conforme o que ocorrer primeiro, no dia imediato ao do termo da duração mínima de um mês ou a partir do dia em que haja certeza, ou se preveja com segurança, que o impedimento terá duração superior”* (JORGE LEITE, *“O desempenho ...” cit.*, p. 529, *itálico nosso*). A suspensão imediata é ainda prevista no art. 296.º, n.º 2, resultando a suspensão de situação de violência doméstica – não se fazendo, então, menção ao decurso (efectivo ou estimado) de mais de um mês.

³⁷⁰⁹ Por referência às hipóteses indicadas no n.º 1 do art. 296.º, dir-se-á que, por defeito, as ausências por período inferior ao prazo ali estabelecido estão sujeitas ao regime das faltas justificadas (cf. art. 249.º, n.º 2, d)). Com a reforma de 2009, desapareceu a articulação antes prevista no art. 230.º, n.º 3, do CT 2003, que, a propósito do regime das ausências *“por impossibilidade de prestar trabalho devido a facto que não [fosse] imputável ao trabalhador, nomeadamente, doença, acidente ou cumprimento de obrigações legais”* (cf. art. 225.º, n.º 2, do CT 2003), dispunha que *“se o impedimento do trabalhador se prolonga[sse] efectiva ou previsivelmente para além de um mês, aplica[va]-se o regime da suspensão da prestação do trabalho por impedimento prolongado”*. A eliminação desta referência não invalida, porém, que a solução se mantenha (a este propósito, *v. o referido supra* Parte I, Capítulo III, § 5.).

³⁷¹⁰ Já não assim noutras hipóteses suspensivas, tal qual a greve – que constitui, todavia, hipótese suspensiva *imputável* ao trabalhador (*v. supra* Capítulo I, Secção III, § 2.5. e Capítulo II). Também as situações indicadas no n.º 2 do art. 296.º, embora pressupondo uma ausência demorada, prescindem de referência a um período mínimo.

³⁷¹¹ Cf. art. 296.º, n.º 4.

definitivo o impedimento decorrente de quadro clínico em que o trabalhador apresentava reduzidas hipóteses de cura, a par dos casos em que o exercício da profissão resultou condicionado, não se afigurando previsível a verificação, em tempo útil, dos pressupostos de que dependia o pleno exercício da actividade profissional. Na ausência de limites legais expressos, a jurisprudência constitui elemento de valoração especialmente relevante. Confrontamos, por isso, as decisões acima indicadas – em que a incerteza quanto à reversibilidade do impedimento, a probabilidade de o mesmo se estender por longo período e o sacrifício que a continuação do vínculo implicaria para o empregador, justificaram admitir a natureza definitiva do obstáculo – com o sustentado em acórdão da RP, de 7.4.2008³⁷¹²: havia, então, que decidir se o exercício ininterrupto e exclusivo de funções sindicais por cerca de trinta anos, autorizava concluir pelo fim do contrato. Perdurando a ausência por tantos anos, foi questionado se a caducidade não havia operado, por impossibilidade superveniente, absoluta e *definitiva*, de o trabalhador realizar a sua prestação, “em virtude de se ter tornado certo que o impedimento [era] definitivo”. Embora aferida a impossibilidade “em termos jurídicos e não puramente naturalísticos”, a RP concluiu pela subsistência do contrato de trabalho – admitindo a sobreposição da suspensão, por todo o período assim referido. Nesta medida, o interesse do trabalhador quanto à manutenção do vínculo, prevaleceu sobre a pretensão do empregador, relativamente à desvinculação. O interesse do empregador é, aliás, apenas considerado no que respeita ao destino da contraprestação, sendo indicado que – precisamente em atenção a tal interesse – o empregador se encontra, neste período, dispensado do pagamento da retribuição³⁷¹³.

Do confronto dos exemplos enunciados, resulta subsistir, desde há muito, ampla flutuação quanto à qualificação do impedimento como transitório ou definitivo. Acompanhamos, nesta medida, JORGE LEITE, ao constatar a relatividade e a incerteza inerente a uma tal avaliação: afinal, “um impedimento pode ser considerado como temporário *até ser declarado como definitivo* e ainda porque se não torna indispensável a sua irreversibilidade”³⁷¹⁴. As variações registadas poderão, no entanto, resultar atenuadas se forem identificados critérios que permitam avaliar – ainda que sem desconsiderar as particularidades de cada caso – se o entrave à normal execução do contrato

³⁷¹² Proc. n.º 0743201 (ALBERTINA PEREIRA).

³⁷¹³ Assinala, a este propósito, o STJ que “a protecção especial da segurança no emprego dos representantes eleitos dos trabalhadores, que a Constituição garante (artigo 55.º), não se limita ao campo das suas actuações no exercício de funções de representação, visando também obstar a que o empregador recorra ao despedimento como meio de atacar os representantes dos trabalhadores enquanto tais, mesmo que a pretexto de uma conduta alheia ao exercício de funções de representação. Neste sentido, deve entender-se que um trabalhador, dirigente sindical, *pode faltar, justificadamente*, para o exercício dessas funções, *sem limite temporal*, embora, naturalmente, *considerando o interesse do empregador, com perda de remuneração*” (acórdão de 20.5.2009, Proc. n.º 08S3258, SOUSA GRANDÃO, Sumário, V e VI, ênfase nossa). Para referências mais desenvolvidas a esta decisão, *v. infra* n. 3818.

³⁷¹⁴ “O desempenho ...” *cit.*, pp. 528-529, *itálico* nosso.

reveste (ainda) natureza transitória ou, ao invés, se não é mais possível sustentar a manutenção do vínculo, impondo-se concluir que o impedimento assume já natureza definitiva³⁷¹⁵.

III. A incerteza quanto ao futuro do contrato de trabalho resulta de desacordo das partes quanto à sua continuidade, concretizando-se, quase sempre – atento o regime de livre desvinculação do trabalhador – em intenção extintiva do empregador, contrariada pelo trabalhador³⁷¹⁶. Nesta dinâmica, a suspensão laboral – à semelhança de outras manifestações suspensivas, para lá do vínculo de trabalho – intervém perante factos supervenientes que afectam a normal execução, acautelando a subsistência do contrato³⁷¹⁷. Ainda assim, haverá um limite, para lá do qual a sua permanência não será mais legítima, não sendo razoável perpetuar a vinculação do empregador a um contrato que não revela perspectivas de plena retoma³⁷¹⁸.

Atenta a autonomia reconhecida ao trabalhador no plano de cessação e as restrições impostas, neste domínio, ao empregador, há que verificar em que medida deve a pretensão extintiva ser considerada, sempre que a suspensão proceda de razões respeitantes ao trabalhador. Se a suspensão opera enquanto a extinção não ocorre, importa determinar quais os critérios que ditam o prolongar da suspensão, excluindo a cessação. Reveste, afinal, inegável complexidade justificar a vinculação do empregador a um contrato, que se revela, frequentemente, anti-económico³⁷¹⁹: a delimitação do carácter temporário ou definitivo do impedimento – e, consequentemente, a alternativa entre a manutenção (imposta) do vínculo ou a sua extinção – não pode descurar a *difficil tensão*, aqui presente, entre os interesses económicos e gestionários do empregador (atento o contexto organizacional de que cada contrato de trabalho participa) e o interesse do trabalhador na conservação do vínculo³⁷²⁰. Havendo, não raras vezes, que considerar não só os reflexos da ausência na situação jurídica do trabalhador *vs.* situação jurídica do empregador, mas ainda o impacto de uma tal perturbação em contexto maior: e assim se justificando – considerada a interferência destes elementos – que um mesmo impedimento possa traduzir, num contrato, impossibilidade temporária (não extintiva) e, num outro, impossibilidade definitiva (e, assim, extintiva)³⁷²¹. Perante situações de especial complexidade e de insuperável indefinição acolhemos, porém, como

³⁷¹⁵ Assinalando igualmente a complexidade que reveste a identificação de um tempo máximo de suspensão, *v.* VIDA SORIA, *La suspension cit.*, pp. 19-20.

³⁷¹⁶ *V.*, a este propósito, o indicado *supra* Parte I, Capítulo VI.

³⁷¹⁷ Quanto ao fim da suspensão, *v. supra* Parte I, Capítulo I, Secção V, Subsecção III, § 1.

³⁷¹⁸ PERA, *Compendio cit.*, pp. 229-230.

³⁷¹⁹ A este propósito, BÉRAUD constata que a subsistência da suspensão, quando decorrente de factos respeitantes ao trabalhador, contraria, por regra, os interesses do empregador: “*le maintien d’un contrat inexécuté du fait du salarié étant, en principe, inutile pour son cocontractant, l’employeur cherchera d’une manière ou d’une autre à obtenir la rupture de ce contrat*” (*La suspension cit.*, p. 245).

³⁷²⁰ Pondo em evidência uma tal tensão, *v.* MARINELLI, “*Insindicabilità ...*” *cit.*, pp. 1 e ss.

³⁷²¹ BALLETTI, “*La risoluzione ...*” *cit.*, p. 489.

princípio norteador, o sugerido por PANCRAZI-TIAN, no âmbito mais alargado da suspensão não laboral – e especialmente adequado, por maioria de razão, à suspensão neste âmbito: perante hesitação dificilmente transponível, a suspensão deve operar. O que corresponde, afinal, à solução mais conforme ao fim último do instituto (a preservação do vínculo)³⁷²²; no limite, deverá apostar-se no carácter temporário, a fim de salvaguardar a eventual restauração do vínculo contratual³⁷²³.

3. Primeira aproximação: a natureza temporária ou definitiva conforme a extensão do vínculo

No âmbito mais abrangente da suspensão não circunscrita à esfera laboral, um dos primeiros critérios adiantados para a delimitação da natureza temporária/definitiva do impedimento resultaria do confronto entre o termo resolutivo apostado ao contrato e a duração previsível do impedimento – surgindo, embora, a utilidade de uma tal valoração naturalmente circunscrita a vínculos de duração determinada³⁷²⁴. Importa, porém, melhor compreender o alcance desta lógica, renovando menção ao operar da suspensão também em contrato de duração indefinida, atendendo à liberdade de desvinculação reconhecida às partes³⁷²⁵.

3.1. A suspensão em contrato de duração indefinida

I. A busca de critérios que permitam aferir, com rigor, a natureza temporária ou definitiva do obstáculo à execução exige considerar a relevância que pode assumir, para um tal propósito, a duração do contrato, *maxime* se o vínculo reveste natureza limitada ou indefinida: no contexto maior da suspensão para lá da esfera laboral é, por vezes, indicado que a determinação da natureza temporária ou definitiva do impedimento reveste maior dificuldade em vínculo de execução indefinida do que perante duração pré-determinada. Afinal, tratando-se de contrato de duração indeterminada, não sendo praticável computar o tempo remanescente de execução, como avaliar *ex ante* o impacto da inexecução e concluir se estamos perante hipótese extintiva ou suspensiva? Na ausência de balizas pré-definidas, aferir a relevância de impedimento superveniente temporário constitui assumidamente tarefa mais complexa em

³⁷²² Tal qual indicado *supra*, Parte I, Capítulo I, Secção V, Subsecção III, § 1. Ainda nesta linha, no contexto preciso da delimitação da natureza transitória ou definitiva de impedimento em razão de doença, YAMAGUCHI constata: “*le caractère imprévisible de la durée de la maladie doit être interprété dans un sens favorable au travailleur, et non dans le sens inverse*” (*La théorie cit.*, p. 150). Também em consonância com o propósito de preservação contratual, LAVAGNINI indica que a fronteira entre a suspensão e a extinção deve ser considerada de forma a assegurar, enquanto possível, a continuidade do vínculo (*La sospensione cit.*, p. 8).

³⁷²³ *La protection cit.*, p. 283, e já neste sentido, RADOUANT, *Du cas fortuit cit.*, p. 279. Lógica aplicável, segundo cremos, noutras hipóteses dubitativas, quanto aos demais elementos que condicionam a operacionalidade da suspensão.

³⁷²⁴ V. ainda o referido *supra* Parte I, Capítulo IV, § 1.

³⁷²⁵ *Idem*.

contrato de duração indeterminada. Cumpre, não obstante, alertar que esta análise não prescinde de diferenciação anteriormente assinalada, relativamente à liberdade de desvinculação unilateral reconhecida às partes, enquanto elemento condicionante do âmbito operativo da suspensão³⁷²⁶. De facto, por regra, em contrato de duração indefinida ao qual não são associadas restrições à liberdade de cessação – que opera, por conseguinte, *ad nutum* –, na ausência de acordo, não subsiste âmbito relevante para a suspensão: em tais hipóteses, por princípio, a suspensão é despoletada apenas por concordância das partes e o carácter transitório é medido em função do interesse recíproco na subsistência do vínculo. A preferência pela contratação por tempo indefinido – *maxime*, inexistindo limitações à contratação a termo/temporária – revela que as partes optaram por preservar a sua liberdade de acção perante vicissitudes surgidas no decurso da execução³⁷²⁷: a suspensão não deve, por isso, resultar imposta. E assim se justificando a interrogação de RADOUANT: por que razão salvaguardar uma retoma eventual de execução, que as partes não pretenderam – ao optar por um tal modelo de contratação –, em nenhum momento, garantir?³⁷²⁸. Admitida esta premissa, dir-se-á que lógica diversa – que conceba a plena operacionalidade da suspensão em modelo de vinculação indefinida, de extinção livre ou imotivada – apenas excepcionalmente tem lugar. Referimos, a título ilustrativo – e, sobretudo, porque surgido em contexto laboral – um de tais desvios pontuais: em 1914, havia que enquadrar a situação dos trabalhadores mobilizados para a guerra. À data, a legislação francesa apenas previa a suspensão em razão de um tal motivo, em contratos de trabalho de duração pré-determinada³⁷²⁹; tornava-se, todavia, imperioso acautelar também os interesses dos trabalhadores titulares de vínculos de duração indefinida – numa época em que a cessação *ad nutum*, pelo empregador, era legítima. No entanto, de acordo com o princípio geral acima indicado, na ausência de expressa referência legal à suspensão, era legítimo concluir não ser possível impor ao empregador, em contrato de duração indefinida, a continuação do vínculo, por via suspensiva. Certo, porém, que também aqui, a originalidade do Direito do Trabalho se fez sentir, multiplicando-se decisões judiciais que estenderam aquele regime (suspensivo) a vínculos indeterminados, em detrimento da extinção³⁷³⁰. Certamente, um sistema de cessação livre ou imotivada e o perdurar da guerra favoreciam a ruptura; porém, outras preocupações colocaram em evidência a especial importância que revestia, para aqueles trabalhadores, o retomar do emprego, naquele contexto – circunstâncias que RADOUANT qualifica de extrajurídicas e que viriam a assumir peso decisivo – impondo desvio àquele princípio geral, assegurando aos trabalhadores um

³⁷²⁶ V. *supra* Parte I, Capítulo IV.

³⁷²⁷ Sobre o sentido associado ao tempo de contratação, conforme os distintos modelos de vinculação, Parte I, Capítulo IV, § 1.

³⁷²⁸ *Du cas fortuit cit.*, pp. 288-289.

³⁷²⁹ Conforme Lei de 19.7.1901.

³⁷³⁰ Assim, decisão do *Tribunal de commerce de la Seine*, de 30.5.1916, *apud* RADOUANT, *Du cas fortuit cit.*, pp. 290-291.

posto de trabalho, no seu regresso: e assim se vulgarizando, também naquelas hipóteses, a suspensão, em detrimento da cessação³⁷³¹. Na falta de previsão expressa do instituto ou de regras que, então, obstassem à extinção, houve que atender a outros factores que motivassem a suspensão, contrariando o fim contratual³⁷³². O que justificou apelo renovado a elementos contextuais, como o comportamento do empregador num tal período – com prevalência da suspensão caso, por hipótese, o empregador autorizasse a família do trabalhador ausente a permanecer em residência que antes lhe era reservada ou se adiantasse retribuição que seria devida apenas após o regresso do trabalhador³⁷³³. Estas preocupações acabariam por resultar espelhadas em preceitos expressos, que, um pouco por toda a parte, viriam a garantir a subsistência dos contratos dos trabalhadores ausentes, em razão da guerra – ainda que os respectivos vínculos revestissem natureza indefinida³⁷³⁴. Constituem, todavia, “leis de circunstância”, reflexo de um particular sentimento de equidade e de preocupações de conjuntura, que travam, nestas hipóteses, a extinção contratual³⁷³⁵; afinal, na falta de imposição expressa, por regra, atento o enquadramento descrito – vínculo de duração indefinida, em que a desvinculação unilateral não sofre especiais limitações, operando, ainda que imotivada –, a suspensão não teria aplicação³⁷³⁶.

II. Enquadramento diverso é, contudo, reclamado se a liberdade de cessação unilateral é coarctada e admitida apenas em hipóteses pontuais – tal qual sucede, hoje, entre nós, no contrato de trabalho, em que o modelo de vinculação assume, tendencialmente, duração indeterminada e a extinção unilateral, pelo empregador, é fortemente restringida³⁷³⁷. Dir-se-á, por isso, que o impedimento transitório respeitante ao trabalhador – não constituindo, em si mesmo, motivo

³⁷³¹ *Du cas fortuit cit.*, pp. 290-291.

³⁷³² A este propósito, é oportuna menção à análise de Patrick ATIYAH quanto à relevância de elementos externos ao contrato, nomeadamente no que respeita às *expectativas* das partes: “[t]hese expectations do not necessarily arise from promises, still less from the contract. They arise from the modern way of life”. Referindo, a título ilustrativo, a importância de tais expectativas no domínio laboral: “[...] expectations with regard to future employment and earnings are amongst the best protected of all expectations in modern times. The nature of the society in which we live means that many people tend to have very powerful expectations about their future earnings and anything which interrupts those earnings is likely to cause serious disappointment, and even dislocations. But these expectations are not protected merely as a matter of contract” (*The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Clarendon Press, 1979, p. 762).

³⁷³³ RADOUANT, *Du cas fortuit cit.*, p. 293.

³⁷³⁴ Conforme detalhado em RADOUANT, *Du cas fortuit cit.*, pp. 297 e ss. Assim, na Hungria, em 17.11.1915, na Áustria, em 29.2.1916, em Itália, em 1.5.1916 e em França, em 22.11.1918, após o armistício. Quanto aos contornos precisos desta lei, v. pp. 300 e ss. Diferente o registo alemão (pp. 299-300) – v. *supra* Parte I, Capítulo V, § 1.

³⁷³⁵ RADOUANT, *Du cas fortuit cit.*, pp. 308-309. Também a prorrogação dos contratos celebrados a termo, frequentemente prevista neste contexto, constituiria um desvio especialmente garantístico e não um traço próprio da suspensão (p. 309). V. o referido, a tal propósito, *supra* § Parte I, Capítulo II, § 3.2.

³⁷³⁶ V. *supra* Parte I, Capítulo IV.

³⁷³⁷ V. *supra* Parte I, Capítulo IV, § 2. e Capítulo VI, § 1.

legítimo de cessação – poderá não autorizar o fim do contrato, justificando a suspensão. A valoração respeita, então, à previsível extensão do impedimento e aos reflexos da ausência do trabalhador no futuro contratual: não estando o empregador de acordo quanto à manutenção do vínculo, caso promova a cessação, cabe ao trabalhador questionar a licitude da extinção e ao tribunal determinar até que momento era razoável impor a subsistência do contrato, atento o impacto do evento obstativo. No que respeita a uma tal apreciação e para lá do contexto laboral, BÉNABENT nota, contudo, que assumindo a suspensão reflexos graves, tornando intolerável a continuação do vínculo, haverá que reconhecer à contraparte o direito de lhe pôr termo³⁷³⁸. Porém, porque nem sempre a natureza temporária ou definitiva do impedimento resulta evidente, há que procurar identificar critérios que permitam, com maior exactidão e menor incerteza, caracterizar cada hipótese – tendo presente que tal ditará a sorte do contrato.

3.2. A suspensão em contrato de duração limitada

I. Para lá do contexto laboral, TREILLARD condiciona o destino do vínculo a resposta a questão essencial: a execução do acordado pode ser retomada no futuro?³⁷³⁹. Discordamos, todavia, que a resposta a uma tal questão deva ditar o destino do contrato: vimos que embora a plena execução futura se afigure, em tese, possível, essa circunstância não inviabiliza necessariamente a natureza definitiva do impedimento – rejeitámos, afinal, a *irreversibilidade* do obstáculo enquanto condicionante da extinção³⁷⁴⁰. Resta, no entanto, verificar se é possível aproveitar, ainda que parcialmente, o critério assim formulado: em contrato de duração previamente determinada, o obstáculo à execução deve ter-se por definitivo sempre que a extensão provável do impedimento supere o termo estabelecido? Assumindo a adequação de uma tal formulação, PANCRAZI-TIAN propõe, na contratação a termo, o confronto entre, de um lado, a duração previsível do impedimento e, de um outro, o tempo pelo qual o acordo resta executável³⁷⁴¹ – alertando ainda para a necessidade de aferir a essencialidade que o tempo de cumprimento ou o prazo fixado pode revestir para as partes³⁷⁴².

Este critério encontra concretizações várias na literatura jurídica de diversos ordenamentos. Na doutrina inglesa, a “*suspension*” e a imposta manutenção do contrato resultam, com frequência, de delimitação do âmbito da

³⁷³⁸ Referindo, a título de exemplo, que, em contexto laboral, o empregador poderá cessar o contrato com trabalhador preso ou que se encontre doente repetidas vezes ou por longos períodos (*Droit civil cit.*, p. 264).

³⁷³⁹ “De la suspension ...” *cit.*, p. 65. Entre nós, e no contexto preciso da suspensão laboral, TAVARES DA SILVA indica como “pressuposto base” do operar da suspensão que a execução futura conserve utilidade (“Serviço militar ...” *cit.*, p. 62).

³⁷⁴⁰ *Supra*, § 1.

³⁷⁴¹ *La protection cit.*, p. 283. Confronto idêntico era já sugerido por RADOUANT, *Du cas fortuit cit.*, p. 277.

³⁷⁴² Assim, ainda, SARRAUTE, *De la suspension cit.*, p. 49.

"frustration"³⁷⁴³, havendo que considerar o impacto da porção contratual não executada³⁷⁴⁴, e sendo, neste âmbito, ilustrativa a referência a *Morgan c. Manser* (1948)³⁷⁴⁵: em 1940, um artista de "music hall" foi convocado para a guerra, vindo a ser dispensado apenas em Fevereiro de 1946. Em causa estava o destino de contrato que "Cheerful Charlie Chester"³⁷⁴⁶ celebrara, em 1938, com um promotor comercial, por dez anos. Este invocava a continuidade do vínculo, ainda que sem execução efectiva, por todo o período de ausência de Chester – e que pretendia retomar, plenamente, em 1946, após o regresso do artista, pelos dois anos remanescentes. Submetida a discórdia à *King's Bench Division*, foi entendido que havia que perspectivar o vínculo globalmente, à data em que Chester partira para a guerra, em 1940, sendo então expectável que o afastamento perdurasse por extenso período. Para tanto, concorriam factores diversos, valorados pelo tribunal – como a idade e a condição física do músico –, que não contrariavam a possibilidade de uma longa ausência. Conjugados estes elementos, embora aquando do regresso de Chester não houvesse ainda decorrido o termo acordado – assim se equacionando a manutenção do vínculo, em "suspension" –, a subsistência do contrato acabaria por ser rejeitada e a dissolução confirmada: o contrato cessara, por "frustration", atento o confronto entre a duração previsível do impedimento (em 1940) e o período contratual ainda por executar, por se entender legítimo estimar que a ausência de Chester se prolongaria até 1948.

Retomando a reflexão tecida em torno destas hipóteses na doutrina francesa, SARRAUTE – em análise não limitada à suspensão laboral – rejeita igualmente a operacionalidade da suspensão, sempre que a duração do impedimento ultrapasse previsivelmente o prazo fixado para o contrato³⁷⁴⁷. Considerando, por isso, que a suspensão não implica simples inexecução material momentânea, comportando um outro elemento essencial: a garantia de possível execução futura³⁷⁴⁸. Reconhecemos que sempre que assim suceda, a suspensão desempenha, em pleno, o propósito de preservação contratual³⁷⁴⁹, evidenciando, o êxito da suspensão, frequentemente descrita como um ponto entre o passado e o futuro³⁷⁵⁰. Discordamos, todavia, de delimitação do instituto por esta via, já que, na sua generalidade, um tal critério resulta desajustado aos contornos da suspensão, no Direito do Trabalho português: entre nós, a suspensão laboral opera, com frequência, ainda que o futuro contratual se encontre, *ab initio*, comprometido. Não colhe, por isso, o enunciado confronto entre a duração (efectiva ou previsível) do impedimento e o período

³⁷⁴³ V., a este propósito, *supra* Capítulo I, Secção I, § 1.

³⁷⁴⁴ Davies *cit.*, p. 257.

³⁷⁴⁵ Referido *supra*, n. 3671.

³⁷⁴⁶ Conhecido comediante inglês (26.4.1914-26.6.1997).

³⁷⁴⁷ *De la suspension cit.*, pp. 50-51.

³⁷⁴⁸ *Idem.*

³⁷⁴⁹ A este respeito, *v. supra* Parte I, Capítulo I, Secção V, Subsecção III, § 1.

³⁷⁵⁰ TREILLARD, "De la suspension ..." *cit.*, p. 82. Esta ideia é desenvolvida nas pp. 95 e ss., onde é referido que "se o ritmo contratual é plenamente retomado a suspensão terá cumprido a sua missão" (p. 95). A este propósito, *v. ainda infra* § 5.

remanescente do contrato – sempre que celebrado a termo –, enquanto elemento conformador da suspensão³⁷⁵¹. Neste sentido, indica a RP que, “para

³⁷⁵¹ Não obstante a natureza excepcional da contratação a termo, deve autorizar-se que, em certos casos, o contrato se mantenha até ao atingir do limite temporal fixado, ainda que a razão justificativa para o mesmo – ou até a utilidade de uma tal vinculação para o empregador – já não subsista. Assim, na contratação a termo certo, em que o trabalhador substituído, em razão de doença, *recupera antes do previsto, regressando antecipadamente à empresa*, parte da jurisprudência concede que o contrato a termo certo celebrado com o trabalhador substituto deve ser mantido até ao fim do prazo fixado (acórdão da RL, de 2.12.1993, Proc. n.º 8517, CARLOS HORTA, CJ, ano 18, t. 5, pp. 193-195). Neste sentido, refere, noutra decisão, a RL que “o facto de o trabalhador substituído se apresentar ao serviço dentro do período de seis meses, inicial ou prorrogado, não invalida a natureza do contrato a termo certo, cuja caducidade se verificará no fim do termo se a entidade patronal a comunicar em tempo ao trabalhador substituto” (Sumário, II, acórdão de 12.1.1994, Proc. n.º 9066, DINIS ROLDÃO, CJ, ano 19, t. 1, pp. 157-158, *italico* nosso). Solução idêntica sendo, por vezes, admitida nos casos em que o trabalhador substituído vem a falecer antes do termo apostado ao contrato celebrado com o substituto. Este o entendimento subscrito por JÚLIO GOMES – embora apoiando tal leitura em redação anterior (então prevista no art. 139.º, n.º 1, do CT 2003 – “o contrato a termo dura pelo período acordado”), não transposta para o art. 148.º, n.º 1, do CT 2009 –, considerando que mesmo que o motivo justificativo do termo tenha, entretanto, desaparecido, o contrato não deve cessar antecipadamente, nem ter-se por convertido em vínculo de duração indeterminada, contanto que, à data da celebração, a razão justificativa assumisse previsível correlação com o prazo estipulado. Assim sucedendo na hipótese de “trabalhador contratado pelo termo de 1 ano, para substituir um outro que obteve uma licença sem vencimento por um ano, vindo o substituto a morrer passados poucos meses do início da execução do contrato” (*Direito cit.*, p. 604, *ênfase* nossa). Dir-se-á que a necessidade não é já temporária (mas definitiva), não se justificando a continuação do vínculo a título precário: certo, porém, que o juízo de correlação entre a necessidade transitória e o termo tem por referência o momento da celebração do contrato (a par das sucessivas renovações). Por força dos princípios da boa fé e *pacta sunt servanda* deve, pois, admitir-se a subsistência do contrato (a termo) até ao final do prazo inicialmente acordado, sendo ao empregador, então, legítimo optar pela caducidade do vínculo contratual ou pela respectiva conversão em vínculo de duração indefinida. Do que resulta que, embora esgotado o justificativo que legitimava a contratação a termo (e a utilidade de uma tal contratação – *maxime*, no caso referido primeiramente, em que o trabalhador substituído regressa ao trabalho antecipadamente, duplicando-se, por conseguinte, as contratações), tal não obsta à continuação do contrato a termo. O que converge, no essencial, com a lógica que acolhe a subsistência do vínculo (a prazo), ainda que o impedimento à execução ultrapasse o termo inicialmente fixado: é, afinal, a necessidade de salvaguarda da estabilidade contratual – renovando-se o apelo à *pacta sunt servanda* e à boa fé – que justificam uma tal solução. Assim, no mencionado acórdão de 2.12.1993, refere a RL que “é certo que a Autora acabou, em cada um desses contratos, por trabalhar, por conta da Ré, *mais tempo do que o da duração dos impedimentos dos trabalhadores substituídos*, pois estes apresentaram-se ao serviço antes de a autora ter chegado ao fim de cada um desses contratos”. Logo se referindo, contudo, que “isso em nada prejudicou a ora Apelada, que, bem pelo contrário, viu *sem alterações os seus contratos e, por tal motivo, gozou de segurança e estabilidade*” (pp. 193-195, p. 195, *italico* nosso). Subscrevendo entendimento similar no Direito alemão, Bernd WAAS indica: “an objective ground within the meaning of the law has to exist at the time of fixing the term. In case that such ground exists at that time it doesn’t matter if it ceases to exist thereafter. If, for instance, a worker is hired on the basis of a fixed term contract in order to replace another worker who is on leave (section 14(1) no 1) the fixing is – and remains to be – lawful, if the replaced worker returns sooner than was (and could reasonably be) expected” (“Labour Policy and Fixed-Term Employment Contracts in Germany”, *Labour Policy on Fixed-Term Employment*

efeitos de caducidade, a impossibilidade superveniente absoluta e definitiva tem que ser referida à própria prestação laboral, *só indirectamente interessando o prazo do contrato*". Afinal, *"no caso de a impossibilidade ir para além do prazo do contrato, se aquela for apenas temporária, haverá somente suspensão do contrato de trabalho"*^{3752/3753}. Em prejuízo desta solução poderia invocar-se que embora a execução futura se afigure, nestas hipóteses, materialmente viável, em termos jurídicos já não o é, pressupondo retoma de plena execução num momento em que o contrato já cessou – o que conduziria, uma vez reunidos os demais requisitos, à caducidade do contrato. Diferente leitura é, contudo, frequentemente sustentada, por se entender que a suspensão laboral opera mesmo que perdure previsivelmente para além do tempo máximo de contratação estabelecido – e ainda que o contrato de trabalho não mais venha a ser, de pleno, retomado. Assim decorrendo da tutela reservada ao trabalhador, justificando afirmar-se que *"o serviço militar, a doença prolongada ou o parto suspendem, mas não rompem, o contrato de trabalho a prazo mesmo quando este seja inferior ao tempo de impedimento ou de licença"*³⁷⁵⁴.

II. É, neste âmbito, particularmente ilustrativo o decidido, pelo STJ, em acórdão de 22.6.1984³⁷⁵⁵, quanto à operacionalidade da suspensão por cumprimento de serviço militar obrigatório, em contrato de trabalho a termo: havia que determinar se o serviço militar operara (tão-só) a suspensão, embora o tempo previsível de ausência se prolongasse para lá do prazo máximo admissível para o contrato. A este propósito, o empregador invocara que: (i) as hipóteses suspensivas deveriam ser analisadas também em função da duração do contrato – a termo ou por tempo indeterminado; (ii) as mesmas circunstâncias poderiam constituir impossibilidade definitiva da prestação de trabalho, em contrato de duração limitada ou hipótese suspensiva, em contrato de duração indefinida; (iii) na contratação a termo, a determinação da natureza transitória ou definitiva do impedimento deveria ser feita em função do prazo –

Contracts, The Japan Institute for Labour Policy and Training, *JILPT Report* n.º 9, 2010, pp. 23-41, disponível em <<http://www.jil.go.jp/english/reports/documents/jilpt-reports/no.9.pdf>>).

³⁷⁵² Acórdão da RP de 20.6.1983, Proc. n.º 0002250, VASCO TINOCO, Sumário, I e II, *itálico* nosso, publicado na *CJ*, ano 8, 1983, t. 3, pp. 306-307.

³⁷⁵³ Ao que sempre acresceria a necessidade de equacionar a possibilidade de renovação automática do contrato, prevista supletivamente, na ausência de afastamento expresso de uma tal possibilidade (cf. art. 149.º, n.º 2). O referido acórdão da RP, de 20.6.1983, alerta, precisamente, para um tal aspecto: *"esta suspensão não implica a suspensão do prazo do contrato e não obsta à renovação deste na falta de oportuna declaração empresarial válida no sentido da não renovação"* (Sumário, III, *itálico* nosso).

³⁷⁵⁴ JORGE LEITE, *Direito cit.*, p. 170, n. 26, *itálico* nosso, e *"O desempenho ..."* *cit.*, p. 537. Conforme esta lógica, o Autor entende que a impossibilidade não deve ser considerada definitiva ainda que a sua duração previsível seja superior à do contrato. Refere que *"naturalmente, o contrato a prazo extinguir-se-á, decorrido o período estabelecido, se se verificarem as restantes condições eventualmente exigidas pela lei aplicável. Não se extingue, porém, com a verificação do impedimento que determina a suspensão, ainda que seja certo que o mesmo terá uma duração superior à do prazo do contrato em curso"* (p. 537, *ênfase* nossa).

³⁷⁵⁵ Proc. n.º 652, LEITE DE CAMPOS, *BMJ*, 1984, n.º 338, pp. 298-302.

inicial ou consideradas as respectivas renovações –, sendo, a este propósito, invocado que “o impedimento ser[ia] *definitivo* se o trabalhador não pude[sse] prestar o seu trabalho desde o momento em que se verificou esse impedimento até ao termo do prazo”; (iv) “a utilidade das prestações contratuais [...] *não pod[eria] ser avaliada para além do prazo do contrato*”³⁷⁵⁶. Assim se sustentando, por conseguinte, que o contrato caducara no momento em que se tornara evidente que o impedimento à execução se prolongaria para lá do termo fixado, sem que para tanto houvesse sequer necessidade de declaração do empregador. O STJ concluiu, todavia, que, no caso, a caducidade não operara: a suspensão interviu pelo tempo em que o trabalhador se encontrara adstrito ao serviço militar, a tanto não obviando o facto de a duração do contrato (a termo) ser inferior ao período em que o trabalhador se manteve afecto a tal actividade. Para este efeito se indicando que “a impossibilidade se refere ao *próprio trabalho* e não ao prazo a que o contrato esteja sujeito”³⁷⁵⁷. A argumentação então expendida, afigura-se, porém, insuficiente: o STJ conclui que para admitir a caducidade, incumbia ao empregador comprovar a inutilidade superveniente da prestação; e não tendo o empregador realizado tal prova – demonstrando que, no futuro, não necessitaria de trabalhador que desempenhasse funções idênticas às confiadas ao trabalhador ausente – havia que assumir a subsistência do vínculo. Nesta medida, para sustentar a natureza temporária do impedimento – e, em decorrência, a operacionalidade da suspensão, em detrimento da caducidade –, o STJ questiona a *transitoriedade da motivação* que terá, naquela hipótese, justificado a contratação a termo. Assumindo que a actividade desenvolvida por aquele trabalhador visava suprir uma necessidade permanente do empregador – o que extrai da circunstância de o empregador não ter invocado a transitoriedade da necessidade subjacente ao contrato – conclui pela irrelevância de o impedimento obstar à execução de contrato cuja duração se encontrava previamente determinada. Divergindo da argumentação, convergimos no resultado: *determinados impedimentos à programada execução do vínculo devem manter natureza transitória, ainda que a sua extensão perdure, previsivelmente, para lá do limite máximo estipulado para a contratação a termo*. De assinalar, todavia, que tal não inutiliza o prazo estabelecido: o empregador que pretenda fazer cessar o contrato, deve operar a caducidade nos moldes previstos para a extinção de contrato de trabalho a termo (certo ou incerto), não implicando a suspensão qualquer extensão da duração estabelecida³⁷⁵⁸. O contrato não perde, por via suspensiva, natureza transitória – esta avaliação não é, afinal, confundível com outra, distinta, relativa à licitude do motivo que autoriza, em cada hipótese, a contratação a termo e à natureza temporária da contratação.

³⁷⁵⁶ P. 299, *itálico* nosso.

³⁷⁵⁷ P. 300, *ênfase* nossa.

³⁷⁵⁸ V., a este propósito, o referido *supra* n. 1027, onde damos nota da operacionalidade da suspensão laboral em contrato a termo, também em razão do cumprimento de serviço militar obrigatório (acórdão do STJ, de 9.2.1993, Proc. n.º 3493, CHICHORRO MARQUES, *CJ STJ*, ano 1, 1993, t. 1, pp. 247-249).

Assente a operacionalidade da suspensão nas situações descritas, admitimos que o modo como a natureza transitória ou definitiva do impedimento deve ser valorada se desvia, em contexto laboral, da análise pressuposta a respeito de outras situações suspensivas, para lá deste domínio. Assim se antecipando o particular sentido a associar, em determinadas hipóteses, à suspensão laboral³⁷⁵⁹: a subsistência do vínculo, por período mais alongado – pelo menos, até ao limite máximo autorizado, atento o regime da contratação a termo – assegura ao trabalhador a maturação de certos direitos, associados à continuidade do vínculo, que, por esta via, não sofrem redução intempestiva. E assim não só para efeitos previdenciais, mas também em contexto laboral: a caducidade opera, então, por verificação do termo e não por impossibilidade superveniente, absoluta e definitiva de execução do trabalho³⁷⁶⁰. É, por conseguinte, legítimo concluir que o regime laboral português não autoriza acolher, sem reserva ou ressalva, critério usualmente convocado para delimitação da natureza temporária/definitiva do impedimento – que descarta, por regra, a operacionalidade da suspensão, considerando o impedimento *definitivo* sempre que as partes se tenham comprometido por um prazo determinado, sendo manifesto que o obstáculo à execução ultrapassará aquele período³⁷⁶¹. Importa, por isso, convocar outros elementos, que auxiliem uma tal tarefa.

4. Outros critérios: a concordância prática dos interesses em confronto

Para TAVARES DA SILVA a suspensão constitui “uma feliz composição dos interesses em jogo”³⁷⁶². À data e ainda que à luz de enquadramento diverso em matéria de cessação, era assinalado que, embora a ausência do trabalhador “p[udesse] de facto implicar perturbações de diversa ordem no funcionamento da empresa”, seria, contudo, “ilógico admitir que com fundamento em tais «desarranjos» fosse lícito à entidade patronal despedir o trabalhador, porque, concluindo assim do mesmo passo *se negariam as ideias que encontrámos na base da suspensão*”³⁷⁶³. Tal afirmação surge num contexto em que, ao invés do que sucede hoje, a cessação unilateral, pelo empregador, não encontrava particulares restrições: por conseguinte, não sendo reconhecido um escudo

³⁷⁵⁹ Dando, assim, especial coloração à estabilidade contratual, enquanto finalidade do instituto suspensivo laboral (v. *supra* Parte I, Capítulo I, Secção V, Subsecção III, § 1.).

³⁷⁶⁰ É assim que, para JORGE LEITE, a subsistência do contrato resulta imposta ao empregador, “mesmo quando a execução futura «se revele impossível ou inútil», como poderá suceder nos contratos a prazo”. Afinal, “o interesse do instituto da suspensão *não se reduz ao interesse futuro da reocupação do posto de trabalho*, antes satisfazendo *também interesses presentes* [...] designadamente os conexonados com a segurança social” (“O desempenho ...” *cit.*, p. 537).

³⁷⁶¹ PANCRAZI-TIAN, *La protection cit.*, p. 283. O mesmo princípio era já acolhido por RADOUANT, *Du cas fortuit cit.*, pp. 278-279. Este Autor clarifica, todavia, que tal não impede que se venha a confirmar inexistir tempo de execução remanescente: a suspensão teria, assim, em vista uma execução posterior, nada garantindo, contudo, que assim venha a suceder (p. 280).

³⁷⁶² “Serviço militar ...” *cit.*, p. 62.

³⁷⁶³ “Serviço militar ...” *cit.*, p. 66, *itálico* nosso.

especial ao vínculo na suspensão, o propósito do instituto resultaria esvaziado³⁷⁶⁴.

Presentemente, esse perigo não se coloca, consideradas as limitações impostas à liberdade de desvinculação do empregador – quer no que respeita à extinção antecipada de vínculo de duração limitada, quer em contrato de execução indefinida. Justifica-se, no entanto, a identificação de critérios, que, em cada caso e com maior precisão, permitam delimitar em que hipóteses é adequado concluir pela natureza transitória do impedimento ou, ao invés, em que, atento o confronto dos interesses em presença, se admite ao empregador tomar o obstáculo por definitivo e o contrato por terminado³⁷⁶⁵. Dir-se-á, por conseguinte, que apenas dentro de certos limites o empregador deve sujeitar-se a vinculação (imposta) ao contrato; no entanto, ultrapassada uma tal fronteira, o impedimento constituirá razão bastante para a extinção³⁷⁶⁶.

4.1. As tendências de proceduralização da extinção e a valoração do impacto da ausência do trabalhador na organização

I. Por particularmente ilustrativa, convocamos, a este propósito, a evolução registada no Direito italiano. Entre nós, a impossibilidade não mais temporária, mas definitiva, dita a caducidade do contrato de trabalho, nos termos – especialmente expeditos³⁷⁶⁷ – do disposto no art. 343.º, b)³⁷⁶⁸. No Direito italiano, o enquadramento é, todavia, diverso: ali se questionando, desde cedo, se as hipóteses em análise deveriam ser enquadradas no regime geral da impossibilidade (tal qual previsto nos arts. 1256 ou 1464 e 1463 do CCit., consoante a perspectiva perfilhada, quanto à convocação da impossibilidade temporária ou parcial³⁷⁶⁹) ou se um tal regime deveria ser preterido, em favor

³⁷⁶⁴ Sustentando, por isso, TAVARES DA SILVA, que “não se deve reconhecer à entidade patronal o direito de despedir o trabalhador, com ou sem aviso prévio, por qualquer das muitas desvantagens que pode trazer-lhe a ausência dele, a menos que se trate de facto capaz de afectar a própria estrutura da empresa e pôr em risco a sua existência” (“Serviço militar ...” *cit.*, p. 74).

³⁷⁶⁵ Também a doutrina alemã reconduz, com frequência, estas hipóteses à lógica da impossibilidade temporária. Refere, a este propósito, PICKER que o impedimento do trabalhador por um determinado período, tal qual na ausência por prisão, constitui, dada a natureza fixa da prestação laboral (“*Fixschuldcharakters der Arbeitsleistung*”) um caso de impossibilidade temporária (“*ein Fall vorübergehender Unmöglichkeit*”), que autoriza o fim do contrato sempre que, em conformidade com a boa fé e o justo equilíbrio contratual, for de concluir que a continuação do vínculo não é mais sustentável (“*Personenbedingte ...*” *cit.*, p. 45).

³⁷⁶⁶ ICHINO, *Il contratto cit.*, p. 450.

³⁷⁶⁷ *V. supra* n. 2606.

³⁷⁶⁸ A referência, neste contexto, à caducidade do contrato por impossibilidade não desconsidera a impropriedade de tais indicações nem a compreensão de clara distinção entre as figuras. Remetemos, a este propósito, para a ressalva indicada *supra*, n. 2502. Quanto à extinção do contrato de trabalho, por esta via, quando esteja em causa impedimento respeitante ao trabalhador, *v. supra* Capítulo I, Secção III, § 3.; perante cessação por falha de colaboração do empregador, *v. supra* Capítulo I, Secção IV, § 2.2.

³⁷⁶⁹ Variações inerentes ao distinto entendimento acolhido quanto à dinâmica própria de vínculo duradouro (*v. supra* Parte I, Capítulo II, § 3.).

de enquadramento próprio, ao qual fossem associadas maiores garantias ao trabalhador – expressas, desde logo, na procedimentalização da extinção. Foi, assim, progressivamente admitido que a eventual impossibilidade superveniente da prestação deveria releva como justa causa ou justo motivo de despedimento, atento o impacto da ausência na organização do empregador^{3770/3771}. Uma tal mutação não é, aliás, privativa do Direito italiano, correspondendo a movimento comum a outros ordenamentos³⁷⁷²: também no Direito francês é frequentemente assinalada a significativa redução do âmbito operativo da cessação por impossibilidade decorrente de “*force majeure*” na esfera laboral, sendo preferida extinção procedimentalizada e garantística³⁷⁷³. Assim decorrendo da constatação de que à invocação, pelo empregador, da força maior correspondia *fuga* frequente às regras substantivas e formais que, por regra, condicionam o acto extintivo³⁷⁷⁴. Atenta tal evolução, são, por conseguinte, hoje reconduzíveis ao “*licenciement pour motif personnel*”, não apenas hipóteses de falta contratual, como circunstâncias em que a situação concreta do trabalhador – v.g., ausências por incapacidade³⁷⁷⁵, prisão ou perda de documento essencial ao exercício profissional – obstam ao eficiente operar da organização, autorizando, nesta medida, o despedimento³⁷⁷⁶. E ao empregador

³⁷⁷⁰ GALANTINO, *Diritto cit.*, p. 454. Também LOMBARDI conclui que a opção hermenêutica por uma ou outra via não é indiferente, já que o apelo à impossibilidade “*comporta l’automatico scioglimento del rapporto di lavoro, come effetto dell’immediata estinzione dell’obbligazione gravante sul prestatore di lavoro, con conseguente non dovutezza del preavviso, quantomeno sub specie di indennità economica sostitutiva*” (*La risoluzione cit.*, p. 392).

³⁷⁷¹ V., neste âmbito, decisões da *Cassazione* de de 13.2.2003, n.º 2152, de 24.1.2005, n.º 1378, e de 10.3.2009, n.º 5718.

³⁷⁷² No Direito inglês, assinalámos a tendencial limitação do âmbito operativo da “*frustration*”, em detrimento da cessação por “*dismissal*” (v., por exemplo, *supra* n. 2606). É, todavia, evidente a volatilidade que marca ainda o apelo a uma ou outra forma extintiva, sobretudo, em situação de prisão e de doença (v. *supra* Capítulo II, Secção III, § 2.2.1., b) a d) e *infra* § 4.3.1., VI a VIII).

³⁷⁷³ Cf. *supra*, Capítulo II, Secção III, 2.2.2. JÚLIO GOMES assinala, a respeito do ordenamento francês, e a este propósito, “uma evolução favorável para o trabalhador”. Afinal, no passado, a ausência prolongada do trabalhador legitimava a ruptura do contrato por caducidade. Ora, “enquanto assim se entendeu, o contrato de trabalho podia cessar, sem que o trabalhador tivesse direito a qualquer compensação ou indemnização”. Tal enquadramento não tem, todavia, já lugar: “esta interpretação está hoje superada, entendendo-se que não só o empregador deve proceder ao despedimento, obedecendo às respectivas regras procedimentais (coisa que já antes sucedia) como deverá ser dado o necessário pré-aviso e proceder-se ao pagamento de indemnização por despedimento” (“*Algumas reflexões ...*” *cit.*, p. 737).

³⁷⁷⁴ RAY, *Droit cit.*, §§ 635 e ss.

³⁷⁷⁵ No entanto, em caso de doença ou acidente profissional, as regras são diversas. Nestas hipóteses, durante a suspensão, o empregador não pode, salvo casos pontuais, pôr fim ao contrato (cf. art. L. 1226-9 do *Code du Travail*). Quanto ao desvalor inerente a despedimento desconforme a tais regras, v. PÉLISSIER, AUZERO e DOCKÈS, *Droit cit.*, p. 466.

³⁷⁷⁶ No que respeita à ausência do trabalhador por doença prolongada e por prisão efectiva, v. ROGER, “*Les effets ...*” *cit.*, pp. 180-181. A recusa de recondução da extinção do contrato de trabalho à “*force majeure*” impeditiva da continuidade do vínculo, em situação de incapacidade definitiva para o trabalho por doença, foi reafirmada pela *Cour de Cassation, Chambre sociale*, em decisão de 12.2.2003, n.º 00-46660, onde se indica: “*la force majeure permettant à l’employeur de s’exonérer de tout ou partie des obligations nées de la rupture d’un contrat de travail s’entend de la survenance d’un événement extérieur irrésistible ayant pour effet de rendre impossible la poursuite du dit*

cabendo, por conseguinte, demonstrar grave perturbação no funcionamento da empresa e revestindo, então, a ruptura a forma de um “*licenciement*”³⁷⁷⁷. A legitimidade da extinção depende, todavia, da qualificação da ausência do trabalhador como “*cause réelle et sérieuse*”³⁷⁷⁸, havendo que aferir, em cada caso, se o afastamento do trabalhador perturba gravemente o funcionamento da estrutura, tornando inexigível a continuação do vínculo. Entre os diversos elementos convocados para tal uma avaliação, assume particular importância verificar se se afigura indispensável a substituição definitiva do trabalhador³⁷⁷⁹: é, por regra, entendido que um trabalhador com reduzidas qualificações tende a ser facilmente substituído, a título temporário – quer no seio da empresa, quer por meio de contratação externa; assim não sucedendo, todavia, caso a actividade desenvolvida pressuponha elevado grau de especialização e/ou de responsabilidade^{3780/3781}.

contrat”; ora, atenta esta definição, “*ne présente pas ce caractère l'inaptitude à son emploi d'un salarié*” (decisão disponível em <<http://legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007047771&fastReqId=2080256126&fastPos=1>>). A tal propósito, BOUSIGES constata que a operacionalidade da cessação contratual por “*force majeure*”, em caso de doença e incapacidade prolongadas é hoje inexistente, enquanto expressão de progresso social (“*L'évolution ...*” *cit.*, pp. 100-103; v. igualmente, em data anterior, YAMAGUCHI, *La théorie cit.*, pp. 155-156). A mesma lógica é subscrita pela jurisprudência, a respeito da prisão do trabalhador (v. *supra* Capítulo II, Secção III, § 2.2.2.).

³⁷⁷⁷ “*L'employeur n'est pas, en effet, autorisé à licencier le salarié parce qu'il est absent pour maladie mais parce que les nécessités de l'entreprise imposent son remplacement définitif*” (BERAUD, *La suspension cit.*, p. 251). V. ainda, a este propósito, PÉLISSIER, AUZERO e DOCKÈS, *Droit cit.*, p. 463.

³⁷⁷⁸ Sem prejuízo da proibição de discriminação, tal qual prevista no art. L 1132-1 do *Code du Travail*. Esta disposição não impede, todavia, a cessação do contrato de trabalhador ausente em razão de doença, contanto que se atenda tão-só à perturbação assim causada no funcionamento da empresa (PÉLISSIER, AUZERO e DOCKÈS, *Droit cit.*, p. 464).

³⁷⁷⁹ PÉLISSIER, AUZERO e DOCKÈS, *Droit cit.*, p. 464.

³⁷⁸⁰ Também a dimensão da organização assume relevância, surgindo a substituição temporária como alternativa melhor ajustada a empresas de maior dimensão (PÉLISSIER, AUZERO e DOCKÈS, *Droit cit.*, p. 464, n. 1 e 2). A respeito do Direito francês, JÚLIO GOMES põe em evidência a variação de uma tal avaliação, também consoante a duração da ausência. Assim, caso a “ausência se prolong[ue] de algumas semanas a alguns meses – normalmente o período coberto pelas indemnizações diferenciais – a ausência não representa ela própria, em regra, uma causa de ruptura do contrato”. No entanto, em tal contexto, “a jurisprudência francesa permite que o empregador possa invocar a necessidade de uma substituição definitiva. Tal necessidade é controlada pelo juiz que irá atender à natureza do emprego ocupado, à facilidade de recurso à rotação de pessoal e ao trabalho temporário, sendo mais fácil afirmar a necessidade de substituição numa pequena empresa”, sem prejuízo de a “convenção colectiva prevê[r] uma garantia de emprego”. Por sua vez, o prolongar da ausência “constitui uma causa de despedimento desde que sejam invocadas a necessidade de substituição e/ou a desorganização de serviço. As ausências repetidas e intermitentes constituem uma causa séria para o despedimento (mesmo que justificadas) quando o empregador pode invocar uma perturbação no funcionamento do serviço, uma irregularidade na colaboração ou a impossibilidade de integração numa equipa de trabalho” (“*Algumas reflexões ...*” *cit.*, pp. 736-737).

³⁷⁸¹ Quanto às “*indemnités complémentaires*”, pagas pelo empregador, a par das “*indemnités journalières*”, devidas pela Segurança Social, v. *infra* n. 4026.

II. No Direito italiano, semelhante progressão resultou, porém, em inversão significativa na jurisprudência. Numa fase inicial – ainda que por vezes retomada³⁷⁸² – a Corte considerava as disposições dedicadas, no CCit., à impossibilidade igualmente aplicáveis a situações de impedimento superveniente da prestação por razões não imputáveis ao trabalhador³⁷⁸³. Hoje, a Corte tende, todavia, a promover leitura harmonizada do regime civilístico da impossibilidade e do enquadramento reservado à cessação do contrato de trabalho por “*giustificato motivo oggettivo*” (cf. art. 3, 2.^a parte da Legge de 15.7.1966, n.º 604³⁷⁸⁴) – entendimento subscrito pela maioria da doutrina, que assume que as regras civilísticas não legitimam, só por si, a extinção do vínculo laboral. A orientação prevalecente tende, pois, a integrar, entre as razões (potencialmente extintivas) atinentes ao regular funcionamento da organização, *fattispecies* referentes à pessoa do trabalhador^{3785/3786}. Assim o indica expressamente a Cassazione, em decisão de 11.1.1995, por referência à extinção do vínculo de trabalhador preso preventivamente, em razão de perturbação causada na esfera organizacional³⁷⁸⁷: “*la carcerazione preventiva del lavoratore, dovuta a fatti estranei al rapporto, non integra inadempimento degli obblighi contrattuali e non può quindi essere ricondotta alle ipotesi di giusta causa o di giustificato motivo soggettivo di licenziamento. Essa costituisce fatto oggettivo che determina una sopravvenuta impossibilità parziale ratione temporis della prestazione ai sensi dell’art. 1464 CC*³⁷⁸⁸, con riguardo alla quale l’ apprezzabile interesse del datore a ricevere le ulteriori prestazioni deve essere valutato alla stregua dei criteri obiettivi

³⁷⁸² A este propósito, LOMBARDI constata a coexistência de posições diversas na jurisprudência (*La risoluzione cit.*, p. 392).

³⁷⁸³ Nessa primeira fase – anos sessenta do século passado – operava a “*risoluzione ipso jure del rapporto*”, por se entender verificada “*una ipotesi di impossibilità definitiva della prestazione, valutabile ai sensi degli artt. 1256 e 1463 CC. Si rilevava infatti che per le prestazioni continuative, non suscettibili di valutazione economica frazionata, era irrilevante il carattere temporale della impossibilità, e si poteva quindi parlare solo di impossibilità definitiva anche per assenze destinate per loro natura ad avere un termine più o meno prossimo*” (Marco VASARI, “Ancora in Tema di Custodia Cautelare del Lavoratore” (Anotação à Decisão da Cassazione de 11.1.1995, n.º 266), RIDL, ano 14, 1995, pp. 667-671). Progressivamente, esta leitura foi sendo amenizada, conferindo-se maiores garantias ao trabalhador, condicionando a extinção a outras exigências – cf. evolução jurisprudencial documentada em decisão da Cassazione de 29.3.2010, n.º 7531; a este propósito, v. ainda decisões da Cassazione de 8.1.1983, n.º 140, de 10.10.1985, n.º 4937, de 15.3.1986, n.º 1796, de 21.1.1988, n.º 474, e de 7.9. 1988, n.º 5076. Quanto ao enquadramento reservado, no CCit., à extinção do contrato por impossibilidade, v. o indicado *supra* Parte I, Capítulo II.

³⁷⁸⁴ Sendo, neste contexto, referidas, entre outras, as decisões da Cassazione de 21.7.2000, n.º 96209, de 26.5.2001, n.º 7210, e de 2.8.2001, n.º 10574.

³⁷⁸⁵ É, não obstante, não raras vezes denunciada insuficiência exegética e equívoco sistemático no que respeita à recondução de comportamento relativo à pessoa do trabalhador a razões objectivas de despedimento.

³⁷⁸⁶ Retratando uma tal evolução, v. decisões da Cassazione de 28.6.1976, n.º 2469, de 9.11.1978, n.º 5156, de 12.2.1980, n.º 993, de 11.4.1980, n.º 2317, de 14.4.1981, n.º 2256, de 4.5.1982, n.º 2780, de 15.7.1983, n.º 4849, de 4.5.1990, n.º 3690, de 23.6.1992, n.º 7668, e de 9.6.1993, n.º 6409.

³⁷⁸⁷ Hipótese que, entre nós, e por via do princípio da presunção de inocência, excluimos de possível transmutação da suspensão em extinção por caducidade, por via de conversão de impedimento transitório em definitivo (v. *supra* Capítulo II, Secção III, § 2.).

³⁷⁸⁸ Quanto ao apelo à impossibilidade parcial, v. o indicado *supra* Parte I, Capítulo II, § 3.4.

fissati dall'art. 3 l. 15 luglio 1966, n. 604, con giudizio ex ante"³⁷⁸⁹. A convocação, nestes casos, das disposições relativas ao despedimento tem, também aqui, por fim assegurar maior tutela ao trabalhador: a (in)subsistência do contrato depende, nesta perspectiva, de (in)suficiência da motivação extintiva – havendo que aferir o impacto da ausência do trabalhador no respectivo contexto organizacional, ou seja, medir uma tal projecção na esfera do credor ³⁷⁹⁰. Conforme o art. 3 da *Legge* de 15.7.1966, n.º 604, o despedimento por justificado motivo objectivo decorre de exigências objectivas da empresa, em particular, *"inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa"*, não tendo lugar valoração subjectiva do comportamento do trabalhador: são, em suma, aqui enquadráveis hipóteses extintivas surgidas não só em razão directa de reorganização ou reestruturação empresarial, mas (ainda) por factos referentes à esfera pessoal do trabalhador, que ditam a sua ausência, entravando o regular funcionamento da organização^{3791/3792}.

III. Com estas indicações, pretendemos tão-só assinalar que, independentemente da modalidade extintiva que cada ordenamento reserve a hipótese de impedimento superveniente da prestação, por factos respeitantes ao trabalhador³⁷⁹³ – e que, entre nós, ditam a cessação por caducidade –, o futuro do contrato (subsistência ou extinção) depende, no essencial, de verificação dos traços próprios do obstáculo à execução e respectivo impacto na esfera do

³⁷⁸⁹ Decisão n.º 266, RIDL, ano 14, 1995, pp. 667-672.

³⁷⁹⁰ Quanto à cessação por *"giustificato motivo oggettivo"*, v. ICHINO, *Il contratto cit.*, pp. 435 e ss.

³⁷⁹¹ GALANTINO, *Diritto cit.*, pp. 532-534. No entanto, em caso de doença, tem ainda aplicação o regime indicado no art. 2110 do CCit. – em detrimento, quer do regime geral da impossibilidade, previsto no CCit., quer da disciplina sectorial, do despedimento por motivo justificado objectivo (LOMBARDI, *La risoluzione cit.*, p. 393). Sobre esta hipótese, v. *infra* § 4.3.1.

³⁷⁹² A justificação da cessação em função da repercussão da ausência do trabalhador na organização do empregador – correspondendo, pois, a motivos objectivos de cessação, relativos à gestão da empresa – tem impacto relevante no plano do controlo valorativo da decisão, em sede judicial. É, a este propósito, sustentado – tendo em conta a salvaguarda constitucional da liberdade de iniciativa económica privada (cf. art. 41, 1 da Constituição italiana) –, a inadmissibilidade de escrutínio do mérito da decisão do empregador, *maxime*, respectiva oportunidade económica/gestionária. A cessação é controlada apenas quanto à veracidade das razões invocadas, ao nexos causal entre a motivação invocada e a extinção e, por fim, quanto à impossibilidade de afectação do trabalhador a outras funções equivalentes ou inferiores (havendo, neste caso, que contar com o seu consentimento), existentes na organização (DEL PUNTA, *Diritto cit.*, pp. 533-534).

³⁷⁹³ Como acima indicado (v. *supra* Capítulo I, Secção I, § X.) e adiante desenvolvido (*infra*, § 4.3.1), também no Direito alemão, as ausências (repetidas ou prolongadas) do trabalhador, em razão de doença, que constituam incapacidade laboral são fundamento para *"personenbedingte Kündigungen"* (cf. § 1, 2 da KSchG). A doença releva, pois, como motivo *"socialmente justificado"* (*"sozial gerechtfertigt"*) para despedimento ordinário. Por sua vez, no Direito inglês, na falta de critérios firmes que permitam autonomizar os casos de cessação por (*"fair"*) *"dismissal"* e por *"frustration"*, a doutrina tende a criticar a difusão da extinção por *"frustration"*, pelas reduzidas garantias afectas ao trabalhador (cf. *supra*, por exemplo, n. 2606). No Direito espanhol, v. n. 1608, as referências à extinção, pelas razões indicadas no art. 52, d) do ET (*"Extinción del contrato por causas objetivas"*) – e v. ainda *infra* n. 3864.

credor. Assim se reforçando o interesse que reveste a identificação de critérios que, em tais hipóteses e ainda que à luz de enquadramentos distintos, têm sido convocados para, em cada situação, determinar *até que ponto é legítimo concluir que a ausência do trabalhador não reveste já natureza transitória, mas definitiva, autorizando a extinção*.

Do confronto com os demais ordenamentos resulta, no entanto, ponto de partida importante: constatada a tendencial procedimentalização da extinção, admitimos que a forma simplificada como a caducidade opera, entre nós, perante *“impossibilidade superveniente, absoluta e definitiva, de o trabalhador prestar o seu trabalho”*³⁷⁹⁴, deve também influir na valoração da natureza transitória ou definitiva do impedimento ou – o mesmo é dizer – na determinação do destino do contrato.

4.2. A motivação subjacente a cada hipótese suspensiva: avaliação neutra ou não neutra

I. Na determinação do impacto de certa ausência prolongada e na delimitação da natureza temporária ou definitiva do impedimento, importa ponderar possível hierarquização das razões que, em cada hipótese suspensiva, motivam a suspensão. Vimos, afinal que, atenta a heterogeneidade do fenómeno, a finalidade comum – a conservação do negócio jurídico e a estabilidade do emprego – não prejudica a concorrência de fundamentos diversos³⁷⁹⁵. Assumimos, pois, que optar pela continuação mais ou menos prolongada do contrato de trabalho e definir o período pelo qual é razoável vincular (impositivamente) o empregador sofre variação também em função da natureza do impedimento surgido, em cada caso³⁷⁹⁶. Em termos aproximados, também RIVAS VALLEJO constata, à luz do ordenamento espanhol, que *“todas las circunstancias que motivan la suspensión del contrato de trabajo tienen carácter temporal, pues en outro caso estaríamos ante un supuesto de extinción”*. Logo em seguida reconhecendo, porém, que *“la diferente naturaleza de todas ellas impide que su temporalidad pueda tener la misma extensión, imponiendo una duración diferente en cada caso”*³⁷⁹⁷. Assente que *definitivo* não significa *irreversível*³⁷⁹⁸, a fixação do limite da suspensão tolerada parece não dever desconsiderar se a uma tal ausência subjaz, *v.g.*, o exercício prolongado de funções em estrutura de representação colectiva ou o cumprimento de pena privativa de liberdade – nas

³⁷⁹⁴ Cf. art. 343.º, b), primeira parte.

³⁷⁹⁵ V. *supra* Parte I, Capítulo I, Secção V, Subsecção III, § 1.

³⁷⁹⁶ Em termos, em certa medida, aproximados, VIDA SORIA indica: *“la temporalidad de la figura está determinada por la temporalidad de la causa que pueda producirla, y ésta viene dada por la misma esencia del supuesto concreto; así, pues, sólo pueden ser causas suspensivas aquellas que encierran dentro de sí una idea de provisionalidad en su existencia (de imposibilidad temporal se podría decir)”* (La suspensión cit., p. 25).

³⁷⁹⁷ La suspensión cit., p. 154. Não são, todavia, adiantados critérios delimitadores da natureza transitória ou definitiva do obstáculo à execução, sempre que a extensão do impedimento não resulte antecipadamente definida.

³⁷⁹⁸ Cf. *supra*, § 1.

circunstâncias em que admitimos concluir pela não imputação da ausência ao trabalhador, no seguimento de condenação penal³⁷⁹⁹.

II. Afinal, no primeiro caso, o impedimento traduz a afectação da disponibilidade do trabalhador ao desenvolvimento de actividade à qual o ordenamento reconhece especial relevância; o que não sucede na segunda hipótese, em que o obstáculo à execução – embora constituindo situação alheia ao (in)cumprimento, pelo trabalhador, dos seus deveres contratuais – não é acompanhado de um *plus* de tutela, não traduzindo motivação a valorar positivamente ou que importe acautelar, em termos jurídicos: é tão-somente o pleno respeito pela autonomização das esferas pessoal/profissional que dita a irrelevância disciplinar da ausência ao trabalho³⁸⁰⁰; nada mais havendo, porém, adicionalmente, a considerar – não concorrendo comportamento que, embora extralaboral, importe promover ou estimular. Por isso diremos que a avaliação é, nesta medida, *neutra*³⁸⁰¹.

Idêntica contraposição podendo ser convocada a respeito de impedimento prolongado, em razão de doença – em que a especial vulnerabilidade (incapacidade física/psíquica) do trabalhador reclama, só por si, particular atenção do ordenamento³⁸⁰² –, no confronto com impedimento superveniente ao exercício da actividade laboral, por perda de habilitação legal ou pelo surgir de nova exigência, que passa a condicionar o exercício profissional, nas hipóteses às quais associámos relevância suspensiva (*i.e.*, sempre que a falta de uma tal habilitação não decorre (sequer) de comportamento negligente do trabalhador)³⁸⁰³. Dir-se-á, em suma, que, nestas últimas situações, a suspensão

³⁷⁹⁹ Cf. *supra*, Capítulo II, Secção III, § 2. O mesmo poderia dizer-se a respeito de ausência por prisão preventiva *vs.* por prisão efectiva – simplesmente, no primeiro caso, excluimos valoração da perda do interesse do credor (e, nesta medida, transmutação de impedimento transitório em definitivo), atenta a prevalência – por todo o período de ausência – da presunção de inocência do arguido (*v. supra* Capítulo II, Secção III, § 2.).

³⁸⁰⁰ Cf. *supra*, Capítulo II, Secção III.

³⁸⁰¹ De assinalar que a valoração aqui pressuposta oscila apenas entre *valoração neutra* ou *positiva* – e não já *negativa* –, atenta a irrelevância disciplinar, em qualquer hipótese, das ausências que autorizam o operar da suspensão.

³⁸⁰² Com especial ênfase em caso de acidente ou doença profissional. Tal qual referido em texto preambular do DL n.º 352/2007, de 23.10, “*não obstante a diversidade de realidades apontada e a consequente necessidade de adequar a elas a avaliação dos diversos tipos das incapacidades em causa, consoante a sua natureza e a resposta particular que reclamam, a protecção jurídico-laboral reforçada dos sinistrados ou doentes é um princípio básico, do qual não se pode abdicar, em defesa dos mais elementares direitos dos trabalhadores. Na realidade, tal princípio justifica por si só, quer a manutenção de um instrumento próprio de avaliação das incapacidades geradas no específico domínio das relações do trabalho, quer ainda a sua constante evolução e actualização, por forma a abranger todas as situações em que, do exercício da actividade laboral, ou por causa dele, resultem significativos prejuízos para os trabalhadores, designadamente os que afectam a sua capacidade para continuar a desempenhar, de forma normal, a actividade profissional e, consequentemente, a capacidade de ganho daí decorrente*”.

³⁸⁰³ Quanto à delimitação da imputação nesses casos, *v. supra* Capítulo II, Secção III, § 3., III. Já relativamente à natureza transitória ou definitiva do impedimento, o STJ indica, em acórdão de 14.4.2010, Proc. n.º 36/07.0TTCSC.L1.S1 (PINTO HESPAÑOL), que “a impossibilidade é definitiva quando não seja previsível, num prazo razoável, a reversibilidade da situação. Ora tendo a A. sido

opera tendo por propósito a salvaguarda da estabilidade contratual/preservação do emprego – fim transversal às diversas hipóteses suspensivas –, não acrescentando, porém, agora, por regra, qualquer valoração adicional³⁸⁰⁴. O sugerido exercício é, aliás, frequente no Direito alemão, atenta a distinta valoração afecta aos casos de despedimento, em situação de doença ou prisão. Embora as duas hipóteses sejam reconduzidas, em função dos fundamentos de cessação indicados no § 1, 2 da KSchG, a “*ordentliche Kündigung*”, por razões relacionadas com o trabalhador (“*personenbedingte Kündigungen*”), a jurisprudência tende a considerar definitiva a ausência em

contratada para exercer a actividade de professora, que corresponde às funções de docência e sendo a R. informada pelo Ministério que a habilitação académica da mesma não confere habilitação para nenhum grupo de recrutamento, o que significa, que não podia leccionar, não só a disciplina de Psicologia, mas qualquer outra”, dir-se-ia que “a impossibilidade de exercício da actividade docente [era] total e absoluta e que os factos invocados na carta da R. [eram] os bastantes para traduzir essa impossibilidade”. Mais se acrescentando que “quanto ao carácter definitivo da impossibilidade, [...] a menos que estivesse eminente a alteração do Despacho Normativo sobre as habilitações próprias e suficientes para a docência, no sentido de passar a integrar a licenciatura em Psicologia — o que não consta que se verificasse à data, tanto mais que, decorridos três anos lectivos, ainda não ocorreu tal alteração — terá de considerar-se que a falta de habilitação da A. comunicada pelo Ministério da Educação e determinante da impossibilidade de exercício da docência se configura como definitiva”. Por sua vez, em acórdão de 19.12.2007, as trabalhadoras procuraram contrariar o carácter definitivo da impossibilidade, indicando que a “ré não curou de saber, então, se [...] estariam dispostas, ou não, a tirar o curso de enfermeiras e só na hipótese negativa se saberia se a impossibilidade seria absoluta e definitiva” (Proc. n.º 07S3389, SOUSA PEIXOTO). Concluindo, todavia, o STJ pela natureza definitiva do impedimento: “como as recorrentes implicitamente reconhecem para se inscreverem na Ordem necessitavam de tirar o curso de enfermagem. Ora, além de não ser garantido que as autoras lograssem tirar o dito curso, a verdade é que a sua obtenção sempre demoraria bastante tempo, o que significa que a impossibilidade se manteria por largo tempo, quiçá, por vários anos, deixando, por isso, de ser transitória” (ênfase nossa). Também em acórdão do STJ de 12.3.2008, Proc. n.º 07S740 (MÁRIO PEREIRA), foi questionada a natureza definitiva da impossibilidade, na medida em que “nada impedia que no ano lectivo seguinte a DREL autorizasse o Autor a leccionar viola dedilhada ou até que este viesse a adquirir habilitação própria para leccionar a disciplina”. A natureza definitiva do impedimento é, porém, entendida “no sentido de que face a uma evolução normal e previsível, não mais seria viável a respectiva prestação”. Ora, “no caso *sub judice*, se o Autor exercia as funções docentes há cerca de 15 anos, ao abrigo de autorizações provisórias [...], sem que, durante esse tempo, adquirisse as habilitações legalmente exigíveis, não se afigura previsível que no futuro (após o indeferimento da DREL), a curto ou médio prazo (um, dois, ou até 3 anos) viesse a obter essas habilitações”. Por outro lado, “sabido como é o aumento gradual e constante das exigências académicas para o exercício da actividade docente, também não parece que fosse previsível que a um indeferimento do exercício da actividade docente, por falta de habilitações, num ano lectivo, se seguisse, nos anos imediatos, com base na mesma formação académica, a autorização, ainda que provisória, para o exercício daquela actividade docente. Ou seja, resulta da matéria de facto que era previsível que a impossibilidade para o Autor exercer as funções de professor de viola dedilhada fosse durar tanto tempo que não era exigível à Ré aguardar uma futura e incerta aquisição de habilitações do Autor ou autorização provisória por parte da DREL para o Autor continuar a leccionar. Verifica-se, pois, uma impossibilidade superveniente, absoluta e definitiva de o Autor exercer as funções para a Ré, pelo que o contrato se deve considerar cessado por caducidade” (itálico nosso).

³⁸⁰⁴ Cremos, na verdade, que nestas circunstâncias, a estabilidade do emprego constitui, em simultâneo, o fim e o fundamento da suspensão.

razão de prisão se estimada por um período superior a dois anos, dispensando aferir o impacto de uma tal ausência na esfera do empregador³⁸⁰⁵; diferentemente, em situação de doença, uma tal contraposição, em concreto, dos interesses das partes, é sempre necessária. Concorre, em suma, maior rigor na aferição da natureza definitiva de ausência por doença do que em razão de prisão³⁸⁰⁶. Por sua vez, também no Direito italiano – operando a cessação desde que verificado “*giustificato motivo oggettivo*” –, a *Cassazione* considera inadequada avaliação, em termos idênticos, de ausência por doença e por cumprimento de prisão, seja preventiva ou definitiva³⁸⁰⁷.

Diremos, assim, a título ilustrativo, que no exercício de funções em estrutura de representação colectiva ou perante impedimento em razão de incapacidade física ou psíquica do trabalhador, embora a suspensão tenha ainda em vista a continuidade do vínculo, reflecte interesses aos quais o ordenamento reserva particular atenção, conforme concretizações diversas, para lá da suspensão. Tal especial tutela resulta de à suspensão corresponder, nestas situações, valoração autónoma, atenta a necessidade de promover o exercício de actividade que se revela incompatível com o cumprimento, pelo trabalhador, de obrigação a que se vinculou perante o empregador ou, em caso de incapacidade do trabalhador, do reconhecimento de exigência de protecção acrescida, assim se obviando a que a especial vulnerabilidade que o atinge afecte a continuidade do vínculo³⁸⁰⁸.

III. De assinalar, todavia, que mesmo relativamente a factos suspensivos cuja motivação justifique, nos termos referidos, posição *não neutra* do ordenamento, é possível identificar escala de exigência, no plano de delimitação da natureza definitiva ou transitória do impedimento. Nesta medida, perante hipóteses suspensivas surgidas por cumprimento de dever jurídico imposto pelo ordenamento ao trabalhador, em razão do especial interesse que reveste a observância de actividade concorrente – incompatível com o simultâneo desenvolvimento da actividade laboral – importa reconhecer que a natureza definitiva do impedimento reclama avaliação especialmente exigente. Aqui se incluindo os casos de cumprimento de serviço militar, quando (antes) obrigatório, atenta a imposição ao trabalhador de dever conflituante com a execução da actividade a que se vinculava perante o empregador³⁸⁰⁹. Conforme

³⁸⁰⁵ Cf. explicitado *supra*, Capítulo II, Secção III, § 2.1.

³⁸⁰⁶ Para maiores desenvolvimentos quanto à situação de prisão no Direito alemão, *v. supra* § Capítulo II, Secção III, § 2.1. Quanto à ponderação exigida em caso de doença, *v. infra* § 4.3.1.

³⁸⁰⁷ “Non può farsi riferimento, ai fini della determinazione della durata massima dell’assenza tollerabile dal datore di lavoro, al periodo di compimento di malattia, che, in relazione ad un’assenza forzata per causa del tutto diversa, risponde ad un’esigenza di tutela del diritto alla salute” (decisão da *Cassazione*, de 11.1.1995, n.º 266 *cit.*, e LOMBARDI, *La risoluzione cit.*, p. 390; *v. ainda* p. 412).

³⁸⁰⁸ Lógica idêntica era, aliás, identificável na suspensão em razão do cumprimento do serviço militar obrigatório, considerado o sacrifício pessoal (e profissional) que o ordenamento impunha àqueles que se encontravam adstritos a uma tal obrigação – atento o interesse público subjacente a um tal dever.

³⁸⁰⁹ A este respeito, *v. supra* Capítulo I, Secção III, § 2.2.

previsto no art. 276.º, n.º 7, da CRP, “nenhum cidadão pode ser prejudicado na sua colocação, nos seus benefícios sociais ou no seu emprego permanente por virtude do cumprimento do serviço militar ou do serviço cívico obrigatório”³⁸¹⁰. Decorrendo o impedimento de obrigação criada/imposta pelo ordenamento, é imperioso que ao trabalhador sejam reconhecidos mecanismos reforçados de tutela³⁸¹¹, que compensem o sacrifício da adstrição a tais deveres e que atenuem as consequências da reafectação, assim feita, da sua liberdade/disponibilidade. Estes os casos em que se justifica maior exigência na delimitação da natureza temporária ou definitiva do impedimento, enquanto condicionante da caducidade do vínculo laboral: na falta de limite máximo expressamente previsto, deve entender-se que o interesse do trabalhador na subsistência do contrato (bem como o da colectividade, concretizado no dever imposto ao trabalhador) prevalece, nestas hipóteses, sobre o do empregador na desvinculação, por todo o período em que o trabalhador permaneça adstrito a um tal dever³⁸¹².

Seguem-se as situações em que o obstáculo não resulte de um dever jurídico incompatível com o desenvolvimento da actividade laboral – nesta medida, o impedimento à execução não decorre de imposição do ordenamento, mas de um acto voluntário do trabalhador. Sucede que o exercício de uma tal actividade, ainda que inconciliável com o cumprimento simultâneo do contrato de trabalho, é *positivamente* valorado pelo ordenamento, por realizar valores estruturantes do mesmo. Aqui se enquadrando, a par de outras hipóteses, o exercício de funções em estrutura de representação colectiva³⁸¹³. A este propósito é, aliás, ilustrativo o referido pelo STJ, em acórdão de 22.10.1996: se, regra geral, “a suspensão importa a paralisação dos efeitos dependentes da possibilidade da prestação de trabalho efectivo, legitimando a inexecução dessa prestação, pelo que durante a sua verificação, exonera o trabalhador do cumprimento da sua obrigação principal – a execução da tarefa a que, pelo contrato, se obrigou, sem que o vínculo resultante do contrato de trabalho se extinga”; e se assim é porque “a finalidade da suspensão do contrato é obstar a

³⁸¹⁰ *Idem*.

³⁸¹¹ À luz do enquadramento legal então vigente, TAVARES DA SILVA descrevia estas hipóteses nos termos seguintes: “a colectividade *impõe* a cada jovem válido do sexo masculino, quando, em regra, ele se encontra ainda quase no início duma carreira profissional, *vários meses de presença nas fileiras e consequente afastamento do trabalho*”. Acrescentando, por conseguinte, que se tal circunstância “*não fosse acompanhada de medidas adequadas de protecção do emprego*”, repercutir-se-ia “muito desfavoravelmente na vida profissional dos conscritos e tornar-se mesmo factor de perturbação constante do mundo do trabalho” (“Serviço militar ...” *cit.*, pp. 46-47, *itálico* nosso).

³⁸¹² A este grupo de hipóteses reconduzimos ainda as ausências do trabalhador, em observância de prisão preventiva. Atenta a prevalência da presunção de inocência, por todo este período, não consideramos ajustado qualquer juízo de valorização que dite – atento o impacto da ausência na esfera do credor (o empregador) – que o impedimento não seja já temporário, mas definitivo. Sobre esta hipótese, *v.* o referido *supra* Capítulo II, Secção III, § 2.

³⁸¹³ Ou o exercício de cargos públicos. Conforme o art. 50.º, n.º 2, da CRP, “ninguém pode ser prejudicado na sua colocação, no seu emprego, na sua carreira profissional ou nos benefícios sociais a que tenha direito, em virtude do exercício de direitos políticos ou do desempenho de cargos públicos”. A respeito destes casos, *v.* o referido *supra* Capítulo II, Secção III, § 2.4.

que a inexecução da prestação por parte do trabalhador conduza à extinção do contrato”, importa ter presente que “[n]o que respeita à suspensão derivada do desempenho de funções sindicais, tem-se entendido que a imposição legal da sobrevivência do contrato apesar da sua inexecução por parte do trabalhador, isto é, a proibição de o credor da prestação se prevalecer daquele incumprimento do contrato para o resolver não se apresenta como um meio de salvaguardar a estabilidade de um emprego, que estaria ameaçado, antes se confundido com o fundamento das próprias instituições representativas dos trabalhadores, cujo funcionamento se permite através deste expediente”³⁸¹⁴. Divergimos desta leitura por entendermos que mesmo nesta hipótese a suspensão não pretere o fim transversal de salvaguarda da continuidade contratual³⁸¹⁵; é, não obstante, incontestável a concorrência de uma actividade especialmente acautelada pelo ordenamento, cuja tutela é (também) assim prosseguida, por via suspensiva.

A par destes casos, há, por fim, que referir as situações em que a suspensão resulta de incapacidade física ou psíquica do trabalhador para o desenvolvimento da actividade acordada. Em tais hipóteses, ao invés das anteriormente referidas, não registamos, claro está, interferência directa do ordenamento no surgir do impedimento ou sequer promoção da actividade que subjaz a um tal obstáculo. Simplesmente, importa acautelar que a situação de especial fragilidade em que o trabalhador se encontra não o expõe a maiores riscos, nomeadamente inviabilizando a subsistência futura do contrato de trabalho – assumindo, por conseguinte, a suspensão, também nestas hipóteses, particular importância³⁸¹⁶.

IV. Em suma, não sendo neutro o modo como o ordenamento perspectiva as diversas hipóteses suspensivas, a avaliação da natureza transitória ou definitiva do impedimento – e, por conseguinte, a determinação da subsistência ou fim do vínculo – não deve abstrair desta premissa. Poderá, é certo, contrapor-se que esta lógica, prolongando em certos casos a subsistência do contrato, onera indevidamente o empregador – que terá, nessas circunstâncias, maiores dificuldades em demonstrar a natureza definitiva do impedimento e, assim, em libertar-se de um tal compromisso. Retringimos, todavia, esta conclusão apenas às hipóteses primeiramente referidas – em que o impedimento à plena execução resulta imposto, pelo ordenamento jurídico, ao trabalhador, em função de interesses específicos, assim sobrepostos também ao empregador³⁸¹⁷. De assinalar, contudo, que mesmo em tais casos a perspectiva do empregador não é desconsiderada: simplesmente, atendendo aos valores acautelados por via

³⁸¹⁴ Proc. n.º 004383 (ALMEIDA DEVEZA), itálico nosso.

³⁸¹⁵ Tal qual assinalado *supra*, Parte I, Capítulo I, Secção V, Subsecção III, § 1.

³⁸¹⁶ A este núcleo reconduzimos ainda a suspensão invocada por vítima de violência doméstica. Quanto a tais casos, *v. supra* Capítulo I, Secção III, Subsecção III, § 2.3.

³⁸¹⁷ V.g., obrigações militares que inviabilizam a comparência ao serviço ou observância de medidas cautelares privativas da liberdade ou obstativas do exercício da actividade profissional.

suspensiva e considerado o sacrifício imposto, por esta forma, ao trabalhador, é legítimo concluir pela tendencial prevalência do interesse deste último, quanto à subsistência do contrato, no confronto com a pretensão do empregador, relativamente à extinção.

No entanto, salvo nos casos ora indicados, a autonomização de situações suspensivas às quais corresponde uma posição *neutra* do ordenamento – v.g., prisão efectiva e perda de título necessário ao exercício profissional, quando admitimos que a ausência não legitima censura disciplinar – e o seu confronto com as demais hipóteses suspensivas (*não neutras*), em que o impedimento decorre de situações que reclamam especial atenção do ordenamento, permite tão-só concluir por uma avaliação mais exigente, nestes últimos casos, quanto à natureza definitiva do impedimento. Não legitima, porém, opção imediata pela subsistência do vínculo laboral, por todo o período em que o impedimento perdure: por via da diferenciação assim estabelecida, resulta identificado um primeiro critério delimitador da natureza temporária ou definitiva do obstáculo à execução. O que não significa, contudo, prescindir da convocação de outros índices de valoração, que permitam avaliar, caso a caso, os interesses do trabalhador – quanto à manutenção do vínculo – e do empregador – quanto à desvinculação. Veremos, contudo, que tal análise tende, entre nós, a ser descurada, não só pela doutrina, mas, sobretudo, pela jurisprudência.

V. Na jurisprudência nacional, não identificamos referência directa a qualquer escalonamento dos factos suspensivos, em função da motivação que subjaz a cada caso, para aferição da natureza transitória ou definitiva do impedimento. Tal graduação resulta, no entanto, por outra via: da fundamentação acolhida em decisões várias, a respeito de distintas hipóteses suspensivas. A jurisprudência afecta, na verdade – no confronto com outros factos suspensivos –, especial importância à suspensão por exercício de funções em estrutura de representação colectiva; o que, por sua vez, assume invariáveis reflexos na delimitação da maior ou menor extensão reconhecida à suspensão. Assim resulta, aliás, evidente na forma como o STJ enuncia o problema: “vejamos, então, a eventual repercussão que as faltas *dadas por motivos sindicais* pode assumir na impossibilidade, *temporária* ou *definitiva*, de prestação do trabalho e na consequente *manutenção*, ou *não*, *da relação laboral*”³⁸¹⁸. Tal análise é, de imediato, centrada na motivação que dita, neste caso específico, o surgir do impedimento, atenta a tutela reservada, à luz dos arts. 53.º e 55.º da CRP. Daqui resultando, no entender do Tribunal, aferição particularmente exigente da natureza definitiva do impedimento: a suspensão deveria, nessas situações, manter-se por *todo o período* correspondente a uma tal ocupação – ainda que esta

³⁸¹⁸ Acórdão do STJ, de 20.5.2009, Proc. n.º 08S3258 (SOUSA GRANDÃO), com itálico nosso. Tratando também de “ausências prolongados e ininterruptas”, em razão do “desempenho profissionalizado, a tempo inteiro, dos cargos na direcção sindical”, v. acórdão do STJ, de 22.10.1996, Proc. n.º 004383 (ALMEIDA DEVEZA).

actividade se mantenha, por hipótese, por mais de três décadas³⁸¹⁹. Entendimento diverso poderia, afinal, inviabilizar participação activa em tais estruturas, tendo em conta a maior exposição destes trabalhadores – considerada a natureza das funções desempenhadas – e a ausência de especiais garantias, quanto ao pleno restabelecimento do vínculo laboral. Este o racional que explica afirmar-se “que um trabalhador, dirigente sindical, pode faltar, justificadamente, para o exercício dessas funções, *sem limite temporal*”³⁸²⁰: o facto de tal actividade concorrente poder ser exercida por um período muito extenso – porventura até superior ao tempo de (plena) execução contratual já decorrido – não obsta, na avaliação do STJ, a vinculação *indefinida* do empregador. O que implica reconhecer que uma tal motivação para a ausência do trabalhador goza, entre nós, especial vitalidade: a suspensão opera por todo o tempo de ausência, mantendo o impedimento, por tal período, natureza transitória. Remata, a este propósito, o Tribunal: “a entender-se que o contrato de trabalho havia caducado por virtude do tempo em que o Autor exerceu a tempo inteiro as funções sindicais, estaríamos perante uma *infundada limitação, quiçá obstrução, ao exercício de funções sindicais*, que – já o vimos – o Texto Fundamental (artigo 55.º) *não consente*”³⁸²¹.

Esta hipótese é ilustrativa da forma como a justificação que, em cada situação, dita a suspensão influi na delimitação da natureza transitória ou definitiva do impedimento e, neste caso particular, como o exercício de funções em estrutura de representação colectiva tende a justificar especial exigência na caracterização da natureza definitiva do impedimento. Divergimos, todavia, do entendimento do STJ, na medida em que considera bastante, para uma tal avaliação, constatação da relevância que reveste, para o ordenamento, o exercício daquelas funções, abstraindo de valoração do impacto da ausência do trabalhador no equilíbrio contratual, dispensando aferir em que medida os interesses do empregador resultam afectados. Discordamos, afinal, de argumentação que alicerça a natureza transitória apenas e tão-só na tutela constitucional reservada ao motivo que subjaz à suspensão, sem considerar outros elementos – que atendam à situação jurídica do empregador. Descurar tais circunstâncias é dispensar avaliação dos interesses conflitantes das partes (trabalhador e empregador), abdicando da respectiva concordância prática. No acórdão em análise, a única menção ao interesse do empregador surge por

³⁸¹⁹ Cf. acórdão do STJ, de 20.5.2009 *cit.* Entre a factualidade provada, destacamos os seguintes elementos: “o autor nasceu em 21 de Julho de 1947, *desempenha a actividade sindical de forma permanente e remunerada desde 1977*, não trabalhando na produção do referido jornal há cerca de 30 anos e, mesmo depois de ele passar a ser produzido pela ora 1.ª Ré, *não compareceu nas respectivas instalações* para saber se haveria funções adequadas a si, se continuaria vinculado à ECP, S.A., ou à nova sociedade, ou se pretendiam alguma negociação em relação à sua situação contratual”. Havendo ainda que considerar que “o autor continua a candidatar-se e a ser eleito para cargos directivos dentro do Sindicato, tendo sido eleito em Novembro de 2005 para o triénio de 2005 a 2008” (itálico nosso).

³⁸²⁰ Acórdão *cit.*, Sumário, IV eV, ênfase nossa.

³⁸²¹ Acórdão *cit.*, itálico nosso.

referência à dispensa do pagamento da retribuição: deve entender-se que um trabalhador, dirigente sindical, pode faltar, justificadamente, para o exercício dessas funções, “*sem limite temporal*, embora, naturalmente, *considerando o interesse do empregador, com perda de remuneração*”³⁸²². Uma tal argumentação peca, porém, por defeito: para mensurar o sacrifício imposto, por esta via, ao empregador, não é suficiente verificar se, no tempo de suspensão, se encontra vinculado ao pagamento da retribuição; importa considerar outros elementos que permitam, com maior precisão, avaliar os reflexos da ausência na esfera jurídica do empregador.

Para este efeito, no caso dos autos, o empregador convocara, aliás, indícios vários, que – a par de outros – possibilitariam ao Tribunal, medir, com maior precisão, o impacto da ausência do trabalhador na organização. Procurando sustentar que o “impedimento temporário [...] para prestação da actividade profissional [se tornara] *definitivo algures no tempo* [...]”³⁸²³ – com consequente extinção do contrato, por caducidade –, foram enunciados diversos factores: (i) o facto de a ausência do trabalhador se prolongar há já cerca de 30 anos; (ii) o desinteresse do trabalhador, quanto à situação da empresa; (iii) a circunstância de, após transmissão de estabelecimento, o trabalhador nunca se ter apresentado ou dado a conhecer ao transmissário; (iv) o facto de a categoria profissional do trabalhador se encontrar obsoleta há cerca de 20 anos; (v) a ausência de manifestação de vontade do trabalhador em reassumir funções; (vi) a estabilidade com que exercia a actividade de dirigente sindical; (vii) a longevidade da respectiva carreira contributiva (42 anos) e, por fim, (viii) a proximidade da idade de reforma, por velhice. Argumentos que foram, porém, liminarmente desconsiderados pelo STJ, em face da tutela constitucional reservada ao exercício de funções sindicais: “os sobreditos preceitos legais e constitucionais contrariam a tese das recorrentes, na parte em que se sustenta a caducidade do vínculo laboral do Autor «algures no tempo»”. Especificamente, quanto aos factos tendentes a atestar a caducidade por impedimento definitivo, “como sejam o alegado desinteresse deste no regresso à empresa, ou até a proximidade da idade de reforma”, é indicado que os mesmos “*não assumem relevância autónoma perante aquele facto, essencial, de suspensão do contrato de trabalho do Autor pelo exercício de funções sindicais a tempo inteiro, ainda que durante cerca de 30 anos*”³⁸²⁴. O argumento é manifestamente circular: *a suspensão laboral pressupõe impedimento transitório; o impedimento é transitório porque concorre, no caso, suspensão laboral*.

Acresce que ainda que a avaliação do impacto da ausência do trabalhador na esfera da contraparte tomasse apenas em conta a subsistência ou dispensa do pagamento da retribuição – o que ditaria, atendendo à tendencial suspensão da contraprestação, quase sempre concluir pela subsistência indefinida do vínculo, em modo suspensivo –, sempre haveria que atender a outros elementos, reiteradamente descurados na avaliação jurisprudencial. Importa, afinal, não

³⁸²² Acórdão cit., Sumário, VI, ênfase nossa.

³⁸²³ Acórdão cit., itálico nosso.

³⁸²⁴ Acórdão cit., ênfase nossa.

esquecer que o tempo de suspensão é, por regra, computado para efeitos de antiguidade³⁸²⁵, sendo este o conceito operativo relevante para consolidação de direitos vários do trabalhador, com expressão patrimonial – tal qual, compensações devidas ao trabalhador em caso de despedimento por razões objectivas e indemnizações por despedimento ilícito. Por conseguinte, à semelhança de outros ordenamentos, à luz dos quais a circunstância de o empregador suportar, ainda que por tempo limitado, o pagamento de determinados valores ao trabalhador ausente surge, a par de outros critérios, como elemento relevante à delimitação da natureza temporária ou definitiva do impedimento, também o facto de, entre nós, o tempo de suspensão ser computado para efeitos de antiguidade, constitui factor importante a considerar, no contexto de uma tal valoração.

Em suma, embora reconhecendo que o motivo que legitima, em cada caso, a suspensão condiciona, à partida, valoração mais exigente ou flexível da natureza temporária ou definitiva do impedimento, não prescindimos, por regra³⁸²⁶, de avaliação que atenda, de um lado, à tutela conferida ao trabalhador e, de um outro, à perturbação que a subsistência mais ou menos extensa do vínculo dita para o empregador. Este exercício revela, no entanto, a premência da definição de critérios que autorizem, com maior rigor, concluir quando é legítimo afirmar que o impedimento não é já transitório, mas definitivo. Perspectivado o vínculo laboral globalmente e considerado também o interesse do empregador na desvinculação, afigura-se, na verdade, redutor concluir pela natureza temporária do obstáculo à execução, atendendo tão-só à relevância que reveste o exercício de uma tal actividade (no plano extralaboral) e a tanto “não obstante” sequer “o facto de as tarefas que [o trabalhador] anteriormente desempenhava já não existirem”, tendo em conta não ter ocorrido “qualquer cessação do contrato por extinção do posto de trabalho”³⁸²⁷. Uma tal solução – procurando assegurar ao trabalhador nestas circunstâncias garantia máxima quanto à estabilidade do emprego – não se harmoniza adequadamente com o entendimento (subscrito, aliás, pelo STJ, neste acórdão³⁸²⁸), de que a delimitação da natureza *temporária* ou *definitiva* do impedimento pressupõe avaliação jurídica, considerado (também) o interesse do credor.

VI. No que respeita à delimitação da natureza transitória ou definitiva de impedimento decorrente de doença, embora a jurisprudência também afirme,

³⁸²⁵ Dispõe o art. 295.º, n.º 2, que “o tempo de redução ou suspensão conta-se para efeitos de antiguidade”. A este propósito, v. *supra* Parte I, Capítulo I, Secção V, Subsecção III, § 1.

³⁸²⁶ Salvo os casos acima indicados (v. *supra* § III).

³⁸²⁷ Acórdão *cit.*

³⁸²⁸ Quanto à delimitação da natureza *temporária* ou *definitiva* é, a dado trecho, convocada a definição proposta por LOBO XAVIER que “consider[a como] impossibilidade definitiva [...] a impossibilidade que «[...] vai durar tanto tempo que não será exigível à empresa aguardar a futura e sempre incerta viabilização das relações contratuais»” (Manual *cit.*, p. 735).

com frequência, a natureza *jurídica* e não *naturalística* de uma tal avaliação³⁸²⁹ – e reitere, a propósito desta hipótese suspensiva, a possibilidade de o empregador pôr fim ao contrato caso demonstre que, embora *não irreversível*, a doença terá uma extensão tal que, conformados os interesses das partes, não se afigura razoável impor a continuação do vínculo³⁸³⁰ –, escasseia análise jurisprudencial que assuma um tal desfecho. Não é, na verdade, usual a identificação de decisões que promovam, nestas situações, o confronto dos interesses das partes, aferindo, em concreto, quais os casos em que a ausência prolongada do trabalhador – ainda que adequadamente motivada – reveste um impacto tal na esfera jurídica do empregador que não se afigura legítimo impor a subsistência do vínculo. Admitimos, no entanto, que duas razões tenham contribuído para a rara frequência deste escrutínio. Desde logo, por ser usual considerar que a certificação médica da natureza temporária da incapacidade constitui elemento suficiente para a caracterização da *transitoriedade* do impedimento e, consequentemente, para assegurar o operar da suspensão, em detrimento da extinção – o que não cremos, porém, rigoroso. Melhor explicando: a avaliação médica tende a considerar a situação clínica do trabalhador e a sua capacidade para o desempenho futuro da actividade profissional; a uma tal valoração importa, contudo, somar uma outra, que confronte a situação jurídica do *trabalhador* – aqui atendendo, naturalmente, a uma tal avaliação clínica – com a do *empregador*, aferindo, em cada caso, o impacto (positivo e negativo) da subsistência do vínculo, nas respectivas esferas. Podendo suceder que uma incapacidade transitória no plano clínico (atenta a possibilidade de recuperação futura do trabalhador) venha, no plano jurídico – considerado o interesse do empregador e o impacto da ausência na organização –, a ser considerada entrave definitivo à continuação do vínculo. No entanto, para a exiguidade desta análise terá, porventura, contribuído ainda o facto de, por longo período, não ter sido líquido concluir que o trabalhador mantinha, durante a suspensão e perante o empregador, a obrigação de justificar o afastamento. O que constituía incontornável obstáculo à delimitação do impacto da respectiva ausência na esfera do empregador. Era, afinal, frequente entender-se que após o decurso dos primeiros trinta dias de ausência por doença, não havia que apresentar qualquer outro justificativo ao empregador – o que expressava, quanto a nós, visão deformada do fenómeno suspensivo. Subscrevemos, a este propósito, a argumentação da RL, em acórdão de 25.1.2012³⁸³¹, onde a exigência de justificação da ausência foi reiterada por todo o tempo de suspensão, atenta a incerteza que a omissão de um tal dever provocava na esfera jurídica do

³⁸²⁹ “Entretanto, no domínio laboral surgem posições no sentido de que o carácter absoluto e definitivo da impossibilidade *tem de ser analisado apenas no plano jurídico*, abandonando-se o enfoque naturalístico, por forma a considerar verificada a caducidade em situações em que a impossibilidade, apesar de temporária, é tão longa que não se deve exigir ao empregador a manutenção do contrato de trabalho” (acórdão da RP, de 17.1.2005, Proc. n.º 0415859, FERREIRA DA COSTA, com itálico nosso).

³⁸³⁰ Assim, v. *supra* § 1.

³⁸³¹ Proc. n.º 3110/11.5TTLSB.L1-4 (JOSÉ EDUARDO SAPATEIRO).

empregador³⁸³² – a quem cabe, afinal, gerir, da melhor forma possível, a ausência do trabalhador: “a não ser assim, a entidade patronal deixaria de ter qualquer conhecimento, controle e margem de manobra, em termos laborais e produtivos, para *redistribuir as tarefas* que eram exercidas pelo trabalhador faltoso e, eventualmente, *substituí-lo temporariamente* por um outro trabalhador contratado a termo certo ou incerto (ou nos termos do regime do *trabalho temporário*)”. Por sua vez, empresas de menor dimensão ficariam, por esta forma, “«*reféns*» das ausências prolongadas e absolutamente imprevisíveis de um ou mais trabalhadores do seu quadro, por não disporem dos elementos de facto indispensáveis à sanção/substituição temporárias de tais ausências, com um mínimo de segurança, rentabilidade e previsibilidade”, não constituindo certamente “uma obrigação excessiva, por impor um sacrifício inexigível ao empregado ausente, uma comunicação telefónica, por fax, «email», telegrama, carta ou pessoal, da manutenção do seu impedimento prolongado, do período previsível e da sua justificação documental, logo que possível)”. Em suma, “tais comunicação e justificação atempadas e sucessivas traduzem-se [...] em *deveres do trabalhador que não se mostram afastados pela referida suspensão do contrato de trabalho*, dado não pressuporem, pelo menos, em moldes exclusivos, a efectiva prestação de trabalho, prendendo-se com *outros deveres acessórios* relacionados com a boa fé no cumprimento dos contratos [...], que emergem da *relação jurídica complexa que é a relação laboral*”³⁸³³. Desde 2009, que uma tal comunicação passou a ser expressamente prevista, dispondo o art. 253.º, n.º 4, que “a comunicação é reiterada em caso de ausência imediatamente subsequente à prevista em comunicação referida num dos números anteriores, mesmo quando ausência determine a suspensão do contrato de trabalho por impedimento prolongado”. Admitimos, por conseguinte, que esta alteração venha a promover decisões onde se conclua que, atendendo (ainda) aos interesses do empregador – considerado o impacto da ausência do trabalhador –, a extinção do contrato operou antes de decorrido o tempo estimado para o restabelecimento do trabalhador: aqui se reconduzindo hipóteses em que embora a recuperação futura se afigure viável, não é exigível ao empregador aguardar um tal desfecho. O que reforça a necessidade de convocar, caso a caso, indícios vários, que permitam acomodar, em concreto, o interesse do trabalhador na *estabilização* e o do empregador na *desvinculação*. Concedemos, todavia, que a escassez, na jurisprudência, de uma tal valoração resulte ainda da falta de sistematização de critérios que auxiliem esta tarefa – precipitando concluir pela natureza transitória do impedimento, em hipóteses em que a concordância prática dos interesses em jogo poderia conduzir a solução distinta.

³⁸³² *Maxime*, quanto à delimitação de tais casos em face de hipóteses de abandono do trabalho (*v. infra* § 4.4).

³⁸³³ *Itálico* nosso; a este propósito, *v. o referido supra* Parte I, Capítulo I, Secção V, Subsecção III, § 5.

Em suma, o facto de reconhecermos que a valoração da natureza *transitória* ou *definitiva* do obstáculo à execução sofre variação consoante o motivo que, em cada caso, subjaz à suspensão (*maxime*, atenta a diferenciação entre hipóteses suspensivas *neutras* e *não neutras*, nos termos descritos) – e admitindo leitura mais ou menos exigente, a respeito dos diversos factos suspensivos que integram cada um de tais conjuntos –, tal não legitima prescindir de avaliação subsequente³⁸³⁴, que afira os reflexos da motivação suspensiva no específico vínculo laboral em cada caso atingido³⁸³⁵.

4.3. Os critérios delimitadores da natureza transitória ou definitiva do impedimento na ausência do trabalhador por doença e por cumprimento de pena privativa da liberdade

Independentemente da forma extintiva acolhida em cada ordenamento, elegemos duas hipóteses – impedimento do trabalhador em razão de doença³⁸³⁶ e de cumprimento de pena privativa de liberdade –, por especialmente ilustrativas da complexidade associada à identificação dos casos que, entre nós, ditam que o impedimento ao trabalho não se deverá tomar já por temporário, mas definitivo, autorizando a caducidade. Quanto a uma tal valoração, dedicamos especial atenção às experiências italiana e inglesa: o Direito italiano, atenta a previsão de um tempo máximo de suspensão, em caso de doença (*“periodo di comportamento”*); o Direito inglês, em função dos exemplos colhidos na jurisprudência, que facilitam a reunião de critérios delimitadores da natureza transitória ou definitiva do impedimento. Ainda no que respeita à incapacidade do trabalhador em razão de doença, incluímos breve menção ao Direito alemão,

³⁸³⁴ Salvo nos casos identificados *supra*, em § III, em que a suspensão deverá manter-se por todo o período em que perdura o impedimento ao trabalho (*v.g.*, cumprimento de obrigações militares e de medidas cautelares privativas de liberdade ou que impeçam o exercício da actividade profissional).

³⁸³⁵ Especificamente na suspensão invocada por trabalhador vítima de violência doméstica, inexistindo um outro estabelecimento para o qual o trabalhador possa ser transferido (cf. arts. 195.º, n.º 1, e 296.º, n.º 2, a) – tal qual não se tratando de empresa plurilocalizada), LEAL AMADO questiona: “até quando vigorará tal suspensão?”. Adiantando “parece[r] que, nestas hipóteses, o contrato ficará suspenso pelo período que a própria trabalhadora considerar necessário” (*Contrato cit.*, p. 263, n. 365, itálico nosso) – retomamos aspecto enunciado *supra*, n. 2381. Não cremos, todavia, que uma tal leitura se harmonize com a essência da suspensão: à semelhança dos casos de incapacidade para o trabalho em razão de doença ou acidente, haverá que considerar não só o (especial) interesse do trabalhador na subsistência do vínculo, mas também o impacto da ausência na esfera do empregador – e será de um tal equilíbrio que resultará identificado o limite da ausência tolerada. No Direito espanhol, quanto à suspensão invocada por vítima de violência de género (cf. art. 45, n.º 1, n) do ET), o art. 48, n.º 6, do ET dispõe que “*en el supuesto previsto en la letra n) del apartado 1 del artículo 45, el período de suspensión tendrá una duración inicial que no podrá exceder de seis meses, salvo que de las actuaciones de tutela judicial resultase que la efectividad del derecho de protección de la víctima requiriese la continuidad de la suspensión. En este caso, el juez podrá prorrogar la suspensión por períodos de tres meses, con un máximo de dieciocho*”. Em especial, no que respeita à tutela conferida no ordenamento espanhol, *v. supra* n. 2382.

³⁸³⁶ “*La maladie entraine donc une opposition très nette entre l’interêt du salarié à la suspension et celui de l’employeur à l’exécution, c’est-à-dire en l’espèce à la rupture*” (BERAUD, *La suspension cit.*, p. 248).

tendo em conta a concordância prática dos interesses das partes, enquanto exigência legal expressa, que condiciona a extinção do vínculo.

Por fim, quanto à ausência por cumprimento de pena de prisão, dedicamos ainda particular destaque ao Direito italiano, sem prejuízo das referências já assinaladas, quanto à densificação da natureza transitória ou definitiva do impedimento, nas jurisprudências alemã e inglesa³⁸³⁷.

4.3.1 A doença³⁸³⁸

I. Entre nós, dir-se-á que, em regra, “a doença do trabalhador, ainda que prolongada, não determina a caducidade do contrato, porque a impossibilidade não é definitiva”. Certo, porém, que “a impossibilidade só se pode qualificar como temporária se, atendendo à finalidade da obrigação, se mantiver o interesse do credor (empregador)”³⁸³⁹, havendo, por sua vez, que considerar definitiva a impossibilidade que se admita que “vai durar tanto tempo que *não será exigível* à empresa *aguardar* a futura e sempre incerta viabilização das relações contratuais”³⁸⁴⁰. Esta a lógica adequada à leitura acima enunciada, que rejeita a irreversibilidade como condicionante da natureza definitiva do impedimento³⁸⁴¹. Todavia, na ausência de critérios delimitadores – que

³⁸³⁷ Quanto à prisão, *v.* os exemplos jurisprudenciais já analisados *supra* Capítulo II, Secção III, § 2., no plano da imputação do impedimento ao trabalhador, no Direito inglês e a relevância que ali assume – sobretudo, enquanto condicionante da “*frustration*” – avaliação do impacto da ausência do trabalhador na esfera do empregador. Assim, *v.*, nomeadamente, o indicado a propósito de *Hare v Murphy Brothers Ltd* (1974), *Chakki v United Yeast Co Ltd* (1981), e *F. C. Sheperd & Co Ltd v Jerrom* (1987). Também no que respeita ao Direito alemão, *v. supra* Capítulo II, Secção III, § 2.

³⁸³⁸ Atento o intuito essencialmente ilustrativo destas referências, prescindimos de menções autónomas à doença e ao acidente. Por outro lado, referiremos apenas a hipótese de doença não profissional, já que as doenças profissionais apresentam especificidades regimentais aqui não tratadas. A tal propósito, *v.* o disposto na Lei n.º 98/2009, de 4.9, que enquadra o regime de reparação de acidentes de trabalho e de doenças profissionais, incluindo a reabilitação e reintegração profissionais, nos termos do artigo 284.º do CT. *V.* ainda, não só o DL n.º 352/2007, de 23.10, que aprova a tabela nacional de incapacidades por acidentes de trabalho e doenças profissionais, revogando o DL n.º 341/93, de 30.9, e aprovando a tabela indicativa para a avaliação da incapacidade em Direito Civil, mas ainda o DReg. n.º 76/2007, de 17.6, que aprova a lista das doenças profissionais e o respectivo índice codificado.

³⁸³⁹ ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho cit.*, p. 925, n. 2013. *V.* também LOBO XAVIER, *Manual cit.*, pp. 734-735.

³⁸⁴⁰ LOBO XAVIER, *Manual cit.*, p. 735, itálico nosso. No Direito francês, *v.* Antoine MAZEAUD, “Le Licenciement en Cas de Maladie Prolongée ou d’Inaptitude Physique d’Origine Non Professionnelle: La Loi, le Juge et les Partenaires Sociaux”, *DS*, 1992, n.º 3, pp. 234-248, Sylvie BOURGEOT e Jean-Yves FROUIN, “Maladie et Inaptitude du Salarié”, *RJS*, 2000, n.º 1, pp. 3-20, em especial, pp. 7 e ss., e Jean SAVATIER, “La Durée de la Suspension du Contrat de Travail pour Raisons de Santé”, *DS*, 2005, n.º 5, pp. 546-551, p. 547 e ss.

³⁸⁴¹ *Supra*, § 1. Neste sentido, *v.* acórdão do TC n.º 117/01, de 14.3.2001, Proc. n.º 320/00 (GUILHERME DA FONSECA), onde é indicado que “à luz de uma *evolução normal e previsível*, não era viável a prestação nem o recebimento futuro” do trabalho, uma vez que “a trabalhadora já se encontrava há 3 anos doente, *não se prevendo que o seu estado de saúde se alterasse face às mesmas condições de serviço*” (ênfase nossa).

clarifiquem, em cada hipótese, a fronteira entre o transitório e o definitivo (e, correlativamente, entre a subsistência e a extinção do contrato)³⁸⁴² –, uma tal valoração assume inevitável complexidade³⁸⁴³. No Direito português, a duração máxima da suspensão por motivos relativos ao trabalhador não resulta pré-definida^{3844/3845}, dispondo o CT tão-só que “o contrato de trabalho caduca no momento em que seja certo que o impedimento se torna definitivo” (art. 296.º, n.º 4).

II. Justifica-se, neste âmbito, breve referência ao Direito alemão, atento o esforço assumido de ajustada conformação dos interesses conflituantes das partes (empregador e trabalhador) – quanto à continuidade ou fim do vínculo – e, sobretudo, o apelo a cuidada avaliação do *impacto* que a ausência do trabalhador pode assumir na organização do empregador. Tal avaliação dos reflexos da ausência na esfera da contraparte e a necessária concordância prática das pretensões em confronto resulta especialmente evidente na jurisprudência³⁸⁴⁶. Na verdade, as hipóteses de ausência (repetida ou

³⁸⁴² Cf. acórdão da RL de 18.6.2014, “para cessar por caducidade o contrato de trabalho por tempo indeterminado, sem ser por reforma do trabalhador, por razões ligadas ao prestador da atividade, importa que a impossibilidade do trabalhador de prestar a sua atividade seja, além de superveniente, absoluta (não podendo desempenhar de todo as suas funções) e definitiva e não meramente temporária” (Sumário, I, *itálico* nosso). Neste contexto se referindo que “o exame do médico do trabalho que visa suportar a declaração de caducidade é um mero parecer que tem de ser fundamentado e que está sujeito à produção de prova contrária” (Proc. n.º 403/12.8TTFUN.L1-4, SÉRGIO ALMEIDA, Sumário, II).

³⁸⁴³ Esta dificuldade decorre também do previsto na Convenção n.º 158 da OIT, relativa à cessação do contrato de trabalho por iniciativa do empregador, aprovada para ratificação por Resolução da Assembleia da República n.º 55/94, de 14.4. Ali se dispondo, no art. 6.º, n.º 1, que “a ausência temporária ao trabalho por motivo de doença ou acidente não deverá constituir uma razão válida de despedimento”. Acrescentando o n.º 2 que “a definição do que constitui ausência temporária ao trabalho, a medida em que será exigido atestado médico e as possíveis limitações na aplicação do parágrafo 1 do presente artigo serão determinadas de acordo com os métodos de aplicação mencionados no artigo 1.º da presente Convenção”. O art. 1.º refere, por sua vez, que “na medida em que a aplicação da presente Convenção não for assegurada por meio de convenções colectivas, decisões arbitrais ou decisões judiciais, ou de qualquer outro modo conforme com a prática nacional, deverá sê-lo por meio de uma legislação nacional”. V. ainda, a este respeito, o previsto na Recomendação n.º 166 da OIT, de 2.6.1982 relativa à mesma matéria, onde é previsto (§§ 5 e 6) que, para além do disposto no art. 5.º da Convenção n.º 158, não devem constituir razões válidas para o despedimento, a idade, sem prejuízo da legislação e prática nacionais relativamente à reforma, a ausência ao trabalho por serviço militar obrigatório ou outras obrigações cívicas, em conformidade com a legislação e prática nacionais e a ausência temporária ao trabalho por doença ou acidente.

³⁸⁴⁴ “O impedimento temporário, por facto não imputável ao trabalhador, de prestação de trabalho, que se prolongue por mais de um mês, determina a suspensão do contrato de trabalho, não prevendo a lei um limite máximo a partir do qual se deva reputar definitiva a impossibilidade de prestação do trabalho e, assim, extinto o contrato por caducidade” (acórdão do STJ de 17.3.1989, Proc. n.º 002049, GAMA VIEIRA, *itálico* nosso).

³⁸⁴⁵ Salvo no âmbito de regimes especiais, tal qual o reservado ao contrato de trabalho doméstico, em que é considerado “definitivo o impedimento cuja duração seja superior a seis meses ou, antes de expirado este prazo, quando haja a certeza ou se preveja com segurança que o impedimento terá duração superior” (cf. art. 28.º, n.º 1, b) e n.º 2 do RCTSD).

³⁸⁴⁶ V. decisão do BAG, de 20.1.2000, 2 AZR, 378/99, pp. 768-771, que assume tal harmonização como pedra de toque, essencial à aferição da subsistência ou extinção do vínculo laboral: “bei

prolongada) do trabalhador em razão de doença assumem particular relevância no contexto dos “*personenbedingte Kündigungen*” (cf. § 1, 2 da KSchG)³⁸⁴⁷, considerada a respectiva recondução a motivo “socialmente justificado” (“*sozial gerechtfertigt*”) para despedimento ordinário³⁸⁴⁸. À semelhança de outros ordenamentos, também aqui reveste especial dificuldade o enquadramento de doenças de curta duração, porém, repetidas – sendo estas que tendem a revestir maiores custos, para as empresas³⁸⁴⁹. A jurisprudência tende, porém, a valorar a

einer krankheitsbedingten Kündigung sind im Rahmen der Interessenabwägung die Schwerbehinderung und die Unterhaltungspflichten des Arbeitnehmers von den Gerichten stets mitzuberücksichtigen”.

³⁸⁴⁷ V., a este respeito, comentário de DÖRNER e VOSSEN, “Mangelnde ...” cit., Rn 249.

³⁸⁴⁸ V. o enquadramento geral enunciado *supra* Capítulo I, Secção I, § 1. À luz do ordenamento alemão, SEIFERT e FUNKEN-HÖTZEL, constata: “dismissals for sickness pose difficult problems since the employer has to pay the employee sick pay during a sickness for a maximum period of six weeks. Up to this point, the employer has to bear the remuneration costs of sicknesses. It is obvious that this can lead to considerable financial burdens in particular for small and medium sized enterprises. This is the reason the Federal Labor Court allows dismissals for sickness under certain severe requirements, although sick employees, in demanding sick pay, have only exercised their statutory right. The courts examine the social justification of dismissals for sickness in three steps. First, there has to be a negative medical prognosis regarding the employee's sickness. As the doctor who is treating the employee is obliged to professional secrecy, the employee eventually has to allow him or her to disclose the necessary information on his or her health condition. Second, the permanent or repeated absence of the employee has to cause an «unacceptable burden» to the employer. However, there are no fix numbers that indicate when the financial burdens borne by the employer are unacceptable; the evaluation is on a case-by-case basis. And finally, the dismissal for sickness must be result of a consideration of interests from a reasonable employer's point of view. All aspects of the case must be taken into consideration and have to be balanced by the judge” (“Wrongful dismissals ...” cit., p. 8). Sobre o tema, v. SCHAUB e KOCH, *Arbeitsrecht* cit., pp. 452 e ss., e desenvolvidamente, LEPKE, *Kündigung* cit., pp. 85 e ss.

³⁸⁴⁹ Na decisão do BAG, de 20.1.2000 (indicada *supra*, n. 3846), estava em causa a situação de trabalhador, ao serviço do empregador desde 1986, que, a partir de 1990, passa a ter um registo de ausências sucessivas, porém intervaladas (um total de 34 dias interpolados em 1990, 24 dias seguidos em 1991, 47 dias interpolados em 1992, 23 dias interpolados em 1993, 29 dias em 1994 – 25 dos quais seguidos, 67 dias em 1995, 109 em 1996 e 104 dias, em 1997). A situação viria a agravar-se em 1998, com ausências de Fevereiro a Junho. De assinalar que as razões invocadas, em cada hipótese, para justificar a ausência eram muito variadas: gastrite, lombalgia, rinite, sinusite, colecistite, problemas circulatórios, hipotensão, etc. Neste período, o empregador assumiu um encargo de “*Entgeltfortzahlung*”, por um total de 252 dias. Na busca de adequado equilíbrio de interesses, houve que considerar o contínuo absentismo do trabalhador ao longo dos anos e os elevados custos associados a tais ausências, suportados pelo empregador – havendo que projectar tais elementos, conforme prognose futura: consideradas as ausências verificadas e o instável estado de saúde do trabalhador, não seria razoável esperar uma recuperação futura, sendo legítimo assumir a sua repetição futura. Não obstante a longa vigência do contrato de trabalho (doze anos), foi entendido que o registo assim documentado comprometia seriamente o justo equilíbrio dos interesses das partes, não indiciando o histórico alteração provável deste *status*. Firmado um prognóstico evolutivo negativo, foi concluído que a perpetuação do mesmo assumia reflexos patrimoniais significativos para o empregador. No caso, o BAG considerou, todavia, que a decisão antecedente errara ao descurar, na valoração dos interesses das partes, a situação familiar do trabalhador (casado e com cinco filhos) e o facto de ser portador de deficiência grave – elementos a que importava também atender.

extinção do vínculo por apelo a três elementos essenciais, a considerar, em cada hipótese³⁸⁵⁰:

Desde logo, *prognóstico negativo*, que indicie a subsistência da doença, no futuro. O que exige verificar a ocorrência repetida, no passado, de ausências, por manifestações episódicas de doença – enquanto indicador relevante da incapacidade de o trabalhador prestar futuramente a sua actividade³⁸⁵¹. Admitindo que, por regra, o empregador ignore a natureza da doença, será bastante a indicação dos períodos anteriores de ausência, projectando-se, por esta via, a sua repetição, com idêntica cadência³⁸⁵². Ainda assim, quando conhecida, a natureza da doença assume função relevante: enquanto doenças crónicas constituem uma base sólida para justificar a previsão de ausências repetidas, patologias pontuais são, para este efeito, menos consistentes³⁸⁵³. Ao trabalhador é, no entanto, possível demonstrar que a doença se encontra definitivamente superada ou que integral recuperação é, afinal, previsível, em tempo razoável.

³⁸⁵⁰ Assim, nomeadamente, BAG 29.4.1999, NZA, 1999, 978-981. Em Junho de 1996, a trabalhadora (ao serviço desde 1993) sofrera um acidente não profissional que a tornara incapaz para o exercício das suas funções. Em Março de 1997, a trabalhadora foi despedida. O LAG *Brandenburg* decidira que o despedimento fora “socialmente justificado”, já que fundado numa incapacidade duradoura, a qual se estimava persistente. No entender do LAG, os interesses do empregador – v.g., reorganização da força produtiva, inviável recurso a substituição por terceiros, relevância de formação especializada para o exercício da actividade – prevaleceram sobre os da trabalhadora, quanto à manutenção do emprego. Um tal entendimento viria, todavia, a ser afastado pelo BAG, que reitera que a licitude da cessação depende de valoração a três níveis: (i) prognóstico negativo quanto à evolução da situação clínica do trabalhador; (ii) comprometimento significativo dos interesses organizacionais e (iii) contraposição equilibrada dos interesses das partes, aferindo em que medida é razoável impor ao empregador a subsistência do contrato. Falhava, desde logo, prognóstico negativo quanto à evolução da doença, não sendo possível extrair resultados conclusivos do certificado médico apresentado. Na verdade, encontrava-se agendada uma reavaliação da situação clínica da trabalhadora para Abril de 1997 e o empregador havia sido sempre informado dos progressos do processo de recuperação. Por conseguinte, à data do despedimento (Março de 1997), não era correcto assumir que o restabelecimento da trabalhadora se afigurava incerto – havendo apenas que aguardar a reavaliação médica, agendada para o mês seguinte. O BAG reitera, todavia, no seguimento de jurisprudência anterior, que sempre que verificada irremovível incerteza quanto à continuação ou fim da incapacidade, haverá que considerar como indício relevante da natureza definitiva do impedimento, a respectiva duração previsível superior a vinte e quatro meses. O BAG considera, por fim, que o empregador não havia sequer demonstrado uma afectação significativa dos seus interesses, havendo, afinal, numa fase inicial, admitido contratar um trabalhador substituto, pelo período de um ano. Foi, assim, concluído que a cessação fora precipitada e, nesta medida, desadequada à leitura do despedimento como *ultima ratio*.

³⁸⁵¹ Na avaliação do tempo mínimo de ausência relevante para este efeito e na falta de critério expresso, a jurisprudência parece convocar, no que respeita a ausências repetidas de curta duração, medida que varia entre 14% e 25% do tempo de trabalho anual, num período de referência de três anos – limites que podem, todavia, variar, conforme as especificidades de cada caso (LINGEMANN, STEINAU-STEINRÜCK e MENGEL, *Employment cit.*, p. 40). Acolhem este critério, MAGOTSCH e KREMP, “Termination ...” *cit.*, p. 140.

³⁸⁵² LINGEMANN, STEINAU-STEINRÜCK e MENGEL, *Employment cit.*, p. 39.

³⁸⁵³ LINGEMANN, STEINAU-STEINRÜCK e MENGEL, *Employment cit.*, pp. 39-40.

Em segundo lugar, a cessação é admitida apenas se a ausência ditar um *prejuízo grave para os interesses empresariais*, sob a forma de perturbações operacionais – v.g., prejuízo ou paragem na produção, inutilização de equipamento, perda de clientes, acumulação excessiva de trabalho, recurso ineficiente a terceiros, impossibilidade de substituição transitória, efeito adverso na motivação dos restantes trabalhadores, dificuldade na organização de turnos – ou *significativo prejuízo económico* –, assim sucedendo, nomeadamente, sempre que a remuneração do trabalhador deva ser mantida, no tempo de doença, por período superior a seis semanas por ano, por repetidas vezes³⁸⁵⁴.

Em terceiro lugar, há que considerar equilibradamente os interesses em presença, tendo presente que o despedimento opera apenas *ultima ratio*. Importa, desde logo, que o empregador não disponha de um outro posto de trabalho, ao qual o trabalhador possa ser realocado³⁸⁵⁵, havendo que aferir ainda em que medida lhe é exigível reorganizar a mão-de-obra disponível³⁸⁵⁶, de forma a suprir a ausência do trabalhador³⁸⁵⁷. Especificamente quanto aos interesses do *empregador*, devem ser considerados factores diversos, tal qual a perturbação do absentismo na organização e o correspondente impacto financeiro: da jurisprudência decorrendo que as empresas de maior dimensão reagem mais facilmente ao absentismo – que assumiria, por sua vez, especial

³⁸⁵⁴ Cf. BAG, 20.1.2000, 2 AZR, 378/99, e LINGEMANN, STEINAU-STEINRÜCK e MENGEL, *Employment cit.*, p. 40. Importa, a este propósito, notar que a EFGZ confere, no § 3 (“*Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall*”) ao trabalhador – contanto que se encontre ao serviço do empregador há quatro semanas consecutivas (cf. § 3, 3 da EFGZ) – o direito a receber um valor correspondente à totalidade da retribuição (cf. § 4 da EFGZ) durante as primeiras seis semanas de ausência, por incapacidade por doença (“*Arbeitsunfähigkeit*”), contanto que tal não provocada por culpa do trabalhador (“... ohne daB ihn ein Verschulden trifft ...” – cf. § 3, 1 da EFGZ (a este propósito, v. BÜHN, *Die einseitig cit.*, p. 161 e ss., Wolfgang DÄUBLER, *Arbeitsrecht*, 7.^a ed., Bund Verlag, 2008, pp. 294 e ss., AA.VV., *Schaub Arbeitsrechts-Handbuch*, 13.^a ed. (act.), C. H. Beck, 2009, pp. 973 e ss., e SCHAUB e KOCH, *Arbeitsrecht cit.*, pp. 316 e ss.); em concretização de tais referências, v. ainda § 3, 2 da EFZG e a indicação geral do § 616 do BGB – “*Vorübergehende Verhinderung*”). Findo este período, perante nova ausência em razão da mesma doença, o trabalhador retoma tal direito apenas decorridos seis meses após o termo da última ausência ou um ano desde o início da primeira ausência. Importa, todavia, coordenar estas normas com o previsto na “*Gesetz über den Ausgleich der Arbeitgeberaufwendungen für Entgeltfortzahlung*”, “AAG” – (disponível em <<http://www.gesetze-im-internet.de/aufag/index.html>>), que admite que os empregadores que empreguem até 30 trabalhadores sejam reembolsados até 80% (cf. § 1, 1 da AAG) (cf. WEISS e SCHMIDT, *Labour Law cit.*, p. 115). Por sua vez, decorridas as referidas seis semanas, o trabalhador tem direito a subsídio de doença (“*Krankengeld*”), pago pelo sistema de seguro obrigatório (a “*Krankenkasse*”), correspondendo a cerca de 70% da remuneração normal do trabalhador, por um total de 78 semanas (cf. §§ 47 e 48 da *Sozialgesetzbuch (SGB) Fünftes Buch (V) – Gesetzliche Krankenversicherung*, “SGB V”, disponível em <http://www.gesetze-im-internet.de/sbg_5/index.html>, v. ainda LINGEMANN, STEINAU-STEINRÜCK e MENGEL, *Employment cit.*, p. 27). Enquadrando o regime assim previsto, enquanto desvio ao disposto, em termos gerais, nos §§ 275 e 326 do BGB, v. HAGER, *Das ruhende cit.*, pp. 46-47, e pp. 246 e ss.

³⁸⁵⁵ Cf. § 1, 2, 1, b) da KSchG. A este propósito, v. o referido *supra* Capítulo I, Secção III, § 3.

³⁸⁵⁶ Sobrepondo-se este elemento à valoração precedente.

³⁸⁵⁷ MAGOTSCH e KREMP, “*Termination ...*” *cit.*, p. 139, e BAG, 20.1.2000, 2 AZR, 378/99.

melindre em empresas com menos trabalhadores ao serviço. Quanto ao *trabalhador*, e ainda em concretização de um juízo de proporcionalidade, haveria que atender a elementos vários, como a duração passada do vínculo de trabalho, a idade do trabalhador e o número de dependentes a cargo^{3858/3859}.

III. Anunciámos, todavia, que também o Direito italiano surge, neste âmbito, como particularmente ilustrativo: não prevendo o CCit. fórmula suspensiva abrangente, equivalente à que resulta, entre nós, do art. 294.º, n.º 1, apenas as *fattispecies* suspensivas reguladas nos arts. 2110 (*"Infortunio, malattia, gravidanza, puerperio"*) e 2111 (*"Servizio militare"*) são expressamente referenciadas³⁸⁶⁰. Atento o previsto no art. 32 da Constituição italiana, a doença do trabalhador constitui hipótese suspensiva à qual é reservada especial atenção: ainda que dada circunstância tenha afectado a capacidade de o trabalhador cumprir a obrigação a que se vinculara, ao empregador não é, por princípio, possível pôr fim ao contrato³⁸⁶¹. A tutela reservada à continuidade do vínculo surge, porém, temporalmente circunscrita, por via do designado *"periodo di comportamento"*, enquanto tempo de espera, que quantifica o máximo de afastamento tolerado – definido, consoante os casos, na lei, nos usos ou conforme a equidade³⁸⁶². E havendo, quanto à extensão temporal assim fixada, que distinguir o *"comporto secco"* – episódio único e continuado – e o *"comporto frazionato"* ou *"per sommatoria"* – pluralidade de ausências intervaladas, de breve duração; frequentes, porém, descontínuas, não atingindo, só por si, a totalidade estabelecida para o *"comporto secco"*^{3863/3864}.

³⁸⁵⁸ MAGOTSCH e KREMP, *"Termination ..."* cit., p. 139, e LINGEMANN, STEINAU-STEINRÜCK e MENGEL, *Employment cit.*, p. 40.

³⁸⁵⁹ Lógica semelhante é convocada em caso de dependência de álcool ou drogas, pelo trabalhador – assumindo especial relevância aferir se o trabalhador se mostra disponível para tratamento de reabilitação. O despedimento depende, pois, de o empregador requerer a sujeição do trabalhador a tratamento, constituindo a recusa fundamento para a cessação. Por conseguinte, se o trabalhador concordar com a reabilitação, o empregador apenas poderá pôr fim ao contrato se o tratamento se frustrar (LINGEMANN, STEINAU-STEINRÜCK e MENGEL, *Employment cit.*, p. 41).

³⁸⁶⁰ Sobre estas disposições, v. o referido *supra* Parte I, Capítulo I, Secção I, § 1.

³⁸⁶¹ Decisão da *Cassazione* de 20.3.1992, n.º 3517.

³⁸⁶² Cf. art. 2110, 2 do CCit. Assim, o art. 6 do *Regio Decreto Legge* n.º 1825 de 13.11.1924, aplicável a *"impiegati"*, no sector industrial, prevê que o *"periodo di comportamento"* tenha uma duração de três ou seis meses, consoante antiguidade do trabalhador até dez anos ou superior; trata-se, porém, de garantia por regra estendida na contratação colectiva (MAZZONI, *Manuale cit.*, p. 742, e GALANTINO, *Diritto cit.*, p. 345). Concorrem regimes especiais para ausência por tuberculose ou doenças do foro oncológico (GALANTINO, *Diritto cit.*, p. 346).

³⁸⁶³ GALANTINO, *Diritto cit.*, pp. 346 e 471. O *"comporto per sommatoria"* enquadra, pois, a designada *"eccessiva morbilità"*. Uma vez ultrapassado o *"periodo di comportamento"*, poderá ser ajustado um período ulterior de *"aspettativa"* não remunerada, não computado para efeitos de antiguidade (p. 346). Segundo ICHINO, tal possibilidade é, por vezes, prevista na contratação colectiva, consubstanciando modalidade de suspensão convencional, ampliando o *"periodo di comportamento"* e inibindo, em tal caso, o despedimento (*Il contratto cit.*, p. 84).

³⁸⁶⁴ Em Espanha, assume especial importância, no plano do combate ao absentismo, a hipótese extintiva indicada no art. 52, d) do ET, que concretiza o previsto no art. 49, n.º 1, l) do ET, onde é indicada, em termos gerais, a extinção por razões objectivas. Ali se enunciando a possível

Dir-se-ia que a previsão de um tal período ditaria, em termos precisos, o tempo em que a impossibilidade deveria ter-se por transitória, obviando às dificuldades inerentes a uma tal indefinição, tal qual sucede no nosso ordenamento. A fixação *ex ante* da duração máxima da suspensão – por via do “*periodo di comportamento*” – promove, todavia, novas interrogações: desde logo, quanto à intensidade da protecção conferida, por esta via, à estabilidade do vínculo laboral. Dir-se-á que salvo justa causa – por deixar, então, de fazer sentido a afectação de especial tutela ao trabalhador³⁸⁶⁵ – ao empregador não é, por princípio, permitido cessar o contrato, num tal período. Refere a *Cassazione* que o empregador não pode pôr fim ao contrato – ainda que não tenha mais interesse na actividade do trabalhador e mesmo que reunidos os requisitos exigidos para “*licenziamento per giustificato motivo oggettivo*” – salvo se a doença é insuperável, resultando demonstrado que ao trabalhador não será mais possível retomar o desenvolvimento da actividade laboral, caso em que o empregador poderá excepcionalmente pôr termo ao contrato, ainda que não decorrido o “*periodo di comportamento*”³⁸⁶⁶. A doutrina diverge, todavia, quanto aos

extinção por faltas, ainda que justificadas, contanto que intermitentes, que atinjam determinados níveis: 20% dos dias úteis em dois meses consecutivos, sempre que o total de faltas nos doze meses anteriores atinja 5% dos dias úteis; alternativamente, 25% em quatro meses descontínuos, num período de doze meses. Para um tal efeito, não são computadas como faltas as ausências por greve, exercício de actividades de representação legal dos trabalhadores, acidente de trabalho, maternidade, risco durante a gravidez e aleitação, doenças causadas por gravidez, parto ou aleitação, paternidade, licenças e férias, doença ou acidente não profissional quando a baixa tenha sido definida pelos serviços de saúde oficiais e tenha uma duração de mais de vinte dias consecutivos e as motivadas por situação física ou psicológica derivada de violência de género. Também não relevam para este cômputo as ausências por tratamento médico por doença oncológica. Conforme MARTÍN VALVERDE, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ e GARCÍA MURCIA, embora a lei refira a “*extinción por causas objetivas*” (cf. art. 49, n.º 1, l) do ET), materialmente, estar-se-á perante hipóteses de “*despido*”, já que a extinção decorre de decisão unilateral do empregador, independentemente das razões que, em concreto, justificam a cessação, havendo que observar, neste âmbito, o indicado no art. 53 do ET (*Derecho cit.*, p. 798). No que respeita ao que designa combate ao “*microabsentismo*”, v. ROMERO DE BUSTILLO, “*Los apartados ...*” *cit.*, em especial, pp. 115 e ss. Situação extintiva diversa é a decorrente de incapacidade permanente. De acordo com o art. 49, n.º 1, e) do ET, o vínculo extingue-se “*por muerte, gran invalidez permanente total o absoluta del trabajador, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 48.2*”. O art. 48, n.º 2, do ET admite, na verdade, que em caso de incapacidade temporária que finde por declaração de invalidez permanente, a suspensão subsistirá, com reserva do posto de trabalho, por dois anos, a contar desde aquela data, caso a entidade competente considere que a situação do trabalhador poderá ser previsivelmente objecto de revisão positiva, possibilitando a sua reincorporação. Para RIVAS VALLEJO, este período suspensivo de dois anos traduz uma “*suspensión sometida a condición resolutoria incierta (la posibilidad de recuperación de la capacidad)*” (*La suspensión cit.*, p. 146).

³⁸⁶⁵ Cf. art. 2119 do CCit. Neste sentido, SANTORO-PASSARELLI, *Diritto cit.*, p. 167. PERA considera sempre admissível a cessação do contrato por justa causa, mesmo nas hipóteses suspensivas em que ao trabalhador seja garantida, ainda que provisoriamente, a conservação do posto de trabalho (*Compendio cit.*, p. 244). V. ainda ICHINO, *Il contratto cit.*, pp. 70 e ss. e p. 516, e DEL PUNTA, *Diritto cit.*, p. 508.

³⁸⁶⁶ Decisão de 4.7.2001, n.º 9037. Importa, porém, ter presente que a referência assim feita à *irreversibilidade* do impedimento, respeita apenas ao “*periodo di comportamento*”; após o seu decurso, a

efeitos de despedimento decidido em violação desta proibição: ineficácia temporária da cessação até ao termo daquele prazo – conforme sustentado pela maioria da doutrina e da jurisprudência – ou nulidade do despedimento³⁸⁶⁷. Certo, no entanto, que findo o “*periodo di comportamento*”, cessam tais limitações acrescidas, que impendem sobre o empregador: o persistir da doença, para lá daquele prazo, não legitima, porém, a extinção *ope legis* do contrato de trabalho; a partir de então, o empregador *poderá*, se assim entender, pôr fim ao vínculo laboral³⁸⁶⁸. Refere, a este propósito, PERA, que não se encontrando o trabalhador disponível para retomar actividade, a cessação é, então, automaticamente *justificada*³⁸⁶⁹. Foi, porém, por longo tempo debatido se tais casos constituiriam hipótese *especial* de cessação com pré-aviso, subtraída à disciplina comum do despedimento individual³⁸⁷⁰ ou, ao invés, se deveriam ser ainda enquadrados no âmbito da disciplina ordinária – recaindo sobre o empregador o ónus de alegar e provar a existência de justificado motivo objectivo de despedimento. Para ICHINO, a superação daquele limite dita que o empregador pode legitimamente pôr fim ao contrato³⁸⁷¹, conforme causa autónoma de cessação por iniciativa do empregador, que *prescinde* de valoração do impacto da ausência na actividade produtiva, na organização do trabalho e no regular

ausência do trabalhador autoriza a extinção, pelo empregador, sem que para tanto concorram especiais exigências.

³⁸⁶⁷ Cf. sintetizado por ICHINO, que perfilha, neste âmbito, o entendimento maioritário (*Il contratto cit.*, pp. 71-72). No mesmo sentido, v. SANTORO-PASSARELLI, *Diritto cit.*, p. 167. Esta a solução acolhida em decisão da *Cassazione* de 4.7.2001, n.º 9037, onde é indicado que a proibição de despedimento no “*periodo di comportamento*” determina não a nulidade mas apenas a temporária ineficácia da cessação; v., todavia, GALANTINO, *Diritto cit.*, p. 470. Solução intermédia é sugerida por DEL PUNTA, que, na ausência de justa causa, conclui que o despedimento é nulo, sempre que a cessação seja associada especificamente à doença – v.g., se a extinção resulta de erro no cômputo do “*periodo di comportamento*” (*Diritto cit.*, p. 508); fora estes casos, verificado o fim do vínculo durante a suspensão, o despedimento não seria nulo, mas apenas ineficaz, com paralisação dos efeitos até à conclusão do período suspensivo. Sobre o “*giustificato motivo soggettivo*” e o “*giustificato motivo oggettivo*”, v. PERA, *Compendio cit.*, p. 246, e DEL PUNTA, *Diritto cit.*, pp. 529 e ss.

³⁸⁶⁸ Cf. art. 2110, 2 do CCit., o termo original é “*recedere*”, sendo, para tanto, exigível manifestação expressa e observância do aviso prévio, indicado no art. 2118 do CCit. Conforme GALANTINO, nestes casos, para além de comunicação escrita atempada, o empregador deve, quando solicitado, motivar a cessação, especificando os dias de ausência – assim possibilitando ao trabalhador contestação adequada (*Diritto cit.*, pp. 470-471). V. ainda decisão da *Cassazione* de 3.8.2004, n.º 14873, onde é indicado que para uma defesa efectiva, o trabalhador deverá conhecer o período que foi considerado para a superação dos dias de ausência; no mesmo sentido, v. decisão de 20.12.2002, n.º 18199. Por sua vez, SANTORO-PASSARELLI dá conta que o intervalo decorrido entre o fim do “*periodo di comportamento*” e a cessação deve ser breve, sob pena de se deduzir renúncia ao poder de “*recesso*” (*Diritto cit.*, p. 167).

³⁸⁶⁹ *Compendio cit.*, p. 230. V. ainda GALANTINO, *Diritto cit.*, pp. 454 e 470. Sobre o tema, v. decisões da *Cassazione* de 10.1.2008, n.º 278, onde se indica ser suficiente ter sido superado o “*periodo di comportamento*”; v. ainda decisões de 28.11.2007, n.º 24720, e de 23.1.2008, n.º 1438.

³⁸⁷⁰ Dispensando, nomeadamente, a aplicação das regras relativas ao despedimento por motivo justificado objectivo (cf. art. 3, 2.ª parte da *Legge* 15.7.1966, n.º 604) (PONTE, “*La valutazione ...*” *cit.*, p. 5).

³⁸⁷¹ *Il contratto cit.*, pp. 58-59.

funcionamento da empresa³⁸⁷². Neste sentido se pronunciou a *Cassazione*, entre outras, em decisão de 28.1.2010, onde é assinalado que a extinção promovida pelo empregador, por decurso do "*periodo di comportamento*" constitui uma hipótese específica de cessação do contrato de trabalho, não resultante de um facto da empresa, nem propriamente de um facto do trabalhador, mas, da impossibilidade de este assegurar a continuidade da própria prestação. Concluindo que atenta uma tal particularidade, esta forma extintiva não surgiria entre as regras gerais que, no CCit., enquadram a impossibilidade, mas em norma especial – precisamente, o art. 2110 do CCit. E explicitando que "*la giurisprudenza di questa Corte ha posto in luce questa specialità, anche rispetto alla disciplina limitativa dei licenziamenti contenuta nelle leggi n. 604 del 1966 e n. 300 del 1970 con le loro successive modifiche giungendo alla conclusione, ormai consolidata [...] che il superamento di quel limite è condizione sufficiente di legittimità del recesso, nel senso che non è all'uopo necessaria la prova del giustificato motivo oggettivo né della sopravvenuta impossibilità della prestazione lavorativa [...], senza che ne risultino violati disposizioni o principi costituzionali*"³⁸⁷³. Aliás, já em decisão de 7.8.1998³⁸⁷⁴ a *Cassazione* afluara este entendimento, referindo que o art. 2110 do CCit. introduzira, no vínculo laboral, cláusula resolutiva expressa, atribuindo ao empregador o direito de "*recedere*" o contrato, por ocasião de determinado evento – o persistir da doença para lá do "*periodo di comportamento*" –, sem necessidade de "*risoluzione*", ou seja, dispensando valoração da gravidade do motivo que justifica a cessação³⁸⁷⁵.

IV. A fixação de um tempo máximo de tutela motiva, porém, outras dúvidas. Interessa-nos, em especial, apurar que solução sustentar, caso a incapacidade que afecta o trabalhador venha a revelar-se *definitiva*, em momento *anterior* ao completo decurso daquele período³⁸⁷⁶. Parte da doutrina sustentou – atendendo à exigência de protecção do trabalhador e ao conteúdo "*assicurativo*" do contrato de trabalho – que se importaria, também aqui, aguardar o termo do "*periodo di comportamento*"³⁸⁷⁷. Prevalece, todavia, orientação jurisprudencial diversa,

³⁸⁷² BALLETTI, "La risoluzione ..." *cit.*, p. 512, com referência a decisões jurisprudenciais que acolhem esta interpretação, não traduzindo, contudo, posição unânime.

³⁸⁷³ Decisão n.º 1861. No mesmo sentido, *v.* decisão da *Cassazione* de 20.3.1992, n.º 3517, onde é indicado que, em caso de doença, o despedimento por superação do período máximo (*i.e.* de "*comporto*") fixado na lei, na contratação colectiva, nos usos ou conforme a equidade (*cf.* art. 2110 do CCit.) – integra uma hipótese extintiva, *que prescinde de valoração das exigências da empresa*. Clarificando, a este propósito, que em caso de superação do "*periodo di comportamento*", o mesmo define *ipso facto*, o prejuízo da empresa. Em síntese, o despedimento por superação do "*comporto*" configuraria uma hipótese autónoma de "*giustificato motivo oggettivo*", que não necessitaria de exame da situação empresarial.

³⁸⁷⁴ Decisão n.º 7755.

³⁸⁷⁵ Corroborando esta orientação jurisprudencial, *v.* LOMBARDI, *La risoluzione cit.*, p. 407.

³⁸⁷⁶ ICHINO, *Il contratto cit.*, p. 86.

³⁸⁷⁷ Para ICHINO este o entendimento que deveria prevalecer, não sendo, no seu entender, compreensível que o ordenamento recuse a tutela de trabalhador em situação de *incapacidade definitiva* – situação mais grave do que a de trabalhador afectado por *incapacidade temporária*.

que considera que o art. 2110 do CCit. tem aplicação apenas perante doença temporária, nada justificando o persistir do contrato, se o impedimento não reveste já tais contornos. Conforme este entendimento, a incapacidade definitiva do trabalhador constitui, então, motivo justificado objectivo, legitimando o despedimento³⁸⁷⁸. Ainda assim, a cessação não opera, em tais casos, automaticamente, havendo que promover leitura articulada do regime geral da impossibilidade, previsto no CCit. e do disposto no art. 3 da Legge n.º 604, de 1966³⁸⁷⁹. Nestas hipóteses, a Cassazione tem afirmado o princípio de que a superveniente impossibilidade física ou psíquica do trabalhador para o desenvolvimento das funções para as quais foi contratado constitui "*giustificato motivo oggettivo di recesso*", nos termos do art. 3 da Legge n. 604/1966". Surgindo, porém, dúvida quanto à necessária observância, nestas circunstâncias, de um dever de realocação do trabalhador a funções diversas³⁸⁸⁰. Conforme os factos subjacentes a decisão das *Sezioni Unite* da Cassazione de 7.8.1998³⁸⁸¹, no decurso do "*periodo di comporta*", o empregador concluíra pela natureza definitiva de impedimento do trabalhador para o desempenho das funções habitualmente exercidas, considerando, assim, legitimada a cessação do vínculo; o trabalhador viria, todavia, a contrariar a extinção, invocando que o empregador não havia demonstrado a impossibilidade de realocação a outras funções, adequadas à sua condição física. A Cassazione reconhece que a orientação prevalecente da Corte era no sentido de dispensar, neste contexto, a verificação de possível reafecção do trabalhador. E para tanto, concorrendo elementos vários:

Também a difícil destriça entre os casos contribuiria para esta solução (*Il contratto cit.*, pp. 448-449).

³⁸⁷⁸ Sobre tais casos, v. decisão da Cassazione de 10.11.1995, n.º 11700, onde é indicado que em caso de doença do trabalhador, podem ocorrer duas hipóteses: o estado patológico é temporário ou é permanente, inviabilizando o desenvolvimento da prestação. Na primeira hipótese, resulta aplicável o art. 2110 CCit., preceito que tem em vista a tutela do trabalhador em determinados casos de suspensão da prestação por circunstâncias inerentes à pessoa do trabalhador. Sobrevindo, todavia, uma doença com efeitos incapacitantes definitivos, não teria já aplicação o art. 2110 do CCit., mas o art. 1464 do CCit., que, regulando os efeitos da impossibilidade parcial da prestação nos contratos sinalagmáticos, prevê a cessação, promovida pelo credor, sempre que este não mantenha um interesse apreciável no recebimento parcial da prestação, podendo, então, o empregador invocar "*giustificato motivo di licenziamento*". V. ainda decisões da Cassazione de 13.3.1996, n.º 2067, de 20.3.1992, n.º 3517, e de 21.3.1990, n.º 2329. Dando também conta deste entendimento, assinalando a especialidade do regime previsto no art. 2110 do CCit. – *lex specialis*, em caso de doença que resulte num impedimento temporário –, no confronto com o disposto nos arts. 1256 e 1463 do CCit., a par do art. 3 da Legge n.º 604, de 1966, aplicáveis na hipótese de um impedimento permanente –, v. LOMBARDI, *La risoluzione cit.*, pp. 405 e ss.

³⁸⁷⁹ Decisão da Cassazione (*Sezioni Unite*), de 7.8.1998, n.º 7755.

³⁸⁸⁰ Dando conta de tais variações jurisprudenciais quanto à "*obbligo di repêchage*", v. LOMBARDI, *La risoluzione cit.*, pp. 399 e ss. Retomamos tema já afluído *supra*, Capítulo I, Secção III, § 3. Recusando tal realocação, v. decisão da Cassazione de 13.3.1996, n.º 2067. Já neste sentido, v. decisão da Cassazione de 8.1.1983, n.º 140, onde é clarificado que a impossibilidade deve ser valorada apenas por referência à actividade desenvolvida pelo trabalhador, não lhe sendo reconhecido o direito a novas funções, compatíveis com a sua capacidade reduzida (itálico nosso).

³⁸⁸¹ Decisão n.º 7755, *cit.*

(i) O art. 2103 do CCit. autorizaria, dentro de certos limites, o empregador a alterar as funções do trabalhador; daqui não resultando, porém, um qualquer direito do trabalhador a uma tal modificação, ainda que com o propósito de obviar ao despedimento;

(ii) O art. 2110 do CCit. teria ainda em vista acautelar a organização empresarial, sem colocar em crise a tutela constitucional do trabalho;

(iii) A doença justificaria, no essencial, protecção previdencial do trabalhador e não deveres adicionais, a impor ao empregador.

Por sua vez, a orientação minoritária da *Corte*, favorável à pretensão do trabalhador, alicerçaria o seu entendimento, no essencial, nas seguintes razões:

(i) A transposição, para o domínio laboral, da lógica subjacente ao art. 1464 do CCit. importaria concluir que estas hipóteses traduzem uma situação de “*licenziamento*”, justificando a observância dos princípios previstos nos arts. 1 e 3 da *Legge* n.º 604, de 1966. E daqui resultando que a extinção não seria legítima se não fosse demonstrada a impossibilidade de alocar o trabalhador a funções compatíveis com a sua capacidade residual – contanto que tal não pressuponha modificação da estrutura organizativa;

(ii) A necessidade de conceber o despedimento *ultima ratio* justificaria a imposição geral da “*repêchage*”.

São ainda enunciados argumentos sustentados por parte da doutrina, favoráveis a um tal dever:

(i) Atenta a recondução da incapacidade física definitiva do trabalhador a “*motivo oggettivo di licenziamento*”, o fim do contrato apenas seria legítimo se a permanência do trabalhador na empresa constituísse um prejuízo para a actividade produtiva ou para a organização empresarial;

(ii) O art. 2087 do CCit., conforme o qual o empregador deve adoptar todas as medidas necessárias à tutela da integridade física do trabalhador, não importaria apenas obrigações preventivas, não autorizando privar o trabalhador doente de meios de subsistência.

A discórdia resulta, em boa parte, do entendimento a perfilhar quanto aos valores constitucionais em confronto – no essencial, os arts. 2, 4, 32 e 36 *vs.* o art. 41 da Constituição italiana. A *Cassazione* viria, todavia, a subscrever os argumentos invocados pelo trabalhador, condicionando a extinção à demonstração pelo empregador, de impossibilidade de reafecção do trabalhador a outras tarefas, no âmbito da empresa. Em suma: a valoração do interesse do credor quanto à capacidade residual do trabalhador exige considerar não só a organização empresarial predisposta pelo empregador, mas também a extensão da cooperação devida. Sendo, a esta luz, entendido não concorrer “*giustificato motivo di recesso*” sempre que o trabalhador mantenha capacidade para outras funções, equivalentes às efectivamente desenvolvidas. É, aliás, acrescentado que diversas decisões da *Cassazione* teriam já referenciado que a proibição de afectação do trabalhador a categoria inferior, nos termos do art. 2103 do CCit., não operaria sempre que assim se obviasse à extinção – não se trataria, então, de retrogradação/desqualificação, mas de acomodação do contrato a um novo contexto. Conforme esta lógica, o empregador poderá

refutar a reafecção do trabalhador a funções diversas se demonstrar que uma tal alocação implica prejuízo significativo para a organização, cabendo, todavia, ao trabalhador contrariar esta prova, indicando as tarefas que lhe poderiam ter sido afectas e a razoabilidade da alocação. No entanto, não realizando o empregador aquela demonstração, o despedimento não é – conforme interpretação assim acolhida pela *Cassazione* – lícito³⁸⁸².

V. Cumpre, não obstante, assinalar que a possibilidade de extinção antecipada do vínculo – antes de decorrido o “*periodo di comportamento*” –, sempre exigirá conclusão firme de que a doença não constitui mais impedimento transitório, mas definitivo: a fixação do “*periodo di comportamento*” determina o tempo máximo de suspensão imposta ao empregador; tal período poderá, todavia, resultar reduzido se a impossibilidade temporária se transmutar em definitiva antes de atingido aquele prazo ou se o trabalhador recuperar antes de tal data. Por conseguinte, mesmo no Direito italiano, não obstante a fixação de um limite temporal à suspensão, importa reunir critérios que permitam qualificar a ausência, antes de esgotado aquele máximo, como temporária ou definitiva. Já entre nós, na falta de prazo expresso – salvo o regime especial previsto para o serviço doméstico –, uma tal qualificação opera caso a caso. Sendo certo que a valoração casuística tem lugar não só a respeito das diversas hipóteses suspensivas (*v.g.* doença, acidente ou prisão), como no contexto de cada *fattispecie* suspensiva em concreto: a suspensão motivada por doença de A pode justificar um limite máximo distinto do associado à doença de B; o tempo total de suspensão – e, o mesmo é dizer, de sobrevivência contratual – pressupõe ponderação dos contornos de cada caso. O que não constitui tratamento discriminatório³⁸⁸³; simplesmente, as circunstâncias que enquadram as situações jurídicas de A e de B podem fazer variar o impacto da ausência de cada trabalhador³⁸⁸⁴.

Diremos, pois, em síntese, que, no Direito italiano, a avaliação do carácter temporário ou definitivo do impedimento que afecta o trabalhador em caso de doença assume tendencialmente, como ponto de referência máximo, o “*periodo di comportamento*”. Resta, ainda assim, margem de variação quando, antes de atingido aquele limite, haja que questionar se a incapacidade do trabalhador deixou, entretanto, de revestir natureza *transitória*. Acresce que para lá das hipóteses suspensivas indicadas nos arts. 2110 e 2111 do CCit. – reconhecendo o Direito italiano operacionalidade à suspensão noutros casos, ainda que não

³⁸⁸² Dando conta do acolhimento subsequente, na jurisprudência, dos princípios enunciados pela *Suprema Corte*, no que respeita: (i) à aplicação cumulativa do art. 1464 do CCit. e da legislação especial (laboral) e (ii) a leitura ampla da “*obbligo di repêchage*”, *v.* LOMBARDI, *La risoluzione cit.*, p. 405.

³⁸⁸³ Proibido, nos termos dos arts. 23.º e ss.

³⁸⁸⁴ O princípio da igualdade de tratamento impõe coincidência dos critérios que permitem valorar a extensão da suspensão tolerada a cada trabalhador – sempre que em causa esteja idêntica hipótese suspensiva; ou seja, sempre que a *fattispecie* suspensiva seja a mesma, tal qual em caso de prisão de dois trabalhadores da mesma empresa.

expressamente regulados³⁸⁸⁵ –, haverá que verificar, atenta a dinâmica laboral, em que medida a perda de interesse do empregador no cumprimento futuro legitima a extinção. A par de outros elementos, ICHINO apela, neste contexto, à utilidade residual da prestação futura e ao custo de substituição do trabalhador³⁸⁸⁶, reiterando a necessidade de atender à dimensão da empresa e ao tipo de funções afectas ao trabalhador impedido. Resulta, afinal, evidente não ser possível desconsiderar que esta avaliação ocorre em contexto maior, em organização empresarial da qual o trabalhador participa e na qual o seu percurso vai sendo trilhado.

VI. Embora conforme enquadramento distinto, também a jurisprudência inglesa promove, neste contexto, análise particularmente profícua: não sendo agora previsto um limite máximo pré-determinado de “*comporto*”, há que determinar, em cada caso, quando é legítimo concluir que o empregador não se encontra mais obrigado a aguardar o regresso do trabalhador. Neste âmbito, KAHN-FREUND refere a “*suspension*” por incapacidade (“*inability*”) do trabalhador³⁸⁸⁷; embora tais casos possam, no limite, conduzir à cessação do contrato, por “*frustration*”³⁸⁸⁸, a subsistência do vínculo, em modo suspensivo, é, por regra, reconhecida. Neste contexto, as duas questões essenciais por resolver são, por um lado, aferir quando é razoável concluir que, em razão de incapacidade, se transitou, na classificação de FREEDLAND, de “*full*” para “*sub-employment state*” e, por outro lado, em que circunstâncias opera a cessação do vínculo, *maxime*, por “*frustration*”^{3889/3890}.

Vimos, no entanto, que o enquadramento jurisprudencial é, nestes casos, hesitante e pouco rigoroso, sendo, com frequência, preterida – ainda que descurando, a este respeito, motivação consistente – a extinção por “*frustration*”, em favor da cessação por “*dismissal*”³⁸⁹¹. É, na verdade, admitido que a doença e o acidente do trabalhador podem justificar um despedimento potencialmente “*fair*”, por incapacidade do trabalhador (cf. Secção 98, 2, a) e 3, a) do ERA)³⁸⁹²,

³⁸⁸⁵ Cf. referido *supra*, Capítulo I, Secção I, § 1.

³⁸⁸⁶ *Il contratto cit.*, p. 450.

³⁸⁸⁷ “*Suspension ...*” *cit.*, p. 8. Segundo HARDY, a doença e o acidente são as principais razões para as ausências dos trabalhadores. Refere ainda uma multiplicidade de factores, que promovem a ausência, *maxime*: (i) a idade – a prevalência de força produtiva de maior idade; (ii) a dimensão da empresa – empresas de menor dimensão apresentam níveis de absentismo mais baixos; (iii) a duração do período de trabalho – jornadas mais longas propiciam níveis mais elevados de absentismo; (iv) ausência de supervisão e (v) esquemas de “*sick-pay*” (“*Great Britain ...*” *cit.*, p. 145).

³⁸⁸⁸ “*A long absence may bring the contract to an end automatically through «frustration» (supervening impossibility of performance)*” (HARDY, “*Great Britain ...*” *cit.*, p. 151).

³⁸⁸⁹ FREEDLAND, *The personal cit.*, p. 483. Sobre o “*full*” e o “*sub-employment state*”, v. *supra* Parte I, Capítulo III, § 3.

³⁸⁹⁰ Notamos, porém, que apenas a segunda questão é satisfatoriamente tratada na jurisprudência.

³⁸⁹¹ Quanto a tais variantes, v. *supra* Capítulo I, Secção I, § 1.

³⁸⁹² Afinal, neste âmbito, “*«capability», in relation to an employee, means his capability assessed by reference to skill, aptitude, health or any other physical or mental quality*” (cf. Secção 98, 3, a) do ERA).

revestindo, então, particular importância aferir se o despedimento foi conduzido, pelo empregador, com *razoabilidade*³⁸⁹³ – havendo que distinguir consoante se trate de ausência por doença de longa duração ou de ausências curtas, porém repetidas³⁸⁹⁴. Estas últimas são, por regra, difíceis de enquadrar, devendo o empregador considerar factores tão diversos como a natureza da doença; a probabilidade de reincidência; a extensão das ausências, no confronto com os períodos de recuperação; a essencialidade, para o empregador, da actividade desenvolvida pelo trabalhador; o impacto da ausência nos demais trabalhadores; o comportamento usualmente adoptado pelo empregador, a este respeito; o facto de o trabalhador ter sido oportunamente advertido que o contrato cessaria caso o nível de assiduidade não sofresse alteração positiva; a idade e a antiguidade do trabalhador, bem como a disponibilidade de posto de trabalho alternativo³⁸⁹⁵. Em *International Sports Ltd v. Thomson*³⁸⁹⁶ foram identificadas ausências repetidas – representativas de cerca 25% do tempo de trabalho – com justificações muito diversas, sem relação entre si (ansiedade, tonturas, bronquite, viroses, etc.). A trabalhadora havia sido, por diversas vezes, advertida do impacto negativo destas ausências no funcionamento da empresa. Antes de decidir pelo despedimento, o empregador consultara o médico da empresa, que concluía não haver utilidade em nova examinação, já que as maleitas invocadas não tinham conexão entre si, não sofrendo a trabalhadora de uma doença crónica. À luz destes elementos, o EAT viria a qualificar o despedimento como “fair”, por entender haver um momento em que ao empregador deve ser autorizado dizer “enough is enough”³⁸⁹⁷.

VII. Sobretudo no que respeita a ausências prolongadas, o Direito inglês é muito ilustrativo. Resulta, neste caso, assente não ser exigível ao empregador aguardar indefinidamente o regresso do trabalhador. Em *Spencer v. Paragon Wallpapers Ltd* (1976), o EAT põe em evidência o especial equilíbrio de interesses em presença: “in cases of ill health [...] usually, what is needed is a discussion of the position between the employer and the employee, so that the situation can be weighed

³⁸⁹³ Conforme Secção 98, 4 do ERA, “where the employer has fulfilled the requirements of subsection (1), the determination of the question whether the dismissal is fair or unfair (having regard to the reason shown by the employer) depends on whether in the circumstances (including the size and administrative resources of the employer’s undertaking) the employer acted reasonably or unreasonably in treating it as a sufficient reason for dismissing the employee, and shall be determined in accordance with equity and the substantial merits of the case” (cf. a) e b)).

³⁸⁹⁴ Também neste ordenamento se indica ser mais difícil aferir o impacto de ausências repetidas de curta duração, assumindo, em tais casos, redobrada importância a formulação, pelo empregador, de regras gerais, conhecidas pelos trabalhadores (cf. TAYLOR e EMIR, *Employment cit.*, pp. 283-284). A este propósito v. ainda SELWYN, *Selwyn’s Law cit.*, pp. 470 e ss.

³⁸⁹⁵ SELWYN, *Selwyn’s Law cit.*, pp. 470-472, com expressa referência a *Lynock v Cereal Packaging Ltd* [1988] ICR 670. Assinalando a importância que reveste a dimensão da empresa, assumindo que em empresas de maior dimensão é mais fácil diluir o prejuízo provocado por estas ausências, v. ainda SELWYN, *Selwyn’s Law cit.*, p. 471, com menção a *Wilkes v Fortes (Sussex) Ltd*, IRRR, EAT.

³⁸⁹⁶ [1980] IRLR 340, EAT, *apud* SELWYN, *Selwyn’s Law cit.*, p. 470.

³⁸⁹⁷ SELWYN, *Selwyn’s Law cit.*, pp. 470-471.

up, bearing in mind the employer's need for work to be done and the employee's need for time to recover his health"³⁸⁹⁸. A razoabilidade do despedimento – do que depende a verificação de “fair dismissal” – apela a elementos vários: estimativa de pleno restabelecimento, relatórios de avaliação médica, oferta de trabalho alternativo, impacto da ausência na organização e no comportamento dos demais trabalhadores e prática consistente do empregador, em situações idênticas³⁸⁹⁹. Reconhecendo a jurisprudência particular importância a dados que permitam avaliar o impacto da ausência na estrutura do empregador, tal qual a dimensão e os recursos da organização: também aqui se referindo que, por princípio, quanto maior a empresa e os meios ao dispor, mais extensa a ausência passível de impor ao empregador³⁹⁰⁰. Em balanço jurisprudencial, é indicado que, não raras vezes, em empresas de maior dimensão, os trabalhadores auferem, nos primeiros seis meses de ausência, o equivalente à totalidade da retribuição e a metade daquele valor, nos seis meses subsequentes (“company sick pay schemes”)³⁹⁰¹: é usualmente após este período – salvo se a substituição do trabalhador ausente não se afigurar possível em data anterior, tornando mais complexo remediar a perturbação causada – que o despedimento tem lugar, sendo, por regra, considerado “fair”, ressalvadas circunstâncias pontuais, tal qual se a recuperação do trabalhador for iminente³⁹⁰². De assinalar, todavia, que a previsão de um período pelo qual o

³⁸⁹⁸ [1976] IRLR 373. Quanto à composição dos interesses em confronto, SELWYN refere que “there must come a time when the employer cannot be expected to keep someone on who is not doing his work. The tribunal had to consider fairness to the business as well as to the employee” (Selwyn’s Law cit., p. 467).

³⁸⁹⁹ TAYLOR e EMIR, *Employment cit.*, p. 282. A avaliação segue, todavia, padrões objectivos, não sendo, por regra, lícito ao empregador recusar o regresso do trabalhador por temer que o exercício profissional possa despoletar nova crise de saúde. Em *Converform (Darwen) Ltd v Bell* [1981] IRLR 195 EAT, o trabalhador encontrava-se ausente no seguimento de ataque cardíaco e após recuperação, o empregador não autorizou o trabalhador a retomar o exercício de funções, por recear perturbação cardíaca futura: o “dismissal” foi, neste caso, considerado “unfair”. Conforme SELWYN “a risk of future illness cannot be used as a ground for dismissal unless the nature of the employment is such that the risk made it unsafe for the employee to continue in the job” (Selwyn’s Law cit., p. 467).

³⁹⁰⁰ Por se entender que organizações de maior dimensão têm maior facilidade na resposta a estas situações (TAYLOR e EMIR, *Employment cit.*, p. 283). Expondo síntese relevante quanto ao Direito inglês, v. JÚLIO GOMES, “Algumas reflexões ...” cit., p. 740.

³⁹⁰¹ Os trabalhadores que cumpram os necessários requisitos têm direito a “statutory sick pay”, a cargo do empregador, por um período de vinte e oito semanas, cf. Secção 155, 4 do *Social Security Contributions and Benefits Act 1992* (versão original disponível em <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1992/4/contents/enacted>>, com as alterações listadas em <<http://www.legislation.gov.uk/changes/affected-title=Social%20Security%20Contributions%20and%20Benefits%20Act%201992>>). V. ainda TAYLOR e EMIR, *Employment cit.*, pp. 436-437, e SELWYN, *Selwyn’s Law cit.*, pp. 235-237. São, todavia, frequentes os casos em que o empregador implementa um sistema the “contractual sick pay”, mais favorável que o imposto legalmente (p. 237). A respeito do tema, v. ainda DEAKIN e MORRIS, *Labour cit.*, pp. 335-337.

³⁹⁰² Já em empresas de pequena dimensão é geralmente possível pôr fim ao contrato em momento anterior, sobretudo tratando-se de trabalhador que assumia particular destaque na

empregador é responsável por tais pagamentos não é confundível com o limite de ausência tolerada: trata-se tão-só de (mais) um indício de valoração, nada impedindo concluir pela extinção do contrato em momento anterior ao expirar do tempo em que o empregador permanece vinculado a um tal pagamento. Em *Coulson v. Felixstowe Dock and Railway Company* (1975)³⁹⁰³, o trabalhador tinha direito a seis meses “full-pay” e a seis meses “half-pay”; foi, todavia, “dismissed” antes de completado o período máximo pelo qual podia reclamar o referido pagamento. Entendeu o tribunal que um tal regime traduz tão só a garantia de uma cobertura financeira, que vincula o empregador, e não já a indicação do tempo de ausência do trabalhador, em caso de doença. Conforme outro ângulo, em *Hardwick v. Leeds Area Health Authority* (1975)³⁹⁰⁴, foi demonstrado que, frequentemente, o empregador colocava fim aos contratos, tão logo decorrido o prazo pelo qual se encontrava vinculado a “sick pay”: tendo, todavia, a trabalhadora demonstrado que a recuperação era iminente, o tribunal concluiu que o despedimento fora “unfair”³⁹⁰⁵.

Releva ainda o nível de responsabilidade assumido pelo trabalhador – já que, por princípio, trabalhadores com cargos de maior responsabilidade são mais difíceis de substituir – e a possibilidade de reafecção do trabalhador a outras funções³⁹⁰⁶. A este respeito, em *Merseyside and North Wales Electricity Board v. Taylor* (1975)³⁹⁰⁷, o *Divisional Court* concluiu não existir, porém, qualquer regra que impusesse ao empregador a criação de um novo posto de trabalho ou sequer a alocação do trabalhador a funções alternativas, melhor ajustadas à sua capacidade³⁹⁰⁸. Cada situação deve, todavia, ser analisada em concreto, considerados os contornos específicos, sem abstrair do contexto empresarial de que participa^{3909/3910}.

organização. Não sendo a sua recuperação expectável em futuro próximo, a jurisprudência tende a concluir por “fair dismissal” após dois ou três meses de ausência (TAYLOR e EMIR, *Employment cit.*, p. 283).

³⁹⁰³ [1975] IRLR 11.

³⁹⁰⁴ [1975] IRLR 319.

³⁹⁰⁵ Um outro elemento que pode assumir relevância na valoração dos interesses em presença resulta da natureza da doença, na medida em que a ausência do trabalhador, embora não decorrente de doença profissional, possa estar relacionada com o ambiente profissional, podendo ser, então, importante aferir se o empregador adoptou medidas adequadas a minorar tais reflexos na condição física ou psíquica do trabalhador. No Direito inglês, ainda que não abundantes, há já um conjunto significativo de decisões relacionadas com a incapacidade motivada por stress laboral (v., a título ilustrativo, *Walker v. Northumberland County Council* [1995] IRLR 35, *Hatton v. Sutherland* [2002] 2 All ER 1, *Young v. Post Office* [2002] EWCA CIV 661, *Helen Green v. DB Group Services (UK) Limited* [2006] EWHC 1898, e *Dickins v. O2 Plc* [2008] EWCA CIV 1144). Entre nós, com interesse para esta análise, v. Ana Cristina Ribeiro COSTA, “O acto suicida do trabalhador – a tutela ao abrigo dos regimes das contingências profissionais”, *QL*, ano 19, 2012, n.º 40, pp. 203-251.

³⁹⁰⁶ TAYLOR e EMIR, *Employment cit.*, p. 283.

³⁹⁰⁷ [1975] ICR 185.

³⁹⁰⁸ A este propósito, v., contudo, o indicado *supra* n. 2613.

³⁹⁰⁹ “It may be that the employer has some light work available of the kind which is within the employee’s capacity to do, and the employee should be encouraged to take such a post, even at reduced rates of pay, before dismissal is considered” (SELWYN, *Selwyn’s Law cit.*, p. 468).

VIII. Não obstante a atenção assim reservada à delimitação da natureza temporária ou definitiva do impedimento, no contexto específico da extinção por “*dismissal*”, é, na verdade, sobretudo no domínio da cessação por “*frustration*” que uma tal reflexão é promovida³⁹¹¹. Importa, pois, verificar quais os elementos que decorrem, neste âmbito, de avaliação jurisprudencial particularmente ilustrativa³⁹¹²: resulta frequentemente afirmado que quanto mais relevante a posição ocupada pelo trabalhador, mais provável a ocorrência de “*frustration*”. Em *Poussard v. Spiers and Pond* (1876)³⁹¹³, *Spiers and Pond* haviam acordado com *Madame Poussard* que esta actuaria numa ópera, por três meses, como voz feminina principal. Porém, após ausência da cantora aos ensaios finais e a três espectáculos, por doença, *Spiers and Pond* promoveram o fim do contrato, recusando a participação ulterior da cantora. A *Queen’s Bench Division* considerou que a incapacidade temporária, ainda que não culposa, legitimara a cessação sem que tal constituísse, como alegado, “*unfair dismissal*”. Quanto à conversão da impossibilidade temporária em definitiva, é sugerida transposição, para este âmbito, da solução acolhida em *Jackson v Union Marine Insurance Co Ltd*³⁹¹⁴: não só estava fora de questão o adiamento do espectáculo – o que implicaria prejuízo avultado, já que a doença revestia alguma gravidade e não havia data certa para a recuperação; como era pouco viável, em tão curto espaço de tempo, encontrar alguém disponível para assumir um vínculo temporário, num papel daquela envergadura³⁹¹⁵.

³⁹¹⁰ A estes casos não tem, todavia, aplicação o previsto nas Secções 64 e 65 da ERA, que enquadram a “*Suspension on medical grounds*” – hipóteses em que a suspensão se impõe por razões distintas de doença, mas relacionadas com perigos para a saúde do trabalhador (SELWYN, *Selwyn’s Law cit.*, pp. 227-228).

³⁹¹¹ A este propósito, JÚLIO GOMES nota que a doença do trabalhador pode determinar a “cessação por *frustration*, instituto equivalente à caducidade no direito português, embora, na maior parte dos casos, os trabalhadores sejam protegidos através de «*contractual sick pay schemes*», conservando o posto de trabalho e sendo remunerados durante o período de doença” (“Algumas reflexões ...” *cit.*, p. 740).

³⁹¹² Sobre tais elementos e critérios de avaliação, v. SELWYN, *Selwyn’s Law cit.*, p. 457.

³⁹¹³ [1876] 1 QBD 410.

³⁹¹⁴ [1874] LR 10 CP 125.

³⁹¹⁵ Já, em decisão da *King’s Bench Division*, em *Marrison v. Bell*, foi entendido que uma ausência de quatro meses de um vendedor de frutas e vegetais, por reumatismo, não implicara a frustração do contrato ([1939] 2 KBD 187). Discordando, todavia, da ocorrência de “*frustration*” em *Poussard v. Spiers and Pond* e admitindo que, entre os efeitos associados à impossibilidade temporária, havia que contar com uma outra solução, para além da “*temporary excuse for non-performance*” (com subsistência do vínculo) e a cessação (automática) do contrato, por “*frustration*”: “*a option to rescind*”, a reconhecer no caso em análise, a *Spiers and Pond*, v. TREITEL, *Frustration cit.*, p. 254. Embora a destriça entre os casos de “*frustration*” e os assim descritos não se afigure evidente (p. 256), TREITEL nota que, no caso, “*the illness had consequences which were sufficiently serious to justify rescission of the contract by the defendants. But, because of its comparatively short duration, the illness was not of the greater degree of seriousness which is required to discharge both parties automatically, by operation of law; it would not have made performance of the contract after Mme Poussard had recovered from her illness fundamentally different from that originally undertaken*”. TREITEL reconhece, todavia, que, em referência a *Poussard v. Spiers and Pond*, é

Por sua vez, em *Marshall v. Harland & Wolff Ltd* (1972)³⁹¹⁶ havia que decidir se a ausência ao trabalho por doença, por dezoito meses, operara a “*frustration*” do contrato. Conforme o *National Industrial Relations Court*, impunha-se, nestas situações, interrogação fundamental: a natureza da incapacidade ou a sua subsistência por longo período impossibilita a execução futura da obrigação assumida pelo trabalhador ou transforma-a em algo completamente distinto do pretendido pelas partes? Para resposta a esta questão, o Tribunal enuncia vários critérios. Havia, desde logo, que atender à duração do vínculo, aferindo por quanto tempo era esperado que o contrato subsistisse, não fora o impedimento. Afirmando-se, a este propósito, que seria menos provável que o contrato sobrevivesse se o trabalho fosse, por natureza, temporário ou para execução de um trabalho específico, de duração limitada, do que se celebrado por longo prazo³⁹¹⁷. Havendo ainda que considerar o passado contratual, reconhecendo-se que uma relação que perdura há já algum tempo não resulta tão facilmente destruída como outra mais recente. Também a natureza do trabalho e as responsabilidades assumidas pelo trabalhador resultam frequentemente enfatizadas: assim, quando o trabalhador é um entre muitos da mesma categoria, é mais provável a sobrevivência do contrato pelo período de incapacidade do que se ocupar uma função essencial, que tenha de ser reocupada com brevidade. Restava considerar os traços do fenómeno impeditivo: natureza, duração e efeitos do evento incapacitante – reiterando-se que quanto mais extenso o período em que o mesmo haja persistido ou em que seja previsível que persista, mais provável será que o contrato tenha sido destruído. Havendo ainda que verificar quais as perspectivas de recuperação do trabalhador e os termos contratuais aplicáveis, incluindo a contratualização de “*sick-pay scheme*”.

Conforme reiterado na doutrina, estes elementos, embora não exaustivos – outros, igualmente relevantes, poderão ser convocados –, estão relacionados, havendo sempre que promover, a este propósito, leitura articulada. No caso em análise, o *National Industrial Relations Court* entendeu não haver sido demonstrado que o trabalhador se encontrava permanentemente incapacitado para o trabalho. Para este juízo, terá assumido especial peso o comportamento assumido pelo empregador noutros casos – tendo sido demonstrado não constituir política da empresa a cessação, em razão de doença. Tudo ponderado, foi concluído que o vínculo contratual não resultava frustrado: não era evidente que o cumprimento futuro das obrigações de *Marshall* se havia impossibilitado ou transmutado em algo radicalmente diferente do acordado.

Também em *Egg Stores v. Leibovici* (1977)³⁹¹⁸, o EAT considerou que uma incapacidade prolongada ou súbita grave pode constituir razão bastante para

usualmente considerada verificada a cessação por “*frustration*” (pp. 254-255). O apelo a tais variantes extintivas é, na verdade, ilustrativo das dificuldades inerentes ao enquadramento do tema, no Direito inglês.

³⁹¹⁶ [1972] 2 All ER 715.

³⁹¹⁷ V., não obstante, o referido *supra* § 3.

³⁹¹⁸ [1977] ICR 260.

frustrar o contrato de trabalho. É, neste âmbito, reconhecido que, ao invés de outros eventos impeditivos – em que o momento em que a “*frustration*” opera é claramente identificado –, em caso de doença ou acidente tal será, por vezes, menos evidente. Afirma-se, pois, que a “*frustration*” procede – embora o tempo exacto do surgir do evento impeditivo seja incerto – quando, em retrospectiva, seja possível concluir que a situação se prolonga há tanto tempo ou que as perspectivas de execução futura são de tal modo reduzidas, que a subsistência do contrato não é mais concebível. Estes os factos subjacentes à decisão: em Novembro de 1974, o trabalhador sofrera um acidente automóvel, encontrando-se, desde então, incapaz para retomar o trabalho. O empregador manteve o pagamento de valor equivalente à retribuição até Janeiro de 1975. No entanto, quando, em Abril de 1975, o trabalhador procurou regressar, a sua pretensão foi desatendida: o empregador considerou que, em razão da lesão sofrida, o contrato cessara por “*frustration*”, tendo o posto de trabalho sido, entretanto, ocupado por outro trabalhador. O EAT, embora assumindo que a extinção opera, em caso de “*frustration*”, de forma automática, assinala que ao empregador cabe sempre demonstrar que a lesão sofrida pelo trabalhador assumiu uma tal gravidade que inviabilizou o cumprimento das suas obrigações³⁹¹⁹. Neste contexto, foi referido que à resposta à dúvida: “chegou o momento em que não é já razoável exigir ao empregador a reserva do posto de trabalho do trabalhador ausente?” – subjaz lógica idêntica à pressuposta quando se afere se estamos perante “*unfair dismissal*”, atento o juízo de razoabilidade que tem, então, lugar³⁹²⁰. Para a resolução do caso, foi retomada avaliação dos critérios já enunciados em *Marshall v. Harland & Wolff Ltd.* Novos elementos são, todavia, invocados: a urgência na execução do trabalho e a necessidade de substituição permanente; as obrigações e os riscos adicionais assumidos pelo empregador com a contratação de trabalhador substituto; se são mantidos pagamentos, no período de ausência; o comportamento ou declarações do empregador; e se, naquelas circunstâncias, seria expectável ou razoável que o empregador aguardasse mais tempo³⁹²¹.

Referimos ainda uma outra hipótese: em *Hart v. A. R. Marshall & Sons (Bulwell) Ltd.* (1977)³⁹²², o trabalhador esteve ausente, em razão de doença, de Abril de 1974 a Janeiro de 1976. Em Agosto de 1974, o empregador optou pela substituição definitiva do trabalhador e quando, em 1976, o trabalhador

³⁹¹⁹ Conforme SELWYN, a “*frustration*” ocorre por efeito legal e não por decisão das partes. No entanto, embora não seja necessário indicar o momento preciso em que a relação cessou, o ónus da prova da verificação da “*frustration*” incide sobre o empregador (*Selwyn’s Law cit.*, p. 458).

³⁹²⁰ Em *Maxwell v. Walter Howard Designs Ltd* ([1975] IRLR 77), o trabalhador esteve ausente quase dois anos, por doença. Foi, no entanto, decidido que o seu trabalho como marceneiro não exigia substituição permanente e que, por isso, o seu contrato não cessara por “*frustration*”. SELWYN reconhece, porém, a dificuldade de determinar o momento exacto em que ao empregador não é mais exigível aguardar o regresso do trabalhador, autorizando a cessação por “*frustration*” (*Selwyn’s Law cit.*, p. 457).

³⁹²¹ Conforme SELWYN, no domínio laboral, os tribunais devem evitar uma aplicação facilitada da “*doctrine of frustration*” (*Selwyn’s Law cit.*, p. 457).

³⁹²² [1977] 1 WLR 1067.

procurou retomar funções, o empregador comunicou-lhe que não havia trabalho para lhe atribuir, havendo o contrato cessado por “*frustration*”. Sucede que durante o período em que não compareceu ao trabalho, o trabalhador entregara periodicamente certificados médicos – recebidos pelo empregador sem qualquer observação – e este comportamento era, no entender do trabalhador, revelador que o contrato subsistira, por todo o tempo de ausência. O EAT desvalorizou, todavia, tal circunstância, dando prevalência a outros indícios de sinal inverso: ocupando o trabalhador função chave na empresa, não seria exigível ao empregador a celebração sucessiva de contratos de natureza temporária, para suprir aquela ausência; por outro lado, a recepção dos certificados médicos não seria necessariamente inconsistente com a cessação do contrato. Foi, em suma, concluído que a continuidade contratual fora assegurada até à cessação do contrato, que operara, no entanto, por “*frustration*”³⁹²³.

4.3.2 O cumprimento de pena privativa de liberdade

III. Vimos que, a par de outros ordenamentos, a maioria da doutrina e da jurisprudência italianas concede, em caso de prisão preventiva ou efectiva, que o prolongar do obstáculo à execução pode autorizar a cessação por motivo justificado objectivo³⁹²⁴. Em suma, em tais casos, a ausência do trabalhador prolonga-se, por vezes, por extenso período, deixando de ser razoável sustentar o carácter transitório do impedimento, assim se legitimando a desvinculação do empregador – atento o impacto da ausência na organização do credor. Recusámos, todavia, a transposição, ainda que adaptada, desta lógica no que respeita à prisão preventiva, por entendermos que a presunção de inocência deve obstar à operacionalidade da extinção, por caducidade, em tal período: o contrato de trabalho deve subsistir, em modo suspensivo, sem que ao empregador seja legítimo invocar a transmutação do impedimento (de transitório em definitivo)³⁹²⁵. Por sua vez, quanto à ausência por prisão efectiva, concedemos na imputação da ausência ao trabalhador, sempre que condenado por crime dolosamente cometido – fazendo, em tais casos, derivar a imputação laboral (em valoração referente à ausência) da imputação criminal³⁹²⁶ – e

³⁹²³ Sobre este caso, v. SELWYN, *Selwyn's Law cit.*, p. 458. Conforme decidido em *G F Sharp & Co Ltd v. McMillan* ([1998] IRLR 632, EAT), se o contrato cessa por “*frustration*”, o empregador não tem de dar qualquer “*notice of termination*” e o facto de o empregador manter o trabalhador “*on the books*” não significa que o contrato subsista. V. ainda *Notcutt v. Universal Equipment Co. (London) Ltd* ([1986] ICR 414 CA).

³⁹²⁴ V. *supra* Capítulo II, Secção III, § 2. Assim, v., nomeadamente, PERA, *Compendio cit.*, p. 229. MARINELLI refere, em conformidade, que quer a detenção ou prisão cautelar, quer a prisão definitiva por factos estranhos ao contrato de trabalho podem constituir “*giustificato motivo di licenziamento*” – encontrando-se o trabalhador, em tais casos, impossibilitado de executar a actividade laboral, por período mais ou menos longo (“*Insindicabilità ...*” *cit.*, p. 14. V. ainda GALANTINO, *Diritto cit.*, p. 469).

³⁹²⁵ V. *supra* Capítulo II, Secção III, § 2.

³⁹²⁶ Já não assim, salvo casos pontuais, na ausência decorrente de condenação por crime cometido a título de negligência (v. *supra* Capítulo II, Secção III, § 2.).

admitindo, por conseguinte, em tais situações, a cessação do contrato de trabalho por justa causa disciplinar: a extinção ocorre, assim, não por caducidade – por conversão de impedimento transitório em definitivo –, mas por censura disciplinar da ausência (injustificada), que pode legitimar, nestas circunstâncias, despedimento por justa causa. No entanto, havendo concluído pela tendencial operacionalidade da suspensão em caso de ausência por condenação em pena privativa de liberdade a título de negligência, o prolongar do tempo de prisão poderá autorizar a invocação, pelo empregador, a dado momento, da caducidade do contrato, atenta a natureza definitiva do impedimento³⁹²⁷ – e justificando-se avaliar, então, a repercussão da ausência do trabalhador, por estes motivos, na esfera do empregador³⁹²⁸. Para um tal exercício, a par do documentado na jurisprudência alemã e inglesa³⁹²⁹, revela-se especialmente ilustrativa a análise, promovida neste contexto, na doutrina italiana. Vejamos, pois, o que, nesse contexto, tem sido sustentado.

IV. MARINELLI reconduz a valoração da possível subsistência do vínculo laboral ao art. 1464 do CCit. (*“Impossibilità parziale”*³⁹³⁰). Discordamos, pelas razões oportunamente expostas, da lógica que assimila estas hipóteses à impossibilidade parcial³⁹³¹; reconhecemos, no entanto, relevância aos critérios de valoração a este propósito adiantados. Para o Autor, o interesse do credor em receber a prestação de trabalho deve, conforme aquela disposição, ser avaliado em termos objectivos³⁹³², tendo por referência o adequado funcionamento da estrutura produtiva e prescindindo de qualquer valoração do comportamento do trabalhador³⁹³³ – centrando-se (apenas) nos reflexos da ausência no regular operar da organização. Vimos que o ordenamento italiano promove esta avaliação não apenas a respeito de hipóteses de prisão efectiva, mas ainda em caso de prisão preventiva³⁹³⁴: o fim do contrato não resulta, porém, em qualquer situação, de comportamento – *alegadamente*, em caso de prisão preventiva – ilícito do trabalhador, na esfera extralaboral. E daí que, uma

³⁹²⁷ Embora não sendo, entre nós, admitida pena de prisão perpétua, haverá um momento em que a ausência do trabalhador poderá afigurar-se definitiva, atento o interesse do empregador na desvinculação.

³⁹²⁸ Afinal, *“la délinquance d’un salarié qu’elle soit établie ou seulement supposé, qu’elle soit en relation avec le travail ou non, a une incidence certaine sur le contrat de travail”* (ROGER, *“Les effets ...”* cit., p. 186). Quanto ao enquadramento de tais casos, à luz do ordenamento francês, v. *supra* Capítulo II, Secção III, § 2.

³⁹²⁹ V. *supra* Capítulo II, Secção III, § 2.

³⁹³⁰ Para o Autor, estar-se-á, nestes casos, perante um facto objectivo, que determina a impossibilidade parcial *ratione temporis* da actividade laboral (*“Insindicabilità ...”* cit., p. 14). Rejeitando uma tal leitura, v. *supra* Parte I, Capítulo II, § 3.4.

³⁹³¹ V. *supra* Parte I, Capítulo II, § 3.4.. Criticando esta leitura, por considerar que concorre, neste caso, impossibilidade temporária e total, v. LOMBARDI, *La risoluzione* cit., p. 53.

³⁹³² MARINELLI, *“Insindicabilità ...”* cit., p. 14.

³⁹³³ MARINELLI, *“Insindicabilità ...”* cit., p. 15.

³⁹³⁴ Embora tenhamos excluído uma tal valoração a respeito da prisão preventiva, reveste utilidade conhecer os critérios acolhidos na jurisprudência italiana, para determinação da subsistência ou fim do vínculo laboral.

vez demonstrada a insubsistência dos factos indiciados, o trabalhador não possa requerer qualquer indemnização ao empregador^{3935/3936}.

De acordo com a jurisprudência prevalecente, a valoração da perda do interesse do credor, nos termos do art. 3, 2.^a parte da *Legge* 15.7.1966, n.º 604, tem lugar *ex ante* (e não *ex post*)³⁹³⁷, havendo que ponderar factores tão diversos como: (i) a dimensão da empresa, a actividade prosseguida e o modelo de organização; (ii) a natureza e a importância das funções afectas ao trabalhador ausente; (iii) a possibilidade de as confiar a outrem; (iv) o tempo de ausência decorrido e a previsibilidade da sua duração futura³⁹³⁸. O juízo de prognose deve ainda, em caso de prisão preventiva, considerar a pena abstractamente aplicável³⁹³⁹ e a (in)existência de antecedentes criminais – sem descuidar possíveis atenuantes e a aplicação de penas alternativas, não privativas da liberdade, que autorizem ao trabalhador retomar, em tempo razoável, a sua actividade profissional³⁹⁴⁰. Certamente nem sempre é fácil medir a relevância e a influência destes elementos, tornando-se complexo identificar o limite até ao qual o empregador deve continuar vinculado a um contrato antieconómico ou indesejado³⁹⁴¹. Ao tribunal competindo avaliar as razões invocadas para a

³⁹³⁵ MARINELLI, “Insinducibilità ...” *cit.*, p. 19, e ICHINO, *Il contratto cit.*, p. 451.

³⁹³⁶ Situação distinta é, naturalmente, aquela em que o comportamento imputável ao trabalhador em sede criminal traduz também o incumprimento de deveres laborais, para além da assiduidade (*v.g.*, lealdade) – caso em que se estará perante possível cessação do contrato por motivo justificado subjectivo ou justa causa (PONTE, “La valutazione ...” *cit.*, p. 4).

³⁹³⁷ Considerando que, para aferir da adequação do despedimento promovido pelo empregador na sequência de prisão preventiva, o momento relevante é aquele em que a medida é decretada, desconsiderando vicissitudes sucessivas, *v.* decisão da *Cassazione* de 1.9.1999, n.º 9239, RIDL, ano 19, 2000, pp. 547-554, com anotação de Matteo BORZAGA, “In tema di carcerazione preventiva del lavoratore e giustificato motivo oggettivo di licenziamento”. Na referida decisão de 1.9.1999, indica a *Cassazione* que “la carcerazione preventiva del lavoratore per fatti estranei al rapporto di lavoro non costituisce inadempimento di obblighi contrattuali, ma integra un fatto oggettivo che determina una sopravvenuta impossibilità temporanea della prestazione lavorativa, in relazione alla quale la persistenza nel datore di lavoro dell’interesse a ricevere le ulteriori prestazioni del dipendente detenuto deve essere valutata secondo criteri obiettivi, a norma dell’art. 3, seconda parte, della l. 15 luglio 1966, n. 604, cioè con riferimento alle esigenze dell’azienda, da valutarsi con giudizio *ex ante* e non già *ex post*” (p. 547). *V.* ainda decisão da *Cassazione* de 1.6.2009, n.º 12721, e BALLETTI, “La risoluzione ...” *cit.*, pp. 513-515 e a variada jurisprudência aí referenciada.

³⁹³⁸ MARINELLI, “Insinducibilità ...” *cit.*, p. 14. Na decisão da *Cassazione* de 1.9.1999 *cit.*, é indicado que “si dovrà cioè tener conto delle dimensioni della azienda stesa, del tipo di organizzazione tecnico-produttiva in concreto attuata, della natura e importanza delle mansioni del lavoratore detenuto, della durata ragionevolmente prevedibile della custodia cautelare, della possibilità di affidare temporaneamente ad altri dipendenti i compiti da lui svolti senza ricorrere a nuove assunzioni e, più in generale, di ogni altra circostanza rilevante ai fini della determinazione della misura della tollerabilità dell’assenza” (p. 547). A este propósito, *v.* ainda as decisões da *Cassazione* de 1.9.1999, n.º 9239, de 30.3.1994, n.º 3118, e de 23.6.1992, n.º 7668. Idênticos critérios valorativos são referidos em LOMBARDI, *La risoluzione cit.*, p. 53. A importância da fixação de parâmetros de avaliação é acentuada pelo Autor, “al fine di valutare il superamento della misura della tollerabilità e, conseguentemente, la legittimità del recesso di parte datoriale dal rapporto di lavoro” (p. 54).

³⁹³⁹ *V.* decisão da *Cassazione* de 5.5.2003, n.º 6803.

³⁹⁴⁰ MARINELLI, “Insinducibilità ...” *cit.*, p. 14.

³⁹⁴¹ Referindo a incerteza associada a uma tal valoração, *v.* PONTE, “La valutazione ...” *cit.*, pp. 5-12.

cessação, aferindo da sua idoneidade para a concretização de “*motivo giustificato obiettivo*”³⁹⁴². ICHINO alerta, a este propósito, para a necessidade de distinguir custos *contabilísticos* e custos de *oportunidade*, nestes últimos se incluindo os decorrentes da impossibilidade de afectar outro trabalhador, porventura mais produtivo e por período estável, àquele posto de trabalho³⁹⁴³ – a valorar casuisticamente. Para PONTE, o problema não estaria, todavia, tanto na identificação dos custos, como na sua adequação ao terminar do contrato³⁹⁴⁴: assim sendo possível redistribuir as funções do trabalhador ausente pelos demais, aquela indisponibilidade – e a consequente perturbação organizacional – não justificaria o despedimento³⁹⁴⁵; ao invés, se a extensão da ausência não permite ao empregador compensá-la senão através da contratação de terceiro, a cessação por “*giustificato motivo*” tornar-se-ia mais evidente³⁹⁴⁶ – autorizando o despedimento, por prevalência de interesse legítimo do empregador. Acolhendo esta lógica, a *Cassazione* considerou que havendo sido cancelado à maioria dos trabalhadores cartão de acesso à área aeroportuária, a ausência de trabalhador titular de uma tal autorização legitimava o despedimento – atendendo ao reduzido número de funcionários que mantinham aquele acesso: considerou-se, no caso, demonstrada a impossibilidade de substituição meramente transitória do trabalhador ausente e a incapacidade da empresa, naquele contexto, fazer frente ao ritmo operativo normal³⁹⁴⁷.

V. Os critérios propostos não prejudicam, todavia, indicação distinta na contratação colectiva, que prevê, por vezes, a suspensão por período pré-definido, em caso de privação de liberdade³⁹⁴⁸ – revestindo uma tal indicação o sentido de condicionamento predeterminado da iniciativa extintiva do empregador ou período mínimo de imunização contratual. No entanto, quando assim não suceda, procurando acomodar os interesses em conflito – o interesse do empregador ao regular funcionamento da organização e o interesse do trabalhador à conservação do posto de trabalho – MARINELLI sugere que a ausência deveria, nestas situações, autorizar a conservação do emprego pelo “*periodo di comportamento*”, fixado para hipótese de doença³⁹⁴⁹. O que possibilitaria solução porventura mais rigorosa e menos insegura do que a baseada (apenas)

³⁹⁴² PONTE, “La valutazione ...” *cit.*, p. 5. No que respeita ao juízo pressuposto na avaliação judicial quanto à verificação de “*giustificato motivo oggettivo*”, PERA assinala a divergência existente quanto à sindicância judicial. Haverá, assim, (i) quem acentue a garantia de iniciativa económica (*ex vi* art. 41 da Constituição), contrariando que o juiz possa censurar as escolhas do empregador, antes lhe competindo controlar a existência de nexo causal entre tais escolhas e o despedimento e (ii) quem condicione, de forma mais flagrante, a iniciativa económica a uma lógica de utilidade social, conforme juízo de mérito (*Compendio cit.*, p. 246).

³⁹⁴³ *Il contratto cit.*, p. 440.

³⁹⁴⁴ “La valutazione ...” *cit.*, p. 6.

³⁹⁴⁵ MARINELLI, “Insindicabilità ...” *cit.*, p. 15.

³⁹⁴⁶ *Idem.*

³⁹⁴⁷ Decisão de 13.3.1999, n.º 2267.

³⁹⁴⁸ MARINELLI, “Insindicabilità ...” *cit.*, p. 17.

³⁹⁴⁹ “Insindicabilità ...” *cit.*, p. 16.

nos critérios anteriormente indicados – assim minimizando a incerteza inerente a verificação casuística do impacto empresarial³⁹⁵⁰. A jurisprudência tende, no entanto, a rejeitar uma tal transposição, não só por associar ao “*periodo di comporto*” tutela especialmente afecta ao direito à saúde (cf. art. 32 da Constituição italiana), mas atendendo ainda à natureza excepcional da solução acolhida nos arts. 2110 e 2111 do CCit.³⁹⁵¹, concluindo que o contrato de trabalho permanece, em hipótese de prisão, em “*posizione di quiescenza sino a quando, in relazione alla durata della carcerazione, all'importanza delle mansioni del lavoratore e ai caratteri dell'organizzazione di impresa, non sia venuto meno l'interesse del datore di lavoro al mantenimento del vincolo contrattuale*”³⁹⁵² – por conseguinte, sem correspondência num período suspensivo pré-definido.

VI. Deste enquadramento se aproxima, aliás, a leitura subscrita também a respeito da perda de título ou habilitação legal para o exercício da profissão, em decorrência de comportamento exterior ao contrato. Entre nós, conforme o art. 117.º, n.º 2, “*quando o título profissional é retirado ao trabalhador, por decisão que já não admite recurso, o contrato caduca logo que as partes sejam notificadas da decisão*”³⁹⁵³. Acrescem os casos em que o exercício de certa profissão exige, a dada altura, novo requisito, que passa a condicionar a actividade^{3954/3955}. Vimos que o ordenamento italiano considera ainda motivo justificado de cessação, as situações em que o trabalhador perde autorização, habilitação ou título necessário à execução da actividade laboral³⁹⁵⁶, tal qual sucede com motorista profissional cuja carta de condução é apreendida, ficando impedido de conduzir³⁹⁵⁷, se expira documento que autoriza trabalhador estrangeiro a permanecer em território nacional³⁹⁵⁸ ou, em certas actividades, sendo retirada licença de porte de arma^{3959/3960}.

³⁹⁵⁰ MARINELLI, “Insindicabilità ...” *cit.*, pp. 16-17.

³⁹⁵¹ BALLETTI, “La risoluzione ...” *cit.*, pp. 514-515. V., nesse sentido, decisão da *Cassazione* de 9.6.1993, n.º 6409.

³⁹⁵² *Sentenza* da Corte Costituzionale, de 3.4.1984, n.º 90/1984, disponível em <<http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>>.

³⁹⁵³ V. *supra* Capítulo II, Secção III, § 3., III.

³⁹⁵⁴ Quando a impossibilidade de exercício profissional seja transitória, v., no que respeita à imputação do impedimento, o indicado *supra* Capítulo II, Secção III, § 3., III.

³⁹⁵⁵ ROMANO MARTINEZ, “Caducidade ...” *cit.*, p. 706. Aqui se enquadra o já referido acórdão do STJ, de 19.12.2007, Proc. n.º 07S3389 (SOUSA PEIXOTO) – v. *supra* n. 3685 –, onde se concluiu que “após a entrada em vigor do DL n.º 104/98, de 21.4, que criou a Ordem dos Enfermeiros, a inscrição como membro efectivo da Ordem *passou a ser um requisito legal para o exercício da profissão de enfermeiro*” (Sumário, I, *itálico* nosso). Sendo certo que “relativamente aos trabalhadores que, à data da entrada em vigor daquele DL, já exerciam funções de enfermagem em regime de contrato de trabalho, a sua falta de inscrição na Ordem *constitui uma impossibilidade superveniente e absoluta de prestarem o trabalho a que estavam obrigados por força do contrato e, no caso de ser definitiva, acarreta a caducidade do mesmo*” (Sumário, II, *ênfase* nossa).

³⁹⁵⁶ V. *supra* Capítulo II, Secção III, § 3., III, e MARINELLI, “Insindicabilità ...” *cit.*, pp. 13-14.

³⁹⁵⁷ V. decisão da *Cassazione* de 19.12.1998, n.º 12719.

³⁹⁵⁸ V. decisão da *Cassazione* de 11.7.2001, n.º 9407.

³⁹⁵⁹ ICHINO, *Il contratto cit.*, p. 449. V. decisões da *Cassazione* de de 7.9.1988, n.º 5076, e de 25.7.2006, n.º 16924. V. ainda BALLETTI, “La risoluzione ...” *cit.*, p. 515.

Conforme entendimento perfilhado pela maioria da jurisprudência italiana, a cessação ocorre, em tais casos, por impossibilidade – nos termos gerais do CCit. – sendo, porém, a valoração do interesse do credor condicionada ao disposto no art. 3, 2.^a parte da *Legge* 15.7.1966, n.º 604³⁹⁶¹: a extinção opera por justificado motivo objectivo, atento o impacto da ausência do trabalhador na organização do empregador. O fim contratual depende, por isso, de valoração da disfunção técnico-organizativa, para o que se convocam, mais uma vez, elementos vários: duração previsível da ausência, dimensão e tipo de organização, natureza das funções exercidas pelo trabalhador e capacidade de reajustamento da estrutura³⁹⁶². Dir-se-á, neste contexto, que uma ausência não muito extensa pode justificar o fim do contrato se redundar em bloqueio da organização ou provocar prejuízos graves para a empresa³⁹⁶³ – tal qual se exigir a atribuição, em definitivo, a terceiros, das competências antes assumidas pelo trabalhador ausente^{3964/3965}.

Entre nós, atenta a restrição do âmbito operativo da suspensão – em função de delimitação exigente da não imputação da ausência –, concluímos que apenas em situações pontuais, inexistindo culpa (dolo ou negligência) do trabalhador na perda da habilitação legal, é que importa convocar uma tal valoração (natureza transitória *vs.* definitiva do impedimento)³⁹⁶⁶. Não obstante, a reflexão precedente põe a lume a importância transversal – porque comum a factos suspensivos diversos – de clara identificação de critérios que autorizem deslindar o destino do vínculo.

4.4. Síntese dos elementos de valoração mais relevantes no Direito português

I. Importa clarificar o sentido que reveste a definição de critérios delimitadores da natureza temporária ou definitiva do obstáculo à execução e que utilização lhes deve, entre nós, ser reservada: promovemos, neste âmbito,

³⁹⁶⁰ Em termos aproximados, já que, em tais casos, a extinção tem lugar por se considerar concorrer “*personenbedingte Kündigungen*” (cf. § 1, 2 da KSchG), *v.*, no Direito alemão, o comentário de BERKOWSKY, “*Personenbedingte ...*” *cit.*, Rn 100-105 e 117-121, e o comentário de DÖRNER e VOSSEN, “*Mangelnde ...*” *cit.*, Rn 245.

³⁹⁶¹ BALLETTI, “*La risoluzione ...*” *cit.*, p. 515. Tal qual se afirma em decisão da *Cassazione* de 28.10.1997, n.º 10616. *V.* também decisão da *Cassazione* de 6.6.1989, n.º 2727.

³⁹⁶² BALLETTI, “*La risoluzione ...*” *cit.*, pp. 515-516, e GALANTINO, *Diritto cit.*, pp. 469-470. *V.* ainda decisão da *Cassazione* de 28.1.2004, n.º 1591.

³⁹⁶³ Assim, decisão da *Cassazione* de 13.3.1999, n.º 2267.

³⁹⁶⁴ Neste sentido, MARINELLI, “*Insindicabilità ...*” *cit.*, p. 17.

³⁹⁶⁵ Estas considerações não prejudicam, porém, regime específico, previsto na contratação colectiva, que disponha que a falta de título que autoriza o exercício profissional, por determinado período não autoriza o despedimento – cf. MARINELLI, “*Insindicabilità ...*” *cit.*, p. 17: “*si deve ritenere che in questo caso le parti del contratto abbiano individuato i termini entro i quali concordano nel ritenere che l'impossibilità sopravvenuta della prestazione non consenta la prosecuzione del rapporto di lavoro, determinato direttamente il punto di equilibrio tra gli interessi contrapposti, cui il giudice non potrebbe sostituire la propria valutazione*”.

³⁹⁶⁶ Cf. *supra*, Capítulo II, Secção III, § 3., III.

aproximação à lógica que subjaz à diferenciação entre vínculo laboral e contrato de prestação de serviços, por aplicação do método indiciário e do peso relativo que então assume o apelo a indícios de subordinação jurídica. Transpomos, por conseguinte, advertência usual, naquele contexto: “cada um destes elementos”, considerado isoladamente, assume “patente relatividade, impondo-se [...] um juízo de globalidade com vista à caracterização do contrato, *não existindo nenhuma fórmula que pré-determine o doseamento necessário dos vários índices*, desde logo porque cada um deles pode assumir *um valor significativo muito diverso de caso para caso*”³⁹⁶⁷. O que corresponde, aliás, à lógica acolhida na jurisprudência inglesa: é, na verdade, ali frequente a ressalva de que os elementos de destrinça (entre impedimentos transitórios e definitivos) convocados em cada hipótese³⁹⁶⁸, sempre resultam interdependentes, havendo que não descurar leitura articulada. Por conseguinte, mais do que avaliação quantitativa de indícios que tendem a apontar num ou noutro sentido – natureza transitória ou definitiva – há que considerar tais elementos no contexto específico em que se enquadram, podendo justificar-se, conforme as circunstâncias, atribuir maior ou menor peso a uns do que a outros³⁹⁶⁹.

II. Por outro lado, é também possível concluir que o momento relevante para a aferição da natureza temporária ou definitiva do impedimento deve resultar dos elementos disponíveis, em cada hipótese, à data em que se considere que a extinção operou – momento em que se admita que o contrato cessou, ainda que nova valoração tenha, porventura, lugar posteriormente³⁹⁷⁰: nesta medida, se, futuramente, os pressupostos sofrem variação inesperada e o impedimento vem a revelar-se, contrariamente ao previsível, temporário, tal não deve prejudicar a conclusão a que se chegara e a qualificação antes feita do impedimento como definitivo³⁹⁷¹. Por outro lado, embora compreendendo as razões que motivam o apelo a um sentido particularmente exigente de impossibilidade definitiva, excluímos, neste âmbito, menção à irreversibilidade: mesmo que a plena execução futura se afigure, em tese, possível, tal não entrava a natureza definitiva do impedimento; para tanto, sendo suficiente considerar o limite do sacrifício que se conclua razoável impor ao empregador – aferindo até que ponto é adequado assumir a sua vinculação a um contrato cujas possibilidades de plena retoma não se afiguram elevadas.

³⁹⁶⁷ Acórdão do STJ, de 5.3.2013, Proc. n.º 3247/06.2TTLSB.L1.S1 (GONÇALVES ROCHA), ênfase nossa. Neste sentido, a subordinação jurídica é determinada “através de um conjunto de indícios – *assumindo cada um deles um valor relativo*, pelo que o juízo a fazer deve ser de globalidade face à *situação concreta apurada*” (itálico nosso). Entre outros, v. ainda acórdãos do STJ, de 24.2.2011, Proc. n.º 2867/04.4TTLSB.S1 (FERNANDES DA SILVA), e da RP, de 7.10.2013, Proc. n.º 889/12.0TTVNG.P1 (MARIA JOSÉ COSTA PINTO).

³⁹⁶⁸ Outros indícios, igualmente relevantes, poderão, noutras situações, ser considerados.

³⁹⁶⁹ Em acórdão de 8.10.2014, o STJ reforça que a subordinação jurídica resulta da “análise dos diversos índices que normalmente coexistem, sopesando-os não isoladamente – visto o correlato valor significativo muito diverso de caso para caso – mas no seu conjunto e no contexto global do caso concreto” (Proc. n.º 168/10.8TTVNG.P3.S1, MELO LIMA, Sumário, I).

³⁹⁷⁰ Tal qual *supra*, § 1.

³⁹⁷¹ *Idem*.

Constatámos, todavia – inexistindo limite máximo expresso e na falta de sistematização de critérios indiciadores –, a volatilidade da jurisprudência quanto à avaliação, promovida em cada caso, a respeito da natureza transitória ou definitiva do impedimento que condiciona o desempenho laboral³⁹⁷². Na ausência de outra indicação, uma tal delimitação – e, conseqüentemente, a alternativa entre a manutenção imposta do vínculo ou a sua extinção – terá, à semelhança de tantas outras matérias, de considerar difícil tensão, também aqui presente, entre, de um lado, os interesses económicos e gestionários do empregador (atento o contexto organizacional de que cada contrato de trabalho participa) e, de um outro, o interesse do trabalhador na conservação do vínculo. Concedemos, porém, enquanto princípio norteador, que perante hesitação insuperável, a preservação deve prevalecer, em detrimento da extinção³⁹⁷³.

Registámos ainda, como nota preliminar, que a delimitação da natureza transitória ou definitiva do impedimento não deve descurar o facto de, entre nós, a extinção do contrato de trabalho operar, nas situações em escrutínio, de forma particularmente expedita, atenta a ausência de especiais garantias afectas, neste contexto, ao trabalhador – por confronto com o regime particularmente restritivo, inerente às demais formas extintivas, por iniciativa do empregador. Há também que considerar – sobretudo atento o frequente apelo a critérios delimitadores da natureza transitória ou definitiva do impedimento, noutros ordenamentos – que um tal enquadramento se distancia igualmente da tendência acolhida noutros países, que apostam na procedimentalização da extinção, reconhecendo maior tutela ao trabalhador. A aferição da natureza temporária ou definitiva do impedimento que atinge o trabalhador e cuja extensão não se encontre *a priori* determinada não deve, assim, descurar estes traços regimentais, que reclamam juízo exigente, quanto à operacionalidade da caducidade.

III. Por outro lado, participando a suspensão de fenómeno maior – extravasando a suspensão laboral – buscámos, num tal âmbito mais abrangente, elementos distintivos que pudessem ser transpostos para o contrato de trabalho. Rejeitámos, todavia, acolher critério delimitador frequentemente referido naquela esfera mais vasta – ainda que de operacionalidade restringida a vínculos de duração limitada – e que dita a qualificação do obstáculo à execução como transitório ou definitivo, atento o confronto entre o termo resolutivo apostado ao contrato e a duração previsível do impedimento. Afastámos um tal entendimento, de um lado, ao rejeitarmos a natureza irreversível do impedimento: ainda que a plena execução futura (para lá do prazo predeterminado) se afigure, em abstracto, possível, tal não obsta inevitavelmente à natureza definitiva do impedimento. De um outro, por havermos concluído que mesmo que a duração do impedimento ultrapasse

³⁹⁷² V., em especial, *supra* § 2.

³⁹⁷³ Assim, *supra*, § 2. Aliás, neste sentido, MENEZES CORDEIRO assinala que, “na dúvida sobre a natureza temporária, há suspensão” (*Manual cit.*, p. 768).

previsivelmente o termo apostado ao contrato, tal não dita invariavelmente a inoperacionalidade da suspensão, atenta a maturação de importantes direitos, condicionada à subsistência do vínculo e independente da efectiva execução contratual: a suspensão nem sempre pressupõe, nesta esfera, viável execução subsequente, operando, com frequência, ainda que o futuro do vínculo se encontre comprometido. Na ausência de referências adicionais, torna-se, pois, evidente a necessidade de convocar outros elementos, que auxiliem a delimitação da natureza transitória ou definitiva do impedimento laboral – renovando-se, neste contexto específico, o apelo à necessária concordância prática dos interesses em confronto. No contrato de trabalho, em que o modelo de vinculação assume, tendencialmente, duração indefinida e a cessação unilateral, pelo empregador, é acentuadamente restringida, o impedimento temporário referente ao trabalhador – não constituindo, em si mesmo, motivo legítimo para a extinção – poderá não autorizar o fim do contrato, dando lugar à suspensão. A avaliação respeita, então, à extensão da ausência estimada e ao seu impacto no futuro contratual.

IV. O que apela a diversos planos de reflexão, respeitantes: (i) ao facto suspensivo, (ii) ao vínculo contratual estabelecido entre as partes, (iii) ao empregador e respectiva organização e, por fim, (iv) ao trabalhador e sua esfera pessoal.

Importa considerar, desde logo, os traços do próprio fenómeno impeditivo – natureza e duração da concreta circunstância suspensiva: quanto mais extenso o período pelo qual o impedimento persista ou em que se afigure previsível que venha a manter-se, mais evidente será concluir pela natureza definitiva do obstáculo à execução e pelo fim do contrato³⁹⁷⁴; haverá, por conseguinte, que avaliar as perspectivas de regresso do trabalhador, em tempo útil, ao trabalho. A concretização da natureza transitória ou definitiva do impedimento pressupõe, todavia, considerar ainda distinta valoração, decorrente da sugerida hierarquização das variáveis suspensivas, em função do específico interesse que, para lá do fim de estabilização contratual, se procura, em cada hipótese, acautelar. O que determinou a autonomização de factos suspensivos *neutros* e *não neutros*. Nos primeiros – entre os quais, a suspensão por cumprimento de pena privativa de liberdade ou por perda de habilitação necessária ao exercício profissional –, o facto que determina o impedimento não reclama qualquer *plus* positivo de valoração, não obstante a tutela afecta a tais casos, no plano da estabilização contratual. Nos demais, embora a suspensão tenha também por fim a continuidade do vínculo, o ordenamento reserva particular atenção aos interesses que autorizam o entrave à plena execução contratual. Aqui enquadrámos a suspensão por cumprimento de serviço militar, quando obrigatório, e a suspensão por observância de medida cautelar privativa de liberdade, seguindo-se, num patamar inferior de exigência, de um lado, o

³⁹⁷⁴ Ainda que outros índices de valoração (*v.g.*, dimensão da organização, actividade exercida pelo trabalhador, duração do vínculo laboral) autorizem concluir que uma ausência curta não reflecte já um impedimento transitório, mas definitivo.

exercício voluntário de actividade positivamente valorada pelo ordenamento e, de um outro, hipóteses em que a suspensão é reclamada atenta a especial vulnerabilidade do trabalhador. Em suma, não sendo *neutro* o modo como o ordenamento perspectiva os diversos factos suspensivos, uma tal delimitação (natureza transitória ou definitiva do impedimento) – e, por conseguinte, conclusão quanto à subsistência ou extinção do vínculo – não deve abstrair desta premissa³⁹⁷⁵. De assinalar, contudo, que a variação da natureza transitória ou definitiva do impedimento, consoante a razão que, em cada caso, subjaz à suspensão (*maxime*, atenta a diferenciação entre suspensões neutras e não neutras) não autoriza, por regra³⁹⁷⁶, prescindir de avaliação que afira os reflexos da ausência do trabalhador no equilíbrio contratual, em cada caso, atingido. É, pois, inevitável a identificação de indícios que auxiliem na delimitação da natureza temporária ou definitiva do impedimento: não considerar tais elementos seria descurar a desejável concordância prática dos interesses conflituantes das partes, aqui pressupostos. Importa, afinal, ter presente que no âmbito preciso da suspensão laboral, há não só que atender às razões que, em cada caso, justificam a suspensão, como considerar o impacto do absentismo, na esfera do empregador³⁹⁷⁷. É incontestável que o enquadramento jurídico das ausências “constitui um desafio permanente para o legislador, pois, nesta matéria, regista-se uma forte *tensão* entre os imperativos de carácter económico (combate ao absentismo laboral) e as exigências de cariz social (limitação do constrangimento pessoal representado pela necessidade de comparecer, pontual e assiduamente ao serviço)”^{3978/3979}. Temos, assim, de um lado, o interesse do trabalhador na manutenção do contrato de trabalho; de um outro, os custos que as ausências representam, num plano imediato, para o

³⁹⁷⁵ V. a este respeito, o que indicado *supra* § 4.2. Acolhendo explicitamente uma tal leitura, admitindo que a ausência por prisão e por doença reclamam valorações distintas, v. *supra* no que respeita ao Direito alemão e ao Direito inglês, Capítulo II, Secção III, § 2. e Capítulo III, § 4.3.

³⁹⁷⁶ V. o referido relativamente a hipóteses de cumprimento de obrigações militares (quando obrigatórias) e medidas penais de natureza cautelar (*supra*, § 4.2.).

³⁹⁷⁷ O STJ assinala que “o regime legal quer sobre faltas injustificadas quer sobre a sua justificação por doença, tem vindo a ser cada vez mais rigoroso; e isto não só em defesa das empresas, como também – e principalmente, – por interesse público: de combate ao absentismo e à indisciplina nas relações de trabalho” (acórdão de 11.1.1985, Proc. n.º 000858, DIAS DA FONSECA, Sumário, I, *italico* nosso).

³⁹⁷⁸ LEAL AMADO, *Contrato cit.*, p. 293, a propósito do regime jurídico das faltas.

³⁹⁷⁹ Assim se justificando a complexidade associada ao tratamento, em cada ordenamento, do tema, “mercê do carácter continuado do vínculo laboral e da complexidade da posição devedora do trabalhador nesse vínculo, mas também por força do problema crónico do absentismo e das suas consequências perversas na organização do trabalho nas empresas, na sua produtividade e, globalmente, na economia nacional” (PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, II, pp. 617-618, *italico* nosso). No Direito alemão, em referência às medidas que têm sido concebidas no combate ao absentismo – *maxime*, por via da atribuição de prémios de assiduidade e respectivo enquadramento jurídico –, v. WEISS e SCHMIDT, *Labour Law cit.*, p. 115.

empregador, mas ainda para a economia e a sociedade, em geral^{3980/3981}. Importa, pois, não desconsiderar o encargo real das ausências na gestão de cada organização, tomando nota dos níveis de absentismo ali verificados.

³⁹⁸⁰ A par do interesse do trabalhador na manutenção do contrato (prevalecente no nosso ordenamento) há, pois, que ter em conta o “*interesse do empregador* em não ver excessivamente perturbadas as necessidades de serviço, mormente quando se trata de doença prolongada ou de doença que provoca ausências intermitentes ou reiteradas. Efectivamente tal circunstância pode levar o empregador a substituir o trabalhador por um dos variados meios que a lei permite – *ius variandi*, contrato de trabalho a termo, trabalho temporário – mas mediante uma solução que será sempre transitória, dada a necessidade de «conservar» o posto de trabalho «à espera» do trabalhador doente, com evidentes custos de gestão” (JÚLIO GOMES, “Algumas reflexões ...” *cit.*, p. 717, *itálico* nosso).

³⁹⁸¹ V., a este propósito, estudo de Ilias LIVANOS e Alexandros ZANGELIDIS, “Sickness Absence: A Pan-European Study”, Munich Personal RePEc Archive, *Paper* n.º 22627, 2010, disponível em <http://mpira.ub.uni-muenchen.de/22627/1/MPRA_paper_22627.pdf>, onde são referidas as principais causas do absentismo por doença em vinte e seis países da UE (disponível em <http://mpira.ub.uni-muenchen.de/22627/1/MPRA_paper_22627.pdf>). Importa, na verdade, considerar uma multiplicidade de factores, como a idade e o sexo dos trabalhadores – sendo assinalada a importância de atender a aspectos porventura menos evidentes, tal qual a forma como as tarefas domésticas são repartidas entre os casais ou baixos níveis de estabilidade no emprego, documentando-se que a celebração de contratos de duração temporária e a insegurança do mercado de trabalho, contribuem para o aumento do absentismo. Também um estudo mais antigo, elaborado pelo Eurofound, “A Prevenção do Absentismo no Trabalho”, 1997, disponível em <<http://www.eurofound.europa.eu/pubdocs/1997/15/pt/1/ef9715pt.pdf>>, aborda esta temática. Os níveis de absentismo sofrem variação em função de elementos distintos, *v.g.*, esquemas de retribuição variável ou políticas organizacionais promotoras da assiduidade e da produtividade (dissuasoras do absentismo) – *v. síntese* de Konstantinos POULIAKAS e de Nikolaos THEODOROPOULOS, “The Effect of Variable Pay Schemes on Workplace Absenteeism”, *Forschungsinstitut zur Zukunft der Arbeit, Discussion Paper* n.º 5941, 2011, disponível em <<http://ftp.iza.org/dp5941.pdf>>, com referência a bibliografia diversa sobre a temática, aqui se incluindo estudos de *Labour Economics*. Fazemos ainda menção à evolução do absentismo por doença na Holanda, em função das especificidades da legislação de protecção dos trabalhadores em situação de doença e dos mecanismos implementados pelos empregadores, nas respectivas organizações, para contrariar a frequência e a extensão das ausências (cf. relatório de John Klein HESSELINK, “Sickness Absenteeism at an All-Time Low”, *Eurofound/European Observatory of Working Life*, 2011, disponível em <<http://www.eurofound.europa.eu/ewco/2011/07/NL1107029I.htm>>). Sumariando as conclusões de estudo relativo à evolução do absentismo em razão de doença e os factores que influenciam tais variações (*v.g.*, “*blue*” vs. “*white-collar worker*”, idade, sector e dimensão da empresa) no Luxemburgo, *v. Vassil KIROV*, “Sickness-Related Absenteeism in the Private Sector”, *Eurofound/European Observatory of Working Life*, 2012, disponível em <<http://www.eurofound.europa.eu/ewco/2011/11/LU1111011I.htm>>. Por fim, documentando o impacto da crise nas ausências laborais, em razão de doença, *v. Relatório Eurofound*, “Impact of the Crisis on Working Conditions in Europe European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions”, 2013, disponível em <http://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_files/docs/ewco/t1212025s/t1212025s.pdf>, pp. 45 e ss, onde se aborda especificamente “*Trends in absenteeism (sick leave) during the crisis, according to various indicators*”. Para a variação dos níveis de absentismo em razão de doença concorre, entre múltiplos factores a articular, o nível de protecção conferida aos trabalhadores, em tais circunstâncias. A este propósito se referindo que “*changes in the amount of sickness benefit and how it is paid can have a significant impact on an employee’s decision to stay at home (absenteeism) or come to work ill (presenteeism)*. During the crisis, several countries made changes to

V. Há também que convocar elementos respeitantes ao vínculo contratual estabelecido entre trabalhador e empregador, atendendo, nomeadamente, à sua duração passada, admitindo-se maior exigência num contrato mais antigo do que num outro, que registe, à data da suspensão, reduzida extensão. Referimo-nos ao tempo já decorrido aquando da suspensão e não à duração futura do contrato, não fora a suspensão³⁹⁸². Havendo, neste âmbito, que ponderar a possível convocação de aspectos referentes ao passado contratual, ainda que de natureza objectiva, como níveis de assiduidade, produtividade e desempenho, mas também de índole subjectiva, tal qual comportamento leal e ausência de antecedentes disciplinares³⁹⁸³. Se, quanto aos primeiros (objectivos), reconhecemos menores resistências à respectiva invocação (ainda que *in pejus* – i.e., acentuando, porventura a natureza definitiva do impedimento)³⁹⁸⁴, já quanto aos segundos (subjectivos), é imperativo que não sejam considerados em sentido contrário à estabilidade do vínculo, não devendo autorizar qualquer avaliação negativa do passado contratual e, por consequência, menor exigência na valoração da natureza não transitória do obstáculo à execução³⁹⁸⁵. Leitura distinta pressuporia importar, para este âmbito, juízo subjectivo negativo, a somar à razão (objectiva) que motiva a extinção – a ausência do trabalhador. Na verdade, para além de valoração (a montante) da não imputação ao trabalhador

sickness benefits. These policy changes were mostly a reduction of benefits for the employee and are seen as a key factor driving the declining absenteeism in the various countries” (pp. 49). Para informação estatística referente à atribuição do subsídio de doença em Portugal (dados anuais 2001-2013 e dados mensais Janeiro 2001-Agosto 2014), v. <<http://www4.seg-social.pt/estatisticas>>.

³⁹⁸² Este último, aspecto referido *infra*, § VII. Em suma, quanto ao primeiro elemento, um contrato de trabalho celebrado por um prazo de três anos pode computar, à data da suspensão, uma duração de dois anos, enquanto um contrato de trabalho por tempo indeterminado pode ter tido início há apenas seis meses.

³⁹⁸³ Pode, a este propósito, ser promovido certo paralelismo quanto à valoração de elementos atenuantes, em contexto disciplinar. Num tal âmbito específico, “o empregador tem de ponderar, na aplicação de sanções, a gravidade da infracção e o grau de culpa do trabalhador, tendo em conta todas as circunstâncias atenuantes do caso concreto, valendo uma regra de proporcionalidade (...)” (acórdão do STJ, de 16.1.2013, Proc. n.º 1767/08.3TTLSB.L1S1, MARIA CLARA SOTTOMAYOR, *itálico* nosso).

³⁹⁸⁴ Entendimento, em certa medida, confortado pela redacção acolhida, após a Lei n.º 27/2014, de 8.5., no art. 368.º, n.º 2, a), no contexto do despedimento por extinção de posto de trabalho – disposição que prevê critérios de selecção vários, sempre que a escolha seja plural, havendo que não confundir o critério de selecção adoptado com o fundamento que autoriza o despedimento. Alertando para a conveniência de uma tal destrição, FURTADO MARTINS nota que “a objectividade dos fatores que o empregador utiliza para escolher os trabalhadores a abranger pelo despedimento não impede que a selecção se faça em função de características atinentes aos trabalhadores”. Nesta medida, “critérios como a antiguidade, a produtividade, a avaliação de desempenho, as habilitações ou mesmo o custo são fatores inerentes a cada indivíduo ou pessoa, mas não deixam de ser critérios válidos”. Em suma, “essencial é que esses fatores não constituam o fundamento do despedimento” (*Cessação cit.*, p. 308). Neste sentido, v. acórdão do STJ, de 3.3.2010, Proc. n.º 674/05.6TTMTS.S1 (VASQUES DINIS).

³⁹⁸⁵ Ou seja, operando, agora – mantendo o paralelo indicado na nota anterior –, enquanto circunstância *aggravante*.

do concreto facto suspensivo e do juízo promovido a tal propósito – convocando, então, o regime da suspensão *ou*, constatada infracção contratual, enquadramento disciplinar, atenta a violação do dever de assiduidade³⁹⁸⁶ –, qualquer censura adicional, (agora) no âmbito preciso da delimitação da natureza temporária ou definitiva do impedimento (e, por inerência, do âmbito operativo da suspensão e da caducidade), é inadmissível. Tal equivaleria, afinal, a importar juízo disciplinar – e, para mais, com propósito extintivo –, sem que ao trabalhador tivesse sido dada oportunidade de defesa. À caducidade corresponderia, pois, sob pretexto de hipótese suspensiva, forma de censurar o trabalhador por comportamento pretérito³⁹⁸⁷. Em suma: tais elementos de pendor subjectivo apenas podem ser considerados na medida em que traduzam extensão do período suspensivo – que, não fora tal valoração, não tomaria em conta esse adicional; não devem, todavia, reduzir o tempo de suspensão decorrente de ponderação dos restantes índices.

VI. O que não impede, todavia, concluir que a execução contratual passada possa, em certa medida, ainda relevar, admitindo-se que determinado *modus operandi* constitua elemento especialmente expressivo da natureza definitiva do impedimento – trata-se, todavia, da constatação de uma situação de facto e não de juízo de censura. Assim decorrendo, na verdade, de exemplo jurisprudencial oportunamente referido³⁹⁸⁸: se, ao longo de vários anos, o trabalhador exerce a sua actividade profissional ao abrigo de autorizações temporárias, assim colmatando o facto de não dispor das necessárias habilitações académicas, preferindo perpetuar tal situação a reunir os pressupostos que o habilitariam ao pleno exercício da profissão, tal reforça não se afigurar razoável impor ao empregador aguardar – esgotada a via das autorizações provisórias – que o trabalhador venha, no futuro, a reunir tais condições. Dir-se-á, por conseguinte, que, neste caso, o comportamento passado do trabalhador confirma a natureza definitiva do impedimento. Por contraposição, a ausência de um tal histórico – tal qual, no caso de trabalhador que sempre exerceu aquela actividade profissional e que subitamente se depara com a exigência de uma nova habilitação – motivaria leitura (mais) exigente do carácter definitivo do impedimento. Importa, por fim, avaliar o impacto da ausência nos restantes trabalhadores, não descurando os efeitos que o perpetuar (em suspenso) do contrato com dado trabalhador pode assumir no comportamento dos demais, revestindo também importância atender ao comportamento do empregador – na avaliação do limite do sacrifício exigível – em situações idênticas, procurando-se, a este respeito, prática consistente³⁹⁸⁹.

³⁹⁸⁶ V. *supra* Capítulo II.

³⁹⁸⁷ Lógica aproximada subjaz, aliás, mesmo no âmbito de processo disciplinar, ao previsto no art. 357.º, n.º 4, conforme o qual, na decisão que venha a ser proferida, não podem “*ser invocados factos não constantes da nota de culpa ou da resposta do trabalhador, salvo se atenuarem a responsabilidade*”.

³⁹⁸⁸ *Supra*, n. 3688.

³⁹⁸⁹ Há, assim, valoração da consistência dos comportamentos passados do trabalhador e do empregador. O ordenamento extrai, por diversas vezes, consequências jurídicas dos padrões de

VII. Outro factor relevante, ainda referente aos contornos do vínculo estabelecido, passa por determinar por quanto tempo era esperado que o contrato subsistisse, não fora o impedimento. Este critério, referido frequentemente na jurisprudência inglesa, implica considerar a duração previsível do contrato, pressupondo acolher um critério mais exigente de valoração da natureza definitiva do impedimento em vínculo de duração indefinida do que em contrato de duração pré-determinada; havendo, por sua vez, que promover avaliação tanto mais rigorosa, quanto maior a extensão do prazo apostado ao contrato³⁹⁹⁰. Certo, porém, que ainda que este elemento possa ser acolhido como princípio orientador, não poderá pôr em causa as conclusões acima adiantadas: (i) quanto à possibilidade de, em certos casos, o contrato subsistir, em suspensão, até ao fim do termo previsto, ainda que o impedimento perdure, previsivelmente, para lá de tal prazo; e (ii) uma vez excluída referência à natureza irreversível do impedimento, nada obstar a que o obstáculo seja, no futuro, superado, sem que tal coloque em crise valoração oportunamente feita, quanto à natureza definitiva do mesmo.

VIII. Segue-se menção a elementos cuja valoração apela, de forma mais evidente, à organização que o trabalhador integra e ao impacto que a ausência pode assumir num tal contexto. Aqui se enquadram referências à natureza do trabalho desenvolvido, às responsabilidades assumidas e à posição hierárquica do trabalhador ausente, assumindo-se, por princípio, maior dificuldade na substituição transitória (interna ou externa) de trabalhadores titulares de cargos de maior responsabilidade. Nestas situações, poderá, de um lado, ser mais complexo encontrar alguém disponível para o exercício (apenas) transitório de tais funções³⁹⁹¹; por sua vez, ocupando o trabalhador função chave na empresa ou desempenhando funções altamente especializadas é, com frequência, indicado não ser exigível ao empregador suprir uma tal ausência por vias precárias³⁹⁹². Somam-se os casos em que a ausência prolongada do trabalhador

conduta das partes – em contexto disciplinar, é frequentemente convocado o princípio de coerência disciplinar: “a ideia da coerência disciplinar do empregador, não sendo um factor operatório como tal legalmente erigido, prende-se com o princípio da igualdade de tratamento, enquanto corolário da regra da proporcionalidade, e visa impedir o exercício arbitrário do poder disciplinar” (acórdão do STJ, de 28.5.2014, Proc. n.º 2786/11.8TTLSB.L1.S1, FERNANDES DA SILVA, Sumário, III). Quanto à sujeição do poder disciplinar à igualdade de tratamento, v. JÚLIO GOMES, *Direito cit.*, pp. 889 e ss.

³⁹⁹⁰ Idêntica valoração é sugerida na doutrina francesa: “pour un salarié qui s’est engagé par un contrat à durée indéterminée et qui compte une ancienneté de services de dix ans, une maladie d’une durée de quelques semaines ne saurait être que temporaire. Par contre, une maladie d’une semaine pour un salarié qui s’est engagé par un contrat à terme d’un mois peut ne pas être considérée comme temporaire” (YAMAGUCHI, *La théorie cit.*, p. 81).

³⁹⁹¹ V. *supra* n. 3914, *Poussard v. Spiers and Pond* (1876).

³⁹⁹² PICKER, “Personenbedingte ...” *cit.*, p. 47. Em reflexão dedicada ao estatuto do dirigente, MARIA IRENE GOMES constata: “já mais discutíveis são os casos em que a impossibilidade de o dirigente prestar atividade se prolonga excessivamente no tempo, tornando legítimo questionar

não é compatível com a rápida desactualização de conhecimentos essenciais ao desenvolvimento da actividade e em que o afastamento duradouro implica elevados custos de formação, a suportar pelo empregador³⁹⁹³. Inversamente, perante funções indiferenciadas ou de reduzida especialização e de menor responsabilidade, será, por princípio, facilitada a alocação transitória de outros recursos, assim se colmatando a ausência do trabalhador impedido. Nestas hipóteses, deverá, pois, ser exigido ao empregador maior rigor na delimitação da natureza definitiva do impedimento.

IX. Para lá da posição ocupada pelo trabalhador na organização, a natureza transitória ou definitiva do impedimento exige ainda atender à natureza do trabalho a prestar e, em especial, ao *modus operandi* do mesmo, atenta a estrutura pré-estabelecida pelo empregador. Em acórdão da RP de 24.2.2014, é, mais uma vez, afirmado que “a caducidade do contrato de trabalho por impossibilidade superveniente, absoluta e definitiva de o trabalhador prestar o trabalho ou de o empregador o receber *deve ser perspectivada em termos jurídicos e não naturalísticos*”, reconhecendo-se que importa, para tanto, considerar o ponto de vista, “não só da prestação do trabalhador”, mas também o “*reflexo no recebimento por parte do empregador*”³⁹⁹⁴. A factualidade subjacente ao caso pode ser, assim, resumida: o trabalhador “passou a ser portador de uma incapacidade permanente global de 70%, insusceptível de variação futura, tendo sido considerado *apto condicionalmente, não podendo realizar trabalho a partir das 19 horas nem exceder os cinco dias de trabalho de forma continuada*”. Havia, todavia, que considerar a circunstância de o empregador “explora[r] cinemas, sempre [havendo] organiz[ado] o trabalho dos «managers» (onde se integrava o Autor) por turnos rotativos”, sendo certo que “tais turnos eram organizados de forma a reforçar os períodos de maior actividade do estabelecimento e de maior frequência dos clientes – [...] a partir das 19h00” e que “qualquer dos turnos organizado terminava para além das 19h00, podendo exceder os cinco dias de trabalho consecutivos”. Acresce que, “tendo sido proposto ao Autor o exercício de outras funções” compatíveis “com aquelas limitações físicas, ele recusou”. Atenta a forma como o trabalho se encontrava organizado, a RP concluiu pela natureza definitiva do impedimento: afinal, “nas circunstâncias descritas, *por contender com a estrutura e funcionamento da Ré, não se detecta que constituísse uma obrigação da mesma organizar um horário de trabalho fixo apenas para o Autor, a*

se é ainda exigível ao empregador a manutenção do vínculo contratual do trabalhador dirigente” (O dirigente cit., p. 354, *itálico nosso*).

³⁹⁹³ PICKER, “Personenbedingte ...” cit., p. 44. V. *supra* com as devidas adaptações, o referido em F. C. Sheperd & Co Ltd v Jerrom (1987).

³⁹⁹⁴ É ainda referido que “a impossibilidade é considerada definitiva quando não é temporária, quando, face à *evolução normal e previsível* se apresente como irreversível”; acrescentando-se que “é também definitiva a impossibilidade que vai durar tanto tempo que não é exigível à empresa futura e incerta *viabilização das relações contratuais*” (Proc. n.º 361/12.9TTMTS.P1, JOÃO NUNES, ênfase nossa).

*terminar até às 19h, e que não abrangesse mais do que cinco dias de trabalho consecutivos*³⁹⁹⁵.

X. A estes elementos há que somar valoração da urgência na execução do trabalho e na necessidade de substituição permanente. Havendo, num tal contexto, que ponderar até que ponto é legítimo ao empregador suportar riscos adicionais, nomeadamente atenta a contratação temporária de trabalhador substituto. A referência a tais riscos inclui não apenas os inerentes à contratação de terceiro que integrará transitoriamente um projecto que, só por si, pode assumir especial sensibilidade no contexto da organização – assim, porventura, atenta a natureza confidencial das tarefas a desempenhar –, mas também os riscos jurídicos associados a uma tal contratação, considerados os requisitos que, à luz de cada ordenamento, condicionam a contratação a termo e/ou temporária. Assim, especificamente no caso português, importa considerar as limitações impostas nestes casos – *maxime*, quanto à descrição do motivo justificativo do termo e limites impostos à duração e renovações contratuais. No plano da contratação a termo, há que concluir pela verificação de “*necessidade temporária*”, enquanto razão justificativa de um tal modelo de vinculação (art. 140.º, n.º 1): à luz do regime legal vigente, por regra³⁹⁹⁶, a contratação a termo resolutivo apenas é admissível para “*satisfação de necessidade temporária da empresa e pelo período estritamente necessário à satisfação dessa necessidade*”. Tal natureza (temporária) é aferida em função de elenco exemplificativo, onde é referida a “*substituição directa ou indirecta de trabalhador ausente ou que, por qualquer motivo, se encontre temporariamente impedido de trabalhar*”³⁹⁹⁷. Tendo em conta a natureza excepcional da contratação a termo e a transitoriedade pressuposta, são fixados limites máximos à duração de contrato assim celebrado: três anos, na contratação a termo certo e seis anos, a termo incerto³⁹⁹⁸. Semelhantes condicionantes – ainda que com variações quanto aos limites máximos admitidos³⁹⁹⁹ – concorrem na contratação temporária⁴⁰⁰⁰. E problemática idêntica surge ainda caso o empregador opte por recurso à mobilidade funcional – também de exercício transitório –, impondo-se a fixação antecipada da sua duração previsível⁴⁰⁰¹. A este propósito é, aliás, observado

³⁹⁹⁵ Sumário, I, II e III, itálico nosso.

³⁹⁹⁶ Havendo que considerar, todavia, as situações indicadas no art. 140.º, n.º 4.

³⁹⁹⁷ Cf. art. 140.º, n.º 2, a). É ainda prevista a “*substituição directa ou indirecta de trabalhador em relação ao qual esteja pendente em juízo acção de apreciação da licitude de despedimento*”, “*substituição directa ou indirecta de trabalhador em situação de licença sem retribuição*” e “*substituição de trabalhador a tempo completo que passe a prestar trabalho a tempo parcial por período determinado*” (art. 140.º, n.º 1, b) a d)).

³⁹⁹⁸ Cf. arts. 148.º, n.º 1, c), e 148.º, n.º 4.

³⁹⁹⁹ Inferiores, na hipótese de recurso ao trabalho temporário.

⁴⁰⁰⁰ No que respeita ao contrato de utilização de trabalho temporário, v. arts. 175.º e 178.º; quanto à duração de contrato de trabalho temporário, v. art. 182.º.

⁴⁰⁰¹ Dispõe o art. 120.º, n.º 1, que “*o empregador pode, quando o interesse da empresa o exigir, encarregar o trabalhador de exercer temporariamente funções não compreendidas na actividade contratada, desde que tal não implique modificação substancial da posição do trabalhador*”.

que “a dificuldade deste requisito reside, obviamente, no modo de aferição da transitoriedade da situação”. Assumindo que “as necessidades de gestão, que estão na base do *jus variandi*, são muito diversas”, compreende-se que “este requisito dev[a] ser aferido caso a caso”, indicando-se, porém, que poderá “ser útil, como critério geral para avaliar a adequação da figura, a verificação de que, no caso concreto, não se justificaria o recurso a medidas alternativas, como a contratação de um trabalhador a termo ou a prestação do serviço por terceiros”⁴⁰⁰². O art. 120.º, n.º 3, indica, no entanto, como limite o prazo de dois anos⁴⁰⁰³.

Estas referências são, na verdade, ilustrativas das dificuldades inerentes à delimitação precisa do carácter temporário ou definitivo em domínios que extravasam o suspensivo, colocando ainda em evidência como a determinação da natureza transitória do impedimento não é dissociável dos limites máximos que condicionam a autonomia do empregador no recurso a outros institutos, sobretudo na contratação a termo/temporária ou na mobilidade funcional, enquanto formas alternativas de suprir a ausência do trabalhador⁴⁰⁰⁴. De uma perspectiva sistemática, não vemos, na realidade, como dissociar a delimitação da natureza temporária de impedimento que afecta um trabalhador e motiva a sua ausência, dos limites legais impostos à duração máxima da contratação a termo⁴⁰⁰⁵, em caso de “*necessidade temporária*” da empresa, motivada, precisamente, em exigência de substituição de trabalhador: afigura-se difícil compreender que a ausência do trabalhador A mantenha natureza transitória quando o ordenamento não autoriza manter, a título temporário, a contratação do trabalhador B, impondo uma contratação definitiva – ou conversão do contrato de B em vínculo de duração indefinida, por ultrapassados os limites máximos estabelecidos. Tomamos, pois, como forte indício de não transitoriedade, a verificação de uma impossibilidade por facto respeitante ao trabalhador por um período superior a seis anos⁴⁰⁰⁶ – prazo que ultrapassa os limites máximos fixados para a contratação a termo certo com um tal

⁴⁰⁰² PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, II, pp. 472-473.

⁴⁰⁰³ “A ordem de alteração deve ser justificada, mencionando se for caso disso o acordo a que se refere o número anterior, e indicar a duração previsível da mesma, que não deve ultrapassar dois anos”. Trata-se de prazo legal introduzido pelo CT 2009. Dir-se-á, de todo o modo, que “este limite não parece obstar nem a prorrogações de prazos iniciais mais curtos, até que se atinja este limite máximo, nem que mais tarde se volte a recorrer a este instituto, se se verificarem os restantes requisitos de admissibilidade” (PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, II, p. 473).

⁴⁰⁰⁴ Ainda conforme lógica aproximada, é previsto, enquanto desvio à garantia de inamovibilidade do trabalhador, que, em caso de transferência temporária, a alteração, “salvo por exigências imperiosas de funcionamento da empresa”, não deve ultrapassar seis meses (cf. art. 194.º, n.º 3). Já o recurso à cedência ocasional tem por limite o prazo de um ano, renovável por iguais períodos, até um máximo de cinco anos (cf. art. 289.º, n.º 1, d)).

⁴⁰⁰⁵ Em termos idênticos, v. *supra* Capítulo II, Secção III, § 2.1., o enquadramento proposto no Direito alemão.

⁴⁰⁰⁶ Cf. art. 148.º, n.º 4 – prazo que não pode ser alterado por contratação colectiva (cf. art. 139.º).

fundamento⁴⁰⁰⁷, bem como para o recurso, por empresa utilizadora, a trabalho temporário.

XI. Na valoração da utilidade residual da prestação futura e do custo de substituição do trabalhador, importa atender também às características da organização predisposta pelo empregador. Sendo, neste contexto, reiterado o apelo à dimensão da empresa⁴⁰⁰⁸, aos recursos técnicos e humanos existentes e à forma como o trabalho é repartido: por se entender que organizações de maior dimensão têm mais facilidade na resposta a estas situações, é assumido que quanto maior a empresa, mais demorada a ausência exigível ao empregador⁴⁰⁰⁹ – justificando-se leitura mais exigente da natureza definitiva do impedimento.

Nesta avaliação, a referência à dimensão da estrutura assenta no pressuposto de que uma ausência de idêntica extensão pode revestir impacto diverso em grande empresa⁴⁰¹⁰ – onde estudos de *Labour Economics* mostram que os custos unitários da ausência tendem a ser inferiores⁴⁰¹¹ –, no confronto com organização de menor dimensão. Cremos, aliás, oportuno entrecruzar esta referência com uma outra, que atende à proximidade entre as partes (e ao reforço da confiança pressuposta⁴⁰¹²) – como traço, em certa medida, transversal ao contrato de trabalho de serviço doméstico⁴⁰¹³, à actividade profissional prestada no seio de microempresa e ainda nas hipóteses em que o trabalhador ocupe cargo de direcção ou de administração. Replicando o previsto no art. 343.º, b) do CT, o art. 28.º, n.º 1, b) do RJCTSD, prevê a extinção do contrato de serviço doméstico, por caducidade, em caso de “impossibilidade superveniente,

⁴⁰⁰⁷ Prazo de três anos, cf. art. 148.º, n.º 1, c), não tomando, agora, por referência – por refletirem enquadramentos transitórios – os regimes de renovação extraordinária acolhidos nas Leis n.ºs 3/2012, de 10.1 e 76/2013, de 7.11.

⁴⁰⁰⁸ É incontornável constatar que “a dimensão da empresa torna-se um fator de importância crescente na diversificação dos institutos laborais e opera, fundamentalmente, no sentido de dotar as pequenas empresas de maior maleabilidade neste domínio” (CATARINA CARVALHO, “Algumas reflexões ...” *cit.*, p. 173).

⁴⁰⁰⁹ Assim, a título de exemplo, *v. supra* n. 3780, 3895, 3900, 3902 e 3981.

⁴⁰¹⁰ No Direito alemão, valorando o impacto da ausência de trabalhador na estrutura do empregador e reconhecendo importância à dimensão da empresa na valoração dos interesses conflituantes das partes, PICKER assinala “jedoch ist es gerade in Großbetrieben denkbar, dass der Ausfall eines einzelnen Arbeitnehmers auf Grund personeller Überkapazitäten problemlos durch die vorhandenen Arbeitnehmer aufgefangen werden kann” (“Personenbedingte ...” *cit.*, p. 44).

⁴⁰¹¹ Assim, nomeadamente, Tim BARMBY e Gesine STEPHEN, 2000, “Worker Absenteeism: Why Firm Size May Matter”, *The Manchester School*, 2000, vol. 68, n.º 5, pp. 568-577.

⁴⁰¹² Conforme o preâmbulo do DL n.º 235/92, de 24.10, “a circunstância de o trabalho doméstico ser prestado a agregados familiares e, por isso, gerar relações profissionais com acentuado carácter pessoal que postulam um permanente clima de confiança, exige, a par da consideração da especificidade económica daqueles, que o seu regime se continue a configurar como especial em certas matérias”.

⁴⁰¹³ Sobre o serviço doméstico, *v.* Filipe Fraústo da SILVA “Sobre a Exigência Legal de Forma Escrita para o Despedimento no Contrato de Serviço Doméstico”, *QL*, ano 7, 2000, n.º 16, pp. 232-237, “Em Torno do Contrato de Serviço Doméstico”, *PDT*, 2001, n.º 60, pp. 83-130, e “Serviço Doméstico, Intimidade e Despedimento”, *RDES*, ano 42, 2001, n.ºs 3 e 4, pp. 227-311. *V.* ainda Carlos ALEGRE, *Contrato de Serviço Doméstico Anotado*, Vega, 1994, e Manuel Leal FREIRE, *Os Contratos de Serviço Doméstico e Trabalho Rural*, ELCLA, 1996.

absoluta e definitiva, de o trabalhador prestar o seu trabalho ou de o empregador o receber". É, no entanto, concretizado o limite temporal para lá do qual se toma o impedimento definitivo: "considera-se definitivo o impedimento cuja duração seja superior a seis meses ou, antes de expirado este prazo, quando haja a certeza ou se preveja com segurança que o impedimento terá duração superior"^{4014/4015}. Atenta a filosofia comum aos regimes assinalados, admitimos que aquele limite constitua importante indicador, transponível para os vínculos laborais pressupostos em microempresas, a par dos casos de trabalhador que exerça funções de direcção ou administração. Uma tal replicação encontra, aliás, outras concretizações, tal qual o possível afastamento, pelo empregador, da reintegração, nos termos do disposto no art. 31.º do RJCTSD⁴⁰¹⁶, e no art. 392.º, n.º 1, do CT, quanto a microempresa⁴⁰¹⁷ e a trabalhador que ocupe cargo de direcção ou administração⁴⁰¹⁸.

⁴⁰¹⁴ Cf. art. 28.º, n.º 2, do RJCTSD.

⁴⁰¹⁵ O art. 28.º, n.º 1, c) e d), do RJCTSD reconduz à caducidade a hipótese de *"manifesta insuficiência económica do empregador, superveniente à celebração do contrato"*, a par da *"alteração substancial das circunstâncias de vida do empregador que torne imediata e praticamente impossível subsistência da relação de trabalho"*.

⁴⁰¹⁶ Ali se dispondo, no n.º 1, que, *"o despedimento decidido com alegação de justa causa e que venha a ser judicialmente declarado insubsistente, não havendo acordo quanto à reintegração do trabalhador, confere a este o direito a uma indemnização correspondente à retribuição de um mês por cada ano completo de serviço ou fracção, decorrido até à data em que tenha sido proferido o despedimento, nos casos de contrato sem termo ou com termo incerto, e às retribuições vincendas, nos casos de contrato com termo certo"*. A este propósito, assinala a RP, em acórdão de 26.4.2010, Proc. n.º 112/07.0TTLMG.P1 (ALBERTINA PEREIRA), que o *"contrato de serviço doméstico, é um contrato de trabalho com regime especial, cuja especificidade reside na forma particular como a actividade é prestada, que assenta numa relação de proximidade e de confiança de tipo quase familiar"* (Sumário, I). Mais se referindo, que *"neste contrato, em caso de despedimento ilícito, o trabalhador tem apenas direito à indemnização por antiguidade, salvo se houver acordo quanto à sua reintegração, não sendo devidos os salários intercalares"* (Sumário, *italico* nosso).

⁴⁰¹⁷ No que respeita à malha empresarial, *"o maior número de especificidades do regime laboral português surge a propósito das microempresas, prosseguindo um escopo de favorecimento das mesmas e traduzindo, em geral, uma diminuição do nível de protecção jurídica dos respectivos trabalhadores"* (CATARINA CARVALHO, *"Algumas reflexões ..."* cit., p. 174). Acresce que a dimensão da empresa pode ser considerada mesmo em hipóteses em que tal atendibilidade não seja expressamente referida (p. 176), assinalando-se que *"no âmbito das relações individuais de trabalho, o quadro legislativo relativo à dimensão da empresa consubstancia a ideia de que o aumento da flexibilidade laboral atribuída ao empregador deve ser inversamente proporcional à dimensão da empresa, circunstância que pode ser verificada em matéria de contratação e condições de trabalho, de vicissitudes contratuais e, particularmente a propósito da extinção do contrato"* (p. 177).

⁴⁰¹⁸ *"Em caso de microempresa ou de trabalhador que ocupe cargo de administração ou de direcção, o empregador pode requerer ao tribunal que exclua a reintegração, com fundamento em factos e circunstâncias que tornem o regresso do trabalhador gravemente prejudicial e perturbador do funcionamento da empresa"*. A respeito deste preceito, o TC pronunciou-se pela não inconstitucionalidade (acórdão n.º 338/2010, de 22.9.2010, Proc. n.º 175/09, JOSÉ BORGES SOEIRO). Embora o Tribunal reitere a leitura *"de que a tutela reintegratória constitui um corolário da proibição constitucional do despedimento sem justa causa (artigo 53.º da Constituição)"*, assinala que *"as pequenas empresas e, por maioria de razão, as microempresas, têm especificidades que justificam uma diferente forma de abordagem do problema da relação entre a laboração da empresa e a segurança no emprego, que tenha em conta a necessidade de uma mais estreita*

XII. Outros elementos influem na delimitação da natureza temporária ou definitiva do impedimento, por variarem o sacrifício imposto ao empregador, com a manutenção do vínculo. A verificação de encargos patrimoniais a cargo do empregador, pelo tempo de suspensão, condiciona esta valoração. De assinalar, todavia, que a previsão de um período pelo qual o empregador é responsável pelo pagamento (total ou parcial) de determinados valores ao trabalhador – *v.g.*, obrigações inerentes a “*sick-pay*”, no Direito inglês –, não é confundível com o tempo máximo de ausência tolerada: trata-se tão-só de mais um indício a considerar, nada obstando concluir pelo fim do contrato em momento anterior ou subsequente ao expirar do período em que o empregador permanece adstrito a um tal pagamento⁴⁰¹⁹. Por outro lado, embora, entre nós, em caso de impedimento respeitante ao trabalhador, por regra, o empregador não se encontre vinculado a uma tal obrigação⁴⁰²⁰, importa não descurar que o tempo de suspensão é computado para efeitos de antiguidade⁴⁰²¹, enquanto conceito operativo relevante para consolidação de direitos vários do trabalhador, com expressão patrimonial, que oneram o empregador – assim, compensações devidas ao trabalhador no despedimento por razões objectivas e indemnizações por despedimento ilícito⁴⁰²². À semelhança de outros ordenamentos – à luz dos quais a circunstância de o empregador suportar, ainda que por tempo limitado, o pagamento de determinados valores ao trabalhador ausente surge, a par de outros elementos, como indício relevante para a delimitação da natureza temporária ou definitiva do impedimento –, também no Direito português o facto de o tempo de suspensão ser computado para efeitos de antiguidade, constitui factor a atender, no âmbito de uma tal valoração^{4023/4024}. Entre nós, são usualmente associadas dúvidas complexas ao

articulação no trabalho dentro de uma pequena ou microempresa do que numa grande empresa”. Acrescentando que “*a questão suscita ainda menos dúvidas a respeito dos cargos de administração e direcção cujas especificidades são consideradas no Código do Trabalho, por exemplo para efeitos de isenção de horário, de duração do descanso semanal obrigatório, de despedimento por inadaptação ou de aviso prévio em caso de denúncia do contrato por parte do trabalhador*” (acórdão, *itálico nosso*).

⁴⁰¹⁹ A este propósito, *v. supra* § 4.3.1.

⁴⁰²⁰ *V.*, a este respeito, *supra* Parte I, Capítulo I, Secção V, Subsecção III, § 2.

⁴⁰²¹ *V. supra* Parte I, Capítulo I, Secção V, Subsecção III, § 1.

⁴⁰²² A par de outras obrigações, que subsistem, neste período, tal qual o dever de o empregador efectuar entregas, nos termos previstos no regime jurídico do fundo de compensação do trabalho e do fundo de garantia de compensação do trabalho. Conforme o art. 11.º, n.º 3, da Lei n.º 70/2013, de 30.8, tais entregas “*são devidas a partir do momento em que se inicia a execução de cada contrato de trabalho e até à sua cessação, salvo nos períodos em que inexista contagem de antiguidade*”.

⁴⁰²³ Por outro lado, ainda que atingidos os limites máximos para a atribuição ao trabalhador de subsídio de doença, tal não autoriza o empregador a concluir pela conversão, por este efeito, da impossibilidade temporária em definitiva ou, sequer, que o trabalhador se encontra, por esta razão, em situação de reforma por invalidez. Neste sentido, indica o STJ, em acórdão de 26.6.1991, Proc. n.º 002968 (PRAZERES PAIS), que “*não há passagem automática, da situação de impedimento por doença, por mais de 1095 dias, a situação de invalidez, não sendo o impedimento*

eventual pagamento, pelo empregador, de complemento do subsídio de doença, no tempo de suspensão^{4025/4026}. Neste contexto, importa, todavia, ter

considerado definitivo” (Sumário, itálico nosso). Adiante se explicitando que há “que distinguir duas situações bem distintas”: de um lado, a hipótese de a “*impossibilidade da doença do trabalhador se prolongar por mais de 1095 dias consecutivos* e outra, a de o trabalhador estar definitivamente incapacitado de trabalhar na sua profissão, o que [...], o coloca no regime da invalidez” (ênfase nossa). Quanto ao sistema de verificação de incapacidades, no âmbito da segurança social, v. o DL n.º 360/97, de 17.12, alterado pelos DLs n.ºs 377/2007, de 9.11 e 165/99, de 13.5.

⁴⁰²⁴ Por sua vez, quanto à atribuição de prémios de assiduidade, v. o referido *supra* Parte I, Capítulo I, Secção V, Subsecção III, § 2.

⁴⁰²⁵ Cf. art. 48.º, n.º 1, b) do Código dos Regimes Contributivos do Sistema Previdencial de Segurança Social, aprovado pela Lei n.º 110/2009, de 16.9, alterado pela Lei n.º 119/2009, de 30.12, pelo DL n.º 140-B/2010, de 30.12, e pelas Leis n.ºs 55-A/2010, de 31.12, 64-B/2011, de 30.12, 20/2012, de 14.5, 66-B/2012, de 31.12 e 83-C/2013, de 31.12, “*não integram a base de incidência contributiva designadamente as importâncias atribuídas a título de complemento de prestações do regime geral de segurança social*”.

⁴⁰²⁶ No ordenamento francês, para além das prestações pagas pela Segurança Social (“*indemnités journalières*”), o trabalhador pode, uma vez reunidos os requisitos exigidos (v.g., mínimo de antiguidade, apresentação atempada de comprovativo da doença, recebimento de “*indemnités journalières*”), ter direito a “*indemnités complémentaires*”, pagas pelo empregador. Atendendo ao encargo assim assumido, é admissível que o empregador promova a realização de “*contre-visite médicale*” (cf. art. L 1226-1 do *Code du travail*). Quanto aos valores devidos, dir-se-á que, salvo convenção mais favorável, por regra, o empregador está vinculado ao pagamento, nos primeiros trinta dias, a 90% da remuneração bruta do trabalhador e nos trinta dias seguintes a dois terços da referida remuneração, observado um período de carência de sete dias. O tempo de vinculação ao pagamento sofre, todavia, extensão em função da antiguidade do trabalhador – cf. arts. D 1226-1 a 9 do *Code du travail*. Por ilustrativo, v. quadro esquemático disponível em <<http://vosdroits.service-public.fr/particuliers/F2022.xhtml>>. Já no que respeita ao controlo efectuar no âmbito da medicina do trabalho, têm aplicação os arts. L 4621-1 a L 4625-2 (“*Médecine du travail: champ d'application, missions, actions et moyens*”) e, em especial, arts. R 4624-10 a 15 (“*Visite d'embauche*”), R 2624-16 e 17 (“*Visites médicales périodiques et visites sur demande du salarié ou de l'employeur*”), R 4624-18 e R 4624-20 a 23 (“*Visites de préreprise et de reprise du travail*”), R 2624-25 a 27 (“*Visites médicales complémentaires*”) e R 4624-28 a 30 (“*Déroulement des examens médicaux*”) – v. ainda informação disponibilizada em <<http://vosdroits.service-public.fr/particuliers/F2211.xhtml>>. A este propósito, importa, contudo, ter presente documento elaborado pelo “*Conseil de la simplification pour les entreprises*”, que elenca cinquenta medidas de simplificação, aqui se incluindo propostas de aligeiramento das regras de controlo médico dos trabalhadores ausentes (v., em especial, medidas 21. e 22. – “*Simplifier la visite médicale*” e “*Clarifier les notions d'aptitude et d'inaptitude professionnelles*” – cf. documento acessível em <http://www.simplifier-entreprise.fr/wp-content/uploads/2014/02/DP-CONSEIL_SIMPLIFICATION_50_Nouvelles_Mesures_141030.pdf>). A implementação destas propostas está prevista para o segundo semestre de 2015. Por sua vez, quanto aos valores pagos pela Segurança Social (“*indemnités journalières*”), v. arts. L 313-1, L 323-1 a 7 e R 323-1 e ss. do *Code de la Sécurité Sociale* – versão consolidada disponível em <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?sessionId=7A68F151FB2E200BC9085B82C80F7D5B.tpdila16v_3?cidTexte=LEGITEXT000006073189&dateTexte=20150316>, por esquemática, v. ainda a informação acessível em <<http://vosdroits.service-public.fr/particuliers/F3053.xhtml>>. Já quanto às obrigações que impendem sobre o trabalhador, neste período, v. arts. L 323-6, L 162-4-4, L 315-1, L 323-7, R 321-2, D 323-2 e R 162-1-9-1 do *Code de la Sécurité Sociale* e informação prevista em <<http://vosdroits.service-public.fr/particuliers/F303.xhtml>>; por fim, quanto às exigências que condicionam o regresso do trabalhador (“*Reprise du travail du salarié*”) em caso de suspensão por doença, v. arts. R 4624-20 e ss. do *Code du travail* e dados coligidos em

apenas presente que sempre que assim suceda, o assumir desse custo não deve, naturalmente, ser descurado na delimitação da natureza temporária ou definitiva do impedimento, reforçando – atento o encargo assim suportado – o interesse do empregador na extinção⁴⁰²⁷.

a) Conforme o regime jurídico de protecção social na eventualidade doença, tal tutela *“realiza-se mediante a atribuição de prestações destinadas a compensar a perda de remuneração presumida, em consequência de incapacidade temporária para o trabalho”*⁴⁰²⁸, uma vez reunidas as condições para tanto exigidas⁴⁰²⁹. Importa, no entanto, assinalar divergência quanto ao

<<http://vosdroits.service-public.fr/particuliers/F144.xhtml>>. Cumpre ainda assinalar que em caso de doença ou acidente profissional têm aplicação regras especiais, cf. informação esquemática disponível em <<http://vosdroits.service-public.fr/particuliers/F175.xhtml>> (acidente de trabalho) e <<http://vosdroits.service-public.fr/particuliers/F32148.xhtml>> (doença profissional).

⁴⁰²⁷ O facto de o empregador assumir uma tal obrigação influi na valoração de parâmetros diversos de análise. Assim, quanto aos meios de controlo reconhecidos ao empregador relativamente à ausência do trabalhador, JÚLIO GOMES considera que “será defensável um maior poder de controlo sempre que exista da parte da entidade patronal uma responsabilidade acrescida – por ter, por exemplo, assumido em convenção colectiva a obrigação de pagar um subsídio de doença” (*“Algumas reflexões ...” cit.*, p. 748, *itálico nosso*).

⁴⁰²⁸ Cf. art. 1.º, n.º 2, do DL n.º 28/2004, de 4.2, que aprovou o regime jurídico de protecção social na doença. Este diploma foi objecto de Declaração de Rectificação n.º 29/2004, de 23.3 e de alteração pelo DL n.º 146/2005, de 26.8, pelo DL n.º 302/2009, de 22.10, pela Lei n.º 28/2011, de 16.6 e pelo DL n.º 133/2012, de 27.6. V. ainda a Portaria n.º 337/2004, de 31.3, alterada pela Portaria n.º 220/2013, de 4.7.

⁴⁰²⁹ Nomeadamente, prazo de garantia, índice de profissionalidade e certificação da incapacidade temporária para o trabalho (cf. arts. 8.º e ss. do DL n.º 28/2004). Importa, a este respeito, ter em conta o disposto no art. 478.º, n.º 2, do CT, conforme o qual *“o instrumento de regulamentação colectiva de trabalho pode instituir regime complementar contratual que atribua prestações complementares do subsistema previdencial na parte não coberta por este, nos termos da lei”* – disposição aproximada do antes previsto no art. 533.º, n.º 2, do CT 2003, que tinha subjacente a anterior LBSS (Lei n.º 32/2002, de 20.12). O art. 478.º, n.º 2, do CT 2009 tem, por sua vez, por referência, a Lei n.º 4/2007, de 16.1, alterada e republicada pela Lei n.º 83-A/2013, de 30.12, que revogou a anterior LBSS (no que respeita ao enquadramento dos regimes complementares de iniciativa colectiva e individual, v. os arts. 83.º e ss. da Lei n.º 4/2007). Para compreensão da redacção acolhida no art. 478.º, n.º 2, do CT, há que ter presente a conturbada evolução legal registada, neste âmbito; a tal propósito, v. Maria Leonor Oliveira GUIMARÃES, “Esquemas Complementares de Segurança Social”, CS, 1987, n.º 9, pp. 67-74, António Nunes de CARVALHO, “Pensão Complementar de Reforma e Regulamento da Empresa”, RDES, ano 35, 1993, n.ºs 1-2-3-4, pp. 349-357, Ilídio das NEVES, “Os Regimes Complementares de Segurança Social. Razão de Ser, Características e Limites”, RDES, ano 36, 1994, n.º 4, pp. 255-332, e Francisco Liberal FERNANDES, “O Direito às Prestações Complementares de Segurança Social no Âmbito dos Regimes Não Profissionais”, QL, ano 3, 1996, n.º 8, pp. 132-151. Por sua vez, na jurisprudência, v., a título exemplificativo, acórdão do STJ de 28.9.2005, Proc. n.º 05S1165 (SOUSA PEIXOTO). De assinalar ainda que o DL n.º 225/89, de 6.7 (objecto de Declaração de rectificação, publicada no DR n.º 200/89, Série I, 1.º Suplemento, de 31.8.1989) – publicado na sequência da Lei n.º 28/84, de 14.8 “Lei da Segurança Social”, primeiro diploma que, de modo expresse e sistemático, previu os esquemas complementares de protecção social – veio estabelecer os princípios gerais aplicáveis aos regimes profissionais complementares, enquanto esquemas de protecção complementar das prestações garantidas pelo regime geral de segurança social (cf. art. 1.º): a

entendimento de que a atribuição tais valores complementares estaria, de algum modo, em conflito com o disposto no art. 255.º, n.º 2, a) do CT, conforme o qual, “*sem prejuízo de outras disposições legais, determinam a perda de retribuição*” as faltas “*por motivo de doença, desde que o trabalhador beneficie de um regime de segurança social de protecção na doença*”. Na verdade, uma tal conclusão resultaria de duas premissas que não acompanhamos: (i) a natureza absolutamente imperativa daquela disposição e (ii) o carácter retributivo dos complementos. Desta lógica decorreria, afinal, contradição dificilmente superável: o art. 478.º, n.º 2, legitimaria a previsão de tais complementos em IRCT, contanto que observado o regime legal especificamente reservado a tais hipóteses; todavia, o art. 255.º, n.º 2, a) – e, nesta medida, porventura, também o art. 295.º, n.º 1⁴⁰³⁰ – não o autorizaria porquanto, assumindo tais complementos natureza retributiva, o seu pagamento contraditaria a suspensão da retribuição. Não aderimos, porém, a leitura que sustente que o art. 255.º, n.º 2, a), tenha fim proibitivo do pagamento de tais valores – enquanto suposta decorrência da natureza absolutamente imperativa daquela norma –, nem assumimos o carácter retributivo destes complementos⁴⁰³¹. Não cremos, na verdade, transponível para o enquadramento legal actual, o entendimento subscrito pela RL, em 19.1.2000⁴⁰³², tendo sido, então, assinalado – por referência ao art. 26.º n.º 2, b) da LFFF –, que, considerando que este diploma “teve em vista, como resulta do relatório preambular, criar «um novo regime de faltas [...] de estímulo à produção e combate ao absentismo»”⁴⁰³³, aquela disposição (e a referida perda de retribuição) constituiria uma norma “*totalmente imperativa*”⁴⁰³⁴. Daqui se extraindo duas importantes consequências: (i) *por um lado*, “mesmo que a obrigação do pagamento do complemento do subsídio de doença result[asse] de prática repetida ou de usos da empresa, estes nunca poder[iam] fundamentar os pedidos de pagamento desses complementos, formulados pelos trabalhadores, por contrariarem a referida norma legal que é imperativa”; (ii) *por outro*, não haveria sequer que avaliar “se o complemento do subsídio de doença, quando porventura pago, adquir[e] a natureza retributiva, já que [seria] a própria lei [...] a proibir o seu recebimento”⁴⁰³⁵.

partir de então, a sua instituição, sempre que respeitante a trabalhadores por conta de outrem, passou a obedecer a um conjunto de requisitos (cf. art. 3.º).

⁴⁰³⁰ Conforme o qual “*durante a redução ou suspensão, mantêm-se os direitos, deveres e garantias das partes que não pressuponham a efectiva prestação de trabalho*”.

⁴⁰³¹ Retomamos, o referido *supra*, Parte I, Capítulo I, Secção V, Subsecção III, § 2.

⁴⁰³² Proc. n.º 0076034 (GUILHERME PIRES).

⁴⁰³³ Sumário, I e II, ênfase nossa.

⁴⁰³⁴ Sumário, III, itálico nosso.

⁴⁰³⁵ Sumário, IV e V, itálico nosso. Quanto à relevância dos usos no Direito do Trabalho, *v.*, nomeadamente, DIAS COIMBRA, “Uso ... *cit.*”, pp. 251-283, e JÚLIO GOMES, “Dos usos ...” *cit.*, pp. 9-88. *V.* ainda PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, I, pp. 241 e ss. e, em especial, p. 245. A tal propósito, *v.* o referido *supra* n. 523.

b) Ainda que tomando por referência o enquadramento legal então vigente, divergimos de ambas as ilações⁴⁰³⁶. Quanto ao sentido a afectar ao actualmente disposto no CT, no art. 255.º, n.º 2, a) – que estendemos ao art. 295.º, n.º 1 –, assumimos que o ali previsto traduz mero corolário da tendencial correspectividade entre a prestação de serviço efectivo e o pagamento da retribuição⁴⁰³⁷, pretendendo, tão-só, confirmar a dispensa da retribuição num tal período, mas não obstando, todavia, ao pagamento, pelo empregador, de complemento de subsídio de doença. Acresce que o previsto no art. 250.º do CT limita a imperatividade do regime das faltas a aspectos normativos específicos: “a imperatividade absoluta do regime legal *apenas* se refere «aos motivos justificativos de faltas e à sua duração»”⁴⁰³⁸. Por outro lado, assumimos que estes complementos não revestem natureza retributiva⁴⁰³⁹. Em acórdão do STJ, de 3.12.2003⁴⁰⁴⁰, o empregador questionava a legalidade de cláusula da contratação colectiva, que impunha o pagamento ao trabalhador de complemento de subsídio de doença, atenta a possível violação do então previsto no art. 26.º, n.º 1, b) da LFFF⁴⁰⁴¹. Decidiu, todavia, o STJ que a “aludida cláusula não viola[va] o disposto naquele preceito legal, já que este nega o direito à «retribuição» em caso de faltas dadas por motivo de doença desde que o trabalhador tenha direito a subsídio de doença respectivo – al. b) do n.º 2 do art. 26º citado –, *mas não impede o estabelecimento em instrumento de regulamentação colectiva de subvenções que não podem qualificar-se de «retribuição», por terem carácter assistencial*”. Em suma, “*não tendo natureza remuneratória o estipulado complemento de subsídio de doença, está ab initio afastada a ilegalidade da cláusula por violação do aludido art. 26.º, que, apesar de ter natureza indiscutivelmente imperativa se reporta apenas à proibição da*

⁴⁰³⁶ Assinalamos, sobretudo, a incoerência decorrente da última conclusão vertida no acórdão. Na verdade, apenas se tais complementos assumissem natureza retributiva é que seria equacionável ponderar a sua desconformidade com o regime que dispõe, nas situações descritas – supostamente de forma imperativa – a suspensão da *retribuição*. Estranhamos, pois, conclusão que assumia a ilegitimidade de tais complementos, dispensando, porém, aferir se os mesmos revestem, sequer, aquela natureza – considerando, aliás, irrelevante uma tal qualificação. Antes acompanhamos, a este propósito, o decidido pelo STJ, em acórdão de 3.12.2003, Proc. n.º 03S632 (VÍTOR MESQUITA), seguidamente indicado.

⁴⁰³⁷ A este propósito, *v. supra* Parte I, Capítulo I, Secção V, Subsecção III, § 2.

⁴⁰³⁸ LEAL AMADO, *Contrato cit.*, p. 295, *itálico* nosso. Divergimos, por conseguinte, de MONTEIRO FERNANDES, que, à luz do previsto no art. 250.º, afirma que “*todo o regime das faltas é (com excepção das dadas por representantes dos trabalhadores) insusceptível de modificação por instrumento de regulamentação colectiva ou contrato individual*” (*Direito cit.*, p. 355, *ênfase* nossa).

⁴⁰³⁹ Cf. enunciado, em termos gerais, *supra*, Parte I, Capítulo I, Secção V, Subsecção III, § 2. Para RIBEIRO PARREIRA, mesmo que se entendesse que a imperatividade do regime das faltas na LFFF “fosse absoluta e não mínima, sempre [no seu] entender estes pagamentos seriam válidos, *ainda que como liberalidades e sem base jurídica para originar direitos adquiridos*” (“O absentismo ...” *cit.*, p. 294, n. 66, *itálico* nosso).

⁴⁰⁴⁰ Proc. n.º 03S632 (VÍTOR MESQUITA).

⁴⁰⁴¹ Tal qual assinalado, disposição equivalente ao hoje previsto, ainda que com alterações, no art. 255.º, n.º 2, a) do CT 2009.

*manutenção pelo trabalhador do direito à «retribuição»*⁴⁰⁴². Consideramos, na verdade, que, em geral, os valores pagos pelo empregador – assim voluntariamente assumidos – na suspensão por facto respeitantes ao trabalhador, não obstante a dispensa do pagamento da retribuição (cf. princípio acolhido no art. 795.º, n.º 1 do CC e nos arts. 258.º, n.º 1, e 295.º, n.º 1, do CT), não revestem, por princípio, natureza retributiva⁴⁰⁴³ – idêntica conclusão se impondo, pois, também neste caso, em reflexo de uma tal leitura.

XIII. Na avaliação do impacto da ausência do trabalhador no contexto organizacional, poderá haver que considerar ainda – sempre que assim se justifique em função da concreta hipótese suspensiva – a (in)existência de oferta alternativa de trabalho na organização. Conforme entendimento oportunamente exposto⁴⁰⁴⁴, admitimos a existência de um dever de o empregador alocar o trabalhador ao desempenho de funções que, embora (ainda) integrando a actividade contratada, até então, apenas acessoriamente lhe poderiam ser exigidas – contanto que assim se dê resposta a necessidade organizacional por suprir. Para além desta fronteira, tal exigência traduziria um *plus*, externo à valoração da impossibilidade que atinge o trabalhador, condicionando, porém, a extinção por caducidade. Concluímos, no entanto, que, se disponível na empresa, haverá ainda obrigação – enquanto condicionante da caducidade – de reafecção do trabalhador, mesmo que a funções diversas das contratadas. Apenas assim não sucedendo sempre que, a par de exigências específicas, inerentes ao desempenho das funções disponíveis⁴⁰⁴⁵, a ocupação do trabalhador pressuponha a criação de um novo posto de trabalho, ajustado à capacidade residual do trabalhador. Deste enquadramento resultará que se o trabalhador assinalar a existência de alternativa no contexto organizacional, tal será bastante para excluir a caducidade do contrato, não sendo viável ao empregador fazer prevalecer a extinção⁴⁰⁴⁶. Diversamente, se o empregador demonstrar não dispor de posto de trabalho alternativo ao qual seja possível alocar o trabalhador, concorre mais um elemento que acentuará a natureza definitiva do impedimento, cabendo-lhe reforçar a pretensão extintiva, por referência outros indícios que firmem esta conclusão.

⁴⁰⁴² Acórdão *cit.*, com itálico nosso, embora não acompanhem a referência à imperatividade da norma. Também em acórdão de 10.10.1988, a RP conclui que o “complemento de subsídio de doença *não é uma contraprestação do trabalho* prestado pelo trabalhador, mas algo que lhe é atribuído quando ele se encontra de baixa por doença, faltando-lhe o carácter de regularidade e periodicidade que tipificam a retribuição” (Proc. n.º 6706-A, ALMEIDA E SILVA, CJ, ano 13, 1988, t. 4, pp. 234-237, p. 234, ênfase nossa).

⁴⁰⁴³ Ao invés do que concluímos a respeito da suspensão por factos referentes ao empregador (*v. supra* Capítulo I, Secção IV).

⁴⁰⁴⁴ *V. supra* Capítulo I, Secção III, § 3.

⁴⁰⁴⁵ *Idem.*

⁴⁰⁴⁶ *Idem.*

XIV. Acrescem, por fim, factores referentes à situação pessoal do trabalhador. A convocação de tais elementos na valoração da subsistência ou extinção do vínculo laboral não deve ser estranhada: decorre, afinal, da relevância reconhecidamente acentuada da componente pessoalidade que – a par da dimensão organizacional – caracteriza o contrato de trabalho, atenta a singularidade da actividade laboral. Referimos, aliás, oportunamente, tratar-se de aspecto essencial à modelação e justificação do regime suspensivo por factos respeitantes ao trabalhador⁴⁰⁴⁷. Sendo inevitável constatar que, tendencialmente, “só em abstracto se pode dissociar o trabalhador (sujeito do contrato) da actividade que se empenha a prestar, aliás continuamente e absorventemente, e em que compromete a sua vida útil”⁴⁰⁴⁸. É tal importância da pessoalidade no vínculo laboral, a que se soma a natureza infungível da obrigação do trabalhador e o tendencial *intuitus personae* forte⁴⁰⁴⁹, que justificam a frequente prevalência de interesses extracontratuais do trabalhador sobre a normal execução do vínculo laboral. Ora, se, na execução do contrato, o interesse do empregador sofre acomodação em função de tais elementos – pessoais, familiares e sociais⁴⁰⁵⁰ – não se estranhará que assim também suceda aquando da valoração da extinção do vínculo. Podendo assumir, neste contexto – à luz da experiência de outros ordenamentos – especial relevância factores como a carreira contributiva do trabalhador e a proximidade da idade de reforma⁴⁰⁵¹, o número de dependentes a cargo, a situação profissional dos demais membros do agregado familiar – em especial, se empregados ou desempregados – e, por fim, a previsibilidade de maior ou menor facilidade de reingresso no mercado de trabalho. Na valoração deste último elemento, devem ser consideradas circunstâncias várias, como o perfil do trabalhador – habilitações, área de actividade, nível de especialização e capacidade de adaptação – e o contexto económico em que a extinção opera – consoante em período de crise de emprego ou de expansão económica. Certo, porém, que a enunciação destes factores não pode, em caso algum, traduzir prática discriminatória vedada.

XV. Dir-se-á que a convocação destes elementos suscita, no plano extintivo, menores melindres na cessação por caducidade do que no despedimento colectivo ou por extinção de posto de trabalho, já que, nestes últimos casos, tais

⁴⁰⁴⁷ *Idem*.

⁴⁰⁴⁸ LOBO XAVIER, *Manual cit.*, p. 308, itálico nosso.

⁴⁰⁴⁹ Sobre tais elementos *v. supra* Parte I, Capítulo VI, § 3.

⁴⁰⁵⁰ PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, II, p. 621.

⁴⁰⁵¹ Referindo exemplos jurisprudenciais alemães neste sentido, Matthias MAHLMANN nota que o afastamento dos trabalhadores com base na escolha social (“*Sozialauswahl*”) apenas em função da proximidade da idade de reforma constitui discriminação em função da idade, que poderá, não obstante, ser justificada (“Germany: Country Report on Measures to Combat Discrimination. Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC, 2008”, *European Anti-Discrimination Legal Network*, 2008, disponível em <http://www.migpolgroup.org/public/docs/169.2008_Countryreportonmeasurescombatdiscrimination_Germany_EN.pdf>).

factores – se acolhidos – materializariam critérios de selecção que ditariam a escolha dos vínculos contratuais a manter e dos demais, a excluir: a vantagem de uns traduzindo, assim, a desvantagem de outros, agudizando o tratamento diferenciado, de preferência ou desfavor, em função de dado factor. Diversamente, na extinção por caducidade, não haverá uma lógica tão evidente de benefício-prejuízo. No limite, poderá ser constatado que, em relação a dado trabalhador, tais dados foram valorados num sentido e, delimitados os contornos da situação de um outro trabalhador, os mesmos elementos não assumiram peso idêntico ou foram desconsiderados. Ao empregador poderá, em tal contexto, ser apontada prática inconsistente na valoração dos indícios extintivos, o que, no limite, poderá fragilizar a caracterização da natureza definitiva do impedimento e o fim do contrato. É, afinal, possível invocar – embora sem descurar o peso relativo dos indícios⁴⁰⁵² – que decisão não extintiva quanto a dado vínculo (por se ter reconhecido traços temporários ao impedimento) expõe prática discriminatória noutra hipótese, onde se concluiu pela natureza definitiva do obstáculo à execução, se o enquadramento das duas hipóteses for idêntico.

Seja como for, e ainda que a questão seja mais sensível na selecção dos trabalhadores a incluir em despedimento por razões objectivas empresariais, também na caducidade importa que os indícios convocados para a valoração da natureza transitória ou definitiva do impedimento – assim conformando a subsistência ou o fim do vínculo – não impliquem apelo a elementos cuja valoração, em benefício ou prejuízo do trabalhador, traduzam prática discriminatória proibida. Em elenco exemplificativo de critérios potencialmente discriminatórios, o art. 24.º do CT⁴⁰⁵³ refere: *“ascendência, idade, sexo, orientação sexual, estado civil, situação familiar, situação económica, instrução, origem ou condição social, património genético, capacidade de trabalho reduzida, deficiência, doença crónica, nacionalidade, origem étnica ou raça, território de origem, língua, religião, convicções políticas ou ideológicas e filiação sindical”*. Ora, atenta a proibição expressa de beneficiar ou prejudicar o trabalhador em função da *“situação familiar”* e da *“situação económica”*, torna-se difícil justificar que estes factores sejam, entre nós, convocados, pelo empregador, como válidos critérios de aferição da subsistência ou fim do contrato⁴⁰⁵⁴ – v., aliás, menção expressa, no art. 24.º, n.º 2, c), *in fine*, aos *“critérios para selecção de trabalhadores a despedir”*⁴⁰⁵⁵.

⁴⁰⁵² Cf. referido *supra*, § I.

⁴⁰⁵³ *Ex vi* art. 25.º, n.º 1, do CT.

⁴⁰⁵⁴ Diferente entendimento é, todavia, sugerido pelo Conselheiro PEDRO MACHETE, em voto de vencido à decisão que, no acórdão do TC n.º 602/2013, de 20.9, Proc. n.º 531/12 (PEDRO MACHETE), declarou a inconstitucionalidade do art. 368.º, n.º 2, do CT, na redacção dada pela Lei n.º 23/2012, de 25.6, expressando não compreender “por que é que a *antiguidade* [...] há-de ser o critério mais importante ou mais objectivo”. Acrescentando: “porque não considerar *isolada* ou *conjuntamente*, por exemplo, as habilitações, o custo do trabalhador para a empresa, a sua produtividade, os resultados da avaliação de desempenho ou a *situação pessoal e familiar dos trabalhadores elegíveis*?”. Afinal, “estes critérios – e muitos outros haverá – são, ou podem ser no caso concreto, tão relevantes e tão determinados e não *discriminatórios* como o da antiguidade” (ênfase nossa). Ora, embora acompanhem as razões que motivaram o voto de vencido – e discordemos, portanto, dos fundamentos invocados pelo TC para sustentar a referida

No que respeita à referência, no art. 24.º, n.º 1, à “situação económica”, dir-se-á que tal constitui, entre nós, ainda decorrência do previsto no art. 13.º, n.º 2 da CRP⁴⁰⁵⁶, sendo aqui indicado que “ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever” em razão de diversos factores, entre os quais, a “situação económica” e a “condição

inconstitucionalidade – e não obstante considerarmos da maior pertinência a convocação de outros critérios para a selecção dos trabalhadores na extinção de posto de trabalho (para além da antiguidade – elemento, de resto, não neutro, no que respeita à idade, como adiante indicaremos), é com dificuldade que concebemos que “a situação pessoal e familiar dos trabalhadores elegíveis”, possa, à luz do disposto nos arts. 24.º e 25.º do CT, constituir critério válido de selecção. Não obstante, também Filipe Fraústo da SILVA parece considerar admissível, por não discriminatória, a valoração de critérios de selecção que atendam à situação familiar dos trabalhadores. Refere, a este propósito, que “já se consideram susceptíveis de aproveitamento critérios – desde que proporcionem métodos objectivos de quantificação e aplicação que não dependam da subjectiva apreciação do empresário e, além disso, na condição de essa quantificação e aplicação se mostrarem evidenciadas no procedimento em termos que permitam a sua compreensão pelos trabalhadores visados e a sua sindicabilidade judicial – que se liguem, por exemplo, à produtividade, à adaptabilidade, à assiduidade, à aptidão (nível de qualificação, de formação ou de experiência detido, por exemplo), ao nível retributivo, ao passado disciplinar, ao custo de indemnizações, etc., isolada ou combinadamente entre si e, como se afigura desejável mas não legalmente exigível, também com critérios de pendor social, como a situação pessoal ou familiar do trabalhador, a empregabilidade, etc.”. Sendo ainda indicado não poderem “ser utilizados critérios que, embora aparentemente aceitáveis e neutros do ponto de vista da não discriminação, sejam susceptíveis de, no caso concreto, colocar um trabalhador, por motivo de um daqueles factores de discriminação, numa posição de desvantagem comparativamente com outros, a não ser que esses critérios sejam objectivamente justificados por um fim legítimo e que os meios para o alcançar sejam adequados e necessários – está aqui em causa a hipótese de discriminação indirecta, a que se alude nos art. 23.º, n.º 1, al. b), e 25.º do Cód. Trabalho”. Referindo, por fim, que “na apreciação destas questões, importará ter presente o chamado princípio de menor danosidade, de acordo com o qual certos critérios poderão encontrar legitimação na circunstância de o despedimento se mostrar menos danoso para os trabalhadores que identifique do que para outros, em face de outros meios de tutela disponível a que possam aceder com exclusão dos demais” (“Observações Acerca da Selecção Social no Procedimento de Despedimento Colectivo”, QL, ano 17, 2010, n.os 35-36, pp. 83-101, disponível em <http://www.stj.pt/ficheiros/coloquios/coloquiodtotrabalho2009_fraustosilva.pdf#, p. 1-15>, pp. 1-15, p. 11, *itálico* nosso). No seguimento da referida decisão de inconstitucionalidade, o Governo apresentou à Assembleia da República, em 13.2.2014, a PL n.º 207/XII, que dispunha, na redacção reservada ao art. 368.º, n.º 2, do CT, que “*havendo na secção ou estrutura equivalente, uma pluralidade de postos de trabalho de conteúdo funcional idêntico, para determinação do posto de trabalho a extinguir, a decisão do empregador deve observar, por referência aos respetivos titulares, a seguinte ordem de critérios relevantes e não discriminatórios: a) pior avaliação de desempenho, com parâmetros previamente conhecidos pelo trabalhador; b) menores habilitações académicas e profissionais; c) maior onerosidade pela manutenção do vínculo laboral do trabalhador para a empresa; d) menor experiência na função; e) menor antiguidade na empresa*”. De fora terão ficado outros critérios, que não terão reunido o consenso dos Parceiros Sociais, em sede de Concertação Social, tal qual, precisamente, a situação económica e a situação familiar e social dos trabalhadores. Esta redação viria a ser acolhida, no art. 368.º, n.º 2, do CT, com a entrada em vigor da Lei n.º 27/2014, de 8.5.

⁴⁰⁵⁵ V., por sua vez, a ressalva admitida no art. 24.º, n.º 3, a par das limitações que condicionam a definição de medida de acção positiva, *maxime*, natureza transitória (cf. art. 27.º); *v.*, por fim, o regime específico afecto (apenas) à idade, nos termos do art. 25.º, n.º 3.

⁴⁰⁵⁶ V. ainda o art. 26.º, n.º 1, da CRP.

social”^{4057/4058}. Também a Convenção n.º 111 da OIT, sobre a discriminação em matéria de emprego e profissão enuncia, enquanto elemento discriminatório, a “origem social”, embora admita desvios, sempre que justificados, a fim de salvaguardar necessidades específicas⁴⁰⁵⁹. A menção à “situação económica” viria a ser concretizada no art. 32.º, n.º 1, da Lei n.º 35/2004, de 29.7⁴⁰⁶⁰, de onde transitou para o actual art. 24.º, n.º 1, do CT 2009. Torna-se, porém, mais difícil acompanhar o acolhimento, neste âmbito, de referência à “situação familiar”, enquanto factor ao qual não devem ser associadas vantagens ou desvantagens, em matéria laboral, nos termos prescritos nos arts. 24.º, n.º 1, e 25.º, n.º 1, do CT.

⁴⁰⁵⁷ No que respeita à densificação do conceito, José Joaquim Gomes CANOTILHO e Vital MOREIRA indicam que a “situação económica” respeita ao “status económico, em termos de rendimento, propriedade (ricos, pobres)” (*Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. 1, reimp. da 4.ª ed. rev. 2007, Coimbra Editora, 2015, p. 342).

⁴⁰⁵⁸ A par de menção a ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução ou orientação sexual. De assinalar, todavia, que para além da proibição do arbítrio e da discriminação, o princípio da igualdade exige ainda “promoção da diferenciação, como forma de compensar a desigualdade de oportunidades, o que pressupõe a eliminação, pelos poderes públicos, de desigualdades fácticas de natureza social, económica e cultural”, com a concretização de fórmulas de “discriminação positiva” (GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição cit.*, p. 339, itálico nosso; v. igualmente Jorge MIRANDA e Rui MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, t. 1, 2.ª ed. (rev., act. e ampl.), Coimbra Editora, 2010, pp. 224 e ss.; em especial, quanto à igualdade em função do género, v. pp. 232). Importa, afinal, na linha da jurisprudência constitucional, tratar de forma igual o que é igual e distintamente o que é diferente. Sobre o “sentido positivo do princípio da igualdade”, v. JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição cit.*, pp. 222-223. Estes Autores constatarem, no entanto, que “em face de uma enumeração tão extensa e heterogênea, que cobre factores de diferenciação tão diversos como o sexo ou a raça, de um lado, e a instrução, a situação económica ou a condição social, do outro, e que compreende os mais comuns critérios de diferenciação de que lança normalmente mão o legislador, não se pode admitir a existência de uma presunção *iuris et de iure* de arbitrariedade em relação às leis que estabelecem diferenciações em função de algum dos factores enumerados no n.º 2 do artigo 13.º, podendo, quando muito, falar-se numa presunção *iuris tantum* (Ac n.º 81/95)”. Nesta medida, a presunção de que a diferenciação normativa segundo um dos factores enumerados no n.º 2 do artigo 13.º envolve violação do princípio da igualdade não dispensa o operador da tarefa de «aferição jurídico-constitucional da diferença nos parâmetros finalístico, de razoabilidade e de adequação pressupostos pelo princípio da igualdade» (Ac. n.º 319/00)” (*Constituição cit.*, p. 231).

⁴⁰⁵⁹ Aprovada para ratificação pelo DL n.º 42520, de 23.9.1959. Conforme o art. 1.º, n.º 1, a) desta Convenção, “para os fins da presente Convenção, o termo «discriminação» compreende toda a distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão”. Os desvios acima referidos são acolhidos no art. 5.º, n.º 2, da Convenção.

⁴⁰⁶⁰ Onde se dispunha que “constituem factores de discriminação, além dos previstos no n.º 1 do artigo 23.º do Código do Trabalho, nomeadamente, o território de origem, língua, raça, instrução, situação económica, origem ou condição social”. Na Exposição de Motivos da PL n.º 109/IX, era indicado o propósito de “ampliação dos factores de discriminação”, sendo, então, incluída nova menção à “situação económica” e à “condição social”, a par de referência ao “território de origem”, à “língua”, “raça” e “instrução”, já que “consagrados na Constituição e na convenção n.º 111 da Organização Internacional do Trabalho, sobre a discriminação em matéria de emprego e profissão”. A PL n.º 109/IX foi apresentada pelo Governo na Assembleia da República em 14.1.2004 (disponível em <<http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=20083>>).

Neste caso, nem a CRP, nem a Convenção n.º 111 da OIT indiciam que a valoração de tais circunstâncias deva ser vedada⁴⁰⁶¹. Atento este enquadramento, dir-se-á que o CT foi mais além, acrescentando ao catálogo de elementos discriminatórios, menção à “*situação familiar*” do trabalhador. Ora, embora não acompanhem uma tal opção⁴⁰⁶², diremos que, subsistindo o referido condicionamento legal, torna-se mais difícil a transposição, para este âmbito, de critérios idênticos aos que, nomeadamente no Direito alemão, autorizam o empregador a densificar a “*selecção social*” dos trabalhadores a despedir⁴⁰⁶³. Conforme a legislação alemã, a extinção será “*socialmente injustificada*” caso a selecção do trabalhador tenha desconsiderado, elementos vários, tais como o número de dependentes a cargo – elemento, reconduzível, entre nós, à “*situação familiar*” e à “*situação económica*” – a antiguidade e a idade⁴⁰⁶⁴. A atendibilidade da situação familiar e social dos trabalhadores é igualmente exigida noutros ordenamentos, sobretudo em hipóteses de despedimento com motivação empresarial⁴⁰⁶⁵. Assim, no Direito francês a selecção dos trabalhadores implica ponderação das responsabilidades familiares dos trabalhadores, a par de outras considerações sociais, tal qual a dificuldade de reingresso no mercado de trabalho⁴⁰⁶⁶ – ao que acrescem referências à antiguidade e às qualificações profissionais dos trabalhadores⁴⁰⁶⁷.

⁴⁰⁶¹ Nem sequer a DUDH. Conforme o art. 2.º, “*todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação. Além disso, não será feita nenhuma distinção fundada no estatuto político, jurídico ou internacional do país ou do território da naturalidade da pessoa, seja esse país ou território independente, sob tutela, autónomo ou sujeito a alguma limitação de soberania*”. V. ainda o art. 7.º, quanto à proibição de discriminação e o art. 26.º do PIDCP, os arts. 2.º, n.º 2 e 3.º, do PIDESC, o art. 14.º da CEDH e o Protocolo n.º 12 à Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais.

⁴⁰⁶² Até porque se considera uma “imposição de igualdade social” a promoção da “independência social e económica dos agregados familiares”, tal qual previsto no art. 67.º, n.º 2, a) da CRP (JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição cit.*, p. 240).

⁴⁰⁶³ A este propósito, v. o indicado *supra* Capítulo I, Secção I, § 1.

⁴⁰⁶⁴ Cf. § 1, 3 da KSchG, que impõe ainda que o empregador considere se o trabalhador é portador de grave deficiência.

⁴⁰⁶⁵ No que respeita aos critérios de selecção a observar pelo empregador, a Convenção n.º 158 da OIT, relativa à cessação do contrato de trabalho por iniciativa do empregador, aprovada para ratificação por Resolução da Assembleia da República n.º 55/94, de 14.4, nada dispõe expressamente. Já a Recomendação n.º 166 da OIT, de 22.6.1982, referente à mesma matéria, prevê, no § 23, sobre a designação “Critérios para a selecção na cessação”, que “*a selecção pelo empregador dos trabalhadores cujos contratos serão extintos por razões de natureza económica, tecnológica, estrutural ou similar, deve ser feita de acordo com critérios estabelecidos, sempre que possível, antecipadamente, que valorem adequadamente os interesses da empresa, estabelecimento ou serviço e os interesses dos trabalhadores*” (n.º 1). Acresce, no n.º 2, que “*tais critérios, a sua prioridade e peso relativo devem ser determinados pelos métodos de implementação referidos no § 1 desta Recomendação*”, assim se conferindo ampla margem à concretização dos mesmos.

⁴⁰⁶⁶ Certo, porém, que a “*situação familiar*” também não deveria, nos termos gerais do art. L 1132-1 do *Code du Travail*, constituir critério a atender, para efeitos de despedimento.

⁴⁰⁶⁷ V. arts. L-1233-5 a 7 do *Code du Travail*. O art. L-1233-5 indica, entre os critérios a considerar (i) os encargos familiares, sobretudo em caso de família monoparental; (ii) a antiguidade no

Também a legislação italiana elenca três critérios, a observar pelo empregador, salvo se distintamente previsto na contratação colectiva: responsabilidades familiares, antiguidade e exigências técnicas, produtivas e organizativas⁴⁰⁶⁸. Por fim, em Espanha, para lá da protecção reservada aos representantes dos trabalhadores⁴⁰⁶⁹, é previsto que por contratação colectiva ou acordo celebrado no âmbito de processo extintivo, sejam estabelecidos critérios de preferência relativamente a distintos grupos, como trabalhadores com responsabilidades familiares, com mais idade ou portadores de deficiência⁴⁰⁷⁰.

Quanto à idade, é, na verdade, usualmente reconhecida maior margem ao legislador, considerados os justificativos que podem ser invocados para distinções etárias⁴⁰⁷¹. A este propósito, Helen MEENAN nota, sugestivamente, que à idade tem sido reservado um estatuto inferior ao dos demais elementos potencialmente discriminatórios, constatando-se maior tolerância quanto a práticas diferenciadoras⁴⁰⁷². Assim, o art. 6.º da Directiva-Quadro n.º 78/2000/CE, de 27.11⁴⁰⁷³, legitima tratamento diferenciado, conforme duplo crivo de aferição, indicando que, “*sem prejuízo do disposto no n.º 2 do artigo 2.º, os Estados-Membros podem prever que as diferenças de tratamento com base na idade não constituam discriminação*”, contanto que, de um lado, se afigurem “*objectiva e razoavelmente justificadas, no quadro do direito nacional, por um objectivo legítimo,*

estabelecimento ou empresa; (iii) a situação dos trabalhadores cujo contexto social torne a sua reinserção profissional especialmente difícil, nomeadamente portadores de deficiência e de maior idade e (iv) as qualidades profissionais, aferidas por categoria. É ainda assinalado que o empregador pode privilegiar um destes critérios, contanto que sempre considere globalmente os demais ali indicados.

⁴⁰⁶⁸ Cf. arts. 5, n.º 1 e 24, da Legge n.º 223, de 23.7.1991 (“*Norme in materia di cassa integrazione, mobilità, trattamenti di disoccupazione, attuazione di direttive della Comunità europea, avviamento al lavoro ed altre disposizioni in materia di mercato del lavoro*”).

⁴⁰⁶⁹ Mesmo nos demais ordenamentos, os critérios enunciados não prejudicam protecção especial reservada a certas categorias, tal qual, com frequência, aos trabalhadores afectos ao exercício de funções em estruturas de representação colectiva.

⁴⁰⁷⁰ Numa análise alargada a outros ordenamentos, Angelika MULLER conclui que entre os critérios de selecção mais comuns se incluem os que atendem às qualificações, à produtividade e a considerações sociais (“*Employment Protection Legislation Tested by the Economic Crisis. A Global Review of the Regulation of Collective Dismissals for Economic Reasons*”, *Dialogue in Brief, Industrial and Employment Relations Department, International Labour Organization*, n.º 3, 2011, disponível em <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---dialogue/documents/publication/wcms_166754.pdf>).

⁴⁰⁷¹ A este propósito, v. Roger BLANPLAIN, “*Equality of Treatment in Employment*”, *International Encyclopedia of Comparative Law*, cap. 10, vol. 15, *Labour Law* (ed. Bob Hepple), J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1990, pp. 42-43.

⁴⁰⁷² “*Age Discrimination in the EU and the Framework Directive*”, *The Law on Age Discrimination in the EU* (ed. Malcolm Sargeant), Kluwer International, 2008, pp. 9-27, p. 21. Diferentemente, nos Estados Unidos da América, sobretudo desde o *Age Discrimination in Employment Act* (1967), que o tema da discriminação laboral em função da idade assume particular dignidade, sendo abundantemente tratado.

⁴⁰⁷³ Que prevê um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na atividade profissional. Conforme o art. 1.º, “*a presente directiva tem por objecto estabelecer um quadro geral para lutar contra a discriminação em razão da religião ou das convicções, de uma deficiência, da idade ou da orientação sexual, no que se refere ao emprego e à actividade profissional, com vista a pôr em prática nos Estados-Membros o princípio da igualdade de tratamento*”.

incluindo objectivos legítimos de política de emprego, do mercado de trabalho e de formação profissional” e “desde que os meios para realizar esses objectivos sejam apropriados e necessários”⁴⁰⁷⁴. Certo, todavia, que nem sempre esta avaliação se afigura evidente. Ainda à luz do enquadramento alemão e uma vez que a selecção exige, no despedimento em razão de necessidades prementes do estabelecimento, para efeitos de graduação da protecção social, atender à idade dos trabalhadores⁴⁰⁷⁵, Cord VERNUFT constata que havendo que extinguir um posto de trabalho em sector de vendas que empregue dez vendedores, é não raras vezes assumido que quanto mais avançada a idade do trabalhador, menos provável será a sua selecção⁴⁰⁷⁶. Conforme a jurisprudência alemã, o que autoriza, nestes casos, menção à idade é a circunstância de por esta forma se cumprir um objectivo legítimo: a conservação de uma estrutura etária diversificada na organização⁴⁰⁷⁷. Expressamos, na verdade, sobretudo se considerada a crescente atenção da doutrina e jurisprudência europeias à temática da discriminação etária, sérias reservas a qualquer referência à idade, sempre que independente de enquadramento adicional, que justifique uma tal menção, enquanto critério de selecção dos trabalhadores a despedir. Impondo-se, pois, demonstrar em que situações uma tal diversidade geracional se afirma realmente como um marco essencial da política da organização. Acresce que mesmo a antiguidade do trabalhador – que até à Lei n.º 23/2012, de 25.6, surgia, entre nós, como critério de selecção exclusivo na extinção de posto de trabalho (“*last-in-first-out*”), conforme então previsto no art. 368.º, n.º 2^{4078/4079} – suscita

⁴⁰⁷⁴ Também conforme o art. 25.º, n.º 3, do CT, “são nomeadamente permitidas diferenças de tratamento baseadas na idade que sejam necessárias e apropriadas à realização de um objectivo legítimo, designadamente de política de emprego, mercado de trabalho ou formação profissional”. Sobre o tema, v. CANAS DA SILVA, “Discriminação ...” cit., pp. 237-289, e Bruno MESTRE, “Discriminação em Função da Idade – Análise Crítica da Jurisprudência Comunitária e Nacional”, Para Jorge Leite. *Escritos Jurídico-Laborais* (coord. João Reis, Leal Amado, Liberal Fernandes e Regina Redinha), vol. 1, Coimbra Editora, 2014, pp. 569-624.

⁴⁰⁷⁵ Cf. § 1, 3 da da KSchG.

⁴⁰⁷⁶ “Germany”, *Age Discrimination Law in Europe* (coord. Paul Bartelings), Wolters Kluwer, 2009, pp. 125-139, p. 133.

⁴⁰⁷⁷ Neste sentido, decisão do BAG, de 6.11.2008, 2 AZR, 523/07, onde se conclui: “auch die Bildung von Altersgruppen kann nach § 10 S. 1, 2 AGG durch legitime Ziele gerechtfertigt sein. Davon ist regelmäßig auszugehen, wenn die Altersgruppenbildung bei Massenkündigungen aufgrund einer Betriebsänderung erfolgt”. Também SEIFERT e FUNKEN-HÖTZEL, indicam que a idade constitui critério aceitável contanto que indispensável a assegurar uma estrutura etária equilibrada: “since the length of service and the employee's age are social aspects that favor older employees, the maintenance of a balanced age structure of staff permits the employer to avoid a «senescence» of his staff resulting from the «social selection» procedure” (“Wrongful dismissals ...” cit., p. 10).

⁴⁰⁷⁸ Onde se dispunha que “havendo na secção ou estrutura equivalente uma pluralidade de postos de trabalho de conteúdo funcional idêntico, para concretização do posto de trabalho a extinguir, o empregador deve observar, por referência aos respectivos titulares, a seguinte ordem de critérios: a) Menor antiguidade no posto de trabalho; b) Menor antiguidade na categoria profissional; c) Classe inferior da mesma categoria profissional; d) Menor antiguidade na empresa”. Em crítica à antiguidade como critério de selecção do trabalhador no despedimento por extinção do posto de trabalho, v. PALMA RAMALHO, “O olhar ...” cit., pp. 766-767, e CARVALHO MARTINSCANAS DA SILVA “Despedimento ...” cit., pp. 531 e ss.

sérias reservas⁴⁰⁸⁰. Por atender à experiência profissional, à lealdade e ao tempo de integração do trabalhador na organização, a antiguidade não constituiria, de forma tão evidente, discriminação vedada, por referência à idade⁴⁰⁸¹. É, por isso, frequentemente convocada, para efeitos diversos, acomodando os direitos dos trabalhadores, em vários ordenamentos⁴⁰⁸². Importa considerar, todavia, a possível invocação, num tal caso, de discriminação indirecta, no que respeita a trabalhadores mais jovens⁴⁰⁸³: no Direito inglês, a técnica “*last-in-first-out*” tem vindo – sobretudo desde 2009-2010 – a ser crescentemente contestada na jurisprudência, que tende a recusar legitimidade a apelo exclusivo a um tal factor como critério selectivo, atenta a frequente identificação de prática discriminatória indirecta⁴⁰⁸⁴. Tratar-se-ia, afinal, de tendencial “*age-linked characteristic*”, que sempre reclama justificação objectiva: a exigência de motivação dita, pois, que haverá actividades em que a antiguidade poderá ser invocada enquanto critério distintivo; o que não sucederá noutros tantos casos, falhando a justificação sempre que distinções assentes na antiguidade não sejam fundadas em objectivos económicos válidos, antes decorrendo da inquestionada pressuposição de que quanto mais longo o tempo de serviço, maiores as compensações acopladas. Conforme a mesma lógica, também a referência à experiência apenas se afigura legítima se a actividade em questão pressupuser, de facto, a valorização de um tal elemento, consideradas as circunstâncias do caso e revelado-se um tal apelo proporcional; diferentemente, outras actividades exigirão reduzida ou nenhuma experiência, não sendo, então, ajustado associar incentivos a um tal factor^{4085/4086}.

⁴⁰⁷⁹ Norma repristinada no seguimento do acórdão do TC n.º 602/2013, de 20.9, Proc. n.º 531/12 (PEDRO MACHETE), e que acolheu nova redacção após a entrada em vigor da Lei n.º 27/2014, de 8.5.

⁴⁰⁸⁰ Para uma perspectiva dos critérios de selecção acolhidos nos vários ordenamentos da UE, v. Relatório da *European Labour Law Network*, “*Dismissal – particularly cit.*”, pp. 70 e ss.

⁴⁰⁸¹ Quanto à relevância da antiguidade, v. o indicado *supra* Parte I, Capítulo I, Secção V, Subsecção III, § 1.

⁴⁰⁸² Em apreciação relativa ao Direito alemão, VERNUFT assinala que compensar a lealdade à empresa, premiando a antiguidade, será uma válida justificação, contanto que o objectivo seja legítimo e o benefício adicional razoável (“*Germany ... cit.*”, p. 131).

⁴⁰⁸³ Neste sentido, JOANA ALMEIDA, “Relatório ...” *cit.*, pp. 278-279. V. ainda o Relatório da *European Network of Legal Experts in the non-discrimination field* “*Age ... cit.*” e Colm O’CINNEIDE, *The Evolution and Impact of the Case-Law of the Court of Justice of the European Union on Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC* (superv. Christa Tobler), *European Commission, Directorate-General for Justice*, 2012, disponível em <<http://www.migpolgroup.com/public/docs/Evolution%20and%20Impact%20EN.pdf>>.

⁴⁰⁸⁴ Tal qual reportado por MULLER, “*Employment ... cit.*”, p. 9. Também TAYLOR e EMIR assinalam que “*dismissing someone because they have completed only a few years’ service may well be found by the courts to be a form of indirect age discrimination because it favours older workers over younger colleagues*”. Em contrapartida, é, todavia, assinalado que “*were this to be found to be case, it is likely that the discrimination could be justified in law on grounds of cost*” (*Employment cit.*, p. 297). Idênticas reservas acompanham, no Direito inglês, a selecção dos trabalhadores com base na assiduidade, considerada a possível invocação de discriminação indirecta, em razão da doença e do género (*idem*).

⁴⁰⁸⁵ Em sentido distinto, v., todavia, ainda que no contexto da igualdade de género (e não em função da idade), o decidido pelo TJUE, em acórdão de 17.10.1989, *Handels- og*

XVI. Por fim, há que assegurar que a ausência do trabalhador não seja acompanhada de traços que autorizem concluir que o contrato não se encontra mais suspenso, por haver cessado, não já por caducidade, mas por abandono de trabalho. À luz de enquadramento legal anterior, que não previa expressamente a extinção por abandono, Bernardo da Gama Lobo XAVIER assinalava a desadequação decorrente de apelo, nessas circunstâncias, ao despedimento disciplinar. Em causa, estavam hipóteses como a de “trabalhadores que encontram melhor lugar ou situação, ou emigram, ou que por qualquer razão se afastam precipitadamente da área onde vivem, e, portanto, pretendem ir trabalhar para outra entidade patronal e pôr termo ao contrato de trabalho que detinham” e que, todavia, “o não façam de modo formal ou mesmo não procedam a qualquer declaração extintiva”. Em suma, “*ausentam-se, e é tudo*”⁴⁰⁸⁷. Importa, agora, promover adequada articulação entre o previsto no art. 297.º – ao dispor que “*no dia imediato à cessação do impedimento, o trabalhador deve apresentar-se ao empregador para retomar a actividade*”⁴⁰⁸⁸ – e no art. 403.º, n.º 1, que

Kontorfunktionærernes Forbund I Danmark c. Dansk Arbejdsgiverforening, Proc. n.º C-109/88: “no que respeita [...] ao critério da *antiguidade*, não se exclui igualmente que possa, tal como o da formação profissional, implicar um tratamento menos favorável dos trabalhadores femininos relativamente aos masculinos na medida em que as mulheres tenham acedido mais recentemente ao mercado do trabalho que os homens ou sofrido interrupções de carreira mais frequentes. No entanto, *como a antiguidade é normalmente sinónimo de experiência e esta coloca normalmente o trabalhador em condições de efectuar um melhor trabalho, é lícito que o empregador a remunere, sem que tenha de provar a sua importância para a execução das tarefas concretas confiadas ao trabalhador*” (§ 24, *itálico* nosso). Noutro registo, em acórdão de 7.2.1991, *Helga Nimz c. Freie und Hansestadt Hamburg*, Proc. n.º C-184/89, indica o TJUE que, “efectivamente, embora a antiguidade seja inseparável da experiência, a qual permite, em princípio, ao trabalhador melhor cumprir as suas tarefas, a objectividade de tal critério *depende de todas as circunstâncias de cada caso e, designadamente, da relação entre a natureza da função exercida e a experiência que o exercício dessa função proporciona após determinado número de horas de trabalho efectuadas*. Todavia, cabe ao órgão jurisdicional nacional, único competente para apreciar os factos, determinar, *tendo em atenção todas as circunstâncias, se, e em que medida, uma disposição de uma convenção colectiva como a que está em causa se justifica por razões objectivas e alheias a qualquer discriminação em razão do sexo*” (§ 14, *ênfase* nossa).

⁴⁰⁸⁶ Mais se referindo que distinções assentes na antiguidade, se desafiadas, poderão não resistir, salvo se claramente delineadas para atingir um objectivo legítimo, tal qual a promoção de lealdade à empresa.

⁴⁰⁸⁷ “Notas sobre o Abandono do Lugar nas Relações de Trabalho Privadas”, *RDES*, ano 25, 1978, n.ºs 1 e 2, pp. 149-154, p. 150, com *itálico* nosso.

⁴⁰⁸⁸ No que respeita ao fim da suspensão, refere o STJ, em acórdão de 8.10.2014, Proc. n.º 1113/12.1T4AVR.C1.S1 (PINTO HESPANHOL), que a comunicação endereçada pelo trabalhador ao empregador (em 2011), após um período de baixa médica prolongada (iniciada em 2008), na qual informa que o requerimento de pensão por invalidez fora recusado pela Segurança Social (após o decurso do tempo máximo de atribuição do subsídio de doença), “*não constitui uma alta clínica para efeitos laborais, seja em termos formais, seja em termos substanciais, face à ausência de pronúncia médica inequívoca nesse sentido*”. De uma tal declaração também não resultando sequer legítimo concluir “que cessou o impedimento que originou a suspensão do contrato de trabalho”. Nesta medida, “a realização do exame médico pela ré era [...] imposta [...] no caso de regresso [do] trabalhador depois de uma ausência superior a 30 dias por motivo de doença ou

considera “*abandono do trabalho a ausência do trabalhador do serviço acompanhada de factos que, com toda a probabilidade, revelam a intenção de não o retomar*”. Havendo, assim, que determinar em que situações a prolongada ausência por facto respeitante ao trabalhador impõe concluir que o contrato cessou não já por caducidade, mas por abandono. Em comum, a suspensão e o abandono têm a situação fáctica/objectiva de ausência; são, porém, finalisticamente antagónicas: enquanto a suspensão tem por fim a subsistência do vínculo⁴⁰⁸⁹, o abandono traduz uma ruptura ilícita do contrato – denúncia tácita⁴⁰⁹⁰, promovida pelo trabalhador, sem aviso prévio⁴⁰⁹¹. É certo que embora constituindo forma de denúncia pelo trabalhador, o abandono só pode “*ser invocado pelo empregador após comunicação ao trabalhador dos factos constitutivos do abandono ou presunção do mesmo, por carta registada com aviso de recepção para a última morada conhecida deste*”⁴⁰⁹². Esta comunicação não consubstancia, todavia, uma declaração de

acidente. E era-lhe legítimo querer determinar *se a causa da suspensão do contrato já cessara ou não*” (itálico nosso). Especificamente, quanto à relevância da comunicação da Segurança Social, indica o STJ que a mesma significa, é certo, que “a «baixa médica» subsidiada pela segurança social cessou. Mas dos factos provados apenas se retira que tal ocorreu porque em 2 de Fevereiro de 2011, o autor atingiu o período máximo de baixa médica de 1095, admitido pelo sistema de segurança social português [...] e não porque cessou o efectivo impedimento de saúde”. E, embora “em 13.9.2011, o [trabalhador tenha] receb[ido] uma comunicação da segurança social portuguesa, na qual lhe [foi] comunicado que não reun[ia] as condições de incapacidade permanente determinante da atribuição de pensão de invalidez”, na verdade, “tal pode[ria] significar que foi entendido que o autor *permanecia em situação de incapacidade temporária*” (ênfase nossa). Por fim, *v.* o art. 108.º, n.º 3, c) da Lei n.º 102/2009, de 10.9, alterada pela Lei n.º 3/2014, de 28.1 (rectificada por Declaração n.º 20/2014, de 27.3), conforme o qual “*sem prejuízo do disposto em legislação especial, devem ser realizados os seguintes exames de saúde: exames ocasionais, (...) no caso de regresso ao trabalho depois de uma ausência superior a 30 dias por motivo de doença ou acidente*”.

⁴⁰⁸⁹ Tal qual *supra*, Parte I, Capítulo I, Secção V, Subsecção III, § 1.

⁴⁰⁹⁰ LOBO XAVIER, “o que se passa afinal é que ocorreu uma verdadeira declaração extintiva, ainda que tácita. Com a ausência prolongada (ou melhor, o abandono), o trabalhador assume um comportamento concludente no sentido de evidenciar que realmente quis pôr termo ao contrato, sem se dar ao incómodo de proceder a uma declaração expressa nesse sentido junto da entidade patronal” (“Notas sobre o ...” *cit.*, p. 150). Júlio Manuel Vieira GOMES reconduz, todavia, ainda ao abandono do trabalho situações em que o trabalhador manifesta expressamente intenção de pôr fim ao contrato, tal qual se comunica verbalmente “*Demito-me!*”, seguindo-se prática concludente nesse mesmo sentido (“Da Rescisão do Contrato de Trabalho por Iniciativa do Trabalhador”, *Memórias do V Congresso Nacional de Direito do Trabalho* (coord. António Moreira), Almedina, 2003, pp. 127-166, p. 141). Este entendimento resulta de, para o Autor, a denúncia do trabalhador dever revestir forma escrita e, por conseguinte, sendo (tão-só) verbal, apenas ser enquadrável no abandono (pp. 140-141). Já para PALMA RAMALHO estar-se-á, então, perante denúncia expressa, mas não abandono do trabalho, que sempre pressuporia uma declaração tácita (*Tratado cit.*, II, p. 1109). Neste último sentido, *v.* também Sérgio de ALMEIDA, “O Abandono do Trabalho”, *RDES*, ano 41, 2010, n.ºs 1-4, pp. 135-158, p. 143.

⁴⁰⁹¹ Por isso, o trabalhador deve indemnizar o empregador nos termos previstos no art. 401.º (*ex vi* art. 403.º, n.º 5). *V.*, a este respeito, João Leal AMADO, “Abandono do Trabalho: Um Instituto Jurídico em Remodelação?”, *Direito do Trabalho + Crise = Crise do Direito do Trabalho? – Actas do Congresso de Direito do Trabalho* (coord. Catarina Carvalho e Júlio Gomes), Coimbra Editora, 2011, pp. 13-27, p. 14.

⁴⁰⁹² Cf. art. 403.º, n.º 3.

vontade extintiva do empregador, mas condição de eficácia da cessação promovida pelo trabalhador⁴⁰⁹³.

Por sua vez, ao invés do fim contratual por caducidade, o abandono exige que a não comparência “*seja acompanhada de factos que, com toda a probabilidade, revelam a intenção de não [...] retomar*” o trabalho⁴⁰⁹⁴, havendo que contar ainda com a presunção (ilidível) de abandono caso a ausência se prolongue “*por 10 dias úteis seguidos, sem que o empregador seja informado do motivo da ausência*”⁴⁰⁹⁵. Consideradas as variantes assim assinaladas, LEAL AMADO identifica o abandono em sentido próprio com uma ausência qualificada do trabalhador – ausência (elemento objectivo), acompanhada de factos concludentes, reveladores de um *animus* extintivo do trabalhador (elemento subjectivo)⁴⁰⁹⁶ – e o abandono presumido, enquanto ausência prolongada e sem notícias⁴⁰⁹⁷. No primeiro caso e quanto à concretização do que se entenda por “*factos que, com toda a probabilidade*” revelem uma intenção de abandono, não bastará uma ausência injustificada, sendo necessário que a não comparência não seja acompanhada de comportamento do trabalhador que, embora inadequado à justificação da ausência, exprima uma vontade não extintiva⁴⁰⁹⁸. Na verdade, “a vontade extintiva não pode considerar-se a regra mas antes a excepção e como tal deve ser interpretada restritivamente exigindo-se mais do que uma omissão”⁴⁰⁹⁹. Nesta medida, a ausência do trabalhador por trinta dias, atestada por documento inidóneo, pode legitimar procedimento de despedimento, por faltas injustificadas, mas não já a cessação do contrato de trabalho, por abandono⁴¹⁰⁰.

⁴⁰⁹³ LEAL AMADO, “Abandono ...” *cit.*, p. 17.

⁴⁰⁹⁴ Cf. art. 403.º, n.º 1.

⁴⁰⁹⁵ Cf. art. 403.º, n.º 2. A presunção de abandono pode ser ilidida pelo trabalhador “*mediante prova da ocorrência de motivo de força maior impeditivo da comunicação ao empregador da causa da ausência*” (cf. art. 403.º, n.º 4). Não basta, portanto, demonstrar que a ausência se deveu a razões que não correspondem a qualquer intenção de fazer cessar o contrato, sendo ainda necessário mostrar que houve efectiva impossibilidade de comunicar ao empregador a razão da ausência. Qualificando esta presunção de “forte”, v. SÉRGIO DE ALMEIDA, “O abandono ...” *cit.*, p. 150.

⁴⁰⁹⁶ Aqui se incluindo as hipóteses em que o trabalhador celebra um outro contrato de trabalho, de execução incompatível com o anterior, ou os casos em que o trabalhador emigra, tendo já regularizado a respectiva entrada e permanência no outro país.

⁴⁰⁹⁷ LEAL AMADO, “Abandono ...” *cit.*, pp. 14-15.

⁴⁰⁹⁸ Assim, FURTADO MARTINS, *Cessação cit.*, p. 553. No Direito italiano, v. SANTORO-PASSARELLI, *Diritto cit.*, pp. 203-204.

⁴⁰⁹⁹ JÚLIO GOMES, “Da rescisão ...” *cit.*, p. 142.

⁴¹⁰⁰ Criticando acórdão do STJ de 6.2.2008, Proc. n.º 07S2898 (VASQUES DINIS), em que foi decidido que a recusa ilícita de cumprimento, por trabalhadora, de ordem de transferência de Vila Nova de Gaia para o Porto consubstanciaria – atenta a ausência de apresentação ao serviço no Porto – abandono do trabalho, v. LEAL AMADO, “Abandono ...” *cit.*, pp. 18 e ss. Subscrevemos o entendimento do Autor, por a ausência não ser, nesta hipótese, acompanhada de *animus* extintivo. A mesma crítica é dirigida pelo Autor ao acórdão do STJ de 10.12.2009, Proc. n.º 84/07.0TTVIS.C1.S1 (BRAVO SERRA) (pp. 21 e ss.). Diversamente, sugerindo a adequação do decidido nos referidos acórdãos, v. SÉRGIO DE ALMEIDA, “O abandono ...” *cit.*, p. 144, n. 24.

Até 2009 permaneceu, todavia, dúvida que dificultava a percepção dos limites operativos da suspensão – em especial a delimitação da natureza transitória ou definitiva do impedimento –, em face não só da extinção por caducidade, mas também por abandono. Em causa estava a extensão da obrigação do trabalhador comunicar e justificar a ausência – que boa parte da doutrina e a maioria da jurisprudência limitavam, por regra, aos primeiros trinta dias de não comparência⁴¹⁰¹; uma vez aplicável o regime suspensivo e não mais o das faltas, o trabalhador não teria já de renovar tais obrigações⁴¹⁰².

Atento este enquadramento, o Livro Branco das Relações Laborais de 30.11.2007⁴¹⁰³, identificou que “a maioria dos litígios suscitados por situações de abandono do trabalho resulta[va] de ausências prolongadas do trabalhador que, num momento inicial, determinaram a suspensão do contrato em resultado de faltas justificadas ao trabalho, oportunamente comunicadas ao empregador”, sendo certo que decorrido “um período limitado de tempo”, com frequência, “o trabalhador deixa[va] de comunicar o motivo da ausência”⁴¹⁰⁴. Tornando-se, então, difícil ao empregador controlar o fim do impedimento (e da suspensão) e determinar, em diante, o momento a partir do qual a ausência não teria mais

⁴¹⁰¹ A este propósito, *v. supra* Parte I, Capítulo I, Secção V, Subsecção III, § 5. Assim, JORGE LEITE, “até porque nisso não tem o empregador interesse relevante autónomo; o interesse do empregador satisfaz-se com o aviso da ausência, com a antecedência devida ou logo que possível, com a prova do impedimento quando a solicite e com indicação da previsível duração do impedimento *quando for o caso*. A meu ver, a tanto, *mas não a mais*, está obrigado o trabalhador” (“O desempenho ...” *cit.*, p. 529, *itálico* nosso). Na jurisprudência, *v.*, entre as múltiplas decisões neste sentido, o acórdão da RL de 25.11.1998, Proc. n.º 0038144 (SIMÃO QUELHAS). Anteriormente ao CT 2009, também JÚLIO GOMES considerava preferível a orientação acolhida na jurisprudência, atenta a incerteza que a exigência de uma tal obrigação poderia suscitar: “seriam, de outro modo, extremamente incertas as condições de exercício do dever de avisar a manutenção da baixa: por exemplo, com que periodicidade é que haveria que cumprir tal dever?” (“Algumas reflexões ...” *cit.*, p. 730).

⁴¹⁰² Embora diversas vozes já então sustentassem que uma tal interpretação não se afigurava conforme à boa fé, nem aos deveres acessórios que vinculam as partes na suspensão. Assim, JOÃO REIS, que assinalava que “quanto mais durar a ausência mais justificado e premente é para o empregador tomar as medidas adequadas à situação criada, isto é, mais sentido tem exigir a comunicação atempada do impedimento ao trabalho” (“Suspensão do contrato ...” *cit.*, p. 86). Ainda à luz de enquadramento anterior, também FURTADO MARTINS discordava da interpretação jurisprudencial maioritária: “franqueada a «barreira» dos trinta dias, dar-se-ia a suspensão do contrato de trabalho e a ocorrência do impedimento que a determina ficaria *para sempre demonstrada*, adquirindo o trabalhador o direito de não mais dar qualquer satisfação à entidade empregadora das razões pelas quais não vai trabalhar”. Ora, considerava o Autor um tal resultado “totalmente inaceitável e injustificado”. E, na verdade, nem se diga que, nestes casos, poderia o empregador solicitar aos serviços da Segurança Social a verificação da doença. Pois, a verdade é que aquele nem sequer foi informado de que o trabalhador estava (ou continuava) doente: tudo quanto se sabe é que o trabalhador esteve impossibilitado para prestar o trabalho por motivo de doença até à data que figurava no «boletim de baixa» cuja cópia lhe foi entregue. A partir dessa data nada mais sabe, porque o trabalhador nada mais lhe disse, escudando-se na alegada situação de suspensão do contrato de trabalho” (*Cessação cit.*, pp. 196-197, *ênfase* nossa).

⁴¹⁰³ Disponível em <http://www.gep.msess.gov.pt/edicoes/outras/livro_branco_digital.pdf>.

⁴¹⁰⁴ P. 116.

fundamento legal, carecendo de justificação⁴¹⁰⁵. Sendo, assim, complexo aferir, com segurança, se a situação em causa correspondia ainda a uma hipótese suspensiva ou se seria, atenta a falta de comunicação, reconduzível à extinção, por abandono: sendo certo que, conforme a solução acolhida, o contrato subsistira ou se extinguiu. Referimos, a título ilustrativo, o decidido em acórdão do STJ, de 18.5.2011, ainda à luz do previsto no CT 2003⁴¹⁰⁶: alegava o empregador que a trabalhadora entrara em situação de baixa médica em 9.3.2005, apresentando atempadamente documentos comprovativos até 29.5.2006. Subsistindo a ausência após esta data, o empregador só viria, porém, a receber novo justificativo a 20.6.2006, não invocando a trabalhadora qualquer fundamento que justificasse por que só então lhe fora possível a entrega daquele documento. Neste contexto e decorridos mais de dez dias úteis de ausência, o empregador entendia que operara a presunção de abandono de trabalho; viria, no entanto, o STJ a condicionar a leitura das regras do abandono – e, por conseguinte, da extinção ou subsistência do vínculo – à interpretação acolhida a respeito da (in)existência de obrigação de o trabalhador reiterar a comunicação e justificação da ausência ao trabalho, uma vez aplicável o enquadramento suspensivo. Não tendo aplicação ao caso o CT 2009, mas as regras do CT 2003, entendeu o STJ ser “bem claro que o legislador quis regular em termos distintos” – de acordo com a respectiva duração – “as ausências do trabalhador ao seu serviço por impedimento deste, designadamente por motivo de doença”: até um mês, teria aplicação “o regime das *faltas*, com a *necessidade de o trabalhador [...] as justificar*”; em diante, haveria que convocar “o regime de *suspensão do contrato, sem necessidade de justificação [...]*”⁴¹⁰⁷. Concluindo, em

⁴¹⁰⁵ Conforme disposto no art. 297.º do CT 2009, “no dia imediato à cessação do impedimento, o trabalhador deve apresentar-se ao empregador para retomar a actividade”. No CT 2003, o art. 297.º previa que “no dia imediato ao da cessação do impedimento, o trabalhador deve apresentar-se ao empregador, para retomar a actividade, sob pena de incorrer em faltas injustificadas”.

⁴¹⁰⁶ Proc. n.º 638/06.2TTSNT.L1.S1 (PEREIRA RODRIGUES).

⁴¹⁰⁷ Acórdão *cit.*, *itálico* nosso. E sustentando, a este respeito, argumentação que declinamos liminarmente: “durante os primeiros 30 dias o contrato [...] mantém[-se] plenamente em vigor, com os inerentes direitos, deveres e garantias. Outro tanto não sucede durante o período de suspensão, pois que apenas se mantêm os direitos, deveres e garantias das partes, na medida em que não pressuponham a efectiva prestação do trabalho, cessando os restantes, conforme se extrai do disposto no art. 331º/1 do CT”. Ora, cessando, na suspensão, “o dever de comparência ao serviço [art. 121.º/1/b) do CT] porque este dever pressupõe a obrigação da efectiva prestação de trabalho”, dir-se-á que “durante o período da suspensão do contrato devido a doença do trabalhador que se prolongue por mais de um mês o mesmo trabalhador não tem de se apresentar no local de trabalho para prestar a sua actividade profissional”, nem, por conseguinte, de “justificar a sua ausência” (acórdão *cit.*). Sendo concluído que “aliás se fosse intenção do legislador aplicar o regime da justificação das faltas no âmbito da suspensão do contrato não se absteria de o dizer expressamente, ainda que, reconheça-se, se o fizesse não deixaria também de estabelecer um regime incongruente e em parte de esvaziamento do instituto da suspensão do contrato” (*idem*). Também em acórdão de 20.1.2000, o STJ acolhe justificação que não acompanhamos, por contraditória: embora reconduzindo a formalização de comunicação e de justificação da ausência ao dever de lealdade – e afirmando a subsistência deste dever durante a suspensão –, exclui a imposição ao trabalhador de tais obrigações, por considerar que as mesmas não se encontram “expressamente impost[a]s em instrumento

síntese – assim promovendo a articulação dos dois temas em análise –, que “não só o trabalhador não carece de justificar as faltas dadas durante esse período de suspensão do contrato” como, “consequentemente, não podem essas faltas consubstanciar um comportamento do trabalhador que faça presumir o seu abandono do trabalho”⁴¹⁰⁸.

Para obviar a estas dificuldades, a Comissão do Livro Branco das Relações Laborais⁴¹⁰⁹ sugeriu a inclusão de expressa menção à renovação da obrigação de comunicação e de justificação das ausências, em hipóteses de suspensão por factos respeitantes ao trabalhador. Esta proposta viria a ser concretizada no art. 253.º, n.º 4, do CT 2009⁴¹¹⁰ e a renovação da comunicação resulta hoje imposta por todo o período de ausência, sob pena de o trabalhador incorrer em faltas injustificadas – e com o acolher desta solução se esbatendo consideravelmente as dúvidas que antes dificultavam clara delimitação das situações de suspensão e de extinção, por abandono. Assente a obrigação de o trabalhador renovar a referida obrigação, dir-se-á que assim não sucedendo, em diante, a suspensão

normativo adequado” (Proc. n.º 85/99, JOSÉ MESQUITA, *Trabalho e Segurança Social*, n.º 1, Janeiro de 2001, pp. 24-27, p. 25). No caso, a trabalhadora havia subitamente cessado a entrega das justificações que sempre remetia ao empregador, durante a suspensão. A respeito de uma tal interrupção – acompanhada do início de prestação de actividade em estabelecimento comercial de um outro empregador –, refere o STJ que “a prática anterior da A. [...] não sendo adoptada no cumprimento de um dever legal ou contratual, criou apenas uma expectativa da sua continuidade e nada mais” (p. 26).

⁴¹⁰⁸ Acórdão do STJ, de 18.5.2011 *cit.* Neste mesmo sentido se pronunciaram diversos arestos. Em acórdão de 10.2.2003, Proc. n.º 0212158 (SOUSA PEIXOTO), indica a RP que “estando o trabalhador de baixa por doença, o contrato suspende-se decorrido que seja um mês” (Sumário, I). No entanto, uma vez que “a partir da suspensão, o trabalhador *deixa de ser obrigado a comunicar o motivo das ausências*” (Sumário, II, ênfase nossa), “as faltas dadas no decurso do período de suspensão do contrato *não constituem presunção de abandono do trabalho*” (Sumário, III, itálico nosso). Mais se referindo que “a prestação de serviços a terceiros, durante a suspensão do contrato, não permite concluir pela intenção de abandono do trabalho por parte do trabalhador” (Sumário, IV). Nestas hipóteses, é frequente a jurisprudência concluir por verificação de um despedimento ilícito: “tendo a Ré, em 20 de Junho de 2006, remetido à Autora a carta cuja cópia se mostra junta autos, a comunicar-lhe que o seu contrato de trabalho havia cessado por abandono, por não ter comunicado o motivo da sua ausência a partir de 30 de Maio de 2006, *procedeu ao despedimento da Autora, que foi ilícito por não ter sido precedido do respectivo procedimento legal*” (acórdão do STJ, de 18.5.2011, Proc. n.º 638/06.2TTSNT.L1.S1, PEREIRA RODRIGUES, ênfase nossa). Corroborando este entendimento, *v.* anotação de PAULA RIBEIRO FARINHA, AA.VV., *Código do trabalho. Três anos cit.*, pp. 570-571. Ora, a respeito do “entendimento tradicional de que, inexistindo abandono, há necessariamente despedimento”, SÉRGIO DE ALMEIDA nota que “quer dogmaticamente quer pelos termos da própria lei, que alude a denúncia tácita, nada impede, parece-nos, que *inexista abandono e despedimento* (continuando o contrato a vigorar, *ainda que virtualmente suspenso*), se se verificar que *nem o trabalhador quis abandonar o trabalho, nem o empregador o quis despedir*, mas tão-somente confirmar a cessação por iniciativa daquele” (“O abandono ...” *cit.*, pp. 148-149, itálico nosso).

⁴¹⁰⁹ *Livro Branco das Relações Laborais*, Ministério do Trabalho e da Solidariedade Social, IEFEP, 2007, disponível em <http://www.gep.msess.gov.pt/edicoes/outras/livro_branco_digital.pdf>, p. 116.

⁴¹¹⁰ “A comunicação é reiterada em caso de ausência imediatamente subsequente à prevista em comunicação referida num dos números anteriores, mesmo quando a ausência determine a suspensão do contrato de trabalho por impedimento prolongado”.

deixa de ser justificada e o empregador pode, atenta a continuação imotivada da ausência, concluir por abandono de trabalho, operando a presunção prevista no art. 403.º, n.º 2⁴¹¹¹: ainda que até dada altura o empregador tenha tido conhecimento da razão que motivou a suspensão, o persistir da ausência, desacompanhada de nova comunicação, não autoriza assumir que a incapacidade se manteve. Neste sentido, decidiu o STJ, em acórdão de 28.11.2012⁴¹¹², já à luz do CT 2009, concluindo que “o acidente de trabalho, cujo impedimento temporário se prolongue por mais de um mês, *determina a suspensão* do contrato de trabalho; o trabalhador deve, porém, apresentar-se ao empregador no dia imediato à cessação desse impedimento, a fim de retomar a actividade”⁴¹¹³. É, não obstante, entendido, que será “*de considerar verificada a situação de abandono do trabalho* quando está demonstrado que o trabalhador, após ter sofrido um acidente de trabalho que lhe demandou um período de incapacidade [...], entrou em baixa, imediatamente a seguir, por incapacidade para o trabalho por estado de doença, que foi comprovando perante o empregador, com sucessivos certificados, até 21.3.2009, e que, após esta última data, não só não compareceu no local de trabalho, como não informou o motivo dessa ausência, não relevando, para esse efeito, a resposta à carta enviada pelo empregador com a comunicação de abandono do trabalho, efectuada em 21.1.2010”^{4114/4115}.

Por sua vez, a caducidade – por o impedimento do trabalhador não revestir mais natureza transitória, mas definitiva – opera, nos casos descritos, em situações de suspensão prolongada, devidamente justificada: a caducidade e o abandono constituem, nesta medida, formas extintivas excludentes.

⁴¹¹¹ V., a este propósito, FURTADO MARTINS, *Cessação cit.*, p. 573.

⁴¹¹² Proc. n.º 499/10.7TTFUN.L1.S1 (FERNANDES DA SILVA).

⁴¹¹³ Sumário, V, ênfase nossa.

⁴¹¹⁴ Sumário, VI, itálico nosso. O mesmo entendimento foi acolhido em acórdão do STJ de 3.10.2013, Proc. n.º 8/11.0TTSTS (GONÇALVES ROCHA), e pela RL, em acórdão de 10.10.2013, Proc. n.º 927/11.4TTLSB.L1-4 (JERÓNIMO FREITAS), onde é promovida articulação entre o (novo) regime de comunicação e justificação da ausência no tempo de suspensão e o enquadramento reservado ao abandono de trabalho. V, todavia, já à luz do CT 2009, acórdão da RL de 21.3.2012, Proc. n.º 499/10.7TTFUN.L1-4 (PAULA SÁ FERNANDES), onde é indicado que “encontrando-se o contrato de trabalho suspenso por doença do autor, a ausência deste *nunca poderia ser considerada como um abandono do trabalho* pois faltava-lhe o elemento de natureza subjectiva constituído pela *intenção definitiva, por parte do trabalhador, em não retomar o trabalho*, que também não se podia presumir dado que a ré sabia que o contrato de trabalho que os ligava estava suspenso por doença do autor” (Sumário, III, itálico nosso).

⁴¹¹⁵ Também FRAÚSTO DA SILVA nota que a exigência de comunicação e de motivação da ausência “imediatamente subsequente à prevista em comunicação anterior e mesmo em situação de suspensão do contrato de trabalho por impedimento prolongado” – alteração “verdadeiramente inovadora” – legítima que o incumprimento de um tal ónus “pode acarretar consequências muito desvantajosas para o trabalhador ausente, já que, não só torna as faltas injustificadas (n.º 5), como pode permitir a presunção de abandono do trabalho, que vale como denúncia do contrato” (“Alterações ...” *cit.*, p. 316, ênfase nossa).

5. O retorno à plena execução

Aqui chegados, cumpre fechar o círculo: superado o impedimento que transitoriamente entravou a regular vivência do vínculo⁴¹¹⁶, o fim da suspensão e o regresso à plena execução ditam a retoma subsequente do mesmo contrato^{4117/4118}. Para ARTZ, salvo alterações menores, nada deveria, por princípio, distinguir um contrato que recupera (todos os) efeitos, de um outro, que não tenha registado intervalo suspensivo⁴¹¹⁹: no seu desenrolar, a suspensão não representaria mais do que um *episódio a ser esquecido*⁴¹²⁰. Perspectiva distinta é, todavia, a de SARRAUTE, para quem o tempo de suspensão não deve ser desconsiderado: a execução contratual plena e efectiva resultaria sempre *encurtada*, por efeito da suspensão, uma vez que parte substancial das prestações devidas resultam (em definitivo) não executadas⁴¹²¹ – o que apenas artificialmente poderia ser ignorado. Referimos, contudo, leituras que cremos conciliáveis e que reflectem, afinal, a *dualidade* subjacente ao complexo (duradouro) laboral – sempre assinalada, ao longo da dissertação⁴¹²²: *perspectiva interna* e inutilização definitiva do trabalho não executado; *perspectiva externa* e subsistência do vínculo por meio da suspensão até (sempre que possível) ao completo restabelecimento⁴¹²³.

A suposta apatia ou inconsequência da suspensão seria igualmente rejeitada pelos autores que acentuam outros traços, que demarcam o fenómeno suspensivo: assim, em particular, a proximidade acrescida das partes – decorrente, sobretudo, da superação conjunta de obstáculos. É a esta luz que LABORDERIE expressa que o regresso à plena execução, após período de suspensão, reforça necessariamente os laços entre os contratantes, elemento pessoal da maior relevância para a execução futura do contrato⁴¹²⁴. O que coloca, mais uma vez, em evidência a natureza profundamente evolutiva e

⁴¹¹⁶ V. o disposto nos arts. 297.º, 301.º e 310.º.

⁴¹¹⁷ Assim, no âmbito mais alargado da suspensão que extravasa o domínio laboral, v. ARTZ, “La suspension ...” *cit.*, p. 102. Neste sentido, em data anterior, RADOUANT, *Du cas fortuit cit.*, p. 274, e TREILLARD, ao indicar que é o mesmo contrato que é continuado após a suspensão (“De la suspension ...” *cit.*, p. 97).

⁴¹¹⁸ BÉRAUD nota que, num plano estatístico, o número de hipóteses suspensivas que ditam a retoma plena do vínculo é superior aos casos em que a suspensão termina com a cessação do contrato (*La suspension cit.*, p. 232).

⁴¹¹⁹ O art. 295.º, n.ºs 2 e 4, concretiza um tal corolário.

⁴¹²⁰ “La suspension ...” *cit.*, p. 102. Também BÉRAUD assinala: “*passée la suspension, c’est le même contrat qui continue d’être exigible dans tous ses éléments*” (*La suspension cit.*, p. 233).

⁴¹²¹ *De la suspension cit.*, p. 61.

⁴¹²² Tal qual exposto *supra*, Parte I, Capítulo I, Secção V, Subsecção III, § 3. e Parte I, Capítulo II, §§ 1.3., 1.4. e § 3.

⁴¹²³ Contanto, claro está, que a extinção não tenha operado por caducidade ou outras formas extintivas. Neste contexto, v. também VIDA SORIA, *La suspension cit.*, pp. 353 e ss.

⁴¹²⁴ *La pérennité cit.*, p. 72. Quanto ao retorno à plena execução, v. ainda HAGER, *Das ruhende cit.*, pp. 211-212.

relacional do vínculo de trabalho⁴¹²⁵ e a relevância da suspensão como instrumento jurídico especialmente adequado à preservação contratual⁴¹²⁶.

⁴¹²⁵ V. *supra* Parte I, Capítulo I, Seção V, Subseção I e II.

⁴¹²⁶ V. *supra* Parte I, Capítulo I, Seção V, Subseção III, § 1.

SÍNTESE CONCLUSIVA

PARTE I: DELIMITAÇÃO E RELEVO JURÍDICO DA SUSPENSÃO

I. A par do que se verifica noutros planos, também na ordem jurídica a suspensão surge enquanto fenómeno transversal: interferência que trava a continuidade de um processo encetado, induzindo um estado de reticência, na expectativa de retoma.

II. A dimensão temporal assume, neste âmbito, dupla relevância: de um lado, o contrato de trabalho é, por essência, duradouro – a obrigação principal do trabalhador corresponde a uma actividade continuada e a do empregador a uma realização periódica. Por sua vez, a suspensão – travando transitoriamente a execução laboral, com vista à plena eficácia futura – exige dimensão temporal específica, sendo, pois, indissociável do carácter duradouro do vínculo. Foi, assim, convocada análise da influência do *tempo* no Direito e identificação de particularidades regimentais associadas a contratos de execução não instantânea.

III. Perspectivámos a suspensão laboral como fenómeno de vocação abrangente, heterogéneo e complexo: traduz uma realidade multifacetada – atenta a pluralidade de factos determinantes da suspensão –, agregando originalmente, não obstante certo grau de fragmentação, institutos vários, dispersos na sistemática do CC.

IV. Esta conjuntura dificulta a articulação aqui convocada: o acervo normativo geral do Direito comum – concebido segundo o modelo da transacção isolada, mais simples de tratar numa perspectiva dogmática – reclama adaptação perante vínculos duradouros. Só após tal ajuste, ainda que frequentemente desatendido nos estudos dedicados ao tema, se afigura adequada a sua transposição para a esfera laboral, consideradas as especificidades aqui pressupostas.

V. Recuperámos, assim, passo metodológico intermédio, descurado no tradicional processo comparativo (Direito Civil/Direito do Trabalho), e sem o qual se obtém perspectiva aproximada, mas não exacta, do problema: identificação dos desvios e adaptações impostos às regras convocadas em contratos que com o de trabalho partilham característica específica – a durabilidade.

VI. No plano do enquadramento geral do Direito das Obrigações, as insuficiências do modelo contratual tradicional – centrado, sobretudo, no momento formativo – viriam a ser assinaladas por vias diversas. Neste contexto, reconhecemos especial relevância ao movimento de origem anglo-saxónica que identificou as idiossincrasias dos designados “*relational contracts*” – entre os quais, o contrato de trabalho alinha como exemplo ilustrativo – em face dos “*discrete contracts*”.

VII. A lógica contratual “clássica” adequar-se-ia, sobretudo, aos “*discrete contracts*”: vínculos, em regra, de curta duração, com limitada interacção pessoal e objectos de troca facilmente mensuráveis; transacções que requerem reduzido comportamento cooperativo, sendo-lhes inerente a ideia de “*presentiation*”.

VIII. Por sua vez, aos “*relational contracts*” haveria que apontar outras características: duração relevante, envolvimento acentuado de (pelo menos) uma das partes, tendencial ausência de exacta mensurabilidade (no mínimo) de uma das obrigações, comportamento cooperativo, repartição futura de vantagens e benefícios e ocorrência provável de perturbações supervenientes. Acrescem, como nota típica, incompletude,

flexibilidade e esforço de contextualização: obedecendo a uma lógica de cooperação, reclamariam um entendimento próprio e criativo de temas contratuais vários.

IX. As críticas à teoria relacional centram-se, no essencial, em dois planos: na artificialidade da destriça entre as categorias pressupostas (contratos discretos *vs.* relacionais) e na ausência de reflexos práticos evidentes, atenta a não identificação de um corpo de regras reservado a uma tal realidade.

X. Sem descurar os notáveis ensinamentos da construção relacional, assumimos preferência por menção a “obrigações duradouras”. Nestas obrigações – no confronto com as “instantâneas” –, o tempo condiciona a sua progressão, traduzindo elemento essencial (não acessório), atenta a relevância de execução não isolada. Esta a justificação para os desvios regimentais apontados, necessários porque melhor traduzem o propósito das partes, vinculadas duradouramente.

XI. Ilustrativo desses ajustes é a expressa referência à eficácia *ex nunc* da resolução, enquanto reflexo da indissociabilidade obrigação duradoura/sentido constitutivo do tempo da execução, a par da autonomia reconhecida às prestações plurais que participam da obrigação – cada qual seguindo a sua sorte, sem influir nas demais. A utilidade que deriva de cada prestação é uma utilidade *pro tempore*, que não pode ser restituída nem, por regra, recuperada: a reposição da situação anterior é, por princípio, desajustada à natureza destas obrigações, atenta a correspectividade aqui pressuposta.

XII. Houve, contudo, que intersectar esta lógica com reflexão distinta: referimos (ainda) a essencialidade de cumprimento em tempo próprio. Embora não constituindo traço exclusivo de obrigações duradouras, também aqui haverá que assinalar a relevância que reveste a não realização, no momento acordado, de cada prestação (autónoma) do complexo agregado. Esta é, afinal, a distinção que permite concluir que, nos designados “negócios fixos absolutos”, o atraso no cumprimento inviabiliza, em termos definitivos, a prestação – e com reflexos vários, tal como na delimitação precisa da impossibilidade temporária que, no Direito do Trabalho, atinge o trabalhador; ou para determinação do âmbito operativo da mora do credor *vs.* impossibilidade da prestação, tema especialmente relevante no contexto da suspensão por factos respeitantes ao empregador.

XIII. Concedemos, no entanto, que também nos vínculos duradouros há espaço para os designados “negócios geralmente fixos”: a prestação tardia pode ainda ter interesse para o credor, não inviabilizando, por conseguinte, em definitivo, a prestação por executar. Admitindo, contudo, que, por regra, o tempo de execução (de cada prestação) revista importância essencial – e assim também, por princípio, no contrato de trabalho –, surge, então, questão distinta: perante impossibilidade ou incumprimento definitivo de prestação(ões) singular(es) que integra(m) o complexo duradouro, o que concluir quanto à subsistência do contrato?

XIV. Atentos o contributo da teoria relacional e o sentido preciso que reservamos às obrigações duradouras, reconhecemos-lhes traços distintivos, presentes também no contrato de trabalho: (i) função estabilizadora – jurídica, económica e social; (ii) exposição à superveniência (vulnerabilidade e tutela *vs.* mecanismos de revisão do acordado); (iii) desdobramento estrutural – uno *vs.* múltiplo; (iv) dinâmica organizativa; e (v) acentuação dos deveres acessórios.

XV. Quanto ao primeiro elemento, há que reconhecer que, promovendo hábitos de fidelização, solidariedade e cooperação, os vínculos duradouros assumem, enquanto instrumento estabilizador, papel significativo na vida económica e social.

XVI. Identificámos, todavia, níveis distintos de salvaguarda da continuidade do vínculo: concorrendo, com frequência, não só tutela do que foi estabelecido, mas também da durabilidade futura. E esta protecção materializa um *plus*: num tal nível (superior) de garantia, a estabilidade não significaria já (apenas) preservação do que foi definido, mas promoção da subsistência do vínculo, por dado período – especialmente patente no enquadramento legal reservado ao contrato de trabalho, atentos o modo como a liberdade de desvinculação do empregador é limitada e a excepionalidade do regime de contratação a termo e temporária.

XVII. Se a estabilidade contratual surge como traço modelador dos vínculos duradouros, é também evidente a relevância da suspensão enquanto instrumento apto à conservação dos efeitos do vínculo laboral – o que reforça, aliás, a desadequação de menção à suspensão do *contrato de trabalho*. Consideradas as consequências gerais associadas à suspensão laboral – subsistência dos direitos, deveres e garantias que não pressuponham a efectiva prestação de trabalho e, uma vez terminado o período suspensivo, pleno restabelecimento dos direitos, deveres e garantias condicionados por tal efectividade –, o trabalhador não é titular apenas de um direito preferencial de reingresso.

XVIII. A um tal contexto há que sobrepor, como princípio geral, o cômputo do tempo de suspensão para efeitos de antiguidade, assim se demarcando o Direito português de outros modelos em que um tal efeito nem sempre acompanha a subsistência do vínculo; o que permite concluir que a estabilidade contratual assume, entre nós, especial tutela, por via da suspensão: o vínculo persiste; uma vez finda a suspensão, o contrato retoma plena execução; e o tempo de ausência é, por regra, considerado para efeitos de antiguidade.

XIX. Por outro lado, divergindo de orientação frequente na doutrina, admitimos que a subordinação jurídica persiste no período suspensivo: trata-se, afinal, de traço conformador do contrato de trabalho – que permanece, não obstante a suspensão.

XX. Leitura diversa apenas poderia proceder caso se considerasse que o exercício do poder disciplinar, em caso de infracção, não constituiria ainda manifestação da subordinação jurídica – que surgiria em reverso tão-só do poder directivo: inexistindo, no período suspensivo, prestação efectiva de trabalho, o poder directivo resultaria, naquele tempo, esvaziado, decaindo, pois, o contraponto da subordinação jurídica. Assumimos, todavia, premissa diversa: o poder disciplinar reflecte ainda a subordinação jurídica, que, constituindo traço distintivo do contrato de trabalho, se mantém enquanto o vínculo perdura: apenas com a extinção do contrato a subordinação desaparece, razão pela qual só nesse momento o trabalhador recupera plena autonomia.

XXI. Perante um tal enquadramento – e para lá dos variados fundamentos, subjacentes às modalidades suspensivas –, resulta evidente o fim da suspensão laboral: ainda que não constituindo “escudo impenetrável”, surge, em vínculo duradouro, como instrumento promotor da conservação dos efeitos do negócio jurídico e, neste contexto, da estabilidade do emprego. E assim se assegurando a perenidade do contrato, não obstante a perturbação transitória.

XXII. A par da estabilidade contratual, convocámos, todavia, outros elementos modeladores de vínculo duradouro, com destaque para a vulnerabilidade associada à superveniência. O tempo não surge, afinal, apenas como elemento constitutivo, mas

também como motivo de exposição e fragilidade acrescidas; assumindo, por isso, especial relevância mecanismos de vocação protectora, tal como a suspensão (não circunscrita ao contrato de trabalho), enquanto reacção intermédia entre a execução forçada e a cessação.

XXIII. Um tal desígnio resultaria, aliás, acautelado, sempre que as partes associassem antecipadamente a suspensão à superveniência de determinados factos – com concretização específica na esfera laboral, atenta a expressa menção à suspensão convencional. Assinalámos, contudo, que, não obstante a margem criativa que a jurisprudência reconhece às partes, a suspensão por acordo não comporta autonomia ilimitada, sobretudo quando o convencionado esvazie a previsão de regimes autónomos que traduzem exigências específicas. Por isso se entendendo que a amplitude com que a suspensão convencional é acolhida noutros vínculos duradouros não deve, sem ressalvas, resultar transposta para o domínio laboral.

XXIV. A superveniência pode, certamente, assumir formas muito variadas, não sendo viável antecipação exaustiva. Admitimos, todavia, que, sobretudo em contratos aos quais o ordenamento jurídico reconheça desajustes naturais, é prudente promover esforços de adequação regimental que contrariem desequilíbrios futuros. Assim sucede, com particular evidência, no contrato de trabalho, em que a incapacidade prolongada do trabalhador (*maxime*, o “risco infortunistico”) ou as variações que atingem a capacidade produtiva das empresas (o “risco económico”) – indicando apenas dois exemplos – poderiam fragilizar, na ausência de conjunto normativo adequado, a continuidade contratual e a tutela do emprego.

XXV. Assume, assim, especial importância a antecipação das perturbações mais prováveis: o enquadramento de eventos futuros, que, embora de verificação incerta, podem, de algum modo, defraudar a protecção desejada. Nesta medida, a regulação expressa da suspensão laboral, no Direito português, é ainda representativa da dinâmica criativa que reconhecemos às regras laborais – reverso, no plano normativo, da capacidade evolutiva do contrato de trabalho, em falta nos modelos tradicionais de contratação.

XXVI. Diversos elementos reflectem um tal ajuste em período suspensivo: desde logo, a tendencial suspensão do pagamento da retribuição. Para lá das especificidades reservadas à suspensão por factos referentes ao empregador – em que o pagamento total ou parcial da retribuição obedece a lógica própria, por se tratar ainda de inactividade no “*rasto da mora do credor*” –, aferimos se na suspensão por factos respeitantes ao trabalhador e por acordo: (i) não obstante o disposto no art. 295.º, n.º 1, seria admissível o empregador assumir o pagamento de determinados valores – e, concebida a viabilidade de uma tal prática; (ii) se seria adequado excluir natureza retributiva a tais montantes; (iii) e, ainda que afastada esta natureza, se seria viável condicionar a possibilidade de o empregador excluir ou alterar o seu montante unilateralmente. Verificámos, por fim, a razoabilidade da aposição de limites à interpretação de cláusulas que acolham a previsão de um tal pagamento, a cargo do empregador.

XXVII. Para lá do destino da contraprestação ou do assumir, pelo empregador, do pagamento de determinados valores, foram escrutinadas outras decorrências da suspensão que reajustam a sobrevivência do contrato à inactividade do trabalhador. Questionámos, neste âmbito, em que medida ausências justificadas e prolongadas ao trabalho podem condicionar a produção de determinados efeitos, conformados pela

assiduidade e pelo desempenho – ou seja, pela prestação efectiva de trabalho: aqui se incluindo hipóteses diversas, tais como a de o empregador que institui a atribuição de prémio de assiduidade ou de produtividade ou a progressão salarial e profissional indexada a mínimos de comparência e a avaliação de desempenho.

XXVIII. O esforço de ajuste do contrato encontra outras manifestações. Por especialmente relevantes, considerámos o impacto da suspensão na percepção do subsídio de Natal e no direito a férias, respectiva retribuição e subsídio. Da natureza retributiva do subsídio de Natal e da sua correlação com o trabalho anual, decorre a suspensão do respectivo pagamento na parte correspondente ao período suspensivo, em que não concorre trabalho (efectivo). Leitura sistemática impôs, todavia, concluir que, se norma especial, referente a hipótese suspensiva específica, previr a equiparação da ausência a serviço efectivo sem perda de retribuição, tal período não deverá influir (reduzindo ou anulando) o valor do subsídio. Diversamente, se, não obstante a equiparação a serviço efectivo, é ressalvado o pagamento da retribuição, o subsídio de Natal não terá de ser pago pelo empregador. Solução diferente se impõe, no entanto, na suspensão por facto respeitante ao empregador: resultando, então, a impossibilidade de execução no “rasto da mora do credor”, o empregador mantém o dever de pagamento da contraprestação e, por conseguinte, também do subsídio de Natal.

XXIX. Maiores dúvidas se suscitam, contudo, quando se trata de aferir o impacto de ausência em razão de suspensão nas férias dos trabalhadores, havendo que considerar, a tal propósito, referências diversas: à semelhança do subsídio de Natal, também os valores devidos por férias e subsídio de férias revestem natureza retributiva. Todavia, se, no âmbito da suspensão por factos respeitantes ao empregador, a ausência do trabalhador não introduz, por regra, especiais desvios ao regime das férias – decorrendo tal neutralidade do alheamento do trabalhador quanto à inviabilização do trabalho –, o enquadramento afigura-se mais complexo na suspensão por factos referentes ao trabalhador. Considerámos, por isso, o regime legal reservado às férias e, especificamente, as normas que atendem, em concreto, à situação de impedimento prolongado do trabalhador – férias vencidas no ano de início da suspensão, férias referentes ao trabalho prestado no ano de início da suspensão, férias relativas aos anos intercalares (em que não é desenvolvido trabalho), férias respeitantes ao trabalho executado no ano de regresso – e eventual sobreposição das normas que conformam o regime das férias à hipótese de cessação do vínculo.

XXX. À semelhança da reflexão tecida quanto ao subsídio de Natal, aferimos eventuais reflexos, neste âmbito, de equiparação legal da ausência a serviço efectivo. Porém, agora, atenta a tendencial autonomização do direito a férias quanto ao trabalho desenvolvido, inexistente, por princípio, correlação directa entre os dois elementos. Admitimos, no entanto, que uma tal equivalência – como sucede, por vezes, no contexto da parentalidade – poderá ainda assumir impacto, neutralizando os desvios reservados às hipóteses de impedimento prolongado.

XXXI. Seguiu-se referência a outro elemento, essencial à adequada contextualização das obrigações duradouras: *desdobramento estrutural* (unidade *vs.* pluralidade), que caracteriza tais hipóteses, traduzindo tensão própria entre cada prestação periódica ou período intervalado de execução continuada (dimensão interna) e unidade da obrigação (dimensão externa), enquanto elemento complexo – traço modelador de aspectos regimentais vários, também transponíveis para a suspensão laboral.

XXXII. Soma-se a frequente qualificação dos vínculos duradouros como “contratos de organização”, com especial ênfase no contrato de trabalho, em que o interesse do credor não resulta tanto (ou tão-só) de cada prestação isolada, mas, ao invés (ou também), da necessária coordenação de conjunto maior, atendendo aos meios disponíveis na organização – e que assume, por sua vez, concretizações várias na suspensão laboral.

XXXIII. Resulta ainda incontornável menção à intensificação de deveres acessórios autónomos da prestação principal, *maxime* a lealdade, enquanto aspecto característico das obrigações duradouras, com particular incidência na suspensão laboral – expressivo, aliás, da acentuação da *dinâmica* suspensiva, por oposição à *dormência* ou *torpor*, usualmente convocados.

XXXIV. Enunciados os principais traços caracterizadores das obrigações duradouras, seguiu-se a identificação de regras dispersas que, não considerando de modo evidente a natureza duradoura do vínculo, reclamam, nessas hipóteses, adaptações. Um tal exercício teve por propósito melhor compreender como se processa o cumprimento destas obrigações de estrutura complexa e aferir, em tais casos, o impacto de evento impeditivo temporário – assim melhor enquadrando a suspensão laboral enquanto mecanismo reparador de perturbação transitória.

XXXV. Neste âmbito, seleccionámos três temáticas que, em contexto suspensivo laboral, assumem particular importância: *(in)cumprimento*, *excepção de não cumprimento* e *impossibilidade temporária*.

XXXVI. Ao cumprimento é, com frequência, recusada eficácia extintiva em obrigação duradoura: tal seria, aliás, uma das principais originalidades regimentais aqui identificáveis – após o cumprimento de dada prestação singular, a obrigação manteria a mesma força jurídica, não invalidando o surgir de nova prestação, de conteúdo idêntico; e tal ocorrência sucessiva negaria eficácia extintiva aos actos de cumprimento precedentes. Ao invés do que sucede nas obrigações instantâneas, agora, a extinção não decorreria do cumprimento, mas do decurso do tempo, por efeito de denúncia.

XXXVII. Declinámos, todavia, a linearidade de um tal entendimento: denúncia e cumprimento assumem, em obrigações duradouras, propósitos não coincidentes; a denúncia impede o surgir de novos comandos, para além do que se pretendia ser o último da série; o cumprimento atesta a extinção da obrigação, sem o que o credor poderia exigir as prestações em falta.

XXXVIII. Procurámos, seguidamente, melhor compreender como se processa o cumprimento, em obrigação duradoura, atenta a dualidade estrutural pressuposta, convocando, para este âmbito, a indicada sobreposição “autonomia de cada prestação” (dimensão interna) *vs.* “unidade do complexo” (dimensão externa).

XXXIX. Quanto à dimensão interna, comportando as obrigações duradouras uma pluralidade de prestações, cada acto singular de cumprimento realiza e extingue o respectivo crédito, sem que tal impeça o surgir de novo comando, de conteúdo equivalente: os comandos são sucessivos e distintos, buscando a satisfação de exigências não sobreponíveis; e o cumprimento singular não determina extinção parcial, mas total de um débito, entre outros, diversos.

XL. Sucedem que a pluralidade se move em unidade complexa, sendo inevitável determinar o destino da obrigação duradoura, expandindo a análise da perspectiva interna para a externa – aferindo, pois, como o vínculo resulta atingido e se a

perturbação de conjunto preciso de prestações singulares torna a subsistência do contrato inexigível.

XLI. No plano extintivo e em contexto duradouro, assume particular relevância o regime da resolução por justa causa, nas variantes subjectiva e objectiva, enquanto inexigibilidade de manutenção do contrato. Ainda que não reservado apenas a obrigações duradouras, dir-se-á não só que tal regime terá, no essencial, sido concebido para estas hipóteses – a sua aplicação, noutras situações, resulta de extensão – como é nestes casos que encontra especial justificação. A esfera laboral seria, aliás, particularmente fecunda à concretização destes princípios.

XLII. As especificidades regimentais são, contudo, identificáveis noutros domínios. Também a *exceptio inadimpleti contractus* encontra entraves em obrigação duradoura: atenta a multiplicidade de prestações (e de contraprestações), é questionada possível “transposição” da *exceptio* de um (concreto) sinalagma para outro e, especificamente, a sua operacionalidade perante inexecução de prestação anterior cuja contraprestação foi previamente realizada. O apontado desajuste manifestar-se-ia com particular acuidade no contrato de trabalho, atendendo ao princípio da pós-numeração, que modela o cumprimento da obrigação retributiva; ao que haveria que somar a inutilização (definitiva) das prestações excepcionadas. Admitimos, todavia, que tais circunstâncias não traduzem impedimento à concretização da *exceptio* na esfera laboral, conquanto a sua operacionalidade seja ajustada à natureza duradoura do vínculo.

XLIII. Conforme outro ângulo, também não se afiguram convincentes os argumentos tendentes à recusa de qualificação da *exceptio* como fórmula suspensiva: comprometendo a inexecução a subsistência de obrigação duradoura, o instituto surge, a par de outros meios enérgicos de reacção, como escudo protector, reservado (agora) ao credor da prestação inexecutada. Na esfera laboral, a suspensão é invocada pelo credor (o trabalhador), atenta a falta de cumprimento, pelo empregador, da(s) prestação(ões) retributiva(s), surgindo como medida provisória, à qual o empregador pode pôr fim, cumprindo. Tais traços específicos motivam, aliás, a qualificação, não raras vezes, de uma tal suspensão como “atípica” – consideradas as hesitações da doutrina quanto à sua sistematização.

XLIV. Também a suspensão preventiva e a suspensão disciplinar suscitam dúvidas quanto ao respectivo enquadramento no âmbito da suspensão. Concluímos, porém, que a suspensão preventiva deve ser reconduzida à suspensão por facto respeitante ao empregador – atenta a natureza cautelar e encontrando justificação na perturbação que a presença do trabalhador pode provocar na organização –, enquanto a suspensão disciplinar concretiza ainda modalidade suspensiva por facto referente ao trabalhador.

XLV. Seguiu-se menção à impossibilidade: no contexto da suspensão laboral, é incontornável aferir em que termos o regime jurídico da impossibilidade temporária é convocado em obrigações duradouras. À semelhança de outros ajustes, também o disposto no art. 792.º do CC não reflecte adequadamente as especificidades destas obrigações: limita-se, afinal, a fixar as consequências imediatas de impedimento que condiciona transitoriamente o cumprimento da obrigação – exoneração do devedor e consequente afastamento do regime do incumprimento e da mora imputável ao devedor –, acrescentando tão-só menção ao critério que dita a sobrevivência ou cessação da obrigação.

XLVI. Concebemos, no entanto, quanto às obrigações duradouras, configuração diversa: ao invés do verificado em impossibilidade temporária que atinge obrigação instantânea – cujo cumprimento é, com frequência, adiado para outra ocasião –, em obrigação duradoura, tal impossibilidade significa, não raras vezes, perda irremediável da(s) prestação(ões) atingida(s). Ora, se a impossibilidade temporária revestisse, nestes casos, o mesmo sentido assumido em obrigações instantâneas, implicaria, na contratação a termo, o adiamento da(s) prestação(ões) impossibilitada(s) para data futura, uma vez cessado o impedimento, com idêntico prolongar do termo fixado. Certo é, porém, que a prorrogação automática, em compensação do período de inatividade, por regra, não procede.

XLVII. Na esfera laboral, celebrado um contrato de trabalho a termo e encontrando-se o trabalhador impossibilitado de executar a actividade acordada, o prazo do contrato não resulta estendido por período idêntico: ainda que o motivo justificativo da contratação subsista para além do prazo estipulado, a duração do vínculo não é alongada em função da suspensão.

XLVIII. O enquadramento descrito motiva, aliás, que autores que privilegiam a preservação contratual perspectivem a não prorrogação como elemento fragilizador da suspensão, em contexto que extravasa o laboral – incentivando as partes, sempre que o regime legal tanto permita, a obviarem à redução da duração total do vínculo, considerado o tempo consumido. Importa, aliás, ter presente que idêntico fenómeno tem ainda lugar em contratos celebrados por tempo indefinido: apenas artificialmente se poderá invocar que, por princípio, o tempo correspondente às prestações inviabilizadas é adiante recuperado ou adicionado a prestações futuras, por cumprir.

XLIX. As insuficiências inerentes à transposição para vínculo duradouro do regime reservado à impossibilidade temporária, tal qual previsto no art. 792.º do CC, motivam soluções distintas de enquadramento: alternativa transversal a diversos ordenamentos promove aproximação ao regime da impossibilidade parcial. Sucede que a impossibilidade parcial opera *ratione objecti*: pressuposto da sua aplicação é a redução do objecto, que a inexecução transforma em algo qualitativamente diverso. E tal não sucede nas hipóteses em análise, em que o fraccionamento opera (apenas) *ratione temporis*: as prestações possíveis (futuras) não são qualitativamente diversas das que se não realizam – impossibilidade parcial e impossibilidade temporária surgem, pois, em planos distintos (quantitativo e cronológico, respectivamente).

L. A impossibilidade parcial não trava a realização actual do residual; antes pressupõe objecto divisível em parcelas coexistentes, num mesmo período. Ao invés, na suspensão, o cumprimento imediato é excluído, em salvaguarda de execução futura (plena): as prestações não executadas são integralmente (e não parcialmente) inutilizadas; as prestações futuras não são (sequer em parte) atingidas.

LI. Estas especificidades não obstem, certamente, à operacionalidade da impossibilidade parcial em vínculo duradouro, mas tão-só à sua convocação enquanto fórmula explicativa de obstáculo transitório em execução duradoura: a impossibilidade parcial mantém, neste domínio, aplicação não só no que respeita a (cada) prestação singular, mas também perante obstáculo que atinge (parcialmente) todas as prestações de complexo duradouro. Nenhum destes casos retrata, porém, situação transitória que, uma vez ultrapassada, permita retomar execução plena, nos termos acordados – e é essa a hipótese a enquadrar.

LII. Concluímos, pois, que a sugerida dissonância entre o regime geral da impossibilidade temporária e vínculo duradouro não encontra solução alternativa na impossibilidade parcial, havendo, ao invés, que considerar adequadamente os contornos da suspensão enquanto mecanismo de resposta à superveniência em contexto duradouro.

LIII. Justificou-se retomar o apelo à concepção dual do vínculo: *plano interno*, com transposição do regime da impossibilidade definitiva (de cada prestação), e *plano externo*, com aplicação depurada do regime da impossibilidade temporária – e que preferimos a qualquer apelo à impossibilidade parcial. Acresce que, neste contexto, a inutilização (definitiva), ainda que plural (no que respeita à dimensão interna), não dita inevitavelmente – salvaguardada a necessária unidade funcional – a insubsistência do vínculo (*i.e.*, afectação da dimensão externa/una do complexo duradouro).

LIV. Da transposição desta lógica para a suspensão laboral resulta que, por regra, o trabalho não executado (perspectiva interna) não mais o será, sem que, contudo, tal perigues irremediavelmente a continuação do contrato (perspectiva externa) – apenas uma análise casuística autorizando aferir se o vínculo deve ser mantido ou extinto, conforme critérios de valoração que importa identificar, *maxime*, no que respeita à delimitação da transitoriedade.

LV. Para lá do apelo à impossibilidade parcial, referenciámos, contudo, propostas alternativas, explicativas do fenómeno suspensivo: é, por vezes, sugerido que a condição suspensiva poderia assumir outras variantes, a acrescer à sua função usual. Nesta medida, a suspensão mais não seria que uma “condição tácita”, operante em face de obstáculos transitórios à normal execução de obrigação duradoura.

LVI. Também conforme outra leitura, o impedimento que atinge o devedor, desonerando-o da execução programada – sem prejudicar a preservação do vínculo –, encontraria ainda explicação na excepção de não cumprimento do contrato, enquanto construção agregadora e auto-explicativa do fenómeno suspensivo. No entanto, embora a *exceptio* constitua, em si mesma, modalidade suspensiva, reflecte dispensa reactiva ou secundária na esfera do credor – não se apresentando como fórmula enquadadora da generalidade dos fenómenos suspensivos. Essencial é, na verdade, justificar a suspensão primária e a dispensa (de prestar) do devedor que, por razões diversas, não executa o acordado; só num segundo plano se equacionando a (eventual) suspensão da contraprestação, enquanto decorrência do normal operar do sinalagma.

LVII. Rejeitámos igualmente a sobreposição da suspensão a fórmulas extintivas – tais como a suspensão-resolução ou a suspensão-novação objectiva: os institutos partilhariam a mesma natureza, distanciando-se apenas em grau. Contudo, não vigorando, entre nós, variáveis de extinção temporária do contrato de trabalho, a recondução da suspensão a tais soluções (extintivas) comporta contradição insanável: se a resolução/novação aniquila o contrato, a suspensão consente na sua sobrevivência.

LVIII. Divergindo destas leituras, configuramos a suspensão como instituto autónomo que, atendendo à estrutura complexa/duradoura do vínculo, concilia adequadamente dois elementos essenciais: subsistência do contrato e inutilização (definitiva) das prestações atingidas. Perante inexecução temporária, o contrato corre o risco de desaparecer; a suspensão surge, então, como técnica original de protecção,

neutralizando evento impeditivo ou possibilitando reacção eficaz perante a inexecução da contraparte.

LIX. A insistir-se em recondução a conjunto maior, a suspensão (aqui se incluindo também a laboral) surge como manifestação da “quiescência” – fenómeno agregador, com significativa abrangência, de situações provisórias de perda de (plena) eficácia, pelo sobrevir de determinada ocorrência cujo desaparecimento futuro (por regra) reprimista a situação anterior: “quiescência” e “revivescência” delimitariam, pois, a extensão do fenómeno.

LX. Não obstante a deficiente sistematização, a suspensão laboral constitui vicissitude modificativa: é tal natureza anómala/patológica que permite a sua autonomização perante situações de inactividade que reflectem ainda o cumprimento do contrato – tal qual no trabalho intermitente ou, em determinadas hipóteses, no trabalho temporário. Foi também considerada destriça usual entre elementos interruptivos e suspensivos, assim se diferenciando a suspensão de períodos de repouso e descanso, que participam da plena execução do contrato de trabalho.

LXI. Desta lógica resulta ainda a inexistência de diferenciação material entre falta justificada e suspensão laboral por factos respeitantes ao trabalhador: a destriça é artificial e promovida, com frequência, apenas em função da duração mais ou menos prolongada da ausência.

LXII. É certo que, não raras vezes, doutrina e jurisprudência parecem afectar um sentido próprio à assiduidade na *suspensão* – sugerindo que não concorreria, então, um tal dever – e na *falta justificada*, em que aquele dever subsistiria, embora a sua inobservância resultasse, por vias diversas, justificada. Assim tem sido sustentado, sobretudo, a respeito da suspensão por greve: a desqualificação como falta faria decair violação da assiduidade, antes traduzindo a suspensão de uma tal obrigação. Admitimos, porém, também aqui, a destriça artificial: em termos substantivos, não vemos por que a greve não deva ser qualificada como falta (justificada), a par de outras tantas hipóteses em que o motivo (legítimo) que dita a ausência não reveste natureza prolongada. A assiduidade constitui dever inerente à execução laboral e a sua inobservância é justificada da mesma forma, quer a ausência seja reconduzível ao regime das faltas justificadas, quer ao da suspensão laboral.

LXIII. Também não perspectivamos globalmente a suspensão como um direito do devedor: à invocação da suspensão, pelo trabalhador, nem sempre subjaz o exercício de um direito, sendo mais rigoroso assumir a concorrência de causas de justificação ou de desculpação; acrescem situações em que o motivo justificativo da inactividade respeita ao trabalhador, sendo, porém, a suspensão accionada pelo empregador. Em suma, aquela construção, ao associar o exercício da suspensão a um direito do devedor impedido, afigura-se especialmente estreita, não se ajustando às diversas variáveis suspensivas.

LXIV. Delimitámos, pois, a suspensão laboral como ausência motivada – ainda que por força de fundamentos distintos – e transitória da actividade do trabalhador, reconduzível a vicissitude (anómala) modificativa. O fenómeno suspensivo é ainda reflexo de “quiescência” contratual – tendo por fim a conservação dos efeitos do negócio jurídico e, neste domínio específico, a estabilidade do emprego – e da matriz relacional do contrato, atenta a constante conformação e acomodação dos interesses das partes.

LXV. Não raras vezes, os textos dedicados à suspensão laboral referem que fenómeno suspensivo paralelo revestiria escassa importância no Direito Civil. Aqui chegados, é compreensível a reserva com que acolhemos tais observações: o especial enfoque reservado à suspensão laboral não significa (nem legítima) desconsiderar a sua relevância noutras esferas. cremos, aliás, que a marca distintiva da suspensão laboral, no confronto com concretizações similares, resultará ainda de factores que, embora essenciais à plena compreensão do tema, não são, por regra, aqui convocados.

LXVI. Assim, a evolução (de perfil restritivo) registada, no Direito do Trabalho português, em matéria de extinção unilateral, pelo empregador, e o regime (condicionado) da contratação a termo e temporária modelam o sentido da suspensão, em contexto laboral, no confronto com outros vínculos duradouros. A tais elementos havendo que somar, de um lado, o facto de a impugnação judicial do despedimento ditar, por princípio, em caso de cessação ilícita, a repristinação do vínculo e a reintegração do trabalhador e, de um outro, a circunstância de um tal efeito ter lugar não só em contratos de duração limitada, mas também nos de duração indefinida.

LXVII. Diversamente, por regra, noutros vínculos em que seja admissível a desvinculação *ad nutum*, a falta de fundamento para a desvinculação releva, no essencial, no âmbito de contrato a termo – assumindo que, nessas hipóteses, o prazo estipulado equivale, com frequência, a período de vinculação mínima: as partes restringem a sua liberdade de cessação, assumindo, por aquele período, obrigação de cumprimento das prestações pressupostas (“termo estabilizador”); sendo sobretudo em tais casos que se revela adequado escrutinar os fundamentos que motivam a cessação.

LXVIII. Dir-se-á, todavia, que, mesmo então, operando a resolução, entre nós, por princípio, extrajudicialmente, caso se venha a concluir pela ilicitude de cessação antecipada, afigura-se discutível desfecho judicial que imponha a repristinação do vínculo – ou, conforme diferente ângulo, a retoma da sua plena execução – e, em decorrência, subsequente suspensão até superar do impedimento. O âmbito operativo da suspensão sofre, nesta medida, no universo contratual descrito, restrição evidente.

LXIX. Já no contrato de trabalho, embora a resolução do contrato opere também, por regra, extrajudicialmente, não dispondo o empregador de poder discricionário de cessação: (i) mesmo em contrato de duração indeterminada – e não já com especial enfoque em hipótese em que ao vínculo seja aposto um termo estabilizador –, é com frequência promovida verificação (judicial) das razões invocadas para a extinção, ou seja, avaliação da (i)licitude da cessação; (ii) em face da insubsistência dos fundamentos, a impugnação judicial do despedimento pode determinar – e, em regra, assim sucede – a reintegração do trabalhador.

LXX. Admitimos, na verdade, que estas referências possam clarificar por que consideramos que a função dita marginal da suspensão, em Direito Civil – no confronto com a dimensão que reveste no Direito do Trabalho –, desconsidera outras diferenças que em muito extravasam a natureza e a função do instituto.

LXXI. A suspensão tem, assim, aplicação abrangente e, ainda que o âmbito da dissertação seja circunscrito à suspensão laboral, há que sublinhar o sentido transversal do instituto. Com tal intento, foi referida a importância da jurisprudência civil francesa do final do século XIX e o acolhimento, à época, de soluções suspensivas várias, em prol da estabilidade contratual.

LXXII. Colhemos também paralelos em fenómenos próximos de “quiescência”, ainda que em concretização de propósitos distintos. Neste contexto, identificámos aspectos vários em que o regime da suspensão da prescrição é sobreponível ao da suspensão laboral: na ausência de definição legal, a delimitação dos institutos é feita pela doutrina, a partir do elenco legal de factos suspensivos, respectivos efeitos e contraposição com factos interruptivos. Concorre ainda motivação comum: em ambos os casos, a suspensão resulta da consideração de circunstâncias específicas dos sujeitos, de situações de impossibilidade ou de inexigibilidade, indiciadoras da preferência, assumida pelo ordenamento, pela tutela de determinados valores ou interesses, em detrimento ora do curso normal da prescrição, ora da programada execução do vínculo. Nas duas situações se destacando o impacto de elemento comum aos referidos fenómenos – novamente, o *tempo*: seu decurso e interferência no acomodar de factos supervenientes que contrariam o desfecho esperado.

LXXIII. Não obstante a abrangência do fenómeno suspensivo, atento o objecto da dissertação e havendo que delimitar a suspensão no âmbito de vínculo duradouro específico (o contrato de trabalho), foram indicados traços próprios que acentuam a complexidade da suspensão laboral: duração tendencialmente indefinida do vínculo, tutela acentuada da estabilidade contratual, natureza infungível da obrigação do trabalhador e identificação tendencial de um *intuitus personae* forte.

LXXIV. Para a especial relevância da suspensão nesta esfera, assinalámos a necessidade de atender não só à dimensão pessoal (no que ao trabalhador respeita) como à dimensão organizacional (no referente ao empregador), à natureza compromissória do vínculo de trabalho e à sua reconhecida complexidade – aspectos modeladores da disciplina laboral e também do fenómeno suspensivo.

PARTE II: IMPEDIMENTO TEMPORÁRIO DA PRESTAÇÃO DE TRABALHO

As conclusões listadas *supra*, quanto à Parte I, traduzem uma visão abrangente do fenómeno suspensivo, à luz da natureza duradoura contrato, atenta a tensão e a dualidade aqui presentes em permanência (unidade *vs.* pluralidade) – autoexplicativas de múltiplas especificidades do instituto em análise. Na Parte II, a reflexão é centrada na suspensão em contexto laboral, onde procurámos delimitar os principais conceitos operativos do fenómeno: *impossibilidade* (Capítulo I), *imputação* (Capítulo II) e *natureza temporária* (Capítulo III).

CAPÍTULO I: A IMPOSSIBILIDADE ENQUANTO CONCEITO OPERATIVO FUNDAMENTAL

I. A suspensão laboral convoca e agrega – atenta a natureza heterogénea e complexa que lhe reconhecemos – institutos diversos. Não obstante tal variedade, o CT afecta, no entanto, em contexto suspensivo, especial protagonismo à “impossibilidade” – *maxime*, nos arts. 294.º, n.º 1, 296.º, n.ºs 1 e 3 a 5 e 297.º, a par do disposto nos arts. 249.º, n.º 2, d) e 253.º, n.º 4 –, consideradas as referências a “*impossibilidade temporária*” e a “*impedimento temporário*”.

II. O que justifica a particular atenção dedicada, pela doutrina juslaboral, à “impossibilidade”, enquanto noção operativa fundamental – traço, aliás, comum a

outros ordenamentos, não obstante o distinto enquadramento reservado, em cada caso, à suspensão.

III. Atenta a qualificação da suspensão laboral como vicissitude contratual, tratamos de entraves supervenientes à execução laboral: embora de início o contrato pudesse ser regularmente cumprido, sobrevém obstáculo físico ou jurídico que impede a normal execução da actividade do trabalhador. No âmbito preciso da suspensão laboral e não obstante as hesitações inerentes à caracterização das situações em que a impossibilidade resulta de recusa de colaboração do credor, considerámos possível acolher referência indistinta à impossibilidade – quer na suspensão relativa ao trabalhador ou ao empregador, a inutilização respeita, em qualquer hipótese, à actividade laboral, surgindo, no primeiro caso, como resultado imediato e, no segundo, como consequência mediata.

IV. Mantendo um tal apelo indiferenciado, há que retomar o exposto na Parte I, quanto à dualidade estrutural do complexo duradouro e às adaptações aqui impostas: quanto à *perspectiva interna*, dir-se-á que a menção, ora feita, à impossibilidade, recusa referência à impossibilidade parcial e transposição não depurada (que não atenda às especificidades do vínculo duradouro) do regime da impossibilidade temporária; quanto à *perspectiva externa*, haverá que aferir em que medida as prestações (definitivamente) inutilizadas podem condicionar a subsistência do vínculo.

V. Optámos, porém, por tratamento diferenciado da impossibilidade (respeitante ao trabalhador ou ao empregador) sempre que as soluções divirjam, consoante a esfera de origem do obstáculo ao trabalho: o CT prevê, na verdade, compartimentação regimental da suspensão por motivos relativos ao trabalhador e por razões referentes ao empregador. Uma tal distinção foi sendo assumida, de forma mais ou menos evidente, nos diplomas reservados ao enquadramento da matéria – e que revisitámos, nos seus traços essenciais.

VI. Considerada a evolução descrita e a sistemática actual, identificámos três níveis de dispersão do fenómeno suspensivo, para lá das normas afectas ao enquadramento agregado da matéria, no CT:

– Desde logo, hipóteses tratadas no âmbito de regimes próprios, afectos a outros institutos – *v.g.*, parentalidade, greve, acidentes de trabalho e doenças profissionais ou exercício de funções em estruturas de representação colectiva de trabalhadores (primeiro nível de dispersão do fenómeno suspensivo). Não reconduzimos, porém, à suspensão: os casos de cedência ocasional – atenta a execução plena (ainda que fragmentada) do vínculo laboral – e a inactividade pressuposta tipicamente no trabalho temporário e no trabalho intermitente, a par dos contornos precisos da comissão de serviço interna.

– Considerámos também referências dispersas à suspensão, no contexto de outros diplomas (*v.g.*, Estatuto do Deputado, Gabinetes dos Membros do Governo, Estatuto dos Eleitos Locais, praticantes desportivos de alto rendimento, administração societária) – ao que corresponde um segundo nível de dispersão do fenómeno suspensivo.

– Havendo, por fim, que tomar em conta regimes suspensivos específicos, previstos em função das particularidades de certos contratos, regulados em especial – enquanto manifestação de um terceiro nível de dispersão do fenómeno.

VII. Não obstante uma tal disseminação, uma vez centrada a análise nas hipóteses suspensivas acolhidas no CT – incluindo, pois, ainda, o primeiro nível acima indicado – admitimos que reflexão de maior fôlego relativamente à impossibilidade exige aferir os seus contornos separadamente, considerando, de um lado, a suspensão por facto referente ao trabalhador e, de um outro, a suspensão por facto respeitante ao empregador. Neste último caso, tratamos de factos que afectam a necessária colaboração do credor: insistindo-se em aproximação à impossibilidade – e uma vez que em tais casos a prestação do trabalho é, em abstracto, possível –, apenas reflexamente se poderá falar em “impossibilidade de cumprir” (e não já em “impossibilidade de prestar”). Para a complexidade do tema concorre, todavia, a variedade de motivos subjacentes a tal recusa de cooperação – a que corresponde, no domínio laboral, arrumação regimental diferenciada. Já na suspensão por factos relativos ao trabalhador, as reservas ao apelo à “impossibilidade” respeitam, sobretudo, ao carácter absoluto do impedimento, por regra exigido em contexto civil – e que, aqui, apenas se verifica em parcela das hipóteses em análise: ciente desta dificuldade, a doutrina laboral busca uma noção própria de impossibilidade, que legitime as diferenças assinaladas.

VIII. Assente a conveniência de análise bipartida, referimos primeiramente a suspensão por motivos respeitantes ao trabalhador: aos desvios já assinalados, ainda decorrentes do carácter duradouro do vínculo –, acrescem, agora, variações impostas em função do acolhimento de um sentido específico de impossibilidade, distinto daquele que vigora em contexto civil, supostamente, mais estrito e rigoroso.

IX. Uma tal flexibilização seria tradução de um fenómeno de humanização dos conceitos – considerada a necessária tutela da personalidade do trabalhador – e que dispensaria, neste âmbito, condicionar a exoneração do dever de prestar à natureza absoluta do impedimento. Concedemos, no entanto, que esta demarcação não assente em pressupostos precisos: os traços que delimitam a impossibilidade civilística e a operante em contexto suspensivo laboral tendem, em certa medida, a esbater-se – não resultando evidente a perpetuação de valorações distintas.

X. Conforme a orientação tradicional prevalecente, o CC (o art. 790.º, n.º 1) acolhe leitura estrita/absoluta da impossibilidade: a impossibilidade relativa não desonera o devedor; se, ainda que com grave sacrifício de interesses legítimos, o devedor *pode cumprir*, não é, por esta via, liberto do dever. Assim se justificando que parte da doutrina exclua – por pleonástica – referência à impossibilidade “absoluta”.

XI. Dir-se-á que convocados, neste contexto, o princípio da força vinculativa do contrato e o princípio da boa fé (e, em conformidade, a subsistência ou a dispensa do dever de prestar), prevalece, por regra, o primeiro; trata-se, todavia, de difícil tensão, que convive com algum desalinho na argumentação, justificando, não raras vezes, preferência assumida por outras soluções –, que tendem a atenuar os efeitos desta leitura.

XII. Tal impulso crítico resultou, em boa parte, das alterações introduzidas, neste âmbito, em 2001/2002, ao § 275 do BGB (“Exclusão do dever de prestar” / “*Ausschluss der Leistungspflicht*”) – e que promoveu, também entre nós, reflexão importante sobre o tema, atenta a extensão formal da impossibilidade, não só à “impossibilidade prática” ou “fáctica”, mas, sobretudo, à “impossibilidade moral” ou “pessoal” (a *inexigibilidade* – “*Unzumutbarkeit*”), admitindo, também então, a exoneração do dever de prestar.

XIII. Não obstante, a maioria da doutrina nacional tende a rejeitar esse efeito em situações de “quase-impedimento”/“inexigibilidade” – não só porque tal extravasaria o âmbito (estrito) da impossibilidade, mas também por traduzir margem de indesejável indefinição.

XIV. O que não impede, contudo, a civilística de buscar outras soluções que – por uma ou outra via – coincidem no resultado: não responsabilização do devedor pelo não cumprimento, em situações em que a execução se afigura *inexigível*. Perfilando-se, a tal propósito, distintas propostas de enquadramento – *v.g.*, por exclusão de juízo de censura ou por se assumir abusivo o exercício do direito; por conflito de direitos ou colisão de deveres.

XV. A par do apelo à inexigibilidade enquanto categoria autónoma, multiplicam-se, pois, referências a causas de exculpação e de justificação, havendo também quem procure reconduzir ainda aos quadros (estreitos) da impossibilidade absoluta situações de “impossibilidade moral”, enquanto variante de impossibilidade jurídica – assente a premissa de que em certas circunstâncias a *opção* pelo cumprimento não configura, afinal, decisão livre, *maxime*, se implica desconsiderar valores essenciais do ordenamento, acoplados à boa fé.

XVI. Não assumimos, porém, por propósito escrutínio exaustivo das variáveis que escapam ao rigor da impossibilidade absoluta. No contexto da dissertação, o apelo a esta reflexão resulta do facto de, não revestindo o impedimento laboral, na maioria das hipóteses, natureza absoluta, a doutrina aqui apelar, com frequência, a uma ideia de “inexigibilidade”, de “impossibilidade moral” ou de “adequação social”.

XVII. Identificámos, é certo, expedientes que evidenciam como também no plano civil a rigidez da impossibilidade surge, por mecanismos vários, atenuada. Dir-se-á, porém, que às inquietações e nebulosidade associadas, na civilística, à fórmula que motiva, em tais casos, a exclusão da responsabilidade, é contraposta a certeza da operacionalidade, em contexto suspensivo laboral, de manifestações diversas de inexigibilidade, que afastam, em circunstâncias várias, o dever de o trabalhador executar o acordado.

XVIII. Dir-se-á que a personalidade do trabalhador assume, aqui – como em tantos outros aspectos do contrato de trabalho –, relevância incontestável: com frequência, a ausência é justificada atenta a prevalência de exigências pessoais do trabalhador, em conflito com o interesse do credor no cumprimento do acordado.

XIX. O apelo à inexigibilidade traduz ainda *afinação* progressiva da suspensão laboral, considerados os avanços do Direito do Trabalho: a maior tutela reservada ao trabalhador dita a multiplicação das situações em que lhe é legítimo recusar o cumprimento – enquanto reflexo expressivo da configuração relacional do contrato de trabalho. Para tanto relevando exigências pessoais, de frequência e duração nem sempre previsíveis – para lá de hipóteses de impossibilidade em sentido próprio (absoluto) – e tornando, assim, inevitável a extensão do âmbito operativo da suspensão.

XX. Admitimos, no entanto, que o rigor dos conceitos tornaria desejável referência preferencial à “inexigibilidade”, entre as disposições reservadas à suspensão laboral, ao invés de menção a “impossibilidade” ou a “impedimento”, enquanto noções operativas essenciais – conforme lógica transponível para o âmbito das faltas, atenta ausência de destriça material, oportunamente assinalada, entre a falta justificada e a suspensão por impedimento respeitante ao trabalhador.

XXI. Num primeiro plano, afirmando-se a doença como exemplo paradigmático de suspensão por factos referentes ao trabalhador, resulta evidente a dificuldade decorrente do cruzamento dos conceitos de “doença” e de “impossibilidade”: excluídas as hipóteses de impedimento absoluto, o desempenho de actividade profissional por trabalhador atingido por patologia clínica é, com frequência, *possível*; simplesmente, a execução da prestação pode conflitar com a salvaguarda da saúde do trabalhador ou de terceiros – ao que o ordenamento confere tutela prevalecente, no confronto com o interesse do credor, tornando a actividade laboral *inexigível*.

XXII. Num segundo plano, concorrem exemplos suspensivos que justificam, atento o conflito de deveres pressuposto, a dispensa do trabalhador quanto à execução da actividade profissional, por não se afigurar lícita a inobservância de obrigação concorrente: sendo, porém, em abstracto, viável/possível a opção pelo cumprimento do contrato de trabalho – ainda que pressupondo a inobservância concomitante de uma outra obrigação (*v.g.*, desobediência a ordem de autoridade) –, a recondução à “impossibilidade” encontraria resistências, em contexto civil. Diversamente, no plano laboral, tais hipóteses não oferecem dúvidas, sendo expressamente qualificadas como impedimentos temporários, respeitantes ao trabalhador, que o dispensam de comparecer ao serviço e de executar o trabalho.

XXIII. Num terceiro pilar, também o exercício de direitos inerentes à parentalidade pressupõe períodos de ausência prolongada do trabalhador. Certo, todavia, que raros são os casos em que tais licenças correspondem, em rigor, a um impedimento absoluto ao trabalho – salvo, porventura, na licença por risco clínico e na licença exclusiva da mãe, em período imediatamente subsequente ao nascimento. É, contudo, a prevalência de valores estruturantes do ordenamento que motiva a especial tutela afecta à parentalidade, tornando *inexigível* ao trabalhador, em tais circunstâncias, o normal cumprimento do contrato: o interesse do empregador cede perante legítimos interesses pessoais do trabalhador, transitoriamente inconciliáveis com o regular desenvolvimento da actividade laboral.

XXIV. Num patamar distinto, importa considerar outras hipóteses suspensivas, tal qual a reservada a vítima de violência doméstica: a ausência resulta, então, imposta ao empregador – aliás, de forma especialmente expedita –, atenta a necessidade de tutela de categoria particularmente *vulnerável*: não se trata evidentemente de impedimento absoluto para o trabalho; simplesmente, a gravidade das contingências de vida destes trabalhadores reclama uma resposta multidireccionada do ordenamento, justificando concluir pela *inexigibilidade* da normal execução do vínculo.

XXV. Num quinto plano, há que tomar em conta o exercício voluntário de múltiplas actividades extralaborais, que se revelam incompatíveis com a efectiva execução do contrato de trabalho – *v.g.*, exercício de mandato de deputado ou de funções em estrutura de representação coletiva de trabalhadores. Mais uma vez, conforme a leitura subscrita na civilística, para lá do âmbito da impossibilidade (absoluta), subsistindo liberdade fáctica de opção pelo cumprimento, falharia o pressuposto da extinção do dever de prestar, estatuída no art. 790.º, n.º 1, do CC. Diversamente, no domínio laboral, é assumida, sem resistência, a recondução destas hipóteses a impedimento/impossibilidade transitória, havendo apenas que compreender o que motiva a atendibilidade de tais opções pessoais do trabalhador – que livremente *se coloca* em tal situação – sobre a normal execução do contrato, vinculando o empregador (credor da(s) prestações inviabilizadas) à subsistência do vínculo. É, na verdade, o fundamento invocado que justifica a valoração positiva do ordenamento – conforme a

tutela afecta a cada caso – e a respectiva prevalência sobre o direito do credor à execução pontual do acordado.

XXVI. Foi, por fim, reservada referência autónoma à greve, que, se legitimamente exercida, descaracteriza qualquer violação contratual: a greve conta, aliás, com um tal efeito (suspensivo) abstraindo da duração pressuposta – e, por conseguinte, ainda que não se trate de ausência prolongada. Atenta a evolução que ditou o reconhecimento de um direito à greve, a afectação de natureza suspensiva assume, neste quadrante, sentido específico, indissociável da dignidade constitucional inerente a um tal exercício – especialmente acentuada no confronto com ordenamentos em que idêntica qualificação não resulta evidente. Certo, todavia, que, também aqui, não concorre qualquer impedimento absoluto à execução: o exercício da greve *prevalece*, não obstante, sobre o dever (finalisticamente incompatível) de realização do acordado com o empregador – cuja pretensão (ao cumprimento) decai em função dos interesses em conflito.

XXVII. Em suma: por razões várias, o trabalhador *prefere* frequentemente a realização de interesses extralaborais, não comparecendo ao trabalho. E o ordenamento afasta, então, os efeitos por regra associados ao incumprimento, excluindo a responsabilidade do trabalhador. Para tanto, a esfera laboral simplifica a teia civilista, concebendo motivos atendíveis de contornos vários, que agrega descomplexadamente, sob a fórmula “impedimento” ou “impossibilidade”: o fundamento invocado justifica (ou não) valoração positiva do ordenamento, conforme a tutela afecta a cada caso –, assim se condicionando o direito do credor à execução pontual do acordado. O que reflecte, aliás, elemento característico do contrato de trabalho: tal como o trabalhador se sujeita, não raras vezes e em função das necessidades da empresa, a certa *flexibilidade* ou *elasticidade* na execução do acordado, também ao empregador é exigível idêntico ajuste, atenta a prevalência de interesses do trabalhador, especialmente atendíveis.

XXVIII. Referimo-nos, em suma, a cláusula geral de valoração, que reportamos à inexigibilidade, conforme leitura (flexível) da impossibilidade – aliás, transversal a outras matérias, em contexto laboral –, enquanto elemento agregador de institutos diversos, de Direito comum, aqui reunidos, sob a égide da suspensão laboral: se, no Direito Civil, segundo certa leitura, a força vinculativa do contrato e o princípio *pacta sunt servanda* tendem, neste âmbito, a prevalecer sobre a boa fé, obstando a concepção não estrita da impossibilidade, no Direito do Trabalho, *maxime*, em contexto suspensivo – tendo presente a acentuação da componente relacional –, esta lógica é invertida, sendo reconhecida dispensa do dever de prestar, ainda que o trabalhador não se encontre condicionado por qualquer impossibilidade (absoluta) de cumprimento.

XXIX. Verificámos, todavia, que também em contexto extintivo, o apelo, no âmbito da caducidade, à “*impossibilidade absoluta*” de o trabalhador prestar trabalho (cf. art. 343.º, b)) merece reservas, sob pena de desarmonia dos institutos suspensivo e extintivo: a frequente convocação do rigor civilista na delimitação da natureza absoluta do impedimento que atinge o trabalhador – enquanto condicionante da caducidade – descua, com frequência, o elemento finalístico pressuposto nas duas esferas (civil e laboral). Às regras que, no CC, enquadram o regime da impossibilidade superveniente da prestação e ao previsto no art. 343.º, b) do CT subjazem lógicas diversas: no primeiro caso, o devedor condicionado pelo impedimento tende a demonstrar a natureza absoluta do obstáculo que o atinge, assim se desonerando do dever de

prestar; no segundo, o trabalhador procura contrariar uma tal dimensão absoluta, de forma a *desautorizar a extinção do vínculo*.

XXX. Divergimos, pois, da *ratio* que motiva a maioria das decisões judiciais nesta matéria e de posição também usual na doutrina, que, sem depuração, transpõe o enquadramento civilístico para o âmbito que nos ocupa – ainda que por referência ao dever de prestar: se, para a operacionalidade da suspensão, o impedimento que atinge o trabalhador não tem de revestir natureza absoluta, também em contexto extintivo a caducidade não pressupõe conceito estrito de impossibilidade; o mesmo impedimento, com idênticos traços – *maxime*, execução (tão-só) inexigível – pode motivar a caducidade do vínculo.

XXXI. Convocamos um exemplo: a doença do trabalhador, enquanto razão justificativa para a invocação da suspensão, não tem de revestir natureza absolutamente incapacitante; a suspensão opera mesmo em circunstâncias em que se revele (tão-só) inexigível ao trabalhador o exercício da actividade laboral. Por conseguinte, também para efeitos extintivos (por caducidade), tal doença não terá de resultar *agravada*, transfigurando-se em absoluta incapacidade para o trabalho: se os contornos do impedimento – de novo, doença, ainda que não absolutamente incapacitante – foram bastantes para justificar a suspensão, caso a patologia venha a revelar-se definitiva, o contrato deve cessar. A pedra de toque não está, pois, no carácter relativo/absoluto do impedimento, mas na natureza temporária/definitiva do mesmo.

XXXII. Solução diversa redundaria, no limite, em disfunção sistemática: ao trabalhador não seria exigível desenvolver a respectiva actividade – por força da suspensão; ao empregador não seria, porém, admissível invocar a caducidade porque o impedimento não seria, afinal, absoluto: o vínculo subsistiria, sem razão que o justificasse, por desarmonia dos institutos suspensivo e extintivo.

XXXIII. Se o ordenamento acolhe interpretação flexível da impossibilidade que atinge o trabalhador, admitindo o accionar da suspensão e a dispensa transitória do dever de prestar sempre que a execução do acordado se revele inexigível – e impondo, correlativamente, ao empregador, a subsistência do vínculo laboral; então, caso a ausência se prolongue ao ponto de não ser mais viável sustentar a natureza temporária do impedimento – havendo que qualificar a impossibilidade como definitiva –, não temos por razoável que o trabalhador invoque, nessa fase, a natureza relativa do impedimento e a insuficiência (nesses termos) da impossibilidade (por não absoluta), de forma a contrariar caducidade.

XXXIV. Esta leitura reclama, todavia, precisão adicional: ainda que a caducidade em razão de impedimento que atinge o trabalhador não exija carácter absoluto, caso o trabalhador, embora afectado na sua capacidade laboral, comparece ao serviço e executa o acordado, aquela limitação não autoriza o empregador a invocar a natureza relativa do impedimento (que ditou, porventura, redução da produtividade), como razão bastante para a extinção por caducidade. Não concorre, afinal, nestes casos, ausência ao trabalho – elemento essencial à operacionalidade do regime das faltas, da suspensão e que agora associamos à caducidade, por impossibilidade de o trabalhador prestar trabalho; é por esta razão – e não já por apelo à necessária natureza absoluta do impedimento – que excluímos, nesta hipótese, a cessação por caducidade. Solução diversa conflituaria, na verdade, com o regime do despedimento por inadaptação, que inclui, precisamente, a inadaptação superveniente do trabalhador – sendo certo que,

desde 2012, esta forma extintiva passou a abranger a inadaptação dissociada de modificação externa ao trabalhador.

XXXV. Rejeitada, nestes moldes, a natureza absoluta da impossibilidade que atinge o trabalhador enquanto condicionante da caducidade, é, não raras vezes, sugerida densificação alternativa de um tal requisito: a jurisprudência tende a promover concretização muito própria do que aqui seria considerado impedimento absoluto para o trabalho, por apelo a requisito adicional: a possível reafecção do trabalhador a diferente ocupação, para a qual o trabalhador mantenha capacidade.

XXXVI. Sucede que o impedimento (e seus traços definitórios) respeita ao trabalhador; já o dever de realocação – caso se entenda admiti-lo, como exigência da caducidade –, vincula o credor da prestação (o empregador). Por conseguinte, condicionar (também) a este elemento a verificação de uma impossibilidade absoluta implicaria que a valoração da impossibilidade incidisse, em simultâneo (e não em alternativa), sobre trabalhador e empregador. A colocação do problema nestes termos deslocaria, pois, a avaliação do limite do sacrifício a impor ao trabalhador para a aferição do máximo de esforços exigidos ao empregador, quanto ao reajustar do contrato, em função de impedimento que atingiu a contraparte.

XXXVII. Não acompanhamos, por conseguinte, o entendimento que alicerça a qualificação da impossibilidade como absoluta ou relativa, em função do confronto impedimento *vs.* núcleo funcional para o qual o trabalhador mantenha aptidão: para efeitos de caducidade, a impossibilidade “*de o trabalhador prestar o seu trabalho*” deve ser delimitada unilateralmente, havendo que aferir (tão-só) se o trabalhador se encontra apto ao desempenho do acordado – não havendo, pois, que convocar, para uma tal avaliação, a imposição de novos deveres ao empregador.

XXXVIII. De assinalar, contudo, que a leitura perfilhada não autoriza concluir pela extinção do vínculo (por caducidade), caso a reafecção do trabalhador seja viável; implica apenas reposicionar o problema: no limite, a impossibilidade pode revestir os traços que autorizam o operar da caducidade, mas, subsistindo tarefas às quais é ainda possível realocar o trabalhador, a extinção do contrato não opera.

XXXIX. Trata-se, porém, de exigência externa à caracterização do impedimento que atinge o trabalhador e que não lhe respeita; traduz um *plus*, uma acomodação da dinâmica organizacional, que condiciona, nestes casos, a extinção por caducidade. Uma vez admitida a imposição de uma tal obrigação ao empregador – de reafecção do trabalhador, perante impossibilidade de executar o acordado –, haverá que concluir que se for identificado posto de trabalho alternativo, a caducidade não opera, por circunstância exterior à delimitação da impossibilidade. O que não desvirtua a natureza do impedimento, já que as funções antes executadas não resultam (por se revelar viável uma tal recondução), em diante, apenas dificultadas: a reafecção do trabalhador a um posto de trabalho distinto, para o qual se mantenha apto, não justifica requalificar a impossibilidade que atinge o trabalhador como relativa (e não já absoluta).

XL. Ilustrámos esta leitura: divergindo de outras construções, entendemos que a faculdade conferida ao empregador, no art. 118.º, n.º 2, deve, em situações limite como as retratadas, justificar que o trabalhador possa exigir do empregador modificação contratual – passando a desempenhar, a título principal, funções que, até então, apenas acessoriamente lhe competiam. Importa não esquecer tratar-se ainda de funções

compreendidas na actividade contratada – embora na sua vertente alargada – e para as quais a admissão daquele trabalhador terá sido equacionada.

XLII. O que surge como nova concretização da cedência alternada dos interesses das partes, frequentemente pressuposta no contrato de trabalho: a tutela do interesse do trabalhador – condicionado na sua capacidade laboral – e a inerente conservação do vínculo devem, em tais casos, prevalecer sobre o sacrifício imposto, por esta forma, ao empregador, por via do ajuste assim alcançado.

XLII. Justificar-se-á, contudo, questionar esta lógica, caso esteja em causa a atribuição ao trabalhador de funções diversas das contratadas (não se tratando sequer de funções afins daquelas) – inexistindo obrigação expressa (condicionante da caducidade) de o empregador reafectar o trabalhador a funções distintas, ainda que disponíveis na organização. Analisámos os argumentos que contrariam a exigência de uma tal realocação, na ausência de acordo. No limite, sempre diremos, contudo, que, independentemente da forma de cessação em causa – despedimento ou caducidade – e quer a motivação extintiva respeite ao trabalhador ou ao empregador, a cessação deve operar *ultima ratio*.

XLIII. Cremos, pois, que um tal dever de realocação deve impender sobre o empregador – sobretudo se considerarmos o modo particularmente expedito como, entre nós, opera a cessação por caducidade, no confronto com outras formas extintivas. Assim resulta, aliás, de adequada conformação dos interesses: estabilidade do emprego *vs.* livre gestão da organização, afigurando-se legítimo e proporcionado o sacrifício exigido ao empregador, no que respeita à reafecção do trabalhador, no seio da organização, contanto que, para tanto, o trabalhador reúna as necessárias qualificações. Por conseguinte, se o empregador assim não proceder, ainda que a impossibilidade revista os traços que legitimam a caducidade, a extinção não opera, salvo se a reafecção exigir a criação de um novo posto de trabalho, se o empregador tiver de promover a reconversão ou requalificação do trabalhador ou se as funções disponíveis exigirem especial confiança, incompatível com um tal reposicionamento.

XLIV. Como ponto de ordem, registámos, pois, que não só na suspensão por facto respeitante ao trabalhador, mas também na caducidade por impedimento que directamente o condicione, a impossibilidade não tem de revestir natureza absoluta, bastando que a execução do acordado se revele inexigível.

XLV. Analisados os traços essenciais que caracterizam o impedimento suspensivo por factos referentes ao trabalhador, reflectimos, em seguida, sobre o apelo à impossibilidade na suspensão por facto relativo ao empregador: não respeitando o comportamento em falta à obrigação principal do empregador (a obrigação retributiva), está em causa a aceitação do trabalho ou a necessária colaboração para o cumprimento.

XLVI. Assinalámos que no Direito do Trabalho a falta de colaboração assume traços próprios, especialmente vinculados – e associados, no essencial, a dois factores: a natureza vinculada da decisão que dita a suspensão e o efeito preclusivo da actividade laboral.

XLVII. O primeiro elemento confere à falta de colaboração do empregador contornos precisos, no confronto com o enquadramento civilístico: mesmo na designada suspensão por facto imputável ou por interesse do empregador, não é consentida recusa não motivada da prestação de trabalho. A falta de colaboração deve sempre assentar em razões objectivas, de escopo empresarial: para além de tal se impor (ainda)

em decorrência do disposto no art. 53.^o da CRP, assim resulta também da inadmissibilidade, entre nós, do “lock-out”.

XLVIII. Por conseguinte, se, conforme entendimento prevalecente na civilística – sem prejuízo de variações interpretativas – a colaboração tende, então, a revestir (tão-só) a forma de um ônus do credor, que assume os efeitos (negativos) decorrentes da sua inobservância, não se reconhecendo ao devedor qualquer direito ao cumprimento; diversamente, na esfera laboral, a cooperação do empregador assume as vestes de um dever e de uma garantia (do trabalhador), de coloração/intensidade variável, concretizada na proibição de aquele “*obstar injustificadamente à prestação efectiva de trabalho*” (cf. art. 129, n.^o 1, b)) – e do que resulta a proibição de o empregador promover uma inactividade injustificada.

XLIX. A suspensão decorrente de decisão unilateral do empregador não pode, pois, derivar de opção arbitrária. Numa tal avaliação, importa, todavia, ter presente que não obstante o apelo (expresso) à impossibilidade, à semelhança do que sucede na suspensão por factos respeitantes ao trabalhador, também aqui, salvo casos pontuais, não concorrem factos que entravam, em absoluto, a colaboração do credor – tem, afinal, quase sempre lugar, uma decisão livre do empregador, que, perante outras alternativas, *opta* pela inactividade temporária.

L. Assim se justificando, sob o ângulo da cooperação, apelo renovado à inexigibilidade: situações em que se revela inexigível ao empregador prestar colaboração imprescindível à execução do trabalho, havendo que contrapor e acomodar, de um lado, o direito do trabalhador à ocupação efectiva e, de um outro, os direitos e interesses legítimos do empregador, atendendo ao complexo organizacional de que o trabalhador participa e considerada a transitoriedade da desocupação.

LI. Embora concorrendo, na esfera laboral, variações regimentais de relevo consoante as motivações subjacentes à recusa de colaboração – crise empresarial, encerramento ou diminuição temporária de actividade por caso fortuito ou força maior, por facto imputável ao empregador ou por motivo do seu interesse –, dir-se-á que a suspensão pode resultar de juízo objectivo (do empregador) quanto à (in)viabilidade da cooperação creditória, em função dos poderes gestionários que lhe são afectos.

LII. Nesta medida, omitida a colaboração, reveste escassa relevância aferir se à suspensão subjaz uma lógica de impossibilidade absoluta ou relativa de cooperação. Em rigor, apenas no que respeita à (consequente) (des)ocupação do trabalhador se afigura linear concluir por (absoluta) inviabilização da actividade laboral – conclusão replicada a respeito da extinção, por caducidade, não obstante menção, no art. 343.^o, b), à impossibilidade absoluta de o empregador receber o trabalho (em termos simétricos ao sustentado quanto à extinção por impossibilidade de o trabalhador prestar trabalho).

LIII. Este não é, todavia, o entendimento subscrito pela jurisprudência, que acopla, desde há muito – conforme leitura que não acompanhamos –, especiais exigências à natureza absoluta do impedimento que afecta o empregador, assim condicionando a caducidade do vínculo. A plena compreensão de uma tal construção no referente à colaboração exige, porém, aqui sobrepor um outro debate: até 2003, o facto de se tratar de um encerramento programado ou imprevisto – relevando, nesta medida, a

motivação subjacente ao mesmo – constituía critério importante para determinar a forma extintiva adequada: despedimento por razões objectivas *vs.* caducidade.

LIV. Certo, porém, que já à luz de enquadramento legal anterior (a 2003), o apelo a tal elemento de destrinça afigurava-se forçado. Afinal, a qualquer encerramento subjaz uma *decisão*: mesmo perante incêndio fortuito que inutilize todo o espaço e instrumentos de trabalho, no limite, é sempre possível ao empregador *optar* por recuperar as instalações e retomar a actividade – sendo, por conseguinte, artificial excluir a caducidade tão-só por se vislumbrar no encerramento um acto volitivo do empregador.

LV. Em 2003, um novo critério viria a ser acolhido: sendo o encerramento total, os vínculos de trabalho caducam; tratando-se, porém, de um encerramento parcial, têm aplicação as regras do despedimento coletivo ou do despedimento por extinção de posto de trabalho.

LVI. De referir, no entanto, que o elemento volitivo não se revelava, na verdade, apenas inadequado à destrinça caducidade *vs.* despedimento (por razões objetivas), mas, em simultâneo, à qualificação da natureza absoluta/relativa do impedimento que afectara a colaboração do credor: divergindo de uma tal leitura, sempre diríamos que desaparecido o substrato laborativo – essencial à execução do trabalho, por cada trabalhador que participa da estrutura afectada –, o empregador não presta (não pode prestar) colaboração indispensável à execução da actividade laboral.

LVII. E para tanto é indiferente se subjacente ao encerramento está uma decisão livre do empregador, que opta por não prosseguir a actividade, encerrando a empresa; ou se assim decorre de imposição externa – tal qual no encerramento ditado por autoridade pública ou pelo deflagrar de incêndio, que destrói, as instalações. Concedemos, por conseguinte, que se a tais casos não é ajustado associar referência a uma impossibilidade absoluta de cooperação – atenta a margem de autonomia sempre reconhecida quanto ao destino final da organização –, também aqui (no plano da colaboração), o apelo à inexigibilidade sempre se afiguraria mais adequado.

LVIII. Em suma, subsistindo a estrutura organizativa, a caducidade *cede* em favor de uma outra forma de cessação contratual concorrente – o despedimento colectivo ou por extinção de posto de trabalho: do conflito extintivo resulta a necessidade de atender, não apenas ao contexto bilateral (empregador/(cada) trabalhador atingido), mas também à dimensão multilateral/organizacional, e avaliar os reflexos daquele impedimento na dinâmica organizativa.

LIX. Não se diga, todavia, que a caducidade é aqui afastada, por se considerar que a impossibilidade não é absoluta (por se vislumbrar uma *decisão* do empregador, quanto ao encerramento). Da mesma forma que o dever de prestar do trabalhador é conformado por interesses pessoais vários, cuja tutela se sobrepõe, não raras vezes, à observância pontual do acordado, também aqui, o impedimento (“absoluto”, atenta a referência legal) à cooperação deve ser considerado à luz da liberdade de gestão –, reforçando-se, por isso, preferência por menção à *inexigibilidade*.

LX. Acresce referência adicional: atendendo, *de um lado*, à solução acolhida, desde 2003, quanto à delimitação da cessação por caducidade *vs.* por despedimento por razões objectivas e, *de um outro*, assente a concorrência de um dever de realocação do trabalhador em qualquer das modalidades de despedimento por razões objectivas, admitimos que a obrigação de reafecção deve tomar em conta a dimensão global da empresa, aqui se incluindo a totalidade dos estabelecimentos existentes. Em termos,

em certa medida, próximos do sustentado a respeito da caducidade do vínculo por impedimento que atinge directamente o trabalhador e do então exposto quanto à realocação do trabalhador, diremos, também aqui, que a caducidade não é excluída por se considerar que o obstáculo à colaboração não reveste, afinal, carácter absoluto; dir-se-á, simplesmente, que por força do critério hoje prevalecente, a caducidade não opera se o encerramento é *parcial*, atenta a subsistência de outros estabelecimentos, a par do encerrado, e aos quais o trabalhador pode ser reafectado.

LXI. Em síntese: o apelo à impossibilidade absoluta de o empregador prestar colaboração imprescindível à execução – em contexto suspensivo e extintivo – é destituída de rigor se com tal exigência se procura aferir da concorrência de decisão/acto voluntário, no que respeita ao encerramento. Também agora há que concluir ser suficiente, para o desencadear da suspensão (e da extinção por caducidade), que o não encerramento se afigure inexigível – conforme valoração ajustada aos princípios constitucionais que moldam a liberdade de gestão do empregador.

LXII. A reflexão reservada à “impossibilidade” pressupõe, todavia, ponderar ainda uma outra variante: rejeitada menção à impossibilidade (absoluta) de o empregador cumprir a obrigação retributiva ou de prestar a colaboração necessária ao cumprimento – preferindo, neste âmbito, menção à inexigibilidade de cooperação –, considerámos uma última hipótese, em que o apelo à impossibilidade decorreria, afinal, da natureza duradoura da actividade do trabalhador.

LXIII. No domínio laboral, a falta de cooperação creditória, embora transitória, promove, por regra, a inviabilização (definitiva) do trabalho que seria prestado – por aqui se justificando menção renovada às especificidades do carácter duradouro do vínculo e à natureza continuada da obrigação do trabalhador: a dimensão complexa de contrato de trabalho motiva, neste âmbito, a convocação de uma impossibilidade da prestação de trabalho, em apelo alternativo à mora do credor.

LXIV. A impossibilidade é, por conseguinte, referida em termos mediatos: sem substrato empresarial e sem colaboração do empregador, não é viável ao trabalhador executar o acordado, que resulta inutilizado. O apelo, nestes casos, à impossibilidade suscitou, todavia, desde cedo, reservas em domínio laboral, atendendo aos reflexos que se assumiu que tal revestiria no destino da contraprestação retributiva.

LXV. A necessidade de aqui se delinear uma forma específica de repartição do risco para lá do regime de Direito comum, parte do entendimento de que a importação das regras que, no Direito Civil, enquadram o destino da contraprestação em caso de impossibilidade não imputável ao devedor, ditaria, nas hipóteses em análise, a translação do risco da inutilização do trabalho para o trabalhador – consequência a excluir.

LXVI. A delimitação de formulação própria, neste âmbito, resulta, sobretudo, do contributo da jurisprudência alemã e do surgimento, por essa via, da “*Betriebsrisikolehre*” e respectivas derivações – afirmada, nos seus traços essenciais, em decisão do *Reichsgericht* de 6.2.1923, até acolher expressa previsão no § 615, 3 BGB. Naquele julgamento, estava, no essencial, em causa tentativa de superação da alternativa estanque “*Annahmeverzug*” vs. “*Unmöglichkeit*” – ambas dificilmente ajustadas aos contornos da problemática, em contexto laboral – e a identificação de uma “*Lücke im Gesetz*”, a integrar conforme solução própria, desviante do brocardo

“ohne Arbeit kein Lohn”. No plano dogmático, essa construção releva, sobretudo, por traduzir fórmula correntemente invocada, também entre nós, como explicativa da especial repartição do risco – *i.e.*, oneração do empregador, com o pagamento total ou parcial da retribuição –, em hipóteses suspensivas referentes ao empregador.

LXVII. Divergimos, porém, de uma tal transposição, por admitirmos que o subsistir da retribuição, nessas circunstâncias, enquanto solução específica do Direito do Trabalho – em desvio à normal afectação do risco de Direito Civil – não se afigura linear. Antes cremos que considerados os desenvolvimentos esboçados pela doutrina civilística a respeito da impossibilidade (definitiva) da prestação por falta de cooperação do credor, não se justifica a referência a uma lógica própria juslaboral.

LXVIII. Por forma a clarificar a dissonância, depurámos o sentido que reveste o apelo à impossibilidade: da falta de colaboração do empregador – ainda que justificada, em contexto laboral – decorre, por regra, a imediata inutilização (definitiva) da prestação que o trabalhador se encontrava em condições de executar, em benefício do empregador: é a frustração da colaboração creditória que motiva uma tal inviabilização –, assim se justificando as dificuldades surgidas no traçar da fronteira entre a *mora credendi* e a impossibilidade da prestação.

LXIX. O tema não resulta, no entanto, circunscrito ao domínio laboral, replicando-se dúvidas idênticas em contexto civilístico, concretizadas na seguinte interrogação: nos casos em que ao credor se mostra inviável prestar colaboração necessária ao cumprimento e ditando tal circunstância a extinção (definitiva) do dever de prestar, qual o enquadramento adequado? Mora do credor (arts. 813.º e ss. do CC), impossibilidade da prestação não imputável ao devedor (arts. 790.º e ss. do CC) ou as duas categorias, em simultâneo?

LXX. Atenta a transversalidade da questão, reconhecemos a necessidade de precisar o regime que no Direito comum teria aplicação às situações em análise – para, só então (se necessário), buscar soluções próprias, no domínio laboral. Assumimos, na verdade, que as dúvidas e hesitações existentes em torno da convocação, nesta esfera, ora do regime da impossibilidade da prestação, ora da *mora creditoris*, resultam ainda de falha na apreensão dos contornos típicos de obrigação duradoura, de execução continuada e a que corresponde, por regra, termo essencial de cumprimento.

LXXI. No que respeita à *mora credendi*, dir-se-á que a imediata inutilização (definitiva) da actividade (não) desenvolvida pelo trabalhador, dificulta o apelo a um tal instituto. O que exigiu, todavia, precisão adicional: indicámos que nas situações enunciadas, por regra, o trabalhador não cumpre tanto quanto se dispôs apenas porque se mantém disponível; antes é, na verdade, impedido de cumprir. Por regra, o trabalhador apenas cumpre se desenvolve a actividade acordada –, assim se justificando a premissa de que partimos: falhando o empregador a cooperação necessária, a actividade devida pelo trabalhador resulta *frustrada*, por *impossibilidade de cumprimento*. Não obstante, também por outra via o apelo à mora do credor não se afigura linear, atendendo a que na suspensão por factos respeitantes ao empregador, à ausência de colaboração sempre corresponde – atenta a concorrência, nesta esfera, de um dever de cooperação – motivo justificado.

LXXII. Perante tais dificuldades é, em alternativa, frequentemente convocado o regime reservado à impossibilidade –, por referência à prestação devida pelo trabalhador. Certo, contudo, que subsistindo, na perspectiva do devedor, a viabilidade de execução

da prestação, a recondução à impossibilidade também não resulta linear: afinal, *ex latere debitoris*, a prestação é ontologicamente possível.

LXXIII. Do desalinho de qualquer dos blocos normativos – *mora credendi* e impossibilidade – decorre, não obstante a variedade de leituras testadas, tendencial concordância quanto ao resultado: a doutrina juscivilista contraria o desfecho decorrente de aplicação, a tais casos, da regra geral do art. 795.º, n.º 1, do CC e a consequente oneração do devedor com o risco de inutilização da prestação (*i.e.*, a perda do direito à contraprestação). Reconhecendo que a impossibilidade resulta, então, ainda, “*no rasto da mora do credor*”, é sustentado que deve ser este (e não o devedor) a suportar o risco de perda da prestação: é assim que, a par de outras leituras, BAPTISTA MACHADO autonomiza a *impossibilidade da prestação* e a *impossibilidade de cumprir*, distinguindo, em conformidade, o “risco de prestação” (que incide sobre o devedor) e o “risco de utilização” (que onera o credor), abarcando, este último caso, perturbações relativas à utilização da prestação ou à participação do credor na sua efectivação –, excluídas do âmbito dos arts. 790.º e ss. em geral e do art. 792.º do CC em particular.

LXXIV. Constatámos, assim, a tendencial concordância da doutrina juscivilista quanto à iniquidade decorrente da perda do direito à contraprestação (pelo devedor da prestação impossibilitada) – razão bastante para contrariar a necessidade de identificar regras próprias de repartição do risco na suspensão por facto respeitante ao empregador.

LXXV. Acresce que a fórmula pressuposta na “*Betriebsrisiko*” e respectivas derivações não espelha sequer solução unívoca, em domínio laboral: outras alternativas se perfilam, noutros ordenamentos. Porque ilustrativo, foi feita menção ao Direito inglês, onde prevalece lógica temperada do princípio “*no work, no pay*” nos casos (limitados) em que se reconhece um termo implícito à suspensão, a accionar pelo empregador. E também no Direito italiano é prevista repartição do risco diversa da que acolhemos, em obediência a lógica específica: (i) a impossibilidade (absoluta) fortuita do substrato inviabiliza a prestação (do trabalhador); (ii) frustrado o oferecimento da prestação (pelo trabalhador), não há mais espaço para a *mora do credor*; (iii) excluída a *mora credendi*, tem aplicação o regime da impossibilidade da prestação; (iv) sendo, então, o empregador dispensado do dever de pagamento da retribuição, sem prejuízo da garantia assumida pela CIG. Distintamente, mantendo o substrato organizativo os seus traços essenciais e, por conseguinte, a possibilidade de o trabalhador desenvolver a actividade laboral, o empregador é responsável pela suspensão: é, então, convocado o regime da *mora do credor*, subsistindo a obrigação retributiva, pelo tempo de inexecução – embora, mais uma vez, sem prejuízo de eventual intervenção da CIGO/CIGS.

LXXVI. Admitimos, no entanto, que, entre nós, da importação das regras que enquadram o regime civilístico da *mora do credor* vs. impossibilidade da prestação, resulte que, nas hipóteses em que ao empregador seja inexigível prestar colaboração imprescindível ao cumprimento, subsiste a obrigação daquele satisfazer a contraprestação. Por conseguinte, os desvios a apontar à esfera laboral decorrem tão-só da específica afectação do risco reservada a circunstância fortuita (75% incidente sobre o empregador e 25% sobre o trabalhador).

LXXVII. A título ilustrativo, convocámos leituras diversas, acolhidas noutros ordenamentos para idêntica situação: reflexos de greve em dada organização, no que respeita à inactividade de trabalhadores não grevistas. Sobre uma tal hipótese se debruçou o *Reichsgericht*, precisamente na referida decisão de 6.2.1923, havendo

recusado aos trabalhadores, nessas circunstâncias, o direito à contraprestação retributiva. Resultado idêntico sendo, ainda que por outra via, sustentado no Direito italiano, se procedente o argumento – conforme lógica que não subscrevemos – de que a perturbação provocada pela greve dita a impossibilidade absoluta de o empregador ocupar os trabalhadores não grevistas. Solução distinta seria, porém, acolhida na jurisprudência espanhola, em decisão do TS, de 20.6.1995: na ausência de resposta expressa, teria aplicação um princípio supletivo, decorrente do disposto no art. 45, n.º 2, do ET *a contrario* e conforme o qual, fora os casos elencados no art. 45, n.º 1, do ET ou à margem dos requisitos que condicionam a sua operacionalidade, o pagamento da retribuição deve ser mantido, não obstante a inactividade – tal qual na situação em análise, quanto aos trabalhadores não grevistas, impossibilitados de cumprir o acordado.

LXXVIII. Já entre nós a solução para esse caso é ilustrativa do entendimento sustentado quanto à articulação *mora credendi* vs. impossibilidade da prestação: tratando-se de entrave à colaboração que traduz impossibilidade de cumprimento – e não já impossibilidade de prestar (os trabalhadores não grevistas estão disponíveis para a execução da actividade laboral, que resulta, porém, (em definitivo) inviabilizada) –, há que concluir pela oneração do empregador quanto ao pagamento da retribuição. Os reflexos de greve na organização constituem factos ainda reconduzíveis à esfera empresarial, concretizando, no que respeita aos trabalhadores não grevistas (impedidos de cumprir), nova hipótese de impossibilidade “*no rasto da mora do credor*”.

LXXIX. A específica afectação do risco nestas circunstâncias reclama, todavia, nota adicional: atenta a função assumida pela greve, são frequentes as hesitações à sua assimilação a circunstância fortuita – considerada a normalidade de um tal fenómeno no que respeita à gestão interna de dada organização. Certo, porém, que não se apontando ao empregador falta de diligência no acautelar da ocupação dos trabalhadores não grevistas, tais circunstâncias também não constituem factos imputáveis ou no interesse do empregador. Na ausência de enquadramento suspensivo expresso, haveria que transpor a solução supletiva, de Direito comum, que, nos termos expostos, ditaria a oneração do empregador quanto à retribuição. Admitimos, contudo, mais conforme à essência do caso convocar ainda a solução prevista na repartição do risco subjacente à suspensão por fortuito: tratamos, afinal, de circunstâncias mais aproximadas de outras ali reconduzíveis, sendo, por conseguinte, ajustada a oneração do empregador em 75% – conforme construção que perspectiva os trabalhadores como integrantes da estrutura organizativa e, nesta medida, não alheios às vicissitudes que a afectam.

LXXX. Em suma, atento o paralelismo com o plano civil, referenciámos hipóteses que, também naquela esfera, ilustram a dificuldade de enquadramento de situações diversas, em que a fronteira entre a impossibilidade e a *mora credendi* não resulta evidente. Certo, todavia, que não obstante variações inerentes às diversas leituras, a solução dita, por princípio, a oneração do credor não cooperante – assim se confirmando a desnecessidade de invocação de um regime especial (seja por via da “*Betriebsrisiko*” ou derivações afins), supostamente vigente no Direito do Trabalho e justificativo da subsistência da retribuição, pelo tempo de inactividade. Uma tal solução corresponde (ainda) ao efeito normal que resulta, em situação equivalente, do regime consignado no CC, não havendo, por isso, que registar, a este propósito, ressalva ou excepção. Assinalámos, de resto, que mesmo no Direito alemão, vozes

diversas tendem já há muito a esvaziar a suposta especificidade (laboral) apontada à doutrina do “*Betriebsrisiko*”, qualificando a solução identificada por esta via (a oneração do credor) como princípio geral de Direito Civil.

LXXXI. Aqui chegados, dissecados os contornos do apelo legal, nesta sede, a “impedimento” dual à execução do trabalho (ora respeitante ao trabalhador, ora referente ao empregador) e compreendida a lógica explicativa das diversas hipóteses suspensivas, buscámos a solução melhor ajustada a casos de conflito suspensivo, rejeitando aplicação indistinta de critério formal/cronológico: na ausência de solução expressa, há que atender ao fundamento de cada facto suspensivo, buscando a resposta que melhor acomode os interesses a salvaguardar, por meio da suspensão.

LXXXII. Definidos os contornos da *impossibilidade*, seguiu-se a delimitação dos termos a que deve obedecer o juízo de imputação do impedimento.

CAPÍTULO II: IMPEDIMENTO (NÃO) IMPUTÁVEL – A DELIMITAÇÃO DA IMPUTAÇÃO

I. Atento o regime suspensivo vigente, a suspensão laboral não só opera ainda que o impedimento transitório seja imputável ao trabalhador (nas hipóteses abrangidas pelo disposto no art. 296.º, n.º 5), como exige, considerada a referência ampla do art. 296.º, n.º 1, delimitação precisa dos contornos de uma tal imputação. Por outro lado, embora a análise do tema se detenha, com frequência, em situações de impedimento respeitante ao trabalhador, importa não descurar a matéria também no contexto dos factos que afectam, em primeira linha, o empregador (cf. arts. 309.º e ss).

II. Num tal exercício, é comum o confronto entre imputação laboral *vs.* imputação civilística, surgindo, com frequência, o apelo a um conceito próprio de imputação para efeitos suspensivos (em domínio laboral). No que respeita ao trabalhador, há que considerar a formulação negativa/abrangente do art. 296.º, n.º 1, sendo usual a referência, neste âmbito (suspensivo laboral), a um conceito restritivo ou mais exigente de imputação. Já relativamente à suspensão por factos referentes ao empregador, importa ter em conta o disposto no art. 309.º, n.º 1, b), que prevê o encerramento temporário ou a diminuição temporária de actividade, “*devido a facto imputável ao empregador ou por motivo de interesse deste*” –, havendo que concretizar tais conceitos, em articulação com as menções ao “*caso fortuito*” e à “*força maior*” (cf. art. 309.º, n.º 1, a)).

III. Em termos gerais, assumimos que concorre impossibilidade superveniente casual/não imputável ao devedor – seja por via da formulação positiva do art. 705.º do CC 1867 (e do apelo ao “*fortuito*”) ou do critério negativo acolhido no art. 790.º do CC 1966 (a não imputação) – não apenas se o facto impeditivo era *imprevisível*, havendo ainda que revelar-se *irresistível*, nos moldes em que veio a produzir-se; ou, se embora *previsível*, o obstáculo se afigurava de todo o modo *irresistível*. Da conjugação destas variáveis resultando a *insuperabilidade*, enquanto transposição impossível de dado obstáculo, pressupondo inevitabilidade ou impossibilidade de se contrariar a superveniência do evento e irresistibilidade ou irremovibilidade, enquanto impossibilidade de domínio dos respectivos efeitos. A eficácia exoneratória do *fortuito* dependeria, assim, de insuperável impossibilidade de execução, sendo a imprevisibilidade e a irresistibilidade aferidas conforme grau de diligência média, de avaliação objectiva, considerados os contornos do caso.

IV. Ainda hoje, o *fortuito* – assumida menção indistinta, que desconsidera a destrição “caso fortuito”/“força maior” – encontra importantes concretizações na esfera suspensiva laboral: é, no entanto, incontestável a complexidade associada à sua operacionalidade, neste contexto. Procurando enquadrar hipótese tratada na jurisprudência espanhola a respeito de *greve externa* e possível recondução, em domínio suspensivo, à “*fuerza mayor temporal*” (cf. art. 45, n.º 1, i) do ET), não replicámos, agora, a solução que acolhemos a respeito da inatividade reflexa de trabalhadores não grevistas, em caso de *greve interna*.

V. Perante greve externa, desde que o empregador tenha adoptado todas as medidas exigíveis para obviar a um tal desfecho, o não recebimento da actividade laboral concretiza circunstância fortuita, com aplicação da repartição do risco indicada no art. 309.º, n.º 1, a). Em reverso, caso se entenda que a inatividade dos trabalhadores decorre de falta de diligência exigível ao empregador quanto à minimização dos efeitos da greve, haverá que concluir que a suspensão lhe é imputável, com aplicação do disposto no art. 309.º, n.º 1, b).

VI. Assinalámos ainda discordância face ao entendimento que assume o caso fortuito ou a força maior e a ausência de culpa como expressões de sentido equivalente: a ausência de culpa é pressuposta no fortuito; não *exige*, todavia, o fortuito. Tal sobreposição é, todavia, usualmente assumida e transposta para o domínio laboral, seguindo-se o apontar de má acomodação do regime suspensivo laboral às premissas civilísticas e a necessidade de aqui acolher um entendimento específico do fortuito – restritivo face ao civil.

VII. Sendo, por isso, frequentemente sustentado que do confronto do disposto no art. 309.º, n.º 1, a) e b), resulta que o fortuito – cf. alínea a) – não parece assumir (apenas) o significado de fenómeno excludente da culpa, sob pena de mal se compreender o enquadramento reservado a outras hipóteses suspensivas, que, embora ainda respeitantes ao empregador, não pressupõem culpa que lhe seja atribuível (cf. alínea b), *in fine*, atenta a referência à suspensão por “*interesse*” do empregador).

VIII. Diversamente, concebemos hipóteses em que, não constituindo o entrave à execução uma circunstância fortuita (*v.g.*, porque falha a irresistibilidade), o devedor não tem, porém, culpa no impedimento, não lhe podendo ser atribuída responsabilidade – tal qual se concorre causa de justificação, que exclui a ilicitude ou causa de escusa, que afasta a culpa.

IX. Admitimos, na verdade, que a ausência de culpa abarca uma realidade mais ampla: poderá *não haver culpa* e, não obstante, *não haver fortuito* – o que assume importantes reflexos na suspensão laboral, por factos respeitantes ao empregador. Conforme esta premissa, não haveria que convocar, no domínio suspensivo laboral, especial leitura (mais exigente) do fortuito: pode não haver culpa e não concorrer fortuito, admitindo-se que assim suceda no encerramento por motivo de interesse do empregador. Para esta valoração não se justificando sequer aferir se há ou não espaço para uma *decisão* do empregador quanto ao encerramento – por tal não constituir entrave ao encerramento temporário por fortuito.

X. Concedemos, pois, que a menção autónoma ao “*facto imputável*” e ao “*interesse*” no art. 309.º, n.º 1, b), convoca questão que transcende a esfera laboral, encontrando, porém, aqui, concretização expressiva – a delimitação da culpa e do fortuito:

– Quanto à suspensão por fortuito: se intempérie súbita provoca a inundação do estabelecimento e a sua inoperacionalidade transitória, o encerramento decorre, em

princípio – salvo não observância da diligência exigida quanto ao acautelar/superar de um tal condicionalismo –, de circunstância fortuita, não imputável ao empregador. E, assim sucedendo ainda que concorra uma decisão de encerramento, por parte do empregador, que vimos não afastar, nesta esfera, sequer o apelo à impossibilidade, atenta a prevalência de um juízo de inexigibilidade de cooperação: dir-se-á que não há culpa (do empregador) porque o fortuito exige a sua não verificação.

– Quanto à suspensão por facto imputável ao empregador: não sendo a decisão que conduz à suspensão promovida pelo empregador discricionária, mas sempre vinculada, o encerramento imotivado ou fundado em propósitos inatendíveis subsiste, nestes casos, à margem do enquadramento legal suspensivo. No universo circunscrito da suspensão vinculada são, porém, configuráveis hipóteses diversas, em que não concorrem circunstâncias definidoras do fortuito e em que o encerramento resulta de comportamento culposos do empregador. A estes casos reservamos a primeira parte do art. 309.º, n.º 1, b): assim, nomeadamente, se o encerramento é imposto por entidade externa, decorrendo, porém, de conduta censurável do empregador (*v.g.*, encerramento por autoridade pública, por violação de regras de segurança), bem como os casos *supra* indicados, de greve externa que inviabiliza a oferta de ocupação porque o empregador não assegurou oportunamente, como expectável, as condições para tanto necessárias.

– Quanto à suspensão por motivo do interesse do empregador: uma vez excluída, nos termos expostos, a suspensão imotivada/desvinculada, há que aqui contar, entre outras hipóteses, o encerramento decorrente de motivo legítimo, tal qual para remodelação de instalações. Estar-se-á perante decisão de encerramento do empregador, justificada ou não por eventos externos (*v.g.*, renovação do estabelecimento, ajustando o espaço a exigências legais que condicionam a abertura a clientes fumadores). Não há fortuito, nem é razoável afirmar que o encerramento resulte de facto não imputável ao empregador: afinal, foi o empregador que optou por realizar as obras de remodelação que determinam o encerramento. O encerramento reflecte, porém, agora, acto de gestão empresarial, manifestação do direito à iniciativa económica e do direito à propriedade privada, nada havendo, por conseguinte, que censurar ao empregador. A omissão do dever (de colaboração) – concretizado na decisão de encerramento ou de inactividade sectorial – resulta de motivação evitável/superável, por opção do credor: nesta medida, a não ocupação dir-se-ia imputável ao empregador; interfere, todavia, *justificação*, que legitima uma tal opção.

XI. O exposto põe, assim, em evidência que onde termina a culpa, não começa, necessariamente, o fortuito: os conceitos não constituem *verso* e *reverso*, não sendo, pois, rigoroso perspectivar o fortuito meramente na sua função negativa em relação à culpa. E não se justificando convocar, na suspensão laboral, um conceito próprio de fortuito, mais estrito ou rigoroso: a contraposição das alíneas a) e b) do n.º 1 do art. 309.º constitui, na verdade, exemplo particularmente feliz de uma tal *dissociação*. Se a ausência de culpa é essencial ao fortuito – cf. a) do n.º 1 do art. 309.º –, inexistindo culpa (por se tratar de encerramento justificado por razões de gestão), não concorre necessariamente fortuito – cf. b) do n.º 1 do art. 309.º, na parte alusiva ao “interesse”.

XII. Já quanto à repartição do risco, embora excluída a culpa, o art. 309.º, n.º 1, b), *in fine*, impõe ao empregador o pagamento, pelo tempo de inactividade, da totalidade da retribuição. Admitimos, porém, que, também aqui, o enquadramento laboral não inova, nem prevê especial repartição da álea contratual, derogatória do regime geral – quando muito, *reforça* tais princípios. Não assumimos por intento aprofundar a

problemática na esfera civilística: importa apenas considerar que quando a impossibilidade decorra de ausência de cooperação, ainda que não culposa, seja por via do disposto no art. 795.º, n.º 2, ou no art. 815.º, n.º 2, do CC, o resultado é, sem prejuízo de descontos pontuais, a vinculação do credor à contraprestação da prestação impossibilitada. O que coincide, afinal, em traços gerais, com o estatuído, em contexto laboral, no art. 309.º, n.º 1, b), parte final.

XIII. Em suma, o apelo ao “interesse” do empregador no encerramento ou diminuição de actividade serve, na verdade, dois propósitos: (i) demarcação de tais hipóteses das demais, previstas no art. 309.º, n.º 1, b), 1.ª parte; (ii) convocação de uma justificação gestonária, que legitima o comportamento do empregador.

XIV. De referir, por fim, que relativamente ao “lay-off”, enquanto situação de emergência, é dispensado juízo de culpa: salvo comportamento abusivo, o regime suspensivo *abstrai* de juízo de culpa quanto à conduta do empregador, bastando a verificação de razões objectivas idóneas – *i.e.*, motivos de mercado, estruturais ou tecnológicos, catástrofes ou outras ocorrências que tenham afectado gravemente a actividade normal da empresa –, não havendo que escrutinar as opções de gestão que possam ter contribuído para um tal desfecho.

XV. Sem prejuízo das conclusões precedentes – referentes à suspensão por factos relativos ao empregador –, a reflexão reservada à não imputação em domínio suspensivo laboral tende a respeitar, sobretudo, à suspensão por factos relativos ao trabalhador, havendo que determinar em que medida o comportamento culposos do trabalhador deve, neste âmbito, ser valorado. Registámos que é também sobre estes casos que incide especial atenção doutrinária e jurisprudencial além-fronteiras, não obstante a variedade das formas extintivas acolhidas.

XVI. À semelhança do regime de Direito comum, também no domínio laboral, o trabalhador é dispensado do dever de prestar e exonerado de responsabilidade sempre que a falta de cumprimento resulte de impedimento que não lhe é imputável – nas variantes do dolo e da negligência. No entanto, porque se trata de prestação continuada, de natureza infungível e atenta a subordinação jurídica pressuposta, transposição rigorosa da lógica civilística faria incidir, em permanência, sobre o trabalhador, um amplo dever de diligência, pelo tempo de vigência do contrato – para mais, de duração tendencialmente indefinida.

XVII. Nesta medida, a não introdução de limites à diligência imposta – quanto ao acautelar da respectiva capacidade para desenvolver o acordado – poderia resultar em interferência indesejável na sua esfera privada, impondo um invasivo dever de diligência quanto à sua integridade física e psíquica: a diligência não pode assumir uma abrangência tal que inviabilize formas de expressão da personalidade, ainda que potencialmente lesivas da capacidade para o trabalho.

XVIII. Esta premissa despoleta leituras doutrinárias várias, que convergem, por regra, em aplicação restritiva do juízo de imputação – convocando, embora, pressupostos de aplicação distintos. Ora, atenta tal flutuação, impõe-se a identificação do(s) critério(s) que, no contrato de trabalho, autoriza(m) concluir por inobservância da diligência exigível ao trabalhador – *i.e.*, por comportamento culposos do trabalhador na produção do impedimento.

XIX. Divergindo das principais construções que, neste âmbito, se perfilam acolhemos delimitação não uniforme de valoração da imputação – aliás, em linha com a

heterogeneidade que molda a suspensão laboral –, consoante os factos suspensivos em análise.

XX. Deparando-se com difícil transposição, para este domínio, dos contornos da imputação civilística, a doutrina laboral tem desenvolvido esforços na busca de um conceito mais flexível, ajustável às situações em equação: no entanto, em vez de se partir de uma valoração precisa de imputação, que possibilite determinar, sequencialmente e em conformidade, as hipóteses ali enquadráveis, são primeiramente identificadas as situações em que concede não se dever tomar a imputação por verificada, sendo, em seguida, buscado conceito geral, conforme à ordenação pré-estabelecida. Preferimos, distintamente, considerar cada situação suspensiva, concedendo que a valoração da imputação possa ser diversa, consoante as variáveis suspensivas.

XXI. Assumimos, não obstante, que a delimitação da imputação opera nos mesmos termos, para efeito do disposto nos n.ºs 1 e 5 do art. 296.º: simplesmente, se os casos reconduzíveis ao n.º 5 sempre se consideram – conforme leitura civilística – imputáveis ao trabalhador, os do n.º 1 afiguram-se, com frequência, ainda conforme tal critério (geral) de delimitação, não imputáveis ao trabalhador. Dir-se-á, por conseguinte, que nas hipóteses do n.º 1, pode acrescer, em razão de exigências particulares do ordenamento, *extensão* do juízo de não imputação.

XXII. Reconduzimos à suspensão por facto imputável ao trabalhador situações muito distintas – *v.g.*, greve, licenças por parentalidade, exercício prolongado de funções em estrutura de representação colectiva: embora se tratando de factos imputáveis ao trabalhador, o ordenamento laboral autoriza o operar da suspensão, a tais casos se reservando a aplicabilidade do disposto no n.º 5 do art. 296.º. Nas situações ali indicadas, o trabalhador é dispensado do dever de prestar, por se considerar a actividade *inexigível*, atenta a motivação subjacente; ao que acresce agora, dispensa legal de valoração da culpa – a imputação é, pois, assumida, sem que tal exclua a operacionalidade da suspensão.

XXIII. Já quanto aos casos indicados no n.º 1 do art. 296.º, admitimos que sempre que o ordenamento laboral equipare, para efeitos suspensivos, a impossibilidade relativa à absoluta – *v.g.*, a incapacidade física ou psíquica pode (ou não) constituir um impedimento absoluto à actividade laboral –, a desvalorização da culpa do trabalhador na produção do impedimento é ainda reflexo da tutela reconhecida a valores prevaletentes. Se a flexibilização do apelo à impossibilidade na suspensão laboral por doença ou acidente constitui derivação da tutela da saúde, a tal protecção acresce, agora, quanto à valoração da culpa, a necessária autonomização das esferas laboral e privada – admitindo-se que a suspensão opere mesmo que o impedimento ao trabalho (a doença ou o acidente) seja imputável (a título de dolo ou negligência) ao trabalhador; e entendendo-se igualmente desajustada a convocação de um dever de cura ou de tratamento, a impor ao trabalhador. Apenas pontualmente concebemos desvios a esta lógica, atenta a definição de um círculo de exigência: o dever de diligência do trabalhador pode sofrer variação, em função da proximidade temporal da actividade a prestar ou da natureza do trabalho a desenvolver.

XXIV. Conforme a lógica subscrita, perante incapacidade transitória (*v.g.*, por suicídio frustrado), prescindimos, por regra, de indagações adicionais: não haverá que perscrutar o que motivou o trabalhador a dada conduta e que conduziu àquele

desfecho (a ausência ao trabalho). A reserva da esfera íntima a tanto deve obstar, não autorizando uma tal intrusão na vida privada do trabalhador. Em suma, o impedimento e a ausência têm-se, nestes casos, por não imputáveis ao trabalhador: opera, pois, uma extensão do âmbito da não imputação, atenta a necessária dissociação da vida privada e da ocupação profissional.

XXV. Por revestir contornos mais complexos e por ilustrativa das dificuldades inerentes à rigorosa delimitação da imputação da ausência ao trabalhador, dedicámos especial atenção à não comparência por observância de ordem privativa da liberdade. Referenciámos, a este propósito, enquadramentos distintos, acolhidos noutros ordenamentos – em que a mesma situação fáctica (a privação de liberdade por condenação penal ou detenção cautelar) e o juízo então reservado à não imputação acolhem soluções diversas.

XXVI. Assim, no Direito alemão, a ausência prolongada do trabalhador por motivo de prisão (*“Inhaftierung”/“Freiheitsstrafe”*) autoriza a extinção, promovida pelo empregador, por razões relacionadas com o trabalhador (*“personenbedingte Kündigungen”*), por falhar a capacidade necessária ao exercício da actividade profissional – conforme enquadramento próximo do reservado a situações de ausência por doença. É, todavia, exigido maior rigor na verificação da cessação em razão de ausência por doença do que por prisão, por se entender que, neste caso, o impedimento decorre de um acto da responsabilidade do trabalhador, não se afigurando razoável sustentar que uma ausência por doença (que se considera involuntária – *“unverschuldeten”*) se paute por parâmetros idênticos aos de uma ausência auto-infligida (*“selbst verschuldeten”*). Por conseguinte, embora a (não) imputação da ausência ao trabalhador não constitua, ao invés do que sucede entre nós, elemento determinante da (in)operacionalidade da suspensão (até porque, nestes casos, a extinção tem lugar, no Direito alemão, por razões objectivas – *i.e.*, atento o impacto da ausência na esfera do empregador), a doutrina considera que a ausência é então imputável ao trabalhador: o trabalhador *“selbstverschuldet inhaftiert ist”*. E atenta tal premissa, o § 616 do BGB (*“Vorübergehende Verhinderung”*) resulta inaplicável, já que, conforme tal norma, a continuação do pagamento da retribuição pressupõe que o impedimento não seja imputável ao trabalhador.

XXVII. De referir, no entanto, que mesmo na prisão preventiva (*“Untersuchungshaft”*), a doutrina tende a considerar a extinção admissível, atenta a incerteza inerente ao regresso do trabalhador (*“Ungewissheit der Rückkehr”*) e o tempo que, até tal retorno, poderá decorrer. Sendo, neste âmbito, sustentado que se não for expectável – conforme valoração que tem lugar em momento anterior ao trânsito em julgado – o cumprimento de pena privativa de liberdade superior a dois anos (limite admissível para a contratação a termo, nestas circunstâncias, cf. § 14, 2 TzBfG) e se o trabalhador tiver celebrado um contrato de trabalho por prazo superior a um tal limite, o fim do vínculo não se afigura, em princípio, admissível. Já se a ausência é estimada em tempo superior, o BAG tende – ao invés do que sucede em situação de doença – a dispensar qualquer indagação adicional no que respeita ao impacto operacional, autorizando empregador a promover, em tais casos, a extinção do contrato.

XXVIII. Também o Direito inglês constitui campo fértil de análise, suscitando questões complexas de enquadramento quanto ao comportamento do trabalhador que *se coloca* em situação que impede a comparência ao trabalho, atento o cometimento de um crime. Não obstante as diferentes orientações quanto às variantes extintivas que se perfilam, há, por regra, concordância quanto à verificação de culpa do trabalhador na

produção do impedimento laboral. Atenta a orientação maioritária de que a extinção opera por “*frustration*”, é, porém, frequentemente sustentado que, embora demonstrada uma tal imputação (criminal e laboral), a mesma não legitima censura disciplinar, considerada a natureza extracontratual dos factos.

XXIX. Por conseguinte, o fim do contrato pressupõe, por regra, valoração objectiva – aproximando-se, em certa medida, do enquadramento acolhido no Direito alemão –, havendo que avaliar o impacto da ausência do trabalhador na esfera do empregador e determinar quando é legítimo concluir que o contrato cessou por “*frustration*”.

XXX. No entanto, atenta a lógica pressuposta, por regra, na “*doctrine of frustration*” – que rejeita eficácia extintiva à “*self-induced frustration*” – cedo se compreendeu que a “*frustration*” teria de revestir, na esfera laboral, contornos próprios. Afinal, na maioria dos casos, o trabalhador impossibilitado – ainda que tal impossibilidade resulte de comportamento que, de algum modo, lhe seja imputável – não tem por objectivo a extinção do vínculo (seja por “*frustration*”, por “*dismissal*” ou por outra forma). Bem pelo contrário: invocando o empregador a “*frustration*”, o trabalhador tenderá a rebater um tal efeito. Haveria, assim, que contrariar a manipulação daquela exigência, não sendo admissível que o trabalhador, quando responsável pelo impedimento, invocasse uma tal responsabilidade, como forma de obstar à “*frustration*”.

XXXI. Mais se indicando que, na esfera laboral, a extinção (por “*frustration*”) não atende isoladamente à ausência do trabalhador; antes se exigindo a convocação de outros elementos, que legitimem aferir, em concreto, se o impedimento não se afigura mais transitório, mas definitivo, atento o impacto da ausência do trabalhador na esfera do empregador. É, todavia, assinalado que o conjunto factual relevante é o verificado à data em que a decisão condenatória é proferida – nada obstando à cessação (já verificada) em caso de alteração do sentido da decisão, em sede de recurso.

XXXII. Constatamos, porém, não raras vezes, a promoção – em termos, em certa medida, aproximados dos acolhidos no Direito alemão – de leitura bipartida do juízo de imputação, no que respeita a duas hipóteses desencadeadoras da “*frustration*”: de um lado, a doença ou o acidente, em que se abstrai de valoração da culpa do trabalhador; de um outro, a indisponibilidade por prisão, situação em que é assumida a culpa do trabalhador na produção do impedimento. E tal distinta valoração, embora não excluindo, em qualquer hipótese, a operacionalidade da “*frustration*”, ditaria maior rigor quanto à procedência da extinção, perante incapacidade física ou psíquica do que na prisão.

XXXIII. Também no Direito italiano é debatido o enquadramento reservado à prisão (“*arresto*” ou “*carcerazione*”) do trabalhador, por factos estranhos ao contrato de trabalho. A maioria da doutrina e da jurisprudência admitem, porém, em razão do prolongar do impedimento, a cessação por motivo justificado. E a tal não obstando, na prisão preventiva, a presunção de inocência do arguido: quer a detenção ou prisão cautelar, quer a prisão definitiva por factos exteriores ao contrato de trabalho podem constituir “*giustificato motivo di licenziamento*”, autorizando o despedimento por razões empresariais, atento o impacto da ausência do trabalhador na organização pré-estabelecida. Sobrevindo decisão penal que exclua responsabilidade criminal do arguido, surgem, todavia, dúvidas várias quanto ao destino do contrato – que entretanto cessou – e que se admite, em certos casos, poder “reviver”.

XXXIV. Sem descurar as soluções acolhidas noutros ordenamentos, importa considerar, sobretudo, as distintas leituras, entre nós, admitidas: parte da doutrina entende que não tendo o crime sido cometido com o propósito de não trabalhar, nem assumindo os factos conexão relevante com a execução contratual (para lá da ausência), o exercício disciplinar extravasaria a sua função, constituindo interferência indevida na esfera privada do trabalhador. Por conseguinte, por todo o período de ausência, a suspensão deve operar – por se estar perante impedimento prolongado não imputável ao trabalhador, derivado do cumprimento de obrigação legal/imposição judicial. É, no entanto, frequentemente sustentado um aproveitamento dos cânones civilistas, reconhecendo-se que, em certos casos, atento o prolongar da ausência, a impossibilidade temporária poderá converter-se em definitiva, por perda de interesse do credor, autorizando a caducidade do contrato de trabalho. De uma tal lógica tende apenas a excluir-se a prisão preventiva – atenta a relevância prevalecente da presunção de inocência, sobreponível, então, ao interesse do empregador na desvinculação.

XXXV. Outra linha de raciocínio tem, porém, sido acolhida pela maioria da jurisprudência e por parte da doutrina. Conforme este entendimento, a imputação laboral decorreria automaticamente do juízo firmado em sede criminal: se o trabalhador comete um crime, sendo condenado em pena privativa de liberdade, a impossibilidade de prestar trabalho é-lhe imputável por resultante de um acto da sua responsabilidade. Em suma, o facto que dá causa à ausência, é a prática do crime; sendo o resultado imputável ao arguido em sede criminal, a subsequente ausência ao trabalho ser-lhe-ia também imputável. Quem acolha uma tal leitura tende, porém, a distinguir consoante a ausência decorra de prisão preventiva ou efectiva, condicionando a imputação da ausência aos casos em que seja proferida decisão penal condenatória. A natureza cautelar da prisão preventiva – medida de coacção decretada quando apenas concorrem indícios da prática do crime – assim o importaria, atento o princípio constitucional da presunção de inocência. Este enquadramento aproxima-se, na verdade, do acolhido no ordenamento espanhol, dispondo o art. 45, n.º 1, g) do ET que *“el contrato de trabajo podrá suspenderse”* por *“privación de libertad del trabajador”* – todavia, apenas *“mientras no exista sentencia condenatoria”*.

XXXVI. Também no Direito francês, na ausência de expressa referência à suspensão nestas hipóteses, coube à *Cour de Cassation* clarificar que *“le placement d’un salarié en détention provisoire, alors qu’il est présumé innocent et que l’obstacle mis à l’exécution du contrat ne lui est pas imputable entraîne la suspension du contrat de travail”*. Contudo, apenas em aparência a posição do trabalhador é acautelada, uma vez que mesmo se tratando de medida cautelar, jurisprudência e doutrina tendem a autorizar a cessação por *“licenciement”*, não já por censura disciplinar, mas atento o impacto da ausência do trabalhador e da suspensão prolongada na esfera do empregador.

XXXVII. Já após decisão condenatória, a solução tende a confluir com a acolhida, em termos gerais, no ordenamento espanhol: a ausência é imputável ao trabalhador e, como tal, injustificada, podendo legitimar o despedimento – agora, enquanto *“motif sérieux de licenciement”* (e não já por razões objectivas), a valorar em concreto, consoante a extensão da ausência.

XXXVIII. Tomando posição sobre a questão, considerámos que a extinção do contrato de trabalho no tempo em que o trabalhador se encontra adstrito a medida cautelar – e, nesta medida, em momento em que a responsabilidade penal do arguido não foi ainda determinada – não se afigura conforme ao princípio da presunção de inocência. Se este princípio obsta, de forma especialmente evidente, à censura disciplinar da ausência em

período em que o trabalhador se presume (na esfera penal) inocente, deve também impedir formas objectivas de cessação, que, dispensando valoração disciplinar, autorizam a cessação, atento o impacto da ausência na organização do empregador.

XXXIX. Ainda assim, e não obstante a tutela reservada ao tempo de ausência por cumprimento de medida cautelar, importa considerar a possibilidade de se entender que a decisão penal condenatória *estende* o juízo de imputação ao período de ausência do trabalhador, quando em prisão preventiva. Uma tal valoração reveste, na verdade, especial relevância sempre que a decisão, embora condenatória, não implique o cumprimento efectivo de pena privativa da liberdade, tal qual em caso de condenação em pena suspensa ou em pena privativa de liberdade já cumprida, por computada no tempo de prisão preventiva.

XL. Considerámos que por força do princípio da presunção de inocência, apenas com o trânsito em julgado da decisão judicial é legítimo concluir pelo fim da suspensão: *até lá*, a ausência ao trabalho em razão de medida de coação impeditiva do exercício profissional não é imputável ao trabalhador, legitimando a suspensão e não autorizando censura disciplinar. Até ao desfecho final, em sede criminal, não consideramos possível censurar o trabalhador pelo tempo de ausência, uma vez que até esse momento a responsabilidade penal apenas se funda em indícios e não em certezas.

XLI. Por sua vez, atento o enquadramento sistemático dos institutos da prescrição e da caducidade, admitimos que em caso de ausência ao trabalho por prisão preventiva ou outra medida cautelar, não se encontram reunidos os pressupostos que têm em vista sancionar a inércia injustificada do empregador quanto à instauração e andamento do processo disciplinar – respectivamente, a prática ou o conhecimento da *infracção*. Não há, afinal, qualquer infracção disciplinar por referência à ausência ao trabalho nessas circunstâncias, não sendo, por isso, o exercício do poder disciplinar legalmente possível (*v.* arts. 329.º e 306.º, n.º 1, 1.ª parte do CC): se, em sede criminal, atenta a vigência do princípio da presunção de inocência, não é lícito, até decisão firme, assumir a prática de infracção, o empregador também não deve ser penalizado, até essa data, pelo não exercício do poder disciplinar, por referência a uma tal ausência.

XLII. Não se trata, agora, da hipótese de a infracção disciplinar constituir igualmente crime – não havendo sequer que convocar o disposto na parte final do n.º 1 do art. 329.º, do CT, nem atender aos prazos de prescrição previstos no plano criminal: não é a conduta em escrutínio penal que está, também aqui, em causa, mas comportamento derivado – a ausência ao trabalho. Concorre, pois, um *plus*: a existência de infracção disciplinar por ausência injustificada ao trabalho depende (não assumindo relevância autónoma) de decisão condenatória, no plano criminal. Sem esta, não há como (nem por que) censurar disciplinarmente o trabalhador, devendo a ausência ser considerada não imputável ao trabalhador.

XLIII. Em suma, quanto ao tempo de prisão preventiva: inexistindo, então, certeza quanto à responsabilidade do arguido pela prática do crime indiciado, a ausência é justificada – atento o conflito imposto ao trabalhador presumivelmente inocente e que deve obediência a ordem judicial que o impede de comparecer ao trabalho.

XLIV. Por se tratar de deveres cujo cumprimento é inconciliável (dever de assiduidade e observância de ordem de autoridade), o acatamento de decisão privativa da liberdade exclui a infracção daqueloutra obrigação. Tratando-se do cumprimento de

medida cautelar, não concebemos que o tempo decorrido sequer legitime concluir – conforme valoração objectiva, que atendesse ao impacto da ausência na esfera do empregador – por conversão do impedimento, de transitório em definitivo. Admitimos, no entanto, que este período possa traduzir futuramente uma ausência injustificada ao trabalho (a valorar disciplinarmente) se sobrevier decisão penal condenatória. Tal pressupõe, porém, determinar o enquadramento reservado a hipóteses de ausência por cumprimento de prisão efectiva e em que moldes deveremos assumir a imputação ao trabalhador de um tal período de ausência: o que exige definir a articulação da imputação laboral e da imputação criminal.

XLV. Para este efeito, entendemos que o nexó entre a prática do crime e a ausência ao trabalho não se encontra automaticamente fixado, apenas sendo estabelecido mediante resposta afirmativa à interrogação: no momento da prática do crime, o agente equacionou ou estava em condições de equacionar que daí adviria impossibilidade de trabalhar? Sendo a resposta afirmativa, a ausência ao trabalho é imputável ao trabalhador e as faltas são injustificadas; sendo negativa, a ausência não lhe é imputável e as faltas são justificadas.

XLVI. Apurada a responsabilidade penal e sendo o arguido condenado em pena privativa de liberdade – com conseqüente impossibilidade de comparência ao trabalho – haverá, pois, que aferir *se*, ao cometer o ilícito criminal, poderia ter desconsiderado as conseqüências de uma tal conduta, atenta a possível aplicação de pena privativa de liberdade. Circunscrevemos, todavia, uma tal interrogação aos casos em que o arguido seja condenado por prática *dolosa*: apenas nessas situações – e não já perante comportamento *negligente* – é razoável aferir se o agente considerou ou deveria ter equacionado uma conseqüência tão mediata da sua conduta: a prática do crime; a condenação criminal; a aplicação de pena privativa de liberdade; e, por fim, a ausência ao trabalho.

XLVII. O que suscita, contudo, objecção pertinente: ao admitirmos – conforme a lógica descrita – que, em certas hipóteses, a prisão do trabalhador constitua facto imputável ao trabalhador, como diferenciar tais casos de outros tantos, tal qual o de trabalhador que dolosa ou negligentemente contrai uma doença, que o impossibilita de comparecer ao serviço por longo período?

XLVIII. Tal qual enunciado, preterimos leitura uniforme do juízo de imputação, reconhecendo, em alternativa, variantes, consoante a natureza do impedimento. Admitimos, afinal, que a ausência em razão de doença resulte não imputável ao trabalhador, mesmo que provocada dolosamente: e assim porque no domínio laboral tem aplicação o princípio da tendencial separação entre as esferas pessoal e profissional, sendo, por conseguinte, excepcionais os casos em que comportamento privado do trabalhador autoriza interferência do empregador. Entendemos, por isso, tais casos como hipóteses em que se abstrai, por regra, de valoração da culpa: o que releva é a situação de incapacidade que afecta o trabalhador, inviabilizando a prestação de trabalho e a comparência ao serviço.

XLIX. Resta, no entanto, por explicar o que, num plano distinto, motiva exigir uma tal análise a respeito da ausência de trabalhador preso ou em cumprimento de pena que impede o exercício profissional e concluir, então, por imputação da ausência, na hipótese condenação por prática dolosa. A razão decorre de leitura articulada do ordenamento: assente a censura judicial criminal de conduta que venha a ditar impossibilidade de o trabalhador comparecer ao trabalho – e desde que se revele

adequado concluir que o trabalhador, ao actuar daquele modo, não ignorava (ou não poderia ignorar) as repercussões possíveis do seu comportamento, aqui se contando a ausência ao trabalho – não se verificam já reservas ao escrutínio do empregador quanto à não imputação da ausência.

L. E, neste plano, admitimos que perante condenação por prática dolosa, era exigível ao trabalhador que tivesse considerado, enquanto efeito reflexo da sua conduta, uma tal consequência – a indisponibilidade de comparência ao trabalho –, por isso se concluindo que a ausência lhe é imputável. Já se o arguido é condenado por crime cometido a título de negligência, apenas se o impedimento não for mais temporário, revestindo natureza definitiva, será adequado concluir pela extinção, por caducidade (atendendo ao prolongar da ausência ai trabalho) – por se rejeitar, neste caso, censura disciplinar.

LI. A propósito do disposto no art. 117.º, n.º 2, do CT, reservámos ainda atenção a situação que reveste, neste contexto, particular interesse: o enquadramento de hipótese em que sendo o trabalhador privado temporariamente de título que condiciona o exercício profissional e não concorrendo os pressupostos da caducidade (atento o carácter não definitivo do impedimento), haja que determinar se a suspensão opera ou se a tanto obsta considerar que o impedimento é imputável ao trabalhador.

LII. Foi, a esse respeito, feita menção a reflexão promovida no Direito italiano: o enquadramento proposto não diverge, porém, em substância, do ali sugerido para os casos de ausência por prisão preventiva ou efectiva: o empregador pode pôr fim ao contrato, por razões objectivas, considerado o impacto da ausência do trabalhador na esfera organizacional. Sendo que também no Direito alemão a perda de título que autoriza a execução da actividade profissional (*“Arbeitserlaubnis”*) reclama enquadramento aproximado, legitimando a cessação. A extinção ocorre, então, à luz do disposto no § 622 do BGB (*“ordentliche Kündigung”*), por razões relacionadas com o trabalhador (*“personenbedingte Kündigungen”* – cf. § 1, 2 da KSchG), considerados os reflexos da ausência na esfera do empregador.

LIII. Entre outros, aqui se enquadram os casos de apreensão de carta de condução, por infracção ao Código da Estrada – porventura, por imprudência do trabalhador, na sua vida privada –, que impede o trabalhador (por hipótese, motorista profissional) do exercício da actividade laboral. Na procura da melhor sistematização, dir-se-ia que, atenta a similitude das hipóteses, o entendimento subscrito quanto ao cumprimento de pena de prisão seria transponível também para estes casos. As situações têm, na verdade, semelhanças, justificando, em certa medida, enquadramento aproximado: transpusemos, assim, a solução que reservámos à prisão preventiva para as hipóteses em que tenha aplicação medida cautelar de suspensão do exercício de profissão, de função ou de actividade (cf. art. 119.º, n.º 1, a) do CPP). Também aqui, a presunção de inocência não só não legitima concluir pela imputação da ausência ao trabalhador, como não autoriza a conversão da impossibilidade, de transitória em definitiva – e, por conseguinte, a transmutação da suspensão em caducidade.

LIV. A valoração da imputação não obedece, porém, aos mesmos critérios se considerarmos, de um lado, o enquadramento reservado à ausência por cumprimento de pena de prisão e, de um outro, a ausência por perda transitória – contudo, não já cautelar – de título profissional, essencial ao desempenho profissional. Nesta hipótese, a condenação penal do arguido no cumprimento de pena não privativa de liberdade, mas que determina a perda transitória de título profissional (v.g., pena acessória de

proibição de condução aplicada a motorista profissional) é considerada imputável ao trabalhador, ainda que o arguido seja condenado a título de negligência (e não já de dolo).

LV. cremos que concorre, nestas situações, censura acrescida, que autoriza maior escrutínio da esfera privada do trabalhador, a quem competia – no confronto com um outro trabalhador que, no exercício profissional, não deva obediência a regras que condicionam a condução – maior rigor e diligência, sendo exigível que não tivesse procedido daquele modo. Admitimos, pois, que um crime cometido por condutor de veículos pesados, que, na sua vida privada, conduz um veículo ligeiro em estado de embriaguez, vindo, por tal conduta, a ser condenado (a título doloso ou negligente) em pena acessória de inibição de condução, constitui um impedimento temporário imputável ao trabalhador, inviabilizando a suspensão laboral e legitimando a instauração de processo disciplinar, por faltas injustificadas.

LVI. Esta conclusão exigiu, porém, corrigir a lógica subscrita quanto à determinação da imputação em situação de prisão. Acima referimos, enquanto critério delimitador da imputação da ausência ao trabalho por condenação pela prática de crime em pena privativa de liberdade, que importa aferir se a responsabilidade penal decorre de conduta dolosa ou negligente, havendo indicado que, perante responsabilidade por prática negligente, a ausência consequente ao trabalho não se poderia considerar imputável ao trabalhador. Concedemos, contudo, que esta regra acolhe ressalva sempre que o comportamento censurado criminalmente – mesmo que a título de negligência – revele *especial* falta de cuidado e diligência, atenta a actividade profissional desenvolvida: assim sucedendo se da infracção penal decorre o desrespeito de regras às quais o trabalhador deva especial obediência no exercício das suas funções, tal qual se a ausência por prisão deriva da violação de regras de trânsito, por trabalhador que deve, no exercício da sua actividade laboral, estrita obediência às mesmas (*v.g.*, em caso de motorista profissional).

LVII. Considerámos, no entanto, duas outras hipóteses. Em primeiro lugar, a situação de trabalhador que, por falta de diligência, não renova atempadamente documentação que o habilita ao exercício profissional: nestas circunstâncias, mesmo perante conduta negligente, o impedimento, ainda que transitório, dir-se-á imputável ao trabalhador, não autorizando a suspensão. Ao trabalhador era exigível que diligenciasse na obtenção do título que permite um tal cumprimento; se, por negligência, não o fez, a ausência subsequente ao trabalho é-lhe imputável. Naturalmente, fora desta análise ficam os casos em que a perda de título essencial ao exercício profissional não decorre de qualquer conduta (sequer negligente) imputável ao trabalhador: nessas situações, a suspensão opera, salvo se houver que concluir que o impedimento não assume mais natureza transitória, mas definitiva, operando, então, a extinção do vínculo, por caducidade.

LVIII. Restava avaliar um último caso: agora, o trabalhador, motorista de veículos pesados, ao conduzir um veículo ligeiro na sua vida privada, infringe o Código da Estrada, provocando um acidente e sofrendo uma lesão física grave, que o impede de comparecer ao trabalho, por vários meses: a ausência não resulta, nesta situação, da observância de decisão judicial, limitativa da liberdade ou do exercício profissional, mas de lesão física. Havíamos concluído que perante incapacidade física para o trabalho, ainda que provocada dolosamente, o respeito pela vida privada do trabalhador impunha qualificar a ausência ao serviço como não imputável ao trabalhador. Justificar-se-á, agora, um desvio a tal regra, por se entender concorrer

(também aqui) um especial dever de o trabalhador não cometer tais infracções (ainda que na sua vida privada), colocando em perigo a sua integridade física? Cremos que não. Neste caso, a ausência não decorre já da necessária observância de decisão externa – reveladora de especial censura do ordenamento em relação à conduta do agente: está apenas em causa impedimento físico, que não autoriza a comparência ao trabalho. Outra interpretação implicaria concluir que sobre o trabalhador – motorista de veículos pesados – impendia um particular dever de acautelar o seu bem-estar e integridade física, mesmo na sua vida privada. O que, não se afigurando ajustado – por não se tratar de profissão que reclame esse especial cuidado –, redundaria em compressão indevida da esfera pessoal do trabalhador.

CAPÍTULO III: IMPEDIMENTO TEMPORÁRIO – A DELIMITAÇÃO DA NATUREZA TRANSITÓRIA OU DEFINITIVA DO OBSTÁCULO À EXECUÇÃO

I. A operacionalidade da suspensão exige ainda a transitoriedade do obstáculo que entrava a normal execução – assim se obviando à extinção do contrato de trabalho. Atenta a natureza duradoura da obrigação e a dualidade estrutural pressuposta, o impedimento temporário à execução convive, nestas circunstâncias, com a (definitiva) impossibilidade de cumprimento de prestação(ões) singular(es) que integra(m) aquele conjunto: essencial é que, não obstante a inutilização definitiva (perspectiva interna), a unidade contratual (perspectiva externa) não resulte atingida.

II. A suspensão é, regra geral – tratando-se, embora, de regra que convive com desvios vários –, condicionada por uma ausência mínima/demorada, do que vem a resultar tendencial delimitação face ao regime jurídico das faltas. Já quanto ao tempo máximo de suspensão, admitir-se-á a caducidade do contrato quando seja legítimo assumir que o impedimento *se tornou definitivo*.

III. Conquanto enunciemos elemento transversal às diversas variáveis suspensivas, é apontada especial complexidade à delimitação da natureza transitória/definitiva na suspensão por factos respeitantes ao trabalhador: revestindo, então, com frequência, manifesta indefinição a identificação do *limite* (e dos critérios relevantes para uma tal aferição) a partir do qual – considerados os interesses conflituantes das partes – não é mais adequado sustentar que o impedimento é temporário, havendo que concluir pela extinção, por caducidade. Como princípio orientador, assumimos, todavia, que perante hipóteses de especial complexidade e de insuperável indefinição, a suspensão deve operar.

IV. Não obstante as razões que motivam o apelo a um sentido particularmente exigente de impossibilidade – está, afinal, em causa, o fim do contrato de forma especialmente expedita (por caducidade) –, rejeitámos assimilar *definitivo* e *irreversível*: a natureza definitiva deve resultar dos elementos disponíveis, em cada hipótese, à data em que se conclua que a cessação operou e não em momento ulterior, ainda que os traços do impedimento tenham, entretanto, sofrido variação não expectável.

V. Por outro lado, em desvio a princípio aplicável a hipóteses suspensivas que extravasam a esfera laboral, aqui, a suspensão pode operar ainda que o impedimento ultrapasse previsivelmente a duração do contrato, em vínculo a prazo: a suspensão tem lugar, com frequência, mesmo que o futuro contratual se encontre, *ab initio*, comprometido. O que é ainda reflexo da natureza compromissória do vínculo laboral e

da necessidade de assegurar ao trabalhador a maturação de certos direitos, associados à continuidade do contrato e que, por esta via, não sofrem redução intempestiva.

VI. Acresce que uma tal avaliação bastar-se-á com um juízo fundado quanto à natureza definitiva do impedimento – havendo, para tanto, que convocar o limite do sacrifício a impor ao empregador, com renovado apelo à *inexigibilidade* (agora quanto à *dimensão externa* do vínculo): há que aferir em que termos não se afigura já exigível ao empregador tomar o impedimento como temporário, sendo razoável concluir que o contrato de trabalho terminou, por caducidade.

VII. O juízo de *inexigibilidade* quanto à subsistência do vínculo impõe, porém, não desconsiderar estarmos perante ausência legítima do trabalhador e não concorrerem soluções intermédias menos gravosas (apenas a opção continuidade/fim do contrato), havendo que não descurar a forte tutela reservada ao trabalhador, no plano da estabilidade do emprego.

VIII. Na falta de balizas legais expressas, a jurisprudência constitui, aqui, elemento ainda mais relevante: subsiste, porém, desde há muito, ampla flutuação quanto a um tal exercício – assim se reforçando a importância e urgência da definição de critérios precisos. Na busca de dados que auxiliem esta operação, constatámos a tendência crescente de procedimentalização da cessação noutros ordenamentos. O que, atento o modo como, entre nós, a extinção opera em situações idênticas, antecipa a conveniência de juízo exigente na aferição do carácter definitivo do impedimento.

IX. Assinalou-se, porém, dissonância perante leitura por vezes acolhida na jurisprudência: afigura-se redutor concluir pela natureza temporária do impedimento, atendendo tão-só à relevância da motivação que subjaz à ausência, descurando uma avaliação mais abrangente, que tome em conta o efectivo impacto que assume, na esfera do empregador, o afastamento do trabalhador.

X. Procurando identificar indícios relevantes de valoração, foram considerados elementos diversos, testados noutros ordenamentos, e que procuram identificar, em cada caso, o limite da ausência tolerada. Tendo presente tais experiências, sugerimos aproximação ao método indiciário, que importámos para este contexto: mais do que avaliação quantitativa de elementos que indiciem a natureza transitória ou definitiva do impedimento à execução, promovemos uma análise abrangente, podendo justificar-se, conforme as circunstâncias, reservar maior ou menor peso a uns indícios do que a outros.

XI. Importa, pois, aferir, em concreto, o impacto efectivo das ausências na gestão de cada estrutura, tomando nota dos níveis e modalidades de absentismo verificados em cada caso. Na busca de indícios adequados, identificámos planos diversos de reflexão, referentes: (i) ao facto suspensivo, (ii) ao vínculo estabelecido entre as partes, (iii) ao empregador e respectiva organização e, por fim, (iv) ao trabalhador.

XII. Relativamente ao facto suspensivo em apreço, assumimos que optar pela subsistência (mais ou menos extensa) do contrato de trabalho e definir o período pelo qual é razoável vincular (impositivamente) o empregador, sofre variação consoante a natureza do impedimento – assim se justificando a autonomização de hipóteses suspensivas *neutras* e *não neutras*. Este o ponto de partida para a identificação de uma escala valorativa de exigência, que atende às razões subjacentes à suspensão: (a) de um lado, situações *neutras* – v.g. prisão efectiva e perda de título necessário ao exercício profissional, nos casos em que considerámos que a ausência não legitima censura disciplinar; (b) de um outro, impedimentos *não neutros*.

XIII. Havendo, nesta última hipótese, que hierarquizar a avaliação: (a) perante impedimento resultante de obrigação imposta pelo ordenamento é imperioso reconhecer mecanismos reforçados de tutela, que compensem o sacrifício da adstrição a um tal dever (v.g. sujeição a medidas penais cautelares, que inviabilizam o exercício profissional); (b) seguem-se as situações em que o obstáculo não resulta de dever jurídico incompatível com o desenvolvimento da actividade laboral, mas de acto voluntário do trabalhador (contudo) positivamente atendido pelo ordenamento, por concretizar princípios estruturantes do mesmo (v.g., exercício de funções em estruturas de representação colectiva de trabalhadores); (c) por fim, e no mesmo plano valorativo das circunstâncias indicadas em (b), hipóteses em que a suspensão resulta de incapacidade física ou psíquica do trabalhador para o desenvolvimento da actividade acordada, havendo, então, que atender à situação de especial vulnerabilidade em que o trabalhador se encontra, obviando a maiores riscos (v.g., suspensão em razão de doença ou em caso de vítima de violência doméstica). Em suma, não sendo *neutro* o modo como o ordenamento perspectiva os diversos factos suspensivos, esta avaliação – e, por conseguinte, a determinação da subsistência ou fim do vínculo – não deve abstrair desta premissa.

XIV. De assinalar, todavia, que mesmo as situações em que um tal juízo não se afigura neutro, não prescindem de outros elementos de valoração, que permitam confrontar, em cada caso, os interesses do trabalhador quanto à manutenção do vínculo e do empregador quanto à desvinculação – ressalva feita apenas para os casos referidos em a): concorre, também aqui, *difícil tensão* entre os interesses económicos e gestionários do empregador (atento o contexto organizacional que cada contrato de trabalho integra) e o interesse do trabalhador na subsistência do vínculo.

XV. Há, desde logo, que considerar a duração passada do contrato – reconhecendo-se, tendencialmente, maior exigência na valoração de um vínculo mais prolongado do que num outro, que registe, à data da suspensão, reduzida extensão. Admitimos ainda atender a aspectos objectivos e subjectivos referentes ao passado contratual – porém valorando estes últimos sempre em sentido favorável ao trabalhador, tornando mais exigente a aferição do carácter definitivo do impedimento. Assinalámos, todavia, que tal não impede que a execução contratual passada possa, em certa medida, ainda relevar, reconhecendo-se que determinado *modus operandi* constitua elemento expressivo da natureza definitiva do impedimento – trata-se, todavia, da confirmação de uma situação de facto e não expressão de um juízo de censura.

XVI. Tem também utilidade considerar o impacto da ausência nos restantes trabalhadores, atendendo aos efeitos que pode revestir o perpetuar (em suspenso) do contrato com dado trabalhador, assumindo idêntica importância aferir o comportamento do empregador em situações idênticas, buscando-se, a este respeito, prática consistente.

XVII. Outro indício relevante passa por determinar – sem prejuízo do indicado *supra* §§ V. e XV. – por quanto tempo era esperado que o contrato subsistisse, não fora o impedimento, pressupondo valoração mais exigente em vínculo de duração indefinida. E havendo, por sua vez, que promover avaliação tanto mais rigorosa, quanto maior a extensão de termo aposto ao contrato.

XVIII. Seguiu-se menção a elementos cuja valoração apela, de forma mais evidente, à organização que o trabalhador integra: natureza do trabalho desenvolvido, responsabilidades assumidas e posição hierárquica; desactualização de conhecimentos

essenciais às funções e custos de formação. Verificámos ainda que para lá da posição ocupada pelo trabalhador, a avaliação deve considerar a organização pré-estabelecida pelo empregador e que pode não permitir acomodar alterações que possibilitariam o desempenho profissional do trabalhador.

XIX. A estes elementos houve que somar eventual urgência na execução do trabalho e na substituição por tempo indefinido: justificando-se, num tal contexto, ponderar até que ponto é legítimo ao empregador suportar riscos adicionais, inerentes à contratação a prazo de trabalhador substituto – aqui se incluindo não só riscos associados a eventuais quebras de sigilo, confidencialidade ou não concorrência, mas ainda riscos jurídicos, pressupostos no recurso à contratação a termo ou temporária.

XX. De uma perspectiva sistemática, não vemos como dissociar a delimitação da natureza temporária de impedimento que afecta determinado trabalhador e que motiva a sua ausência, dos limites impostos à duração máxima da contratação a termo, em razão de substituição de trabalhador ausente: tomamos, pois, como forte indício de não transitoriedade, a verificação de um impedimento que atinja o trabalhador por período superior a seis anos.

XXI. Importa atender também às características da organização predisposta pelo empregador. Sendo, neste contexto, usualmente reiterado o apelo à dimensão da empresa, aos recursos técnicos e humanos ali existentes e à forma como o trabalho é repartido: por se entender que organizações de maior dimensão têm mais facilidade na resposta a estas situações, é usualmente assumido que quanto maior a empresa, mais extensa a ausência tolerada.

XXII. No âmbito do serviço doméstico, é concretizado o limite temporal para lá do qual se toma o impedimento por definitivo, fixando-se, neste âmbito, um máximo de seis meses. Identificada lógica comum – *v.g.*, relação de proximidade e reforço da confiança – tomámos um tal máximo como forte indício de não transitoriedade em microempresa e ou na hipótese de trabalhador que ocupe cargo de direcção ou administração.

XXIII. A subsistência de maiores ou menores encargos a cargo do empregador, pelo tempo de suspensão, condiciona igualmente esta valoração. De assinalar, todavia, que a previsão de um período pelo qual o empregador é responsável pelo pagamento (total ou parcial) de determinados valores ao trabalhador não é confundível com o tempo máximo de ausência tolerada: é tão-só mais um indício a considerar, nada impedindo concluir pelo fim do contrato em momento anterior ou subsequente ao expirar do tempo em que o empregador mantém um tal pagamento. Neste contexto, importa também não descurar que, entre nós, a suspensão é, por regra, computada para efeitos de antiguidade, enquanto conceito operativo relevante para a consolidação de direitos vários do trabalhador, com expressão patrimonial, a suportar pelo empregador.

XXIV. Em reverso da importância que reveste a realocação do trabalhador a posto de trabalho disponível no seio da organização – que assumimos, por regra, como condicionante da caducidade –, concedemos que se o empregador demonstrar não dispor de posto de trabalho alternativo ao qual seja possível alocar o trabalhador, tal constitui elemento que acentuará a natureza definitiva do impedimento.

XXV. Admitimos, por fim, em linha com a solução acolhida noutros ordenamentos, a conveniência de atender à situação do trabalhador, havendo que considerar múltiplos factores, como a carreira contributiva, a proximidade da idade de reforma, o número de dependentes a cargo, a situação profissional dos membros do respectivo agregado familiar, a idade, a antiguidade e a experiência do trabalhador, a par da previsibilidade

de maior ou menor facilidade de reingresso no mercado de trabalho. Certo, porém, que atento o disposto nos arts. 24.º, n.º 1, e 25.º, n.º 1, do CT, torna-se difícil valorar a “situação familiar” e a “situação económica” do trabalhador, atenta possível invocação de prática discriminatória não autorizada.

XXVI. Importa ainda assegurar que a ausência do trabalhador não seja acompanhada de traços que impliquem concluir que o contrato não se encontra mais suspenso, por haver terminado, não já por caducidade, mas por abandono de trabalho: a natureza transitória do impedimento pode, assim, ser contrariada, não apenas em função da natureza *definitiva* – e, nesta medida, pelo operar da caducidade –, mas também por se entender que a ausência revela, afinal, *desvinculação* promovida pelo trabalhador, por abandono do trabalho.

XXVII. Em comum, a suspensão e o abandono têm a situação fáctica/objectiva de ausência. São, porém, institutos finalisticamente antagónicos: enquanto a suspensão tem por propósito a manutenção dos efeitos do contrato, o abandono traduz um acto de ruptura do trabalhador. Até 2009 permaneceu, no entanto, dúvida que dificultava a definição dos limites operativos da suspensão, não só perante a extinção por caducidade, mas também por abandono, atenta a ausência de expressa previsão do dever de o trabalhador reiterar, em período suspensivo, a comunicação e a justificação da ausência.

XXVIII. A referência a um tal dever passou, porém, a constar do art. 253.º, n.º 4, resultando hoje mais clara a diferenciação entre, de um lado, a suspensão – como instituto que tem em vista a conservação dos efeitos do vínculo laboral – e, de um outro, a extinção por abandono, enquanto ruptura ilícita do trabalhador, a par da cessação por caducidade, enquanto cessação lícita, por conversão do impedimento (de transitório em definitivo).

XXIX. Superado o obstáculo que inviabilizou transitoriamente a normal execução do contrato e não tendo a extinção operado por outra via, a suspensão chega ao fim. Sempre que viável, o retorno à plena execução dita a retoma subsequente do *mesmo contrato*, concretizando plenamente a finalidade última do instituto: a estabilidade do emprego. Perante um tal desfecho, não será, contudo, realista desconsiderar as marcas que o período de “latência” ou “hibernação” aqui imprime – evidenciando, mais uma vez, a natureza profundamente evolutiva e relacional do vínculo de trabalho.

Aqui chegados, importa *fechar o círculo*: tendo a presente dissertação por objecto o estudo da suspensão laboral no Direito português, assumimos, como ponto de partida de análise, o *tempo*, como elemento modelador dos traços gerais do fenómeno. Tratámos, assim, com relativa abrangência, das especificidades do contrato de trabalho como vínculo duradouro, reservando especial atenção à *dimensão dual* aqui pressuposta (*dimensão interna/plural vs. dimensão externa/una*) – explicativa de traços essenciais vários do instituto. Foi esta premissa que, em articulação com a natureza particular do Direito do Trabalho e a articulação aqui promovida dos interesses em tensão, nos permitiu melhor compreender a especial concretização, em domínio laboral, dos seus conceitos operativos fundamentais. A análise precedente foi, pois, reservada a um instituto de considerável complexidade, atenta a natureza heterogénea e a pluralidade de interesses que intenta acomodar. Cremos, no entanto, que as dificuldades inerentes a uma tal reflexão acentuam a marca orginal e profundamente compromissória do Direito do Trabalho nacional.

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV. – *Código do Trabalho Anotado*, 9.^a ed., Almedina, 2013
- AA.VV. – *Código do Trabalho Anotado*, 8.^a ed., Almedina, 2009
- AA.VV. – *Código do Trabalho Anotado*, 4.^a ed., Almedina, 2005
- AA.VV. – *Código do Trabalho Anotado*, Almedina, 2003
- AA.VV. – *Código do Trabalho. Três Anos de Jurisprudência Comentada*, Livraria Petrony, 2007h
- AA.VV. – *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial* (dir. Jorge de Figueiredo Dias), t. 2, Artigos 202.^o a 307.^o, Coimbra Editora, 1999
- AA.VV., – *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht* (org. Rudi Müller-Glöge, Ulrich Preis e Ingrid Schmidt), Band 51, 9.^a ed, C. H. Beck, 2009
- AA.VV. – *Ian Macneil and the Relational Theory of Contract: Selected Works of Ian Macneil* (ed. David Campbell), Sweet & Maxwell, 2001
- AA.VV. – *Il Rapporto di Lavoro Privato Subordinato*, I, t. 2, *Le Fonti Normative, La Nozione del Rapporto di Lavoro Subordinato, Gli Obblighi del Lavoratore e de Datore di Lavoro* (coord. Renato Ricci e Franco Saffirio), Utet, 1981
- AA.VV. – *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (org. Heinz Georg Bambberger e Herbert Roth), Parte 1, 2.^a ed., C. H. Beck, 2007
- AA.VV. – *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht. Band 1: Individualarbeitsrecht*, 3.^a ed., C. H. Beck, 2009
- AA.VV. – *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 4. Schuldrecht, Besonderer Teil II* (ed. Jan Busche e Matthias Casper), 5.^a ed., C. H. Beck, 2009
- AA.VV. – *Schaub Arbeitsrechts-Handbuch*, 13.^a ed. (act.), C. H. Beck, 2009
- AA.VV. – *Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, De Gruyter, 2008
- AA.VV. – *The Right to Strike: From the Trade Disputes Act 1906 to a Trade Union Freedom Bill 2006* (ed. Keith Ewing), The Institute of Employment Rights, 2006
- AA.VV. – *Trattato di Diritto Privato* (dir. Pietro Rescigno), Utet, 1986

ABRANTES, José João Nunes - “A Constituição e as Reformas Laborais em Curso”, *Congresso Europeu de Direito do Trabalho* (coord. José João Abrantes), Almedina, 2014, pp. 13-26

ABRANTES, José João Nunes - “A Jurisprudência Constitucional Recente em Matéria Laboral (Algumas Notas)”, *Para Jorge Leite. Escritos Jurídico-Laborais* (coord. João Reis, Leal Amado, Liberal Fernandes e Regina Redinha), vol. 1, Coimbra Editora, 2014, pp. 1-20

ABRANTES, José João Nunes - *Direito do Trabalho II. Direito da Greve*, reimp. da 1.^a ed. (2012), Almedina, 2014

ABRANTES, José João Nunes - “A Exceção de Não Cumprimento do Contrato no Direito Civil Português. Conceito e Fundamento”, *A Exceção de Não Cumprimento do Contrato*, reimp. da 2.^a ed. (2012), Almedina, 2014, pp. 11-183

ABRANTES, José João Nunes - “Salários em Atraso e Exceção de Não Cumprimento do Contrato. Anotação ao Acórdão da Relação do Porto, de 18 de Maio de 1987”, *A Exceção de Não Cumprimento do Contrato*, reimp. da 2.^a ed. (2012), Almedina, 2014, pp. 187-208

ABRANTES, José João Nunes - “Algumas Notas sobre o Direito do Trabalhador à Reserva da Vida Privada”, *Estudos Comemorativos dos 10 Anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa* (coord. Diogo Freitas do Amaral, Carlos Ferreira de Almeida e Marta Tavares de Almeida), vol. 2, Almedina, 2008, pp. 241-248

ABRANTES, José João Nunes - *Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, 2005 [= *Contrat de Travail et Droits Fondamentaux*, Peter Lang, 2000 e *Arbeitsvertrag und Grundrechte (Eine auslandsrechtliche Darstellung mit Bezug zum deutschen Recht)*, Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Bremen, 1999]

ABRANTES, José João Nunes - “O Novo Código do Trabalho e os Direitos de Personalidade do Trabalhador”, *A Reforma do Código do Trabalho*, Coimbra Editora, 2004, pp. 139-160

ABRANTES, José João Nunes - “Labour Contract and Fundamental Rights”, *BFDUC*, 2004, vol. 80, pp. 613-630

ABRANTES, José João Nunes - “Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais”, *Themis*, ano 2, 2001, n.º 4, pp. 23-39

ABRANTES, José João Nunes - “Direito do Trabalho e Cidadania. Contributo para uma Análise das suas Relações”, *Cadernos Sociedade e Trabalho*, 2001, n.º 1, pp. 97-107

ABRANTES, José João Nunes – “Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais”, *Memórias do II Congresso Nacional de Direito do Trabalho* (coord. António Moreira), Almedina, 1998, pp. 16-37

ADAMS, Abi / FREEDLAND, Mark / PRASSL, Jeremias – “The «Zero-Hours Contract»: Regulating Casual Work, or Legitimizing Precarity?”, University of Oxford, *ELLN Working Paper* 5/2015, 2015, disponível em <http://www.labourlawnetwork.eu/working_paper/working_papers/prm/201/0/index.html>

ALBRECHT, Gerd – *Das ruhende Arbeitsverhältnis*, dissert., policop., inédito, Universität Heidelberg, 1965

ALEGRE, Carlos – *Contrato de Serviço Doméstico Anotado*, Vega, 1994

ALES, Edoardo – “The Italian Reform of the Labour Market”, *Congresso Europeu de Direito do Trabalho* (coord. José João Abrantes), Almedina, 2014, pp. 75-104

ALMEIDA, Carlos Ferreira de – *Contratos III. Contratos de Liberalidade, de Cooperação e de Risco*, 2.^a ed., Almedina, 2013

ALMEIDA, Carlos Ferreira de – *Contratos II. Conteúdo. Contratos de Troca*, 3.^a ed., Almedina, 2012

ALMEIDA, Carlos Ferreira de – *Direito Comparado. Ensino e Método*, Cosmos, 2000

ALMEIDA, Carlos Ferreira de – *Texto e Enunciado na Teoria do Negócio Jurídico*, vol. 1., Almedina, 1992

ALMEIDA, Joana – “Relatório Referente a Portugal”, *Age Discrimination Law in Europe* (coord. Paul Bartelings), Wolters Kluwer, 2009, pp. 271-284

ALMEIDA, Joana – “Do Artigo 348.º do Código do Trabalho à Luz do Direito Comunitário”, *RDES*, ano 49, 2009, n.ºs 3-4, pp. 117-155

ALMEIDA, Joana – “Assiduidade e Acréscimo do Período de Férias”, *RDES*, ano 46, 2006, n.ºs 2, 3 e 4, pp. 311-359

ALMEIDA, Sérgio de – “O Abandono do Trabalho”, *RDES*, ano 41, 2010, n.ºs 1-4, pp. 135-158

ALONSO OLEA, Manuel – “Suspension e Interrupcion del Contrato de Trabajo”, *RDICL*, ano 10, 1970, n.º 1, pp. 96-106

ALONSO OLEA, Manuel / CASAS BAAMONDE, María Emilia – *Derecho del Trabajo*, 26.^a ed., Civitas, 2009

ALZAGA RUIZ, Icíar – “Extinción del Contrato de Trabajo por Faltas Justificadas de Asistencia: Cálculo de los Índices de Absentismo tras la Aprobación del Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de Febrero: Comentario a la STS de 13 de Octubre de 2014”, *Revista de Información Laboral*, 2015, n.º 3, pp. 125-133

ALZAGA RUIZ, Icíar – “El Derecho al Disfrute de Vacaciones Anuales Retribuidas a la Luz de la Jurisprudencia Comunitaria”, *Actualidad Laboral*, 2014, n.º 11, pp. 1-15

AMADO, João Leal – *Contrato de Trabalho*, 4.ª ed., Coimbra Editora, 2014

AMADO, João Leal – “Abandono do Trabalho: Um Instituto Jurídico em Remodelação?”, *Direito do Trabalho + Crise = Crise do Direito do Trabalho? – Actas do Congresso de Direito do Trabalho* (coord. Catarina Carvalho e Júlio Gomes), Coimbra Editora, 2011, pp. 13-27

AMADO, João Leal – “Anotação ao Acórdão do STJ, de 21 de Maio de 2008”, *RLJ*, ano 137, 2008, n.º 3951, pp. 380-383

AMADO, João Leal – “Comissões, Subsídio de Natal e Férias (Breve Apontamento à Luz do Código do Trabalho)”, *PDT*, Coimbra Editora, 2007, pp. 229-242

AMADO, João Leal – “O Incumprimento da Obrigação Retributiva e o Art. 364.º, n.º 2, do CT”, *Temas Laborais*, Coimbra Editora, 2005, pp. 83-96

AMADO, João Leal – “O Art. 213.º do Código do Trabalho e a Duração das Férias (Breve Reflexão)”, *QL*, ano 11, 2004, n.º 24, pp. 170-176

AMADO, João Leal – *Vinculação versus Liberdade. O Processo de Constituição e Extinção da Relação Laboral do Praticante Desportivo*, Coimbra Editora, 2002

AMADO, João Leal – “Salários em Atraso (Direito à Rescisão do Contrato ou à Suspensão da Prestação de Trabalho)”, *PDT*, 1997, n.º 50, pp. 51-55

AMADO, João Leal – “A Protecção do Salário”, *BFDUC*, 1995, Suplemento 39, pp. 1-260

AMADO, João Leal – “Salários em Atraso – Rescisão e Suspensão do Contrato. Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 2 de Maio de 1991”, *RMP*, ano 13, 1992, n.º 51, pp. 155-162

ANDERMAN, Steven – *The Law of Unfair Dismissal*, 3.ª ed., Butterworths, 2001

ANDRADE, Manuel Domingues de – *Teoria Geral das Obrigações* (colab. Rui de Alarcão), 3.ª ed., Almedina, 1966

ANTONMATTEI, Paul-Henri – “La Rupture du Contrat de Travail Consécutive à l'Incarcération du Salarié”, *DS*, 1997, n.º 3, pp. 246-248

ANTONMATTEI, Paul-Henri – “Ouragan sur la Force Majeure”, *La Semaine Juridique, Juris-Classeur Périodique*, 1996, n.º 7, pp. 83-84

ANTONMATTEI, Paul-Henri – *Contribution à l'Étude de la Force Majeure*, LGDJ, 1992

ARAÚJO, Fernando Correia de – *Teoria Económica do Contrato*, Almedina, 2007

ARDAU, Giorgio – *Manuale di Diritto del Lavoro*, t. 2, Giuffè Editore, 1972

ARICÒ, Fabio / STEIN, Ulrike – “Was Short-Time Work a Miracle Cure During the Great Recession? The Case of Germany and Italy”, *Comparative Economic Studies*, 2012, n.º 54, disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2065694>

ARTZ, Jean-François – “La Suspension du Contrat à Exécution Successive”, *Récueil Dalloz Sirey*, 1979, pp. 95-102

ASCENSÃO, José de Oliveira – “Onerosidade Excessiva por «Alteração das Circunstâncias»”, *ROA*, ano 65, 2005, vol. 3, disponível em <http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=31559&idsc=44561&ida=44649>

ASSIS, Rui – *O Poder de Direcção do Empregador. Configuração Geral e Problemas Actuais*, Coimbra Editora, 2005

ASSIS, Rui – “O Regime Jurídico do Direito a Férias”, *Direito e Justiça*, ano 14, 2000, t. 3, pp. 291-316

APAV – Relatório “Estatísticas APAV – Crimes de Violência Doméstica (2000-2012)”, 2014, disponível em <http://apav.pt/apav_v2/images/pdf/Estatisticas_APAV_Violencia_Domestica_2000_2012.pdf>

APAV – Relatório “Estatísticas APAV – Violência Doméstica (2013)”, 2014, disponível em <http://apav.pt/apav_v2/images/pdf/Estatisticas_APAV_Violencia_Domestica_2013.pdf>

ATYIAH, Patrick – *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Clarendon Press, 1979

AUSTEN-BAKER, Richard – “A Relational Law of Contract?”, *Journal of Contract Law*, 2004, vol. 20, pp. 125-144

BALLETTI, Cinzia – “La Risoluzione per Impossibilità Sopravvenuta”, *I Contratti in Generale* (org. Paolo Cendon), vol. 13, UTET, 2000, pp. 483-518

BAPTISTA, Albino Mendes – “Os Trabalhadores, as Empresas e a Gripe A”, *Revista Pessoal*, 2009, pp. 1-8

BAPTISTA, Albino Mendes – “Subsídios para a Criação de um Regime Jurídico do Contrato de Trabalho do Profissional de Espectáculo”, *Estudos Jurídicos em Homenagem ao Professor Doutor António Motta Veiga* (coord. António José Moreira), Almedina, 2007, pp. 27-58

BAPTISTA, Albino Mendes – “Breves Observações sobre o Aumento da Duração do Período de Férias em Função da Assiduidade do Trabalhador”, *Estudos sobre o Código do Trabalho*, 2.^a ed., Coimbra Editora, 2006, pp. 163-174

BAPTISTA, Albino Mendes – “Grupo Normal de Trabalho. Equipas B e Dever de Ocupação Efectiva do Praticante Desportivo”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura* (coord. José de Oliveira Ascensão, Ruy de Albuquerque, Martim de Albuquerque e Pedro Romano Martinez), vol. 2, Coimbra Editora, 2003, pp. 819-832

BAPTISTA, Albino Mendes – “Faltas por Motivo de Prisão”, *QL*, ano 5, 1998, pp. 47-64

BAPTISTA, Eduardo Correia – “Natureza Jurídica dos Memorandos com o FMI e com a União Europeia”, *ROA*, ano 71, 2011, vol. 2, pp. 477-488

BARASSI, Lodovico – *Il Contratto di Lavoro nel Diritto Positivo Italiano*, vol. 1, 2.^a ed., Società Editrice Libreria, 1915

BARMBY, Tim / **STEPHEN**, Gesine – “Worker Absenteeism: Why Firm Size May Matter”, *The Manchester School*, 2000, vol. 68, n.º 5, pp. 568-577

BARNARD, Catherine – “UK Dismissal Law in the Time of the Crisis”, *Congresso Europeu de Direito do Trabalho* (coord. José João Abrantes), Almedina, 2014, pp. 57-73

BARRETT, David / **EARL**, Kate / **LYNCH**, Kevin – “The United Kingdom”, *The Right to Strike: A Comparative Perspective. A Study of National Law in Six EU States* (ed. Arabella Stewart e Mark Bell), The Institute of Employment Rights, 2008, pp. 97-107, disponível em <<http://www.ier.org.uk/system/files/The+Right+to+Strike+A+Comparative+Perspective.pdf>>

BARROSO, Duarte Nuno de Lima – *Da Suspensão das Relações de Trabalho*, dissert., policop., inédito, FDUL, 1949-1950

BARROSO, Helena Tapp – “Nota sobre o Efeito das Férias e Ausências na Contagem do Período Normal de Trabalho em Regime de Adaptabilidade”, *RDES*, ano 50, 2010, n.ºs 1 e 2, pp. 39-58

BARTALOTTA, Stefano – “Estensione del Repêchage al Caso di Sospensione per Impossibilità Temporanea della Prestazione e Nodi Non Ancora Sciolti sul Fondamento di Quest’Obbligo” (anotação à Decisão da *Cassazione* de 24.1.2005, n.º 1378), *RIDL*, ano 24, 2005, pp. 986-989

BAUER, Jobst-Hubertus – “Ungelöste Probleme bei Einführung von Kurzarbeit”, *BB*, 2009, n.º 13, pp. 662-667

BEITZKE, Günther – *Nichtigkeit, Auflösung und Umgestaltung von Dauerrechtsverhältnissen*, Otto Meissners Verlag, 1948

BEKKER, Sonja – *Flexicurity: The Emergence of a European Concept*, *Social Europe Series*, vol. 30, Intersentia, 2012

BENABENT, Alain – *Droit Civil. Les Obligations*, 11.^a ed., Montchrestien, 2007

BEN-ISRAEL, Ruth – “Strikes, Lockouts and Other Kinds of Hostile Actions”, *International Encyclopedia of Comparative Law*, cap. 15, vol. 15, *Labour Law* (ed. Bob Hepple), J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1997

BERAUD, Jean-Marc – *La Suspension du Contrat de Travail, Essai d’Une Théorie Générale*, Editions Sirey, 1980

BERAUD, Jean-Marc – “L’influence de la suspension du contrat de travail sur les relations institutionnelles dans l’entreprise”, *DS*, 1980, n.º 2, pp. 151-164

BIAGI, Marco – *Istituzioni di Diritto del Lavoro* (cont. Michelle Tiraboschi), 2.^a ed., Giuffrè Editore

BIEBACK, Karl-Jürgen – “Kein Kurzarbeitergeld für «Kurzarbeit-Null»?”, *NZS*, ano 20, 2011, pp. 241-244

BINI, Stefano – “Les Licenciements Disciplinaires après le «Job's Act»: Le Droit du Travail Italien à l'Épreuve d'Une Nouvelle Modernisation”, *RDT*, 2015, n.º 6, pp. 420-425

BIRD, Robert – “Employment as a Relational Contract”, *Journal of Labor and Employment Law*, 2005, vol. 8, pp. 149-217

BIRK, Rolf – “Bases e Princípios do Direito do Despedimento em Geral e do Direito da Protecção contra os Despedimentos na República Federal da Alemanha”, *RDES*, ano 31, 1989, n.ºs 3-4, pp. 327-345

Black's Law Dictionary (ed. Bryan Garner), 2.^a reimp. da 8.^a ed. (2004), Thomson West, 2007

BLANC-JOUVAN, Xavier – “Suspension et Interruption du Contrat de Travail”, *RDICL*, ano 10, 1970, n.º 1, pp. 64-82

BLANPLAIN, Roger – “Equality of Treatment in Employment”, *International Encyclopedia of Comparative Law*, cap. 10, vol. 15, *Labour Law* (ed. Bob Hepple), J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1990

BLASCO SEGURA, Benjamin – “La Suspensión del Contrato de Trabajo: Los Apartados i), j) y m) del Art. 45 del Estatuto de los Trabajadores”, *La Suspensión del Contrato de Trabajo* (dir. José María Marín Correa), Consejo General del Poder Judicial, 1994, pp. 173-221

BODENSTEDT, Kai / **MORGENROTH**, Sascha – “Family Friendly Rights”, *Key Aspects of German Employment and Labour Law* (ed. Jens Kirchner, Pascal Kremp e Michael Magotsch), Springer, 2010, pp. 157-169

BORGES, Isabel Vieira – *Férias Laborais: Dever de Gozo Efetivo e Margem de Liberdade*, dissert., policop., inédito, FDUL, 2015

BORZAGA, Matteo – “In Tema di Carcerazione Preventiva del Lavoratore e Giustificato Motivo Oggettivo di Licenziamento” (Anotação à Decisão da Cassazione de 1.9.1999, n.º 9239), *RIDL*, ano 19, 2000, pp. 547-554

BOUSIGES, Annie – “L'Évolution de la Force Majeure en Droit du Travail”, *Les Orientations Sociales du Droit Contemporain. Écrit en l'honneur de Jean Savatier*, PUF, 1992, pp. 85-109

BOWERS, John / **DUGGAN**, Michael / **READE**, David – *The Law of Industrial Action and Trade Union Recognition*, Oxford University Press, 2004

BRANCA, Giorgio – *La Sospensione nelle Vicende del Rapporto di Lavoro*, Cedam, 1971

BRANDÃO, Manuel Cavaleiro – “Algumas Notas (Interrogações) em Torno da Cessação de Contratos de Trabalho em Caso de «Encerramento da Empresa» e de «Insolvência e Recuperação de Empresa»”, *PDT*, 2010, n.º 87, pp. 203-218

BRITO, Pedro Madeira de – “Justa Causa de Despedimento com Fundamento na Violação dos Deveres de Assiduidade, Zelo e Diligência”, *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, vol. 2, *Justa Causa de Despedimento*, Almedina, 2001, pp. 119-134

BRODIE, Douglas – “How Relational is the Employment Contract?”, *Industrial Law Journal*, 2011, vol. 40, n.º 3, pp. 232-253

BROWNSWORD, Roger – *Smith & Thomas: A Casebook on Contract*, 12.^a ed., Sweet & Maxwell, 2009

BOURGEOIS, Sylvie / FROUIN, Jean-Yves – “Maladie et Inaptitude du Salarié”, *RJS*, 2000, n.º 1, pp. 3-20

BÜHN, Birgit – *Die einseitig Suspendierung von Arbeitnehmern im Individualarbeitsrecht*, dissert., policop., inédito, Universität Augsburg, 1983

CAMERLYNCK, Guillaume Henri – *Droit du Travail*, 2.^a ed., Dalloz, 1982

CAMPBELL, David – “Ian Macneil and the Relational Theory of Contract”, *Ian Macneil and the Relational Theory of Contract: Selected Works of Ian Macneil*, Sweet & Maxwell, 2001, pp. 3-58

CAMPOS, Diogo Leite de – “Dos Contratos de Relação às Relações de Associação”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida* (org. José Lebre de Freitas, Rui Pinto Duarte, Assunção Cristas, Vítor Pereira das Neves e Marta Tavares de Almeida), vol. 2, Almedina, 2011, pp. 201-223

CANARIS, Claus-Wilhelm – “Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen”, *JZ*, 2001, pp. 499-524

CANARIS, Claus-Wilhelm – “Zur Bedeutung der Kategorie der Umöglichkeit für das Recht der Leistungsstörungen” (org. Reiner Schulze e Hans Schulte-Nölke), *Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschafts*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 2001, pp. 43-66

CANOTILHO, José Joaquim Gomes / MOREIRA, Vital – *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. 1, reimp. da 4.^a ed. rev. 2007, Coimbra Editora, 2015

CARNELUTTI, Francesco – *Teoria Geral do Direito* (trad. Afonso Rodrigues Queiró e Artur Anselmo de Castro), Arménio Amado, 1942

CARRO IGELMO, Alberto José – *La Suspensión del Contrato de Trabajo*, Bosch, 1959

CARVALHO, António Nunes de – “Considerações sobre o Trabalho Intermitente”, *Estudos Dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier*, vol. 1, UCE, 2015, pp. 327-376

CARVALHO, António Nunes de – “Reflexões sobre o Conceito Legal de Posto de Trabalho”, *Para Jorge Leite. Escritos Jurídico-Laborais* (coord. João Reis, Leal Amado, Liberal Fernandes e Regina Redinha), vol. 1, Coimbra Editora, 2014, pp. 119-141

CARVALHO, António Nunes de – “Suspensão ou Redução de Laboração em Situação de Crise Empresarial”, *RDES*, ano 53, 2012, n.ºs 1-2, pp. 119-161

CARVALHO, António Nunes de – “Notas sobre o Regime da Retribuição no Código do Trabalho (Conceito de Retribuição e Complementos Retributivos)”, *RDES*, ano 51, 2010, n.ºs 1-4, pp. 43-102

CARVALHO, António Nunes de – “A Flexibilização do Direito do Trabalho Português”, *Seminário “Flexibilidade e Relações de Trabalho”* (org. Conselho Económico e Social e Associação Portuguesa para o Estudo das Relações de Trabalho), 1998, pp. 43-58, disponível em <<http://www.ces.pt/download/576>>

CARVALHO, António Nunes de – “Extinção de Empresa Pública e Cessação dos Contratos de Trabalho”, ano 37, 1995, *RDES*, n.ºs 1, 2, 3, 1995, pp. 189-214

CARVALHO, António Nunes de – “Pensão Complementar de Reforma e Regulamento da Empresa”, *RDES*, ano 35, 1993, n.ºs 1-2-3-4, pp. 349-357

CARVALHO, António Nunes de – “Sobre o Dever de Ocupação Efectiva do Trabalhador”, *RDES*, ano 33, 1991, n.ºs 3-4, pp. 261-327

CARVALHO, António Nunes de – *Das Carreiras Profissionais no Direito do Trabalho. Notas para o Estudo do Caso Português*, dissert., policop., inédito, UCP, 1990

CARVALHO, António Nunes de – “Responsabilidade Civil do Empresário e Greve”, *RDES*, ano 28, 1986, n.º 3, pp. 367-421, e n.º 4, pp. 571-596

CARVALHO, Catarina de Oliveira – “Algumas Reflexões sobre a Relevância da Dimensão da Empresa no Direito do Trabalho”, *Congresso Europeu de Direito do Trabalho* (coord. José João Abrantes), Almedina, 2014, pp. 165-221

CARVALHO, Catarina de Oliveira – “Reflexões sobre a Protecção Laboral das Vítimas de Violência Doméstica. Breve Análise Comparativa entre os Regimes Português e Espanhol”, *Para Jorge Leite. Escritos Jurídico-Laborais* (coord. João Reis, Leal Amado, Liberal Fernandes e Regina Redinha), vol. 1, Coimbra Editora, 2014, pp. 143-169

CARVALHO, Catarina de Oliveira – *Da Dimensão da Empresa no Direito do Trabalho. Consequências Práticas da Dimensão da Empresa na Configuração das Relações Laborais Individuais e Colectivas*, Coimbra Editora, 2011

CARVALHO, Catarina de Oliveira – “Efeitos das Licenças, Faltas e Dispensas, em Matéria de Protecção da Maternidade e da Paternidade no Acréscimo do Período de Férias”, *QL*, ano 13, 2006, n.º 28, pp. 141-158

CARVALHO, Catarina de Oliveira – *Da Mobilidade dos Trabalhadores no Âmbito dos Grupos de Empresas Nacionais. Perspectiva das Relações Individuais de Trabalho*, UCP, 2001

CARVALHO, Sónia de - “A Opção pela Indemnização em Substituição da Reintegração a Pedido do Trabalhador e o Direito a Salários Intercalares em Caso de Recurso”, *Para Jorge Leite. Escritos Jurídico-Laborais* (coord. João Reis, Leal Amado, Liberal Fernandes e Regina Redinha), vol. 1, Coimbra Editora, 2014, pp. 223-249

CASTELO, Higinia Orvalho - *O Contrato de Mediação*, Almedina, 2014

CASTELVETRI, Laura / SCARPELLI, Franco - “I Referendum in Materia Sindicale. La Reintegrazione del Lavoratore Ingiustamente Detenuto”, *RIDL*, ano 15, 1996, pp. 23-30

CASTRO, Aníbal de - *A Caducidade na Doutrina, na Lei e na Jurisprudência (Caducidade Resolutiva)*, s.e., 1962

CATTANEO, Giovanni - “Della Mora del Creditore. Artt. 1206-1207”, *Commentario del Codice Civile* (org. Antonio Scialoja e Giuseppe Branca), UTET Giuridica, 1973

CIAN, Giorgio / TRABUCCHI, Alberto - *Commentario Breve al Codice Civile*, Cedam, 1997

CINELLI, Maurizio - *I Permessi nelle Vicende del Rapporto di Lavoro*, Franco Angeli, 1984

COHNEN, Karl-Dietmar / RÖGER, Hendrik - “Kurzarbeit als Antwort auf kurzfristig auftretende Konjunkturschwächen. Arbeitsrechtliche und sozialversicherungsrechtliche Grundlagen”, *BB*, 2009, n.º 46, pp. 46-52

COIMBRA, António Dias - “Uso Laboral”, *Para Jorge Leite. Escritos Jurídico-Laborais* (coord. João Reis, Leal Amado, Liberal Fernandes e Regina Redinha), vol. 1, Coimbra Editora, 2014, pp. 251-283

COLAÇO, António Bernardo - “O Infectado de VIH: A Aguardar Cidadania Plena em Sede Laboral (Resenha Jurisprudencial; Pistas para uma Solução Jurídica)”, *RMP*, ano 24, 2003, n.º 93, pp. 101-112

COMISSÃO EUROPEIA, Direcção-Geral da Justiça e dos Consumidores, *Age and Employment* (superv. Mark Freedland), Publications Office of the European Union, 2011, disponível em <http://ec.europa.eu/justice/discrimination/files/age_and_employment_en.pdf>

COMISSÃO EUROPEIA, Eurostat, *Active Ageing and Solidarity between Generations – A Statistical Portrait of the European Union 2012*, Publications Office of the European Union, 2011, disponível em <<http://ec.europa.eu/eurostat/en/web/products-statistical-books/-/KS-EP-11-001>>

CORDEIRO, António Menezes – *Tratado de Direito Civil V (Parte Geral)*, 2.^a ed. (rev. e act.), Almedina, 2015

CORDEIRO, António Menezes – *Tratado de Direito Civil I (Introdução, Fontes do Direito, Interpretação da Lei, Aplicação das Leis no Tempo, Doutrina Geral)*, 4.^a ed. (rev. e act.), Almedina, 2012

CORDEIRO, António Menezes – *Tratado de Direito Civil VI (Direito das Obrigações)*, 2.^a ed. (rev. e act.), Almedina, 2012

CORDEIRO, António Menezes – *Tratado de Direito Civil IX (Direito das Obrigações)*, Parte 2, t. 4, reimp. da 1.^a ed. (2010), Almedina, 2014

CORDEIRO, António Menezes – *Da Modernização do Direito Civil. Aspectos Gerais*, vol. 1, Almedina, 2004

CORDEIRO, António Menezes – “Da Caducidade no Direito Português”, *O Direito*, ano 136, 2004, n.º 5, pp. 819-841

CORDEIRO, António Menezes – “Contrato de Trabalho e Objecção de Consciência”, *Memórias do V Congresso Nacional de Direito do Trabalho* (coord. António Moreira), Almedina, 2003, pp. 23-46

CORDEIRO, António Menezes – “Justas Causas de Despedimento”, *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, vol. 2, Almedina, 2001, pp. 7-14

CORDEIRO, António Menezes – “A Liberdade de Expressão do Trabalhador”, *Memórias do II Congresso Nacional de Direito do Trabalho* (coord. António Moreira), Almedina, 1999, pp. 24-43

CORDEIRO, António Menezes – “O Respeito pela Esfera Privada”, *Memórias do I Congresso Nacional de Direito do Trabalho* (coord. António Moreira), Almedina, 1998, pp. 16-37

CORDEIRO, António Menezes – “A «Impossibilidade Moral»: Do Tratamento Igualitário no Cumprimento das Obrigações”, *Estudos de Direito Civil*, vol. 1, Almedina, 1994, pp. 97-114

CORDEIRO, António Menezes – *Manual de Direito do Trabalho*, Almedina, 1991

CORDEIRO, António Menezes – “Da Cessação do Contrato de Trabalho por Inadaptação do Trabalhador Perante a Constituição da República”, *RDES*, ano 33, 1991, n.ºs 3 e 4, pp. 369-418

CORDEIRO, António Menezes – “Da Alteração das Circunstâncias. A Concretização do Artigo 437.º do Código Civil, à Luz da Jurisprudência

Posterior a 1974”, *Separata dos Estudos em Memória do Professor Doutor Paulo Cunha*, 1987, pp. 1-94

CORDEIRO, António Menezes – *Da Boa Fé no Direito Civil*, 6.^a reimp. da 1.^a ed. (1983), 2015, Almedina

CORDEIRO, António Menezes – “Da Situação Jurídica Laboral: Perspectivas Dogmáticas do Direito do Trabalho”, *ROA*, 1982, pp. 89-149

CORRADO, Renato – *Trattato di Diritto del Lavoro. Il Rapporto di Lavoro e le sue Vicende*, vol. 3, Utet, 1969

COSTA, Eduardo Maia – “Comentário ao Acórdão do STJ de 14.5.1997, Proc. n.º 96S177”, *RMP*, 1997, n.º 70, pp. 152-157

COSTA, Mário Júlio de Almeida – *Noções Fundamentais de Direito Civil*, 6.^a ed. (rev. e act.), Almedina, 2013

COSTA, Mário Júlio de Almeida – *Direito das Obrigações*, reimp. da 12.^a ed. rev. e act. (2009), Almedina, 2014

COTTINO, Gastone – “L’Impossibilità di Ricevere o di Cooperare del Creditore e L’Impossibilità della Prestazione”, *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, ano 46, 1948, pp. 443-458

CRISTAS, Assunção / CARVALHO, Jorge Morais / PEREIRA, Cícero Roberto / RAMOS, Alice, *Incumprimento dos Contratos. Avaliação Legislativa e Perspectivas de Desenvolvimento*, Almedina, 2013

CRISTAS, Assunção – “É Possível Impedir Judicialmente a Resolução de um Contrato?”, *Estudos Comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa* (coord. Diogo Freitas do Amaral, Carlos Ferreira de Almeida e Marta Tavares de Almeida), vol. 2, Almedina, 2008, pp. 53-79

CROS, Marie-Louise – “Les Contrats à Exécution Échelonnée”, *Recueil Dalloz Sirey*, 1989, n.º 9, pp. 49-54

CUNHA, Paulo – *Direito das Obrigações. O Objecto da Relação Obrigacional (Apostamentos da Cadeira de Direito Civil da FDUL de 1937-1938)* (compil. Orlando Courrège), s.e., 1943

DÄUBLER, Wolfgang – *Arbeitsrecht*, 7.^a ed., Bund Verlag, 2008

DEAKIN, Simon / MORRIS, Gillian – *Labour Law*, 5.^a ed., Hart Publishing, 2009

DEAKIN, Simon / WILKINSON, Frank – *The Law of the Labour Market. Industrialization, Employment and Legal Evolution*, Oxford University Press, 2005

DELFINI, Francesco - “Dell’Impossibilità Sopravenuta (Artt. 1463-1466)”, *Il Codice Civile. Commentario* (dir. Piero Schlesinger), Giuffrè Editore, 2003

DELMAS-SAINT-HILAIRE, Jean-Pierre - “L’Adaptation du Contrat aux Circonstances Économiques”, *La Tendance à la Stabilité du Rapport Contractuel* (coord. Paul Durand), LGDJ, 1960, pp. 189-233

DEVOTO, Luigi - *L’Obbligazione a Esecuzione Continuata*, Cedam, 1943

DIKOMEY, Christa - *Das ruhende Arbeitsverhältnis*, Decker & Müller, 1991

DÖRNER, Klemens / VOSSEN, Reinhard - “Aids”, *Kündigungsrecht* (coord. Reiner Ascheid, Ulrich Preis e Ingrid Schmidt), 4.^a ed., 2012, Beck, Rn 224-227

DÖRNER, Klemens / VOSSEN, Reinhard - “Alkohol-, Drogenabhängigkeit”, *Kündigungsrecht* (coord. Reiner Ascheid, Ulrich Preis e Ingrid Schmidt), 4.^a ed., 2012, Beck, Rn 228-236b

DÖRNER, Klemens / VOSSEN, Reinhard - “Inhaftierung des Arbeitnehmers”, *Kündigungsrecht* (coord. Reiner Ascheid, Ulrich Preis e Ingrid Schmidt), 4.^a ed., Beck, 2012, Rn 242-244

DÖRNER, Klemens / VOSSEN, Reinhard - “Mangelnde Eignung des Arbeitnehmers”, *Kündigungsrecht* (coord. Reiner Ascheid, Ulrich Preis e Ingrid Schmidt), 4.^a ed., 2012, Beck, Rn 245-252

DRAY, Guilherme Machado - *O Princípio da Proteção do Trabalhador*, Almedina, 2015

DRAY, Guilherme Machado - *Direitos de Personalidade. Anotações ao Código Civil e ao Código do Trabalho*, Almedina, 2006

DRAY, Guilherme Machado - “Período Anual de Férias: Articulação entre o Regime do Código do Trabalho e do Acordo Colectivo de Trabalho Vertical do Sector Bancário”, *O Direito*, ano 136, 2004, 4, pp. 657-685

DRAY, Guilherme Machado - “Justa Causa e Esfera Privada”, *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, vol. 2, Almedina, 2001, pp. 35-91

DUARTE, Rui Pinto - “A Denunciabilidade das Obrigações Contratuais Duradouras *propter rem*”, *ROA*, ano 70, 2010, vols. 1-4, pp. 273-297

DUARTE, RUI PINTO - *Tipicidade a Atipicidade dos Contratos*, Almedina, 2000

DURAND, Paul - “Préface à l’Ouvrage Collectif”, *La Tendance à la Stabilité du Rapport Contractuel* (coord. Paul Durand), LGDJ, 1960, pp. 1-5

DURAND, Paul - *Traité de Droit du Travail*, t. 2, Dalloz, 1950

EIDENMÜLLER, Horst – “Der Spinnerei-Fall: Die Lehre von der Geschäftsgrundlage nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts und im Lichte der Schuldrechtsmodernisierung”, *JURA*, 2001, n.º 12, pp. 824-832

EISENBERG, Melvin – “Why There is no Law of Relational Contracts”, *Northwestern University Law Review*, 2000, vol. 94, n.º 3, pp. 805-822

ESTEBAN LUQUE, Cristina / GIL IGLESIAS, Carlos / HIGUERA GARRIDO, Ana – “Suspensión del Contrato o Reducción de Jornada de Trabajo por Causas Económicas, Técnicas, Organizativas o de Producción en Virtud del Artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores”, *ICADE – Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, 2013, n.º 88, pp. 129-168

EUROFOUND – Relatório “New Forms of Employment”, Publications Office of the European Union, 2015, disponível em <http://eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_publication/field_ef_document/ef1461en_3.pdf>

EUROFOUND – Relatório “Impact of the Crisis on Industrial Relations and Working Conditions in Europe”, 2014, disponível em <http://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_publication/field_ef_document/ef1398en.pdf>

EUROFOUND – Relatório “Impact of the Crisis on Working Conditions in Europe European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions”, 2013, disponível em <http://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_files/docs/ewco/tn1212025s/tn1212025s.pdf>

EUROFOUND – “A Prevenção do Absentismo no Trabalho”, 1997, disponível em <<http://www.eurofound.europa.eu/pubdocs/1997/15/pt/1/ef9715pt.pdf>>

EUROPEAN LABOUR LAW NETWORK, Relatório “New Forms of Employment and EU Law”, 2014, disponível em <http://www.labourlawnetwork.eu/events/annual_legal_seminar/prm/205/0/index.htm>

EUROPEAN LABOUR LAW NETWORK, Relatório “Undeclared Work”, 2013, disponível em <<http://www.labourlawnetwork.eu/reports/publications/prm/73/0/index.html>>

EUROPEAN LABOUR LAW NETWORK, Relatório “Dismissal – Particularly for Business Reasons – and Employment Protection”, 2011, disponível em <<http://www.labourlawnetwork.eu/reports/publications/prm/73/0/index.html>>

EUROPEAN LABOUR LAW NETWORK, Relatório “Protection Against Dismissal in Europe. Basic Features and Current Trends”, 2011, disponível em <<http://www.labourlawnetwork.eu/reports/publications/prm/73/0/index.html>>

EUROPEAN LABOUR LAW NETWORK, Relatório “Protection, Involvement and Adaptation: European Labour Law in Time of Crisis, Restructuring and Transition”, 2010, disponível em <<http://www.labourlawnetwork.eu/reports/publications/prm/73/0/index.html>>

EWING, Keith – *The Right to Strike*, Clarendon Press, 1991

FARIA, Jorge Leite Areias Ribeiro de – *Direito das Obrigações*, vol. 2, reimp. da 1.^a ed. (1990), Almedina, 2001

FARIA, Rita Lynce de – *Mora do Credor*, Lex, 2000

FARRAJOTA, Joana – *A Resolução do Contrato sem Fundamento*, Almedina, 2015

FARRAJOTA, Joana – “Notas sobre a Reforma do Direito dos Contratos”, *Themis*, ano 10, 2010, n.º 18, pp. 209-223

FELDHAN, Peer – “Die Störung der Geschäftsgrundlage um System des reformierten Schuldrechts”, *NJW*, 2005, n.º 47, pp. 3381-3383

FENTIMAN, Richard – “Frustration of Contract of Employment”, *Industrial Law Journal*, 1986, vol. 15, n.º 1, pp. 54-56

FERNANDES, António de Lemos Monteiro – *Direito do Trabalho*, 17.^a ed., Almedina, 2014

FERNANDES, António de Lemos Monteiro – *Direito do Trabalho*, I, *Introdução, Relações Individuais de Trabalho*, 8.^a ed. (rev. act.), Almedina, 1992

FERNANDES, António de Lemos Monteiro – “A Suspensão do Contrato de Trabalho por Factos Ligados à Empresa”, *BFDUC*, 1970, Suplemento 17, pp. 1-161

FERNANDES, António de Lemos Monteiro – “Alguns Aspectos do Regime das Faltas ao Trabalho”, *ESC*, ano 7, 1968, n.º 28, pp. 17-44

FERNANDES, António de Lemos Monteiro – “Sobre o Objecto do Contrato de Trabalho”, *ESC*, ano 7, 1968, n.º 25, pp. 13-35

FERNANDES, António de Lemos Monteiro – “Suspensão da Prestação do Trabalho por Impedimento Prolongado (Arts. 72.º-79.º do Dec.-Lei n.º 47032)”, *ESC*, ano 6, 1967, n.º 21, pp. 133-146

FERNANDES, António de Lemos Monteiro – “Sobre o Fundamento do Poder Disciplinar”, *ECS*, ano 5, 1966, n.º 18, pp. 60-83

FERNANDES, António de Lemos Monteiro – “Aspectos da Suspensão da Prestação de Trabalho (Comentário ao Novo Projecto de Diploma)”, *ESC*, ano 3, 1964, n.º 12, pp. 11-58

FERNANDES, António de Lemos Monteiro – “O Despedimento *ad nutum* e a Relevância dos Motivos”, *ESC*, ano 3, 1964, n.º 9, pp. 13-35

FERNANDES, Francisco Liberal – “A Directiva n.º 1999/70/CE e a Celebração do Primeiro Contrato a Termo”, *Congresso Europeu de Direito do Trabalho* (coord. José João Abrantes), Almedina, 2014, pp. 27-36

FERNANDES, Francisco Liberal – “Observações sobre o Regime das Férias”, *Maia Jurídica*, ano 2, 2004, n.º 2, pp. 65-71

FERNANDES, Francisco Liberal – “O Direito às Prestações Complementares de Segurança Social no Âmbito dos Regimes Não Profissionais”, *QL*, ano 3, 1996, n.º 8, pp. 132-151

FERNANDES, Francisco Liberal / REDINHA, Maria Regina – “Regulamentação Coletiva do Exercício do Direito de Representação Sindical: Feição Retributiva”, *Vinte Anos de Questões Laborais*, Coimbra Editora, 2013, pp. 35-60

FERNANDEZ DOMINGUEZ, Juan José – *La Fuerza Mayor como Causa de Extinción y Suspensión del Contrato de Trabajo*, Civitas, 1993

FERREIRA, Manuel Cavaleiro de – “Imputabilidade”, *Polis, Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*, vol. 3, 1985, pp. 438-447

FESTAS, David de Oliveira – “O Direito à Reserva da Intimidade da Vida Privada do Trabalhador no Código do Trabalho”, *ROA*, ano 64, 2004, vols. 1 e 2, pp. 369-458

FORTIS, Elisabeth – “Vie Personnelle, Vie Professionnelle et Responsabilités Pénales”, *DS*, 2004, n.º 1, pp. 40-47

FRADA, Manuel António Carneiro da – *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, reimp. da 1.ª ed. (2004), Almedina, 2007

FREEDLAND, Mark – *The Personal Employment Contract*, reimp. (2003), Oxford University Press, 2006

- FREEDLAND, Mark – *The Contract of Employment*, Clarendon Press, 1976
- FREIRE, Manuel Leal – *Os Contratos de Serviço Doméstico e Trabalho Rural*, ELCLA, 1996
- FROUIN, Jean-Yves – “L’Incarcération du Salarié et la Relation de Travail”, *RJS*, 2001, n.º 1, pp. 3-4
- FUJITA, Shigeru / GARTNER, Hermann – “A Closer Look at the German Labor Market «Miracle»”, *Business Review*, 2014, Q4, pp. 16-25
- GAHLEN, Hildegard – *Die Suspendierung eines Arbeitnehmers*, dissert., policop., inédito, Universität Gießen, 1990
- GALANTINO, Luisa – *Diritto del Lavoro*, G. Giappichelli Editore, 2010
- GALANTINO, Luisa – *Diritto del Lavoro*, ed. menor, G. Giappichelli Editore, 2007
- GARCÍA MURCIA, Joaquín – “El Derecho del Trabajo en España a la Altura de 2012: Líneas de Evolución y Transformaciones Recientes”, *Congresso Europeu de Direito do Trabalho* (coord. José João Abrantes), Almedina, 2014, pp. 483-508
- GARCÍA VIÑA, Jordi – “El Deber Recíproco de Buena Fe en la Incapacidad Temporal”, *La Incapacidad Temporal* (coord. Antonio Ojeda Avilés), tecnos, 1996, pp. 267-277
- GAUCH, Peter – *System der Beendigung von Dauerverträgen*, Universitätsverlag Freiburg Schweiz, 1968
- GENICON, Thomas – *La Résolution du Contrat pour Inexécution*, LGDJ, 2007
- GHERA, Edoardo – *Diritto del Lavoro. Il Rapporto di Lavoro*, Cacucci Editore, 2010
- GHERA, Edoardo / LISO, Francesco – “Mora del Creditore (Dir. Lav.)”, *Enciclopedia del Diritto*, vol. 26, Giuffrè Editore, 1976, pp. 977-1003
- GHEZZI, Giorgio – *La Mora del Creditore nel Rapporto di Lavoro*, Giuffrè Editore 1965
- GHEZZI, Giorgio / ROMAGNOLI, Umberto – *Il Rapporto di Lavoro*, reimp. da 2.^a ed. (1987), Zanichelli, 1992
- GIACOBBE, Giovanni – “Mora del Creditore (Dir. Civ.)”, *Enciclopedia del Diritto*, vol. 26, Giuffrè Editore, 1976, pp. 947-976
- GIERKE, Otto von – “Die Dauernde Schuldverhältnisse”, *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, 1914, pp. 355-411

GIUDICE, Federico del / MARIANI, Federico / IZZO, Fausto – *Diritto del Lavoro*, 22.^a ed., Simone, 2005

GÖBEL, Carsten – *Das Suspendierungsrecht zwischen Delikt und Vertrag. Zu den Grundlagen eines Arbeitskammerrechts und zu einzelnen praktischen Anwendungsproblemen*, Peter Lang, 2002

GOETZ, Charles / SCOTT, Robert – “Principles of Relational Contracts”, *Virginia Law Review*, 1981, vol. 67, n.º 6, pp. 1089-1150

GOLDBERG, Victor – “A Relational Exchange Perspective on the Employment Relationship”, *Readings in the Economics of Contract Law* (ed. Victor Goldberg), reimp. (1989), Cambridge University Press, 1990, pp. 147-151

GOLDBERG, Victor – “Impossibility and Related Excuses”, *Readings in the Economics of Contract Law* (ed. Victor Goldberg), reimp. (1989), Cambridge University Press, 1990, pp. 221-224

GOLDBERG, Victor – “Price Adjustment in Long-Term Contracts”, *Readings in the Economics of Contract Law* (ed. Victor Goldberg), reimp. (1989), Cambridge University Press, 1990, pp. 225-235

GOMES, Júlio Manuel Vieira – “Da Inobservância dos Procedimentos na Caducidade por Encerramento Total e Definitivo da Empresa”, *Direito do Trabalho + Crise = Crise do Direito do Trabalho? – Actas do Congresso de Direito do Trabalho* (coord. Catarina Carvalho e Júlio Gomes), Coimbra Editora, 2011, pp. 421-440

GOMES, Júlio Manuel Vieira – “Da Fábrica à Fábrica de Sonhos: Primeiras Reflexões sobre o Regime dos Contratos de Trabalho dos Profissionais de Espectáculos”, *Novos Estudos de Direito do Trabalho*, Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2010, pp. 197-231

GOMES, Júlio Manuel Vieira – “Dos Usos da Empresa em Direito do Trabalho”, *Novos Estudos de Direito do Trabalho*, Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2010, pp. 9-88

GOMES, Júlio Manuel Vieira – “Da Excepção de Não Cumprimento Parcial e da sua Invocação de Acordo com a Boa Fé – [Anotação ao] Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 10.3.2008”, *CDP*, 2009, n.º 25, pp. 51-67

GOMES, Júlio Manuel Vieira – *Direito do Trabalho*, vol. 1, *Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra Editora, 2007

GOMES, Júlio Manuel Vieira – “Algumas Reflexões sobre as Faltas Justificadas por Doença (Não Profissional) do Trabalhador”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura* (coord. José de Oliveira Ascensão, Ruy de

Albuquerque, Martim de Albuquerque e Pedro Romano Martinez), vol. 2, Coimbra Editora, 2003, pp. 717-749

GOMES, Júlio Manuel Vieira – “Da Rescisão do Contrato de Trabalho por Iniciativa do Trabalhador”, *Memórias do V Congresso Nacional de Direito do Trabalho* (coord. António Moreira), Almedina, 2003, pp. 127-166

GOMES, Júlio Manuel Vieira – “Cláusulas de Hardship”, *Contratos: Actualidade e Evolução, Actas do Congresso Internacional Organizado pelo Centro Regional do Porto da Universidade Católica Portuguesa de 28 a 30 de Novembro de 1991* (coord. António Pinto Monteiro), UCP, 1997, pp. 167-204

GOMES, Júlio Manuel Vieira – “Responsabilidade Subjectiva e Responsabilidade Objectiva”, *RDE*, ano 13, 1987, pp. 97-125

GOMES, Maria Irene da Silva Ferreira - *O Dirigente no Direito do Trabalho*, dissert., policop., inédito, Escola de Direito da Universidade do Minho, 2012

GONÇALVES, Luísa Andias – “Prestações Compensatórias de Subsídio de Férias e de Subsídio de Natal”, *Para Jorge Leite. Escritos Jurídico-Laborais* (coord. João Reis, Leal Amado, Liberal Fernandes e Regina Redinha), vol. 1, Coimbra Editora, 2014, pp. 391-410

GONÇALVES, Luísa Andias – *A Inexecução do Contrato de Trabalho. Um Enfoque à Luz da Igualdade Efectiva entre Sexos*, dissert., policop., inédito, Universidad de Salamanca, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho del Trabajo y Trabajo Social, 2010, disponível em <http://www.fd.unl.pt/anexos/conteudos/tese_luisaandias.pdf>

GONÇALVES, Luísa Andias – “Breves Notas sobre o Regime Jurídico do Direito a Férias no Novo Código do Trabalho”, *Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas*, 2010, n.º 16, pp. 96-116

GONÇALVES, Luísa Andias – “A Licença por Maternidade e a Suspensão do Contrato de Trabalho”, *Miscelâneas do Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho*, 2006, n.º 4, Almedina, pp. 131-186

GONÇALVES, Luiz da Cunha – *Tratado de Direito Civil – Em Comentário ao Código Civil Português*, vol. 3, Coimbra Editora, 1930

GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago – “El Disfrute Efectivo de las Vacaciones Anuales Retribuidas: Una Cuestión de Derecho y de Libertad Personal, de Seguridad en el Trabajo y de Igualdad (A Propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 18 de Marzo de 2004, en un Caso de Coincidencia Temporal entre Descanso por Maternidad y Período de Vacaciones)”, *REDE*, 2004, pp. 419-440

GORDON, Robert – “Macaulay, Macneil and the Discovery of Solidarity and Power in Contract Law”, *Wisconsin Law Review*, 1985, pp. 565-579

GORLA, Gino – *Il Contratto. Lineamenti Generali*, vol. 1, Giuffrè Editore, 1954

GOUVEIA, Jaime Augusto Cardoso de – *Da Responsabilidade Contratual*, s.e., 1932

GRANDI, Gaetano Zilio – *La Retribuzione. Fonti, Struttura, Funzioni*, Jovene Editore, 1996

GRANDI, Gaetano Zilio – “La Sospensione del Rapporto”, *Trattato di Diritto Privato* (dir. Mario Bessone), *Il Lavoro Subordinato* (ed. Franco Carinci), t. 2, *Il Rapporto Individuale di Lavoro: Costituzione e Svolgimento* (coord. Adalberto Perulli), Giappichelli Editore, 2007, pp. 485-595

GRANDI, Mario – *Le Modificazioni del Rapporto di Lavoro, I, Modificazioni Soggettive*, Giuffrè Editore, 1972

GRANIERI, Massimiliano – *Il Tempo e il Contratto. Itinerario Storico-Comparativo Sui Contratti di Durata*, Giuffrè Editore, 2007

GRUNDMANN, Stefan – “Germany and the Schuldrechtsmodernisierung 2002”, *European Review of Contract Law*, 2005, vol. 1, pp. 129-148

GSCHNITZER, Franz – “Die Kündigung nach dem deutschem und österreichischem Recht”, Parte 1, *Jherings Jahrbücher*, 1926, vol. 76, pp. 317-415, e Parte 2, *Jherings Jahrbücher*, 1927-1928, vol. 78, pp. 1-86

GUEDES, Queiroz Vaz – *A Suspensão do Trabalho perante o Direito Civil*, Imprensa Nacional, 1914

GUERRA, Amadeu – *A Privacidade no Local de Trabalho. As Novas Tecnologias e o Controlo dos Trabalhadores Através de Sistemas Automatizados. Uma Abordagem ao Código do Trabalho*, Almedina, 2004

GUIMARÃES, Maria Leonor Oliveira – “Esquemas Complementares de Segurança Social”, CS, 1987, n.º 9, pp. 67-74

HAGER, Michael – *Das ruhende Arbeitsverhältnis*, Verlag Dr. Kovac, 2007

HAHLWEG, Dieter – *Die Suspendierung des Arbeitnehmers*, dissert., policop., inédito, Uni-Druck, 1961

HANAU, Peter / ADOMEIT, Klaus – *Arbeitsrecht*, 14.^a ed. (act.), Luchterhand, 2007

HARDY, Stephen – “Great Britain”, *International Encyclopedia for Labour Law and Industrial Relations*, Kluwer Law International, 2007

HASE, Karl von – “Fristlose Kündigung und Abmahnung nach neuem Recht”, *NJW*, 2002, n.º 32, pp. 2278-2283

HENDY, John / **GALL**, Gregor – “British Trade Union Rights Today and the Trade Union Freedom Bill”, *The Right to Strike: From the Trade Disputes Act 1906 to a Trade Union Freedom Bill 2006* (ed. Keith Ewing), The Institute of Employment Rights, 2006, pp. 247-277

HENRIQUES, Paulo Alberto Videira – *A Desvinculação Unilateral ad nutum nos Contratos Cíveis de Sociedade e de Mandato*, Coimbra Editora, 2001

HERBERT, Manfred / **OBERRATH**, Jörg-Dieter – “Arbeitsrecht nach der Schuldrechtsreform – eine Zwischenbilanz”, *NJW*, 2005, pp. 3745-3753

HESSELINK, John Klein – “Sickness Absenteeism at an All-Time Low”, *Eurofound/European Observatory of Working Life*, 2011, disponível em <<http://www.eurofound.europa.eu/ewco/2011/07/NL1107029I.htm>>

HORION, Paul – *Suspensions du Travail et Salaire Garanti. Des Cas de Suspension Légitime de l'Exécution du Contrat de Travail et du Contrat d'Emploi*, Faculté de Droit de Liège, 1961

HORN, Norbert – “Vertragsdauer – Die Vertragsdauer als schuldrechtliches Regelungsproblem. Empfiehlt sich eine zusammenfassende Regelung der Sonderprobleme von Dauerschuldverhältnissen und langfristigen Verträgen?”, *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts* (dir. Bundesminister der Justiz), vol. 1, Bundesanzeiger Verlagsgesellschaft, 1981, pp. 551-645

HOWARTH, David – “Frustration for Labour Lawyers”, *Cambridge Law Journal*, 1987, vol. 46, n.º 1, pp. 47-49

HROMADKA, Wolfgang / **MASCHMANN**, Frank – *Arbeitsrecht Band 1. Individualarbeitsrecht*, 4.^a ed. (act.), Springer, 2008

HURTADO ORTEGA, Rafael – “La Suspensión del Contrato de Trabajo por el Ejercicio del Derecho de Huelga”, *La Suspensión del Contrato de Trabajo* (dir. José María Marín Correa), Consejo General del Poder Judicial, 1994, pp. 285-321

ICHINO, Pietro – *Il Contratto di Lavoro*, vol. 3, Giuffrè Editore, 2003

ICHINO, Pietro – *Il Tempo della Prestazione nel Rapporto di Lavoro*, vol. 1, Giuffrè Editore, 1984

ICHINO, Pietro / **MARTELLONI**, Federico – “Le «Jobs Act» Italien: Quelles Inspirations?”, *RDT*, 2015, n.º 5, pp. 299-308

ISELE, Hellmut Georg – “Das suspendierte Arbeitsverhältnis”, *Festschrift für Erich Molitor zum 75. Geburtstag*, Beck, 1962, pp. 107-121

JORGE, Fernando Pessoa – *Lições de Direito das Obrigações*, Associação Académica, 1975-1976

JORGE, Fernando Pessoa – *Ensaio sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil*, 2.^a reimp. da 1.^a ed. (1968), Almedina, 1995

JUNCO CACHERO, María del – “Suspensión por Incapacidad Temporal de las Funciones Representativas de un Miembro del Comité de Empresa”, *TL*, 2007, n.º 92, pp. 217-226

JÚNIOR, Eduardo Santos – “Da «Impossibilidade Pessoal» de Cumprir. Breve Confronto do Novo Direito Alemão com o Direito Português”, *O Direito*, ano 142, 2010, n.º 3, pp. 423-434

JUNKER, Abbo – *Grundkurs Arbeitsrecht*, 8.^a ed. (act.), C. H. Beck, 2009

KAHN-FREUND, Otto – “Suspension of the Contract of Employment in English Law”, *RDICL*, ano 10, 1970, n.º 1, pp. 3-14

KASAKOS, Aris – *Die Suspendierung von Hauptpflichten. Unter besonderer Berücksichtigung des Arbeitskampfrechts. Eine strukturelle Analyse*, Peter Lang, 1980

KIRCHNER, Jens / MORGENROTH, Sascha – “Executive Summary: German Employment and Labour Law”, *Key Aspects of German Employment and Labour Law* (ed. Jens Kirchner, Pascal Kremp e Michael Magotsch), Springer, 2010, pp. 1-13

KIROV, Vassil – “Sickness-Related Absenteeism in the Private Sector”, *Eurofound/European Observatory of Working Life*, 2012, disponível em <<http://www.eurofound.europa.eu/ewco/2011/11/LU11110111.htm>>

KNIGHT, Frank – *Risk, Uncertainty and Profit*, Hart, Schaffner & Marx, Houghton Mifflin Co., 1921, disponível em <<http://www.econlib.org/library/Knight/knRUP1.html>>

KÖHLER, Helmut – *Unmöglichkeit und Geschäftsgrundlage bei Zweckstörungen im Schuldverhältnis*, Beck, 1971

KORTMANN, Ulrich – “Kurzarbeit und Urlaubsansprüche”, *ArbRAktuell*, 2010, pp. 29-32

KRÜCKMANN, Paul – “Einige Bemerkungen zu den «dauernden Schuldverhältnissen», *Jherings Jahrbücher*, 1916, vol. 66, pp. 1-17

KRUPPE, Thomas / SCHOLZ, Theresa – “Labour Hoarding in Germany. Employment Effects of Short-Time Work during the Crises”, Institute for Employment Research, *IAB-Discussion Paper 17/2014*, 2014, disponível em <<http://doku.iab.de/discussionpapers/2014/dp1714.pdf>>

LABORDERIE, Anne-Sophie Lavefve – *La Pérennité Contractuelle*, LGDJ, 2005

LAMBELHO, Ana / GONÇALVES, Luísa Andias – *Manual de Direito do Trabalho. Da Teoria à Prática*, Coimbra Editora, 2014

LANGLOIS, Philippe – “Contre la Suspension du Contrat de Travail”, *Recueil Dalloz Sirey*, 1992, n.º 17, pp. 141-148

LARENZ, Karl – *Metodologia da Ciência do Direito* (trad. José Lamego), 3.ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, 1997

LAVAGNINI, Giovanni – *La Sospensione del Rapporto di Lavoro*, Feltrinelli, 1961

LEBRET, Jean – “Suspension et Résolution des Contrats”, *Revue Critique de Législation et de Jurisprudence*, 1924, pp. 581-594 e pp. 598-636

LEITÃO, Adelaide Menezes – *Estudo de Direito Privado sobre a Cláusula Geral de Concorrência Desleal*, Almedina, 2000

LEITÃO, Luís Manuel Telles de Menezes – *Direito das Obrigações*, vol. 2, *Transmissão e Extinção das Obrigações. Não Cumprimento e Garantias do Crédito*, 9.ª ed., Almedina, 2014

LEITÃO, Luís Manuel Telles de Menezes – *Direito do Trabalho*, 4.ª ed., Almedina, 2014

LEITÃO, Luís Manuel Telles de Menezes – “A Precariedade: Um Novo Paradigma Laboral?”, *Congresso Europeu de Direito do Trabalho* (coord. José João Abrantes), Almedina, 2014, pp. 37-55 [= *Para Jorge Leite. Escritos Jurídico-Laborais* (coord. João Reis, Leal Amado, Liberal Fernandes e Regina Redinha), vol. 1, Coimbra Editora, 2014, pp. 455-467]

LEITÃO, Maria da Glória – “O Novo Paradigma do Direito do Trabalho – Que Futuro para o Direito do Trabalho? Há Direito do Trabalho no Futuro? Os Desafios que Enfrenta o Direito do Trabalho no Séc. XXI, num Mundo em Mudança Acelerada”, *Congresso Europeu de Direito do Trabalho* (coord. José João Abrantes), Almedina, 2014, pp. 223-236

LEITE, Fausto – “Férias, Feriados e Faltas”, *A Reforma do Código do Trabalho*, Coimbra Editora, 2004, pp. 341-347

LEITE, Jorge – *Direito do Trabalho*, vol. 2, policop., inédito, 2004

LEITE, Jorge – “Notas para uma Teoria da Suspensão do Contrato de Trabalho”, *QL*, ano 9, 2002, n.º 20, pp. 121-138

LEITE, Jorge – “O Desempenho de Funções Sindicais e o Expediente da Suspensão do Contrato”, *RDE*, anos 16 a 19, 1990 a 1993, pp. 513-537

LEITE, Jorge – “Direito de Exercício da Actividade Profissional no Âmbito do Contrato de Trabalho”, *RMP*, ano 12, 1991, n.º 47, pp. 9-34

LEITE, Jorge – *A Extinção do Contrato de Trabalho por Vontade do Trabalhador*, vol. 1, dissert., policop., inédito, FDUC, 1990

LEITE, Jorge – “Ausência do Trabalho no Desempenho de Funções Sindicais”, *RMP*, ano 8, 1987, n.º 32, pp. 85-100

LEITE, Jorge – “As Faltas ao Trabalho no Direito do Trabalho Português”, *RDE*, ano 4, 1978, n.º 2, pp. 417-446

LEPARGNEUR, Jean – *La Prorogation des Contrats à Exécution Successive Après un Cas de Force Majeure et Particulièrement à la Suite de la Guerre de 1914*, Librairie Vuibert, 1920

LEPKE, Achim – *Kündigung bei Krankheit. Handbuch für die betriebliche, anwaltliche und gerichtliche Praxis*, 13.^a ed. act., Erich Schmidt Verlag, 2008, pp. 85 e ss.

LEPSIEN, Robert – *Die Suspendierung eines Arbeitnehmers im unstreitigen Arbeitsverhältnis*, dissert., policop., inédito, Universität Bielefeld, 2001

LHERNOULD, Jean-Philippe – “Droit aux Congés Annuels Payés à une Période Distincte du Congé de Maternité”, *RJS*, 2004, pp. 439-440

LINGEMANN, Stefan / STEINAU-STEINRÜCK, Robert von / MENGEL, Anja – *Employment and Labor Law in Germany*, 3.^a ed., C. H. Beck, 2012

LIVANOS, Ilias / ZANGELIDIS, Alexandros – “Sickness Absence: A Pan-European Study”, Munich Personal RePEc Archive, Paper n.º 22627, 2010, disponível em <http://mpira.ub.uni-muenchen.de/22627/1/MPRA_paper_22627.pdf>

LOBO, Dias – *Responsabilidade Objectiva do Empregador por Inactividade Temporária Devida a Perigo de Lesão à Vida e à Saúde do Trabalhador*, Coimbra Editora, 1985

LOBO, João – “Licença sem Retribuição: As Alterações Introduzidas pelo DL 397/91, de 16/10”, *QL*, ano 1, 1994, n.º 2, pp. 76-79

LOMBARDI, Antonio – *La Risoluzione per Impossibilità Sopravvenuta*, Giuffrè Editore, 2007

LOUREIRO, Jorge Manuel da Silva – “O Controlo Jurisdicional da Decisão de Despedimento Colectivo”, *PDT*, 2011, n.º 90, pp. 107-114

LOURENÇO, Catarina – “A Exceção de Não Cumprimento no Âmbito do Contrato de Trabalho – Possível Aplicação da Figura a Alguns Institutos”, *QL*, ano 22, 2015, n.º 46, pp. 87-134

LYON-CAEN, Gérard – “Du Rôle des Principes Généraux du Droit Civil en Droit du Travail (Première Approche)”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1974, t. 72, pp. 229-248

MACAULAY, Stewart – “The New versus the Old Legal Realism: Things Ain't What They Used To Be”, *Wisconsin Law Review*, 2005, pp. 365-403

MACAULAY, Stewart – “Freedom from Contract: Solutions in Search of a Problem?”, *Wisconsin Law Review*, 2004, pp. 777-820

MACAULAY, Stewart – “The Real and the Paper Deal: Empirical Pictures of Relationships, Complexity and the Urge for Transparent Simple Rules”, *Modern Law Review*, 2003, vol. 66, pp. 44-79

MACAULAY, Stewart – “Relational Contracts Floating on a Sea of Custom? Thoughts About the Ideas of Ian Macneil and Lisa Bernstein”, *Northwestern University Law Review*, 2000, vol. 94, n.º 3, pp. 775-804

MACAULAY, Stewart – “Elegant Models, Empirical Pictures, and the Complexities of Contract”, *Law & Society Review*, 1977, n.º 11, pp. 507-528

MACAULAY, Stewart – “Changing a Continuing Relationship Between a Large Corporation and Those Who Deal With It: Automobile Manufacturers, Their Dealers and the Legal System”, *Wisconsin Law Review*, 1965, pp. 3-212

MACAULAY, Stewart – “Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study”, *American Sociological Review*, 1963, vol. 28, pp. 55-67

MACHADO, João Baptista – “Pressupostos da Resolução por Incumprimento”, *Obra Dispersa*, vol. 1, *Scientia Juridica*, 1991, pp. 125-193

MACHADO, João Baptista – “Risco Contratual e Mora do Credor (Risco da Perda do Valor-Utilidade ou do Rendimento da Prestação e de Desperdício da Capacidade de Prestar Vinculada)”, *Obra Dispersa*, vol. 1, *Scientia Iuridica*, 1991, pp. 257-343

MACHADO, João Baptista – “Anotação ao Acórdão do STJ de 8.11.1983”, *RLJ*, ano 118, 1986, n.º 3738, pp. 271-282, n.º 3739, pp. 317-320, e n.º 3740, pp. 328-332

MACHADO, João Baptista – *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, 22.^a reimp. da 1.^a ed. (1983), Almedina, 2014

MACNEIL, Ian Roderick – “Relational Contract Theory: Challenges and Queries”, *Northwestern University Law Review*, 2000, vol. 94, n.º 3, pp. 877-908

MACNEIL, Ian Roderick – “Exchange Revisited: Individual Utility and Social Solidarity”, *Ethics*, 1986, vol. 96, n.º 3, pp. 567-593

MACNEIL, Ian Roderick – “Relational Contract: What We Do and Do Not Know”, *Wisconsin Law Review*, 1985, pp. 483-525

MACNEIL, Ian Roderick – “Values in Contract: Internal and External”, *Northwestern University Law Review*, 1983, vol. 78, n.º 2, pp. 340-418

MACNEIL, Ian Roderick – “Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations Under Classical, Neoclassical, and Relational Contract Law”, *Northwestern University Law Review*, 1978, vol. 72, n.º 6, pp. 854-905

MACNEIL, Ian Roderick – “Many Futures of Contracts”, *Southern California Law Review*, 1974, vol. 47, n.º 3, pp. 691-816

MACNEIL, Ian Roderick – “Restatement (Second) of Contracts and Presentiation”, *Virginia Law Review*, 1974, vol. 60, pp. 589-610

MACNEIL, Ian Roderick – “Whither Contracts”, *Journal of Legal Education*, 1969, n.º 21, pp. 403-418

MACNEIL, Ian Roderick / **GUDEL**, Paul – *Contracts: Exchange, Transactions and Relations. Cases and Materials*, 3.^a ed., Foundation Press, 2001

MAGALHÃES, David – *A Resolução do Contrato de Arrendamento Urbano*, Coimbra Editora, 2009

MAGALHÃES, José Barbosa de – “A Teoria da Imprevisão e Conteúdo Clássico da Força Maior”, *Gazeta da Relação de Lisboa*, ano 37, 1923, n.º 9, pp. 129-131

MAGOTSCH, Michael / **KREMP**, Pascal – “Termination of Employment”, *Key Aspects of German Employment and Labour Law* (ed. Jens Kirchner, Pascal Kremp e Michael Magotsch), Springer, 2010, pp. 135-155

MAHLMANN, Matthias – “Germany: Country Report on Measures to Combat Discrimination. Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC, 2008”, *European Anti-Discrimination Legal Network*, 2008, disponível em <http://www.migpolgroup.org/public/docs/169.2008_Countryreportonmeasuresstocombatdiscrimination_Germany_EN.pdf>

MARÍN CORREA, José María - “Las Causas de Suspensión del Contrato de Trabajo Extrañas a los Arts. 45 y 46 del Estatuto de los Trabajadores, y las Causas de los Apartados «a» y «b» del Numero 1 de Dicho Precepto”, *La Suspensión del Contrato de Trabajo* (dir. José María Marín Correa), Consejo General del Poder Judicial, 1994, pp. 53-105

MARÍN RICO, Antonio - “Las Causas de Suspensión del Contrato de Trabajo Descritas en los Apartados g) y h) del Art. 34 del Estatuto de los Trabajadores”, *La Suspensión del Contrato de Trabajo* (dir. José María Marín Correa), Consejo General del Poder Judicial, 1994, pp. 141-169

MARINELLI, Massimiliano - “Insindicabilità delle Scelte Datoriali e Giustificato Motivo Oggettivo”, *GIURETA - Rivista di Diritto dell’Economia, dei Trasporti e dell’Ambiente*, 2009, vol. 7, disponível em <<http://www.giureta.unipa.it/phpfusion/images/articles/InsindacabilitasceltedatorialiMARINELLI.pdf>>

MARQUES, José Dias - *Prescrição Extintiva*, Coimbra Editora, 1953

MARQUES, José Dias - *Teoria Geral da Caducidade*, Tipografia da Empresa Nacional de Publicidade, 1953

MARTÍN VALVERDE, Antonio / **RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ**, Fermín / **GARCÍA MURCIA**, Joaquín - *Derecho del Trabajo*, 21.^a ed., tecnos, 2012

MARTIN, Didier - “Note” (À Decisão da *Cour de Cassation, Chambre civile 1*, de 24.2.1981), *Recueil Dalloz-Sirey*, 1982, pp. 479-481

MARTINEZ, Pedro Romano - *Direito do Trabalho*, 7.^a ed., Almedina, 2015

MARTINEZ, Pedro Romano - *Apontamentos sobre a Cessação do Contrato de Trabalho à Luz do Código do Trabalho*, reimp. da 1.^a ed. (2004), AAFDL, 2005

MARTINEZ, Pedro Romano - “Caducidade do Contrato de Trabalho”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura* (coord. José de Oliveira Ascensão, Ruy de Albuquerque, Martim de Albuquerque e Pedro Romano Martinez), vol. 2, Coimbra Editora, 2003, pp. 695-715

MARTINEZ, Pedro Romano - *Direito das Obrigações (Parte especial). Contratos. Compra e Venda. Locação. Empreitada*, reimp. da 2.^a ed. (2001), Almedina, 2014

MARTINEZ, Pedro Romano - “Tutela da Actividade Criativa do Trabalhador”, *RDES*, ano 41, 2000, n.ºs 3 e 4, pp. 225-243

MARTINEZ, Pedro Romano - *Direito do Trabalho. Relatório*, Separata da FDUL, 1999

MARTÍNEZ GIRÓN, Jesus - “Las Causas Generales de Suspensión: *numerus clausus?*”, *La Suspensión del Contrato de Trabajo* (dir. José María Marín Correa), Consejo General del Poder Judicial, 1994, pp. 37-52

MARTINI, Angelo De - “Obbligazione di Durata”, *Novissimo Digesto Italiano*, 1965, vol. 11, pp. 655-659

MARTINO, Valeria - “La Risoluzione per Eccessiva Onerosità”, *I Contratti in Generale* (org. Paolo Cendon), vol. 13, UTET, 2000, pp. 519-581

MARTINS, David Carvalho - “Labour Law in Portugal Between 2011 and 2014”, *International Society for Labour and Social Security Law*, 2014, disponível em <<http://islssl.org/wp-content/uploads/2014/08/Portuguese-National-Report.pdf>>

MARTINS, David Carvalho / **SILVA**, Rita Canas da - “Despedimento por Extinção de Posto de Trabalho – A Revisão de 2012 e o Acórdão do Tribunal Constitucional de 2013”, *para Jorge Leite. Escritos Jurídico-Laborais* (coord. João Reis, Leal Amado, Liberal Fernandes e Regina Redinha), vol. 1, Coimbra Editora, 2014, pp. 509-548

MARTINS, João Zenha - *Dos Pactos de Limitação à Liberdade de Trabalho*, dissert., policop., inédito, FDUNL, 2014

MARTINS, João Zenha - *Cedência de Trabalhadores e Grupos de Empresas*, Cadernos Laborais, n.º 2, Instituto de Direito do Trabalho, Almedina, 2002

MARTINS, Pedro Furtado - *Cessação do Contrato de Trabalho*, 3.^a ed. (rev. e act.), Principia, 2012

MARTINS, Pedro Furtado - *Cessação do Contrato de Trabalho*, 2.^a ed., Principia, 2002

MARTINS, Pedro Furtado - “Despedimento Ilícito, Reintegração na Empresa e Dever de Ocupação Efectiva. Contributo para o Estudo dos Efeitos da Declaração da Invalidez do Despedimento”, *Direito e Justiça*, Suplemento, 1992, pp. 11-192

MARTINS, Pedro Furtado - A Relevância dos Elementos Pessoais na Situação Jurídica do Trabalhador Subordinado. Considerações em Torno de uma Manifestação Típica: O Dever de Ocupação Efectiva”, *RMP*, ano 12, 1991, n.º 47, pp. 35-53

MARZAL MARTÍNEZ, Odon Francisco - “La Suspensión de la Relación Laboral por Causa del Servicio Militar y por Ejercicio de Cargo Público o de Representación Sindical”, *La Suspensión del Contrato de Trabajo* (dir. José María Marín Correa), Consejo General del Poder Judicial, 1994, pp. 223-261

MAZEAUD, Antoine – *Droit du Travail*, 7.^a ed., Montchrestien, 2010

MAZEAUD, Antoine – “Le Licenciement en Cas de Maladie Prolongée ou d’Inaptitude Physique d’Origine Non Professionnelle: La Loi, le Juge et les Partenaires Sociaux”, *DS*, 1992, n.º 3, pp. 234-248

MAZZONI, Giuliano – *Manuale di Diritto del Lavoro*, vol. 1, *Principi Generali e Fonti* (coord. Aldo Aranguren) e *Il Rapporto di Lavoro* (coord. Marco Papaleoni), 6.^a ed. (rev. e ampl.), Giuffrè Editore, 1988

MAZZOTTA, Oronzo – *Diritto del Lavoro. Il Rapporto di Lavoro*, 3.^a ed., Giuffrè, 2008

MCCALLUM, Ron – “Exploring the Common Law: Lay-Off, Suspension and the Contract of Employment”, *Australian Journal of Labour Law*, 1989, n.º 2, pp. 211-233

MCKENDRICK, Ewan – “The Regulation of Long-Term Contracts in English Law”, *Good Faith and Fault in Practice Law* (org. Jack Beatson e Daniel Friedman), Oxford Clarendon Press, 1995, pp. 305-333

MEENAN, Helen – “Age Discrimination in the EU and the Framework Directive”, *The Law on Age Discrimination in the EU* (ed. Malcolm Sargeant), Kluwer International, 2008, pp. 9-27

MEHREN, Arthur von – “A General View of Contract”, *International Encyclopedia of Comparative Law*, cap. 1, vol. 7, *Contracts* (ed. Arthur von Mehren), J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1982

MELLO, Alberto de Sá e – “Extinção de Contratos de Trabalho por Dissolução da Pessoa Colectiva Empregadora”, ano 39, 1997, *RDES*, pp. 369-400

MELO, Vítor – “Direito a Férias no Código do Trabalho”, *PDT*, 2006, n.ºs 74-75, pp. 245-259

MENGONI, Luigi – “Note sull’Inadempimento Involontario dell’Obbligazione di Lavoro”, *RDPC*, ano 4, 1950, pp. 270-282

MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Paz / **VELASCO PORTERO**, Teresa – “La Suspensión del Contrato de Trabajo de las Víctimas de Violencia de Género como Medida de Protección Integral. Mucho Ruido y Pocas Nueces”, *Revista Trabajo y Seguridad Social*, 2005, n.º 271, pp. 7-64

MESQUITA, José Andrade – *Direito do Trabalho*, AAFDL, 2003

MESQUITA, José Andrade – “O Direito a Férias”, *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, vol. 3, Almedina, 2002, pp. 65-105

MESSINEO, Francesco – *Dottrina Generale del Contratto*, 3.^a ed. (rev. e ampl.), Giuffrè Editore, 1948 (trad. Rodolfo Fontanarrosa, Santiago Sentís Melendo e M. Volterra), Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952

MESTRE, Bruno – “Discriminação em Função da Idade – Análise Crítica da Jurisprudência Comunitária e Nacional”, *Para Jorge Leite. Escritos Jurídico-Laborais* (coord. João Reis, Leal Amado, Liberal Fernandes e Regina Redinha), vol. 1, Coimbra Editora, 2014, pp. 569-624

MESTRE, Bruno – “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”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hörster* (coord. Luís Couto Gonçalves, Wladimir Brito, Mário Ferreira Monte, Fernando de Gravato Morais, Clara Calheiros e Cristina Araújo Dias), Almedina, 2012, pp. 815-836

MESTRE, Jacques – “Observations sur l’Attitude du Juge Face aux Difficultés d’Exécution du Contrat”, *Revue de Droit Henri Capitant*, 2011, n.º 3, disponível em <<http://www.henricapitantlawreview.fr/article.php?id=317>>

MESTRE, Jacques – “L’Influence des Relations de Travail sur le Droit Commun des Contrats”, *DS*, 1988, n.º 5, pp. 405-406

MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL – “Guía Laboral del Ministerio de Empleo y Seguridad Social”, 2014, disponível em <<http://www.empleo.gob.es/es/Guia/>>

MINISTÉRIO DA SOLIDARIEDADE, EMPREGO E SEGURANÇA SOCIAL / INSTITUTO DA SEGURANÇA SOCIAL – *Guião da Segurança Social (“Layoff”)*, 2015, disponível em <<http://www4.seg-social.pt/documents/10152/14992/layoff>>

MINISTÉRIO DA SOLIDARIEDADE, EMPREGO E SEGURANÇA SOCIAL / INSTITUTO DA SEGURANÇA SOCIAL – *Guia Prático. Apoios Sociais – Vítimas de Violência Doméstica*, 2014, disponível em <http://www4.seg-social.pt/documents/10152/27255/apoios_sociais_vitimas_violencia_domestic>

MINISTÉRIO DO TRABALHO E DA SOLIDARIEDADE SOCIAL / INSTITUTO DO EMPREGO E DA FORMAÇÃO PROFISSIONAL – *Livro Branco das Relações Laborais*, Ministério do Trabalho e da Solidariedade Social, IEFP, 2007, disponível em <http://www.gep.msess.gov.pt/edicoes/outras/livro_branco_digital.pdf>

MINISTÉRIO DO TRABALHO E DA SOLIDARIEDADE SOCIAL / INSTITUTO DO EMPREGO E DA FORMAÇÃO PROFISSIONAL – *Livro Verde sobre as Relações Laborais*, IEFP, 2006, disponível em <<http://www.gep.msess.gov.pt/edicoes/outras/livroverde.pdf>>

MIRANDA, Jorge / MEDEIROS, Rui – *Constituição Portuguesa Anotada*, t. 1, 2.^a ed. (rev., act. e ampl.), Coimbra Editora, 2010

MOLITOR, Erich – “Ruhegehalt bei Suspendierung. Urteil des BAG vom 22.1.1959. Suspendierung des Arbeitnehmers”, *AR-Blattei*, 1959, n.º 109, VII, (D) Arbeitsvertrag – Arbeitsverhältnis, s.p.

MOLITOR, Erich – “Wiedereinstellungspflicht bei Suspendierung. Urteil des BAG vom 26.1.1959. Suspendierung des Arbeitnehmers”, *AR-Blattei*, 1959, n.º 114, VII, (D) Arbeitsvertrag – Arbeitsverhältnis, s.p.

MONTEIRO, António Pinto – *Contrato de Agência. Anotação*, 7.^a ed., Almedina, 2010

MONTEIRO, António Pinto – “Denúncia de um Contrato de Concessão Comercial” (Anotação ao Acórdão da RP, de 27.06.1995), *RLJ*, ano 130, 1997-1998, pp. 119-128

MONTEIRO, Luís Miguel – “Ausência ao Serviço de Membros de Estruturas Representativas dos Trabalhadores”, *PDT*, 2005, n.º 72, pp. 67-84

MONTEIRO, Luís Miguel – “Da Vontade Contratual na Configuração da Prestação de Trabalho”, *RDES*, ano 32, 1990, n.ºs 1-2-3-4, pp. 283-328

MONTOYA MELGAR, Alfredo – *Derecho del Trabajo*, 36.^a ed. rev., tecnos, 2015

MONTOYA MELGAR, Alfredo – *La Buena Fe en el Derecho del Trabajo*, tecnos, 2001

MORAIS, Luís – *Dois Estudos: Justa Causa e Motivo Atendível de Despedimento. Trabalho Temporário*, Edições Cosmos, 1991

MORAIS VALLEJO, Carlos – “La Privación de Libertad del Trabajador como Causa Suspensiva de la Relación de Trabajo”, *Revista de Política Social*, 1972, n.º 93, pp. 107-136

MOREIRA, António José – “O Poder Disciplinar. A Necessária Caminhada para o Direito”, *Congresso Europeu de Direito do Trabalho* (coord. José João Abrantes), Almedina, 2014, pp. 291-307

MOREIRA, Guilherme Alves – *Instituições do Direito Civil Português*, vol. 2, *Das Obrigações*, 2.^a ed., Coimbra Editora, 1925, disponível em <<http://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1229.pdf>>

MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho – *A Privacidade dos Trabalhadores e as Novas Tecnologias de Informação e Comunicação. Contributo para um Estudo dos Limites do Poder de Controlo Electrónico do Empregador*, Almedina, 2010

MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho – *Da Esfera Privada do Trabalhador e do Controlo do Empregador*, Coimbra Editora, 2004

MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho – “O Respeito pela Esfera Privada do Trabalhador: Natureza Jurídica das Faltas Cometidas por Motivo de Prisão Baseada em Crimes Praticados Fora do Trabalho”, *QL*, ano 8, 2001, n.º 18, pp. 155-189

MOTTA, Teresa Teixeira – “Férias, Feriados e Faltas”, *RDES*, ano 53, 2010, n.ºs 1-2, pp. 53-63

MOURA, José Barros – *Compilação de Direito do Trabalho. Sistematizada e Anotada*, Almedina, 1980

MULLER, Angelika – “Employment Protection Legislation Tested by the Economic Crisis. A Global Review of the Regulation of Collective Dismissals for Economic Reasons”, *Dialogue in Brief, Industrial and Employment Relations Department, International Labour Organization*, n.º 3, 2011, disponível em <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---dialogue/documents/publication/wcms_166754.pdf>

MÚRIAS, Pedro / PEREIRA, Maria de Lurdes – “Obrigações de Meios, Obrigações de Resultado e Custos da Prestação”, *Centenário do Nascimento do Professor Doutor Paulo Cunha – Estudos em Homenagem*, Almedina, 2012, pp. 999-1018

NAPIER, Brian – “Strikes and the Contract of Employment”, *The Cambridge Law Journal*, 1977, vol. 36, pp. 34-37

NETO, Abílio – “Natureza e Consequências das Faltas Dadas por um Trabalhador, Motivadas por Condenação em Pena de Prisão”, *RDES*, ano 39, 1987, pp. 49-55

NEVES, António Castanheira – “Considerações a Propósito do Direito à Greve”, *Temas de Direito do Trabalho. Direito do Trabalho na Crise. Poder Empresarial. Greves Atípicas. IV Jornadas Luso-Hispano-Brasileiras de Direito do Trabalho*, Coimbra Editora, 1990, pp. 449-452

NEVES, Ilídio das – “Os Regimes Complementares de Segurança Social. Razão de Ser, Características e Limites”, *RDES*, ano 36, 1994, n.º 4, pp. 255-332

NIPPERDEY, Hans Carl / SÄCKER, Franz-Jürgen – “Suspendierende und lösende Arbeitskämpfungsmittel”, *BB*, ano 24, 1969, n.º 8, pp. 321-326

NOTTHOFF, Karsten – *Das ruhende Arbeitsverhältnis als Schutz des Arbeitsplatzes wehrpflichtiger Arbeitnehmer*, dissert., policop., inédito, Universität Münster, 1972

O’CINNEIDE, Colm – *The Evolution and Impact of the Case-Law of the Court of Justice of the European Union on Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC* (superv.

Christa Tobler), *European Commission, Directorate-General for Justice*, 2012, disponível em <http://www.migpolgroup.com/public/docs/Evolution%20and%20Impact%20EN.pdf>

OCCHINO, Antonella – “Il Congedo di Maternità nella Giurisprudenza della Corte di Giustizia: Due Variazioni Sul Tema”, *RIDL*, 2004, n.º 2, pp. 703-712

OERTMANN, Paul – “Leistungunmöglichkeit und Annahmeverzug”, *LZ*, 1927, pp. 1177-1184

OERTMANN, Paul – “Leistungunmöglichkeit und Annahmeverzug”, *AcP*, 1918, 116, pp. 1-50

OESCHSLER, Jürgen – “Wille und Vertrauen im privaten Austauschvertrag – Die Rezeption der Theorie des Relational Contract im deutschen Vertragsrecht in rechtsvergleichender Kritik”, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1996, vol. 60, pp. 91-124

OETKER, Hartmut – *Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung. Bestandsaufnahme und kritische Würdigung einer tradierten Figur der Schuldrechtsdogmatik*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1994

OLARTE ENCABO, Sofía – “«Liberalización» y «Subvención» de la Suspensión del Contrato de Trabajo y de la Reducción Temporal de la Jornada de Trabajo por Causas Económicas, Técnicas, Organizativas o de Producción (Art. 47 ET) tras la Reforma de 2012”, *Documentación Laboral*, 2012, n.ºs 95-96, pp. 77-88

OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto – *Princípios de Direito dos Contratos*, Coimbra Editora, 2011

OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto – “A Resolução do Contrato no Direito Alemão e no Direito Português”, *Estudos sobre o Não Cumprimento das Obrigações*, 2.ª ed., Almedina, 2009, pp. 63-75

OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto – “Contributo para a Interpretação do Artigo 808.º do Código Civil”, *Estudos sobre o Não Cumprimento das Obrigações*, 2.ª ed., Almedina, 2009, pp. 51-61

OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto – “Contributo para a «Modernização» das Disposições do Código Civil Português sobre a Impossibilidade da Prestação”, *Estudos sobre o Não Cumprimento das Obrigações*, 2.ª ed., Almedina, 2009, pp. 11-32

OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto – “The German Act to Modernize the Law of Obligations as a Model for the Europeanization of Contract Law? The New Rules Regarding Impossibility of Performance from the Perspective of a

Portuguese Lawyer”, *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 11.4, 2007, disponível em <<http://www.ejcl.org/114/art114-2.pdf>>

OPPO, Giorgio – “I Contratti di Durata”, *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, 1943, vol. 41, pp. 143-180, e vol. 42, pp. 17-46

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – Relatório “Termination of Employment Legislation Digest – Country Profile: Germany”, 2006, disponível em <<http://www.ilo.org/dyn/eplcx/docs/23/Germany.pdf>>

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÓMICO – Relatório “OECD Economic Surveys: Italy”, 2015, disponível em <http://www.oecd.org/eco/surveys/Overview_Italy_2015_ENG.pdf>

OSTI, Giuseppe – “Contratto (Concetto, Distinzioni)”, *Nuovo Digesto Italiano*, 1938, vol. 16, pp. 36-70

OSTI, Giuseppe – “Appunti per una Teoria della «Sopravvenienza» (La Così detta Clausola *rebus sic standibus* nel Diritto Contrattuale Odierno”, *Rivista di Diritto Civile*, 1913, vol. 5, pp. 471-498 e pp. 647-697

OSTI, Giuseppe – “La Così detta Clausola *rebus sic standibus* nel suo Sviluppo Storico”, *Rivista di Diritto Civile*, 1912, vol. 4, pp. 1-58

PAINTER, Richard / HOLMES, Anne – *Cases and Materials on Employment Law*, 9.^a ed., Oxford University Press, 2012

PANCRAZI-TIAN, Marie-Eve – *La Protection Judiciaire du Lien Contractuel*, PUAM, 1996

PANDOLFO, Angelo – *La Malattia nel Rapporto di Lavoro*, Franco Angeli, 1991

PARREIRA, Isabel Ribeiro – “Breves Considerações sobre Alguns Aspectos do Regime do Direito a Férias (Arts. 219.º, 212.º, n.º 4 e 215.º; 213.º, n.º 3, do Código do Trabalho)”, *Memórias do VIII Congresso Nacional de Direito do Trabalho* (coord. António Moreira), Almedina, 2006, pp. 81-114

PARREIRA, Isabel Ribeiro – “O Absentismo Antes e Depois do Código do Trabalho: O Reforço de Armas na Luta do Empregador contra as Ausências ao Trabalho”, *Estudos de Direito do Trabalho em Homenagem ao Professor Manuel Alonso Olea* (coord. António Monteiro Fernandes), Almedina, 2004, pp. 267-320

PELISSIER, Jean – “Réflexions à Propos de la Suspension du Contrat de Travail”, *Etudes de Droit du Travail Offertes à André Brun*, Librairie Sociale et Economique, 1974, pp. 427-449

PELISSIER, Jean / AUZERO, Gilles / DOCKES, Emmanuel – *Droit du Travail*, 25.^a ed., Dalloz, 2010

PELISSIER, Jean / LYON-CAEN, Antoine / JEAMMAUD, Antoine / DOCKES, Emmanuel – *Les Grands Arrêts du Droit du Travail*, 3.^a ed., Dalloz, 2004

PERA, Giuseppe – *Compendio di Diritto del Lavoro*, 5.^a ed., Giuffrè Editore, 2000

PEREIRA, Maria de Lurdes – *Conceito de Prestação e Destino da Contraprestação*, Almedina, 2001

PEREIRA, Maria de Lurdes / MÚRIAS, Pedro – “Os Direitos de Retenção e o Sentido da Excepção de Não Cumprimento”, *RDES*, ano 49, 2008, n.ºs 1-4, pp. 187-239

PEREIRA, Maria de Lurdes / MÚRIAS, Pedro – “Sobre o Conceito e a Extensão do Sinalagma”, *Estudos em Honra do Professor Doutor Oliveira Ascensão* (coord. António Menezes Cordeiro, Pedro Pais de Vasconcelos e Paula Costa e Silva), vol. 1, Almedina, 2008, pp. 379-430

PICCHINO, Silvano – *Le Assenze per Malattia. Gli Effetti sul Rapporto di Lavoro ed il Sistema dei Controlli*, Buffetti Editore, 1986

PICKER, Christian – “Personenbedingte Kündigung – mehrjährige Freiheitsstrafe”, *RdA*, 2012, pp. 40-50

PICKER, Eduard – “Arbeitsvertragliche Lohngefahr und Dienstvertragliche Vergütungsgefahr. Zur Wiederannäherung von Arbeits- und Zivilrecht”, *Festschrift für Otto Rudolf Kissel zum 65. Geburtstag*, Beck, 1994, 813-854

PICKER, Eduard – “Fristlose Kündigung und Unmöglichkeit, Annahmeverzug und Vergütungsgefahr im Dienstvertragsrecht”, *JZ*, 1985, pp. 641-652 (Parte 1) e pp. 693-706 (Parte 2)

PICKER, Eduard – “Betriebsrisikolehre und Arbeitskampf”, *JZ*, 1979, pp. 285-294

PICQ, Marielle – “L’Impossibilité de Maintenir le Contrat de Travail (Article L. 122-32-2 du Code du Travail)”, *Recueil Dalloz Sirey*, 1996, n.º 16, pp. 136-140

PINTO, Alexandre Mota – “Notas sobre o Contrato de Trabalho de Adesão”, *QL*, ano 10, 2003, n.º 21, pp. 35-73

PINTO, Carlos Alberto da Mota – *Teoria Geral do Direito Civil*, por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, 2.^a reimp. da 4.^a ed. (2005), Coimbra Editora, 2012

PINTO, Carlos Alberto da Mota – *Cessão da Posição Contratual*, reimp. (1982), Almedina, 2005

PINTO, Paulo Mota – *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, vol. 2, Coimbra Editora, 2008

PINTO, Fernando Ferreira – *Contratos de Distribuição. Da Tutela do Distribuidor Integrado em Face da Cessação do Vínculo*, UCP, 2013

PINTO, Mário – “Garantia de Emprego e Crise Económica; Contributo Ensaístico para um Novo Conceito”, *RDES*, ano 29, 1987, pp. 435-464

PINTO, Mário / MARTINS, Pedro Furtado / CARVALHO, António Nunes de – “Antiguidade” e “Antiguidade Convencional”, *Glossário de Direito do Trabalho e Relações Industriais*, UCE, 1996, pp. 43-45

PINTO, Mário / MARTINS, Pedro Furtado / CARVALHO, António Nunes de – *Comentário às Leis do Trabalho*, vol. 1, Lex, 1994

PIRES, Manuel – *Do Caso Fortuito ou de Força Maior. Estudo de um Aspecto da Responsabilidade Contratual*, policop., FDUL, 1957

POLICARPO, João Francisco de Almeida / FERNANDES, António Monteiro – *Lei do Contrato de Trabalho Anotada*, Almedina, 1970

POLICARPO, João Francisco de Almeida / FERNANDES, António Monteiro – “Fundamento do Poder Disciplinar”, *ESC*, ano 6, 1967, pp. 17-51

PONTE, Flavio Vincenzo – “La Valutazione dei Costi nel Licenziamento per Giustificato Motivo Oggettivo: Apertura alla Teoria della «Perdita Attesa» e Valutazione Giudiziale della sua Sostenibilità”, *Lavoro Previdenza. Osservatorio di Diritto del Lavoro e della Previdenza Sociale*, 2004, disponível em <http://www.lavoroprevidenza.com/stampa_articolo.asp?id=1968>

PORTO, Margarida – “Regime Jurídico do Contrato de Trabalho dos Profissionais de Espectáculos – Algumas Reflexões”, *para Jorge Leite. Escritos Jurídico-Laborais* (coord. João Reis, Leal Amado, Liberal Fernandes e Regina Redinha), vol. 1, Coimbra Editora, 2014, pp. 733-755

POSNER, Richard – *Some Economics of Labor Law*, University of Chicago Law Review, 1984, pp. 988-1011

POSNER, Richard / ROSENFELD, Andrew – “Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An Economic Analysis”, *Readings in the Economics of Contract Law* (ed. Victor Goldberg), reimp. (1989), Cambridge University Press, 1990, pp. 212-220

POSO, Vincenzo – “Sull’Impossibilità Temporanea per *factum principis* come Giustificato Motivo di Licenziamento” (Anotação à Decisão da *Cassazione* de 28.2.1992, n.º 2461), *RIDL*, ano 12, 1993, pp. 351-354

POULIAKAS, Konstantinose / THEODOROPOULOS, Nikolaos – “The Effect of Variable Pay Schemes on Workplace Absenteeism”, *Forschungsinstitut zur*

Zukunft der Arbeit, Discussion Paper n.º 5941, 2011, disponível em <<http://ftp.iza.org/dp5941.pdf>>

PRATA, Ana – *Dicionário Jurídico*, vol. 1, 7.^a reimp. da 5.^a ed. act. e ampl. (2008), Almedina, 2014

PRETO, Sónia – “Alguns Aspectos da Retribuição: Os Subsídios Anuais (Subsídio de Férias, de Natal e de Balanço”, *RDES*, ano 54, 2013, n.º 4, pp. 57-116

PROENÇA, José Carlos Brandão – *Lições de Cumprimento e Não Cumprimento das Obrigações*, Coimbra Editora, 2011

PUIG SÁNCHEZ, Marta – “La Transgresión de la Buena Fe Contractual Durante la Incapacidad Temporal”, *La Incapacidad Temporal* (coord. Antonio Ojeda Avilés), tecnos, 1996, pp. 372-389

PUNTA, Riccardo Del – *Diritto del Lavoro*, 3.^a ed., Giuffrè Editore, 2010

PUNTA, Riccardo Del – “La Sospensione del Rapporto di Lavoro. Malattia, Infortunio, Maternità, Servizio Militare”, *Il Codice Civile. Commentario* (dir. Piero Schlesinger), Giuffrè Editore, 1992

PURCALLA BONILLA, Miguel Angel / PRECIADO DOMÈNECH, Carlos Hugo – “Extinción del Contrato de Trabajo versus Suspensión y Reducción de Jornada en el Real Decreto-Ley 3/2012”, *Aranzadi Social*, 2012, vol. 5, n.º 2, pp. 307-334

QUERIDO, António Rodrigues – *A Suspensão do Contrato de Trabalho. Na Teoria, na Prática, na Jurisprudência*, Europa Editora, 1991

RADOUANT, Jean – *Du Cas Fortuit et de la Force Majeure*, Librairie Arthur Rousseau, 1920

RAMALHO, Maria do Rosário Palma – *Tratado de Direito do Trabalho. Parte III – Situações Laborais Colectivas*, 2.^a ed. (act.), Almedina, 2015

RAMALHO, Maria do Rosário Palma – *Tratado de Direito do Trabalho. Parte II – Situações Laborais Individuais*, 5.^a ed. (rev. e act.), Almedina, 2014

RAMALHO, Maria do Rosário Palma – “O Olhar do Tribunal Constitucional sobre a Reforma Laboral – Algumas Reflexões”, *Para Jorge Leite. Escritos Jurídico-Laborais* (coord. João Reis, Leal Amado, Liberal Fernandes e Regina Redinha), vol. 1, Coimbra Editora, 2014, pp. 737-778

RAMALHO, Maria do Rosário Palma – “Portuguese Labour Law and Industrial Relations During the Crisis”, *Relatório da OIT*, 2013, disponível em <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---dialogue/documents/publication/wcms_232798.pdf>

RAMALHO, Maria do Rosário Palma – *Tratado de Direito do Trabalho. Parte I – Dogmática Geral*, 3.^a ed. (rev. e act.), Almedina, 2012

RAMALHO, Maria do Rosário Palma – “Delimitação do Contrato de Trabalho e Presunção de Laboralidade no Novo Código do Trabalho – Breves Notas”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, vol. 3, Almedina, 2011, pp. 561-580

RAMALHO, Maria do Rosário Palma – *Direito do Trabalho. Parte II – Situações Laborais Individuais*, 2.^a ed. (rev. e act.), Almedina, 2008

RAMALHO, Maria do Rosário Palma – *Grupos Empresariais e Societários. Incidências Laborais*, Almedina, 2008

RAMALHO, Maria do Rosário Palma – “Aspectos Laborais da Insolvência: Notas Breves sobre as Implicações Laborais do Regime do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas”, ano 12, 2005, *QL*, n.º 26, pp. 145-163 [= *Estudos em Memória do Professor Doutor José Dias Marques*, Almedina, 2007, pp. 687-705]

RAMALHO, Maria do Rosário Palma – “O Poder Disciplinar Laboral no Código do Trabalho”, *Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos* (coord. Jorge Miranda, Luís de Lima Pinheiro e Dário Moura Vicente), vol. 1, Almedina, 2005, pp. 1133-1147

RAMALHO, Maria do Rosário Palma – “O Direito da Igualdade no Código do Trabalho”, *A Reforma do Código do Trabalho*, Coimbra Editora, 2004, pp. 173-190

RAMALHO, Maria do Rosário Palma – “Ainda a Crise do Direito Laboral: A Erosão da Relação de Trabalho Típica e o Futuro do Direito do Trabalho”, *Estudos de Direito do Trabalho*, vol. 1, Almedina, 2003, pp. 107-121

RAMALHO, Maria do Rosário Palma – “Greves de Maior Prejuízo – Notas sobre o Enquadramento Jurídico de Quatro Modalidades de Comportamento Grevista (Greves Intermitentes, Rotativas, Trombose e Retroactivas”, *Revista Jurídica*, AAFDL, 1986, n.º 5, pp. 67-115 [= *Estudos de Direito do Trabalho*, vol. 1, Almedina, 2003, pp. 289-338]

RAMALHO, Maria do Rosário Palma – “Relação de trabalho e Relação de Emprego – Contributos para a Construção Dogmática do Contrato de Trabalho”, *Estudos de Direito do Trabalho*, vol. 1, Almedina, 2003, pp. 125-156

RAMALHO, Maria do Rosário Palma – “Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais da Pessoa”, *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, vol. 2, Almedina, 2002, pp. 393-415 [= *Estudos de Direito do Trabalho*, vol. 1, Almedina, 2003, pp. 157-178]

RAMALHO, Maria do Rosário Palma – *Da Autonomia Dogmática do Direito do Trabalho*, Almedina, 2000

RAMALHO, Maria do Rosário Palma – *Lei da Greve Anotada*, Lex, 1994

RAMALHO, Maria do Rosário Palma – *Do Fundamento do Poder Disciplinar Laboral*, Almedina, 1993

RAMALHO, Maria do Rosário Palma – “Acidentes de Trabalho em Situação de Greve”, *ROA*, ano 53, 1993, n.º 3, pp. 521-574 [= *Estudos de Direito do Trabalho*, vol. 1, Almedina, 2003, pp. 338-389]

RAMÍREZ MARTÍNEZ, Juan Manuel – “Naturaleza y Fines de la Suspensión del Contrato: Delimitación Frente a Figuras Afines”, *La Suspensión del Contrato de Trabajo* (dir. José María Marín Correa), Consejo General del Poder Judicial, 1994, pp. 9-36

RAMOS, Rui Manuel Moura – *Da Lei Aplicável ao Contrato de Trabalho Internacional*, Almedina, 1991

RATO, João – “Direito a Férias. Suspensão do Contrato de Trabalho”, *PDT*, ano 13, 1994, actualização n.º 45, pp. 48-52

RAY, Jean-Emmanuel – *Droit du Travail. Droit Vivant*, 19.^a ed. (rev. e ampl.), Liaisons, 2010

RAZ, Joseph – “Responsibility and the Negligence Standard”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 2010, vol. 30, n.º 1, pp. 1-18

REDINHA, Maria Regina – *Relações Atípicas de Emprego (A Cautionary Tale)?*, dissert., policop., inédito, FDUP, 2015

REDINHA, Maria Regina – “Os Direitos de Personalidade no Código do Trabalho: Actualidade e Oportunidade da sua Inclusão”, *A Reforma do Código do Trabalho*, Coimbra Editora, 2004, pp. 161-172

“Regressa a Polémica sobre o Aumento das Férias”, editorial, *Trabalho e Segurança Social*, 2005, n.º 4, p. 1

REIS, João Carlos Simões dos – “Suspensão do Contrato. Dever de Comunicação do Impedimento”, *QL*, ano 1, 1994, n.º 2, pp. 80-88

REIS, João Carlos Simões dos – *A Suspensão do Contrato de Trabalho por Motivos Respeitantes ao Trabalhador*, dissert., policop., inédito, FDUC, 1993

RIBEIRO, João Soares – “Faltas no Código: Que Imperatividade?”, *PDT*, 2005, n.º 72, pp. 131-154

RIBEIRO, Ricardo Lucas – *Obrigações de Meios e Obrigações de Resultado*, Coimbra Editora, 2010

RICHERI, Alessandro – “Quiescenza”, *Novissimo Digesto Italiano*, 1967, vol. 14, pp. 699-705

RIVA-SANSEVERINO, Luisa – *Commentario del Codice Civile, Libro Quinto –Del Lavoro. Disciplina delle Attività Professionali. Impresa in Generale, Art. 2060-2134*, Nicola Zanichelli Editore, 1977

RIVAS VALLEJO, Pilar – *La Suspensión del Contrato de Trabajo. Naturaleza Jurídica y Supuestos Legales*, Editorial Bomarzo, 2007

RIVAS VALLEJO, Pilar – *La Suspensión del Contrato de Trabajo por Nacimiento o Adopción de Hijos*, Editorial Aranzadi, 1999

ROCHA, Manuel António Coelho da – *Direito Civil Portuguez*, t. 2, 3.^a ed., Imprensa da Universidade, 1852

ROCHA, Maria Victoria Ferreira da – “A Imputação Objectiva na Responsabilidade Contratual”, *RDE*, ano 15, 1989, pp. 31-103

RODRÍGUEZ COPÉ, María Luisa – *La suspension del contrato de trabajo*, CES, 2004

ROGER, Michel – “Les Effets de la Délinquance d’un Salarié sur son Contrat de Travail”, *DS*, 1980, n.º 2, pp. 173-186

ROLF, Christian / RIECHWALD, Jochen – “Personalabbau im kurzarbeitenden Betrieb”, *BB*, 2010, n.º 26, pp. 1597-1599

ROMERO DE BUSTILLO, Santiago – “Los Apartados c) y d) del Numero 1 del Art. 45 del Estatuto”, *La Suspensión del Contrato de Trabajo* (dir. José María Marín Correa), Consejo General del Poder Judicial, 1994, pp. 107-140

ROUXINOL, Milena Silva – *O Direito a Férias do Trabalhador (Comentário aos Artigos 237.º a 247.º e 264.º do Código do Trabalho, Aprovado pela Lei n.º 7/2009)*, Cadernos do Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho, n.º 8, Almedina, 2014

ROUXINOL, Milena Silva – “O Regime da Relação entre Fontes Laborais no Código do Trabalho de 2009”, *Código do Trabalho – A Revisão de 2009* (coord. Paulo. Morgado de Carvalho), Coimbra Editora, 2011, pp. 37-58

ROUXINOL, Milena Silva – “O Direito a Férias no Código do Trabalho – Apontamentos”, *QL*, ano 16, 2009, n.º 33, pp. 37-59

RUDKOWSKY, Lena – “Die Umrechnung des Urlaubsanspruchs bei Kurzarbeit und ihre Vereinbarkeit mit der Arbeitszeitrichtlinie”, *NZA*, 2012, pp. 74-78

SÁ, Fernando Augusto Cunha de – “Modos de Extinção das Obrigações”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Teles* (org. António

Menezes Cordeiro, Luís Menezes Leitão e Januário da Costa Gomes), vol. 1, Almedina, 2002, pp. 171-262

SÁ, Fernando Augusto Cunha de – *Direito ao Cumprimento e Direito a Cumprir*, reimp. da ed. de 1973 (RDES, ano 20, n.ºs 2, 3 e 4, pp. 149-259), Almedina, 1997

SALA FRANCO, Tomás – *La Incapacidad Temporal para Trabajar Derivada de Enfermedad o Accidente*, tirant lo blanch, 2005

SÁNCHEZ ICART, Francisco Javier / TORRES GOSÁLBEZ, Luis – “Privación de Libertad y Despido Disciplinario, *Actualidad Laboral*, 1999, n.º 4, pp. 83-91

SANTORO-PASSARELLI, Giuseppe – *Diritto dei Lavori*, 3.^a ed., G. Giappichelli Editore, 2009

SANTOS, Madalena Moreira dos – “A Caducidade do Contrato de Trabalho por Impossibilidade Superveniente, Absoluta e Definitiva de o Trabalhador Prestar o seu Trabalho. Comentário ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 24 de Setembro de 2008”, *PDT*, 2011, n.º 90, pp. 145-165

SANTOS, Miguel Noutel dos – “A Suspensão do Contrato de Trabalho por Motivos Ligados ao Trabalhador: A Suspensão por Impedimento Prolongado e o Requisito da Não Imputabilidade”, *PDT*, 2004, n.º 68, pp. 109-161

SANTOS, Miguel Ribeiro dos – “Procedimentos de *Lay-Off*”, *RDES*, ano 51, 2010, n.ºs 1-4, pp. 247-280

SANTUCCI, Rosario – “La Sospensione del Rapporto di Lavoro: Spunti Ricostruttivi”, *Lavoro e Diritto*, ano 3, 1989, n.º 1, pp. 39-72

SARRAUTE, Raymond – *De la Suspension dans l'Exécution des Contrats*, PUF, 1929

SAVATIER, Jean – “La Durée de la Suspension du Contrat de Travail pour Raisons de Santé”, *DS*, 2005, n.º 5, pp. 546-551

SAVATIER, Jean – “Incarceração do Salarié, Incarceração de l'Employeur: Quelles Incidences sur la Poursuite du Contrat de Travail?”, *DS*, 2004, n.ºs 7 e 8, pp. 729-732

SAVATIER, Jean – “La Modification du Contrat de Travail, *DS*, 1981, n.º 3, pp. 219-227

SAVIGNY, Friedrich Karl von – *Das Obligationenrecht als Teil des heutigen römischen Rechts*, reimp. (ed. de 1851-1853), Scientia Verlagen Aalen, 1987

SCHAUB, Günter / KOCH, Ulrich – *Arbeitsrecht von A-Z*, 18.^a ed., C. H. Beck, 2009

SCHLECHTRIEM, Peter – “The German Act to Modernize the Law of Obligations in the Context of Common Principles and Structures of the Law of Obligations in Europe”, *Oxford University Comparative Law Forum*, 2002, disponível em <<http://ouclf.iuscomp.org/articles/schlechtriem2.shtml#fn1sym>>

SCHLESINGER, Rudolf – *Formation of Contracts. A Study of the Common Core of Legal Systems*, vol. 1, Dobbs Ferry, Oceana Publications, Inc. e Stevens & Sons, 1968

SCHRADER, Peter – “Der inhaftierte Arbeitnehmer”, *ArbRAktuell*, 2011, n.º 12, pp. 291-292

SCHULTE-NÖLKE, Hans – “The New German Law of Obligations: An Introduction”, 2002, disponível em <<http://www.iuscomp.org/gla/literature/schulte-noelke.htm>>

SCOTT, Robert – “The Case for Formalism in Relational Contract”, *Northwestern University Law Review*, 2000, vol. 94, n.º 3, pp. 847-876

SEIFERT, Achim / FUNKEN-HÖTZEL, Elke – “Wrongful Dismissals in the Federal Republic of Germany”, *Comparative Labor Law and Policy Journal*, 2005, vol. 25, n.º 4, pp. 487-518, também disponível em <http://www.upf.edu/iuslabor/_pdf/2005-4/AchimSeifertGermany.pdf>

SELWYN, Norman – *Selwyn’s Law of Employment*, 16.^a ed., Oxford University Press, 2011

SEQUEIRA, Alexandra Marques – “Da Designação de Trabalhador para Membro de Órgão Estatutário da Sociedade Empregadora – Efeitos no Contrato de Trabalho”, *QL*, ano 22, 2015, n.º 46, pp. 151-176

SEQUEIRA, ELSA VAZ DE – *Dos Pressupostos da Colisão de Direitos no Direito Civil*, UCE, 2004

SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz – “Anotação ao Acórdão do STJ de 6.4.1978”, *RLJ*, ano 111, 1979, n.º 3631, pp. 338-352, e n.º 3632, pp. 354-356

SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz – “Comentário ao Acórdão do STJ de 14.3.1972”, *RLJ*, ano 106, 1973, n.º 3494, pp. 79-80, e n.º 3495, pp. 85-88

SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz – “Prescrição e Caducidade”, *BMJ*, 1961, n.º 105, pp. 5-248, n.º 106, pp. 45-278, e n.º 107, pp. 159-302

SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz – “Direito das Obrigações: Com Excepção dos Contratos em Especial: Anteprojecto”, Separata do *BMJ*, 1960, pp. 1-653

SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz – “Causas Justificativas do Facto Danoso”, *BMJ*, 1959, n.º 85, pp. 13-112

SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz – “Objecto da Obrigação. A Prestação – Suas Espécies e Requisitos”, *BMJ*, 1958, n.º 74, pp. 15-283

SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz – “Excepção de Contrato Não Cumprido (*exceptio non adimpleti contractus*)”, *BMJ*, 1957, n.º 67, pp. 17-181

SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz – “Lugar da Prestação. Tempo da Prestação – Denúncia. Cessão da Posição Contratual”, *Separata do BMJ*, 1955, n.ºs 49-50, pp. 1-237

SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz – “Mora do Devedor”, *BMJ*, 1955, n.º 48, pp. 5-317

SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz – “Impossibilidade Superveniente e Cumprimento Imperfeito Imputáveis ao Devedor”, *BMJ*, 1955, n.º 47, pp. 5-97

SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz – “Encargo da Prova em Matéria de Impossibilidade ou de Cumprimento Imperfeito e da sua Imputabilidade a uma das Partes”, *Impossibilidade Superveniente. Desaparecimento do Interesse do Credor. Casos de Não-Cumprimento da Obrigação*, *Separata do BMJ*, 1955, n.ºs 46, 47 e 48, 1955, pp. 246-274

SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz – “Impossibilidade Superveniente por Causa Não Imputável ao Devedor e Desaparecimento do Interesse do Credor”, *BMJ*, 1955, n.º 46, pp. 5-152

SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz – “Mora do Credor”, *BMJ*, 1955, número especial, pp. 375-467

SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz – “Consignação em Depósito, Venda da Coisa Devida e Exoneração do Devedor por Impossibilidade da Prestação Resultante de Circunstância Atinente ao Credor”, *BMJ*, n.º 40, 1954, pp. 5-192

SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz – “Caso Fortuito ou de Força Maior e Teoria da Imprevisão” (Anotação a Acórdão do STJ de 30.7.1926), *BFDUC*, ano 10, 1929, pp. 192-215

SILVA, Filipe Fraústo da – “Alterações do Novo Código do Trabalho ao Regime de Feriados, Férias e Faltas”, *Código do Trabalho – A Revisão de 2009* (coord. Paulo. Morgado de Carvalho), Coimbra Editora, 2011, pp. 289-317

SILVA, Filipe Fraústo da – “Observações Acerca da Selecção Social no Procedimento de Despedimento Colectivo”, *QL*, ano 17, 2010, n.ºs 35-36, pp. 83-101, disponível em
<http://www.stj.pt/ficheiros/coloquios/coloquiodtotrabalho2009_fraustosilva.pdf#>, p. 1-15>

SILVA, Filipe Fraústo da – “Em Torno do Contrato de Serviço Doméstico”, *PDT*, 2001, n.º 60, pp. 83-130

SILVA, Filipe Fraústo da – “Serviço Doméstico, Intimidade e Despedimento”, *RDES*, ano 42, 2001, n.ºs 3 e 4, pp. 227-311

SILVA, Filipe Fraústo da – “Sobre a Exigência Legal de Forma Escrita para o Despedimento no Contrato de Serviço Doméstico”, *QL*, ano 7, 2000, n.º 16, pp. 232-237

SILVA, João Calvão da – *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*, reimp. da 4.ª ed. (2002), Almedina, 2007

SILVA, José Maria Rodrigues da – “Modificação, Suspensão e Extinção do Contrato de Trabalho”, *Direito do Trabalho. Curso Promovido pela Procuradoria-Geral da República e Integrado nas Actividades de Formação Permanente dos Magistrados*, Suplemento ao *BMJ*, 1979, pp. 179-214

SILVA, Luís Gonçalves da – *A Greve e os Acidentes de Trabalho*, AAFDL, 1998

SILVA, Manuel Gomes da – *O Dever de Prestar e o Dever de Indemnizar*, vol. 1, s.e., 1944

SILVA, Maria da Conceição Tavares da – “Serviço Militar e Relação de Trabalho”, *ESC*, ano 3, 1964, n.º 10, pp. 46-93

SILVA, Maria da Conceição Tavares da – “Despedimento para Redução do Pessoal”, *ESC*, ano 1, 1962, n.º 3, pp. 25-58

SILVA, Oscar Joseph de Plácido e – *Vocabulário Jurídico*, vol. 4, 2.ª ed., 1967

SILVA, Rita Canas da – “Breves Notas ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 30.4.2014: Ausências Justificadas e Prestação Efectiva de Trabalho”, *Estudos Dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier*, vol. 1, UCE, 2015, pp. 303-339

SILVA, Rita Canas da – “Collective Dismissals: The Recent European Court of Justice Ruling of 13 May 2015 on Collective Dismissals and its Impact on Portuguese Labour Law”, *Legalink, Global Newsletter*, 2015, disponível em <<http://www.legalink.ch/Resources/Newsletters/GlobalNewsletter/2015-2nd-Quarter-2015/COLLECTIVE-DISMISSALS>>

SILVA, Rita Canas da – “Discriminação Laboral em Função da Idade”, *Congresso Europeu de Direito do Trabalho* (coord. José João Abrantes), Almedina, 2014, pp. 237-289

SILVA, Rita Canas da – “Dever de Lealdade do Trabalhador e Níveis de Gestão”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*

(org. José Lebre de Freitas, Rui Pinto Duarte, Assunção Cristas, Vítor Pereira das Neves e Marta Tavares de Almeida), vol. 3, Almedina, 2011, pp. 581-615

SILVA, Rita Canas da – “A Europeização do Direito Constitucional Português. O *ne bis in idem* em Matéria Criminal”, *RDP*, 2011, n.º 5, pp. 183-226

SILVA, Rita Canas da – “Suspensão e Interrupção da Prescrição. Estudo Comparado dos Direitos Português e Espanhol”, *Themis*, ano 10, 2010, n.º 18, pp. 131-207

SILVA, Rita Canas da – “O Pacto de Não Concorrência”, *RDES*, ano 45, 2004, n.º 4, pp. 283-305

SMITH, Harry – “How Far does UK Labour Law Provide for the Effective Exercise of a Right to Strike?”, *The Student Journal of Law*, n.º 6, 2014, disponível em <<http://www.sjol.co.uk/issue-6/how-far-does-uk-labour-law-provide-for-the-effective-exercise-of-a-right-to-strike>>

SOLÀ MONELLS, Xavier – *La Suspensión del Contrato de Trabajo por Causas Empresariales*, La Ley, 2002

SÖLLNER, Alfred – “Das Ruhen und die Unterbrechung von Arbeitsverhältnissen”, *Arbeitsrecht in der Verfassungsordnung des Grundgesetzes*, Keip Verlag Goldbach, 1994, pp. 59-71

SÖLLNER, Alfred – “Ohne Arbeit kein Lohn”, *Arbeitsrecht in der Verfassungsordnung des Grundgesetzes*, Keip Verlag Goldbach, 1994, pp. 40-58

SOMOZA ALBARDONEDO, Fernando / **SOMOZA RAMIS**, Maria Victoria – *Suspensiones del Contrato de Trabajo. Problemática Legal y Práctica*, Fundación Confemetal, 2000

SQUEGLIA, Michele – *Sospensione della Prestazione Lavorativa e Diritti del Lavoratore*, G. Giappichelli Editore, 2006

SUPPIEJ, Giuseppe – *Il Rapporto di Lavoro (Costituzione e Svolgimento)*, *Enciclopedia Giuridica del Lavoro* (dir. Giuliano Mazzoni), Cedam, 1982

Sweet & Maxwell's Encyclopedia of Employment Law, Sweet & Maxwell, vol. 1, 2008

Sweet & Maxwell's Encyclopedia of Employment Law, Sweet & Maxwell, vol. 1, 2004-2007

Sweet & Maxwell's Encyclopedia of Employment Law, Sweet & Maxwell, vol. 1, 2005

TABOADA BAQUERO, Cristina – “El Paro de Transportistas: ¿Causa de Fuerza Mayor Justificativa de la Suspensión Temporal de la Relación Laboral? Interpretación Jurisprudencial de la Sala Tercera del Tribunal Supremo”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º 21, 2008, disponível em <http://www.uria.com/esp/actualidad_juridica/n21/02foro02.pdf>

TAYLOR, Stephen / EMIR, Astra – *Employment Law. An Introduction*, 2.^a ed., Oxford University Press, 2009

TEBA PINTO, Manuel– “Privación de Libertad del Trabajador. Efectos sobre el Contrato de Trabajo”, *La Suspensión del Contrato de Trabajo* (dir. José María Marín Correa), Consejo General del Poder Judicial, 1994, pp. 323-328

TELLES, Inocêncio Galvão – *Direito das Obrigações*, reimp. da 7.^a ed. rev. e act. (1997), Coimbra Editora, 2010

TELLES, Inocêncio Galvão – “Aspectos Comuns aos Vários Contratos”, *BMJ*, 1951, n.º 23, pp. 18-91

TELLES, Inocêncio Galvão – “Anotação ao Acórdão do Tribunal Arbitral de 30.5.1944”, *O Direito*, ano 78, 1946, n.º 1, pp. 21-30

TELES, Sílvia Galvão – “Impossibilidade Superveniente, Absoluta e Definitiva de a Entidade Patronal Receber a Prestação de Trabalho”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Teles* (org. António Menezes Cordeiro, Luís Menezes Leitão e Januário da Costa Gomes), vol. 4, Almedina, 2003, pp. 1079-1115

TEUBNER, Gunther – “Contracting Worlds – The Many Autonomies of Private Law”, *Social & Legal Studies*, 2000, vol. 9, pp. 399-417

TORRENTE, Andrea – “Appunti sull’Impossibilità Temporanea del Lavoratore”, *RGLPS*, 1950, n.ºs 2-3, pp. 110-129

TORRES, Mário – “Suspensão e Demissão de Funcionários ou Agentes como Efeito de Pronúncia ou Condenação Criminais”, *RMP*, 1986, ano 7, n.º 26, pp. 161-179

TREILLARD, Jacques – “De la Suspension des Contrats”, *La Tendance à la Stabilité du Rapport Contractuel* (coord. Paul Durand), LGDJ, 1960, pp. 59-108

TREITEL, Guenter – *Frustration and Force Majeure*, 2.^a ed., Thomson, Sweet & Maxwell, 2004

TREU, Tiziano – “Italy”, *International Encyclopedia for Labour Law and Industrial Relations*, Kluwer Law International 2006

TREU, Tiziano – *Onerosità e Corrispettività nel Rapporti di Lavoro*, Giuffrè Editore, 1968

TROEGER, Ralf – *Auswirkungen von ruhenden Arbeitsverhältnissen auf Jahressonderzahlungen am Beispiel des Erziehungsurlaubs sowie des Grundwehr- und Zivildienstes – ein Problem der Vertragsgestaltung*, dissert., policop., inédito, Universität Regensburg, 1998

UPEX, Robert – *The Law of Termination of Employment*, 7.^a ed., Jordans, 2006

UPEX, Robert / BENNETT, Geoffrey – *Davies on Contract*, 9.^a ed., Sweet & Maxwell, 2004

VARELA, João de Matos Antunes – *Das Obrigações em Geral*, vol. 1, reimp. da 10.^a ed. rev. e act. (2000), Almedina, 2015

VARELA, João de Matos Antunes – *Das Obrigações em Geral*, vol. 2, reimp. da 7.^a ed. rev. e act. (1997), Almedina, 2013

VARELA, João de Matos Antunes – “Anotação a Acórdão do STJ de 6.1.1983”, *RLJ*, ano 119, 1986, n.º 3749, pp. 251-256, e ano 119, 1987, n.º 3750, pp. 270-277

VARELA, João de Matos Antunes / LIMA, Fernando Andrade Pires de – *Código Civil Anotado*, vol. 2, reimp. da 4.^a ed. rev. e act. (1997), Coimbra Editora, 2010

VARELA, João de Matos Antunes / LIMA, Fernando Andrade Pires de – *Código Civil Anotado*, vol. 1, reimp. da 4.^a ed. rev. e act. (1987), Coimbra Editora, 2010

VARELA, João de Matos Antunes / LIMA, Fernando Andrade Pires de – *Código Civil Anotado*, vol. 3, reimp. da 2.^a ed. (1984), Coimbra Editora, 2010

VASARI, Marco – “Ancora in Tema di Custodia Cautelare del Lavoratore” (Anotação à Decisão da *Cassazione* de 11.1.1995, n.º 266), *RIDL*, ano 14, 1995, pp. 667-671

VASCONCELOS, Joana – “Insolvência do Empregador e Contrato de Trabalho”, *Congresso Europeu de Direito do Trabalho* (coord. José João Abrantes), Almedina, 2014, pp. 383-403

VASCONCELOS, Joana – *A Revogação do Contrato de Trabalho*, Almedina, 2011

VASCONCELOS, Joana – “Protecção do Trabalhador Vítima de Violência Doméstica”, *Direito do Trabalho + Crise = Crise do Direito do Trabalho? – Actas do Congresso de Direito do Trabalho* (coord. Catarina Carvalho e Júlio Gomes), Coimbra Editora, 2011, pp. 333-344

VASCONCELOS, Joana – “Sobre a Protecção da Vítima de Violência Doméstica no Direito do Trabalho Português”, *RDES*, ano 51, 2010, n.ºs 1-4, pp. 103-134

VASCONCELOS, Joana – “Concretização do Conceito de Justa Causa”, *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, vol. 3, 2002, pp. 207-223

VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de – *Direito das Garantias*, reimp. da 2.^a ed. (2013), Almedina, 2015

VENTURA, Raúl – “Nota sobre a Interpretação do Artigo 398.º do Código das Sociedades Comerciais: Exercício de Outras Actividades por Administrador de Sociedade Anónima”, *O Direito*, ano 125, 1993, n.ºs 3 e 4, pp. 261-266

VENTURA, Raúl – “Extinção das Relações Jurídicas de Trabalho”, *ROA*, ano 10, 1950, n.ºs 1 e 2, pp. 215-364

VERDIER, Jean Maurice / COEURET, Alain / SOURIAU, Marie-Armelle – *Droit du Travail*, vol. 2, *Rapports Individuels*, 16.^a ed., Dalloz, 2011

VERNUFT, Cord – “Germany”, *Age Discrimination Law in Europe* (coord. Paul Bartelings), Wolters Kluwer, 2009, pp. 125-139

VICENTE, Joana Nunes – “O Fenómeno da Sucessão dos Contratos a Termo”, *QL*, ano 16, 2009, n.º 33, pp. 7-36

VICENTE, Joana Nunes – *A Fuga à Relação de Trabalho (Típica): Em Torno da Simulação e da Fraude à Lei*, Coimbra Editora, 2008

VICENTE, Joana Nunes / ROUXINOL, Milena Silva – “Entre o Direito à Saúde e o Direito a Estar Doente – Comentário ao Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 29 de Maio de 2007”, *QL*, ano 15, 2008, n.º 31, pp. 89-114

VIDA SORIA, José – “La Configuración Jurídica General de la Suspensión del Contrato de Trabajo”, *Revista de Política Social*, 1966, n.º 70, pp. 251-266

VIDA SORIA, José – *La Suspensión del Contrato de Trabajo. Estudio de las Causas que Afectan a la Prestación del Trabajador*, Instituto de Estudios Políticos, 1965

WAAS, Bernd – “Labour Policy and Fixed-Term Employment Contracts in Germany”, *Labour Policy on Fixed-Term Employment Contracts*, The Japan Institute for Labour Policy and Training, *JILPT Report* n.º 9, 2010, pp. 23-41, disponível em <<http://www.jil.go.jp/english/reports/documents/jilpt-reports/no.9.pdf>>

WAHL, Albert – *La Guerre Considérée Comme Force Majeure Spécialement en Matière de Vente de Merchandises*, Sirey, 1915

WALLSTEIN, Caroline – “Auswirkung des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes auf das Arbeitsrecht”, *DStR*, 2002, n.º 35, pp. 1490-1495

WEISS, Manfred / SCHMIDT, Marlene – *Labour Law and Industrial Relations in Germany*, 4.ª ed. (rev.), Wolters Kluwer, 2008

WICHT, Susanne – “Urlaub im ruhenden Arbeitsverhältnis – Lösungsansätze für die anstehende BAG-Entscheidung”, *BB*, 2012, pp. 1349-1353

WIEACKER, Franz – *História do Direito Privado Moderno* (trad. António Manuel Hespanha), 3.ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, 2004

WIEACKER, Franz – “Leistungshandlung und Leistungserfolg im bürgerlichen Schuldrecht”, *Festschrift für Nipperdey zum 70. Geburtstag*, vol. 1, Beck, 1965, pp. 783-813

WIESE, Günther – “Beendigung und Erfüllung von Dauerschuldverhältnissen”, *Festschrift für Hans Carl Nipperdey: zum 70. Geburtstag*, vol. 1, C. H. Beck, 1965, pp. 355-411

WOLTERECK, Frank – “Suspendierung des Arbeitnehmers” *AR-Blattei*, 1989, n.º 465, VII, (D) Arbeitsvertrag – Arbeitsverhältnis, s.p.

XAVIER, Bernardo da Gama Lobo – *Manual de Direito do Trabalho* (colab. Pedro Furtado Martins, António Nunes de Carvalho, Joana Vasconcelos e Tatiana Guerra de Almeida), 2.ª ed. (rev. e act.), Verbo, 2014

XAVIER, Bernardo da Gama Lobo – “O Despedimento Colectivo”, *Congresso Europeu de Direito do Trabalho* (coord. José João Abrantes), Almedina, 2014, pp. 141-163

XAVIER, Bernardo da Gama Lobo – *O Despedimento Colectivo no Dimensionamento da Empresa*, Verbo, 2000

XAVIER, Bernardo da Gama Lobo – “Suspensão da Prestação do Trabalho”, *Verbo Enciclopédia Luso-Brasileira de Cultura*, vol. 17, Editorial Verbo, 1994, p. 910

XAVIER, Bernardo da Gama Lobo – “Recusa da Prestação de Trabalho por Não Uso de Fato Apropriado. Suspensão. Despedimento Disciplinar” (Anotação ao Acórdão da RP de 28.1.1991), *RDES*, ano 33, 1991, n.ºs 3 e 4, pp. 329-367

XAVIER, Bernardo da Gama Lobo – “Prescrição de Infracção Disciplinar (art. 27.º, n.º 3 da LCT)”, *RDES*, ano 32, 1990, n.ºs 1-2-3-4, pp. 225-267

XAVIER, Bernardo da Gama Lobo – “A Extinção do Contrato de Trabalho”, *RDES*, ano 31, 1989, n.ºs 3-4, pp. 399-482

XAVIER, Bernardo da Gama Lobo – “Justa Causa de Despedimento: Conceito e Ónus da Prova”, *RDES*, ano 30, 1988, n.º 1, pp. 1-68

XAVIER, Bernardo da Gama Lobo – “Atestado Médico e Controlo Patronal das Faltas por Doença”, *RDES*, ano 24, 1987, n.º 2, pp. 213-244

XAVIER, Bernardo da Gama Lobo – “Introdução ao Estudo da Retribuição no Direito do Trabalho Português”, *RDES*, ano 28, 1986, n.º 1, pp. 65-102

XAVIER, Bernardo da Gama Lobo – *Direito da Greve*, Verbo, 1984

XAVIER, Bernardo da Gama Lobo – “Notas sobre o Abandono do Lugar nas Relações de Trabalho Privadas”, *RDES*, ano 25, 1978, n.ºs 1e 2, pp. 149-154

XAVIER, Bernardo da Gama Lobo – “A Repercussão do Encerramento Definitivo do Estabelecimento nos Contratos de Trabalho”, *RDES*, ano 20, 1973, n.º 1, pp. 1-24

XAVIER, Bernardo da Gama Lobo – *Regime Jurídico do Contrato de Trabalho Anotado* (colab. António Lobo Xavier), 2.^a ed. (act. e ampl.), Atlântida Editora, 1972

XAVIER, Bernardo da Gama Lobo – “Da Estabilidade no Direito do Trabalho Português”, ano 8, 1970, n.º 31, pp. 35-68

XAVIER, Bernardo da Gama Lobo – “A Compensação por Despedimento no Contrato de Trabalho”, *ESC*, ano 8, 1969, n.º 30, pp. 35-59

XAVIER, Bernardo da Gama Lobo – “Da Justa Causa de Despedimento no Contrato de Trabalho, Separata do vol. 16 do Suplemento ao *BFDUC*, 1965

XAVIER, Bernardo da Gama Lobo / MARTINS, Pedro Furtado – “Cessão da Posição Contratual. Relevância dos Grupos Económicos. Regras de Contagem da Antiguidade”, *RDES*, ano 36, 1994, n.º 4, pp. 384-427

XAVIER, Bernardo da Gama Lobo / CARVALHO, António Nunes de – “Anotação a Acórdão da RL de 3.7.1991 – Um Caso Especial de Caducidade: Extinção de Empresas Públicas. Indemnização aos Trabalhadores”, ano 34, 1992, *RDES*, n.ºs 1, 2 e 3, pp. 67-111

YAMAGUCHI, Toshio – *La Théorie de la Suspension du Contrat de Travail et ses Applications Pratiques dans le Droit des Pays Membres de la Communauté Européenne*, LGDJ, 1963

ZIMMERMANN, Reinhard – “Breach of Contract and Remedies under the New German Law of Obligations”, 2002, disponível em <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/zimmerman.html>>

ZÖLLNER, Wolfgang / LORITZ, Karl-Georg / HERGENRÖDER, Curt Wolfgang – *Arbeitsrecht*, 6.^a ed. act., C. H. Beck, 2008

ZOPPOLI, Lorenzo – *La Corrispettività nel Contratto di Lavoro*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1991

ÍNDICE

INDICAÇÕES DE LEITURA	I
ABREVIATURAS E SIGLAS	III
RESUMO	VII
ABSTRACT	IX
INTRODUÇÃO	1
1. ENUNCIADO DO PROBLEMA E DELIMITAÇÃO DO OBJECTO	1
2. PLANO	8
3. PREVENÇÕES METODOLÓGICAS	9
3.1. “AUSÊNCIA TEMPORÁRIA DA PRESTAÇÃO DE TRABALHO”	9
3.2. “SUSPENSÃO LABORAL”	9
3.3. REFERÊNCIAS A OUTROS ORDENAMENTOS	12
PARTE I - DELIMITAÇÃO E RELEVÓ JURÍDICO DA SUSPENSÃO.....	14
CAPÍTULO I - O TEMPO E COMPROMISSOS DURADOUROS.....	14
Secção I - A influência do tempo na execução contratual	16
Secção II - A suspensão laboral como um fenómeno heterogéneo e complexo	18
Secção III - O contrato de trabalho como vínculo duradouro e a suspensão como instituto vocacionado à regulação de obrigações duradouras.....	21
Secção IV- (Necessária) adaptação das regras gerais?	24
Secção V - TEORIZAÇÃO DOS VÍNCULOS DURADOUROS: “RELATIONAL” E “DISCRETE CONTRACTS”. OBRIGAÇÕES DURADOURAS E INSTANTÂNEAS	30
Subsecção I - TEORIA RELACIONAL DOS CONTRATOS.....	31
1. Macneil: a contraposição “discrete” vs. “relational contracts” e a crítica à construção “clássica”	31
2. “Discrete contracts” e “presentation”	32
3. “Relational contracts”, cooperação e incerteza	33
4. A teoria relacional falhou o propósito?.....	37
Subsecção II - OBRIGAÇÕES DURADOURAS E INSTANTÂNEAS.....	42
1. Obrigação duradoura (continuada ou periódica) e obrigação instantânea (simples, fraccionada ou prolongada).....	42
2. O sentido específico de obrigação duradoura	43
2.1. A fragilidade da dimensão temporal como critério de destrição	43
2.2. A essencialidade do cumprimento num tempo próprio.....	48
2.3. Desvio regimental expresso: a essencialidade da execução duradoura e a eficácia <i>ex nunc</i> da resolução.....	51
Subsecção III - (Traços essenciais das) obrigações duradouras e lógica suspensiva.....	53
1. Função estabilizadora (jurídica, económica e social)	53
2. Superveniência: vulnerabilidade e tutela – mecanismos de ajuste do acordado....	78
3. Desdobramento estrutural: o uno e o múltiplo	165
4. Dinâmica organizativa	166
5. Deveres acessórios	168
6. Ponto de ordem	174
CAPÍTULO II - NOTAS DISTINTIVAS DAS OBRIGAÇÕES DURADOURAS PERANTE O ENQUADRAMENTO GERAL – BREVE APONTAMENTO	176
1. Obrigações duradouras e (in)cumprimento.....	179
1.1. A denúncia como forma específica de cessação de obrigação duradoura	179
1.2. A denúncia e o cumprimento.....	183
1.3. Desdobramento estrutural: dimensão interna e múltipla. Valoração autónoma de cada prestação.....	184

1.4. Desdobramento estrutural: dimensão externa e una. (In)cumprimento (progressivo) de obrigação duradoura	187
1.4.1. A autonomia de cada prestação (singular) e o destino da obrigação duradoura	187
1.4.2. A justa causa e a inexigibilidade de manutenção do contrato	190
2. Obrigações duradouras e <i>exceptio inadimpleti contractus</i>	194
2.1. <i>Exceptio inadimpleti contractus</i> e pluralidade de prestações singulares. A inutilização das prestações excepcionadas	194
2.2. A <i>exceptio</i> como fórmula suspensiva	197
3. Obrigações duradouras e impossibilidade temporária	203
3.1. O artigo 792.º do CC e o adiar do cumprimento da obrigação	203
3.2. O art. 792.º do CC e obrigação duradoura: a tendencial inutilização (definitiva) das prestações e a não prorrogação do termo contratual	207
3.3. O art. 792.º do CC e obrigação duradoura: a redução da execução contratual (total)	211
3.4. A recondução das hipóteses descritas à impossibilidade parcial. Rejeição ...	213
3.5. Impossibilidade definitiva do vínculo?	218
4. Ponto de ordem	220
CAPÍTULO III - O FENÓMENO SUSPENSIVO (EM GERAL): OUTRAS LEITURAS ENQUADRADORAS	222
1. A suspensão como condição suspensiva atípica	222
2. A suspensão conforme a lógica explicativa da <i>exceptio</i>	223
3. A suspensão enquanto extinção temporária ou parcial do vínculo	224
4. A suspensão e a “quiescência”	228
5. A suspensão como vicissitude modificativa?	231
6. A suspensão como direito do devedor	239
7. Ponto de ordem	241
CAPÍTULO IV- A SUSPENSÃO ENQUANTO FENÓMENO NÃO CIRCUNSCRITO AO CONTRATO DE TRABALHO. O PARTICULAR RELEVO DA SUSPENSÃO NA ESFERA LABORAL	242
1. O sentido reservado à aposição de um termo ao contrato	243
2. A operacionalidade e os efeitos da resolução sem fundamento	248
CAPÍTULO V - NOTAS GERAIS REFERENTES AO FENÓMENO SUSPENSIVO - NÃO CIRCUNSCRITAS À ESFERA LABORAL	261
1. As primeiras análises relativas à suspensão. Em particular, a guerra franco-prussiana (1870) e a Primeira Guerra Mundial (1914). A suspensão na jurisprudência francesa	263
2. A transposição da lógica suspensiva para tempos de paz	268
3. A suspensão laboral enquanto modelo suspensivo paradigmático	269
4. Fenómeno suspensivo paralelo: a suspensão da prescrição	270
CAPÍTULO VI - SUSPENSÃO LABORAL E CONTRATO DE TRABALHO	277
1. O contrato de trabalho enquanto vínculo duradouro: especificidades regimentais	277
2. A actividade do trabalhador: prestação continuada de facto positivo. Obrigação de meios	283
3. Infungibilidade, <i>intuitus personae</i> e fidúcia	287
3.1. Infungibilidade	287
3.2. <i>Intuitus personae</i>	291
3.3. Fidúcia	294

4. Acentuação dos traços de personalidade e necessidades organizacionais. A natureza compromissória do Direito do Trabalho	295
4.1. Contrato eminentemente pessoal e suspensão laboral.....	295
4.2. Componente organizacional e suspensão laboral.....	300
4.3. Complexidade própria do contrato de trabalho.....	303
4.4. Ponto de ordem.....	305
PARTE II - IMPEDIMENTO TEMPORÁRIO DA PRESTAÇÃO DE TRABALHO	306
CAPÍTULO I - A IMPOSSIBILIDADE ENQUANTO CONCEITO OPERATIVO FUNDAMENTAL	306
SECÇÃO I - A IMPOSSIBILIDADE E A SUSPENSÃO: RELEVÂNCIA E LIMITAÇÕES.....	306
1. A impossibilidade e a suspensão: relevância.....	306
2. A impossibilidade e a suspensão: limitações	350
2.1. A dimensão temporal do acordado: a inviabilização definitiva das prestações não executadas e a subsistência do vínculo	350
2.2. A impossibilidade como fórmula não exclusiva da suspensão	350
SECÇÃO II - A IMPOSSIBILIDADE COMO FATTISPECIE SUSPENSIVA: NOTA EVOLUTIVA.....	352
1. Análise indiferenciada.....	352
2. Análise diferenciada	355
2.1. Síntese evolutiva	355
2.1.1. O DL n.º 47032, de 27.5.1966: o acolhimento expresso da suspensão	355
2.1.2. O DL n.º 49408, de 24.11.1969	363
2.1.3. O artigo 31.º da LFFF	368
2.1.4. A LSCT	369
2.1.5. O CT 2003.....	374
2.1.6. O CT 2009.....	380
2.1.7. A revisão de 2012.....	402
2.2. Ponto de ordem.....	405
SECÇÃO III - A IMPOSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO POR FACTO RESPEITANTE AO TRABALHADOR.....	407
1. A impossibilidade absoluta e a impossibilidade relativa.....	408
1.1. O carácter absoluto da impossibilidade	408
1.2. A reforma de 2001/2002 do BGB.....	411
1.2.1. O § 275, 2 do BGB – A impossibilidade prática ou fáctica	412
1.2.2. O § 275, 3 do BGB – A impossibilidade moral ou pessoal	413
1.3. A leitura estrita das disposições respeitantes à impossibilidade no CC português.....	414
1.4. A inexigibilidade para lá da impossibilidade.....	417
1.4.1. As diferentes propostas de enquadramento.....	417
1.4.2. A impossibilidade moral	423
1.4.3. Ponto de ordem.....	428
2. A suspensão laboral e a impossibilidade relativa. A inexigibilidade.....	430
2.1. A doença ou o acidente.....	439
2.2. O cumprimento de obrigações legais.....	447
2.3. A parentalidade e outras circunstâncias inerentes à esfera familiar e pessoal do trabalhador.....	450
2.4. O exercício de funções incompatíveis com a normal execução da actividade profissional	460
2.5. A greve	465
2.6. Ponto de ordem.....	476
3. A impossibilidade (absoluta) de o trabalhador prestar trabalho enquanto condicionante da caducidade do vínculo laboral.....	478

SECÇÃO IV- A IMPOSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO POR FACTO RESPEITANTE AO EMPREGADOR	506
1. A natureza vinculada da decisão que determina a suspensão.....	507
2. O apelo à “impossibilidade”	520
2.1. A impossibilidade (absoluta) de o empregador prestar colaboração como condicionante da suspensão laboral	520
2.2. A impossibilidade (absoluta) de o empregador prestar colaboração como condicionante da caducidade do contrato de trabalho	526
2.3. A ausência de cooperação do empregador e a natureza duradoura do contrato de trabalho: mora do credor, impossibilidade (definitiva) do trabalho não executado ou “terra de ninguém”?	547
2.3.1. A suspensão por motivos relativos ao empregador e a inadequação do regime da mora do credor	564
2.3.2. A suspensão por motivos relativos ao empregador e a inadequação do regime da impossibilidade por facto não imputável ao devedor.....	572
2.3.3. A ausência de colaboração e a inactividade laboral	588
2.4. O concurso de factos suspensivos	594
CAPÍTULO II - IMPEDIMENTO (NÃO) IMPUTÁVEL: A DELIMITAÇÃO DA IMPUTAÇÃO	602
SECÇÃO I - A SUSPENSÃO POR MOTIVOS RESPEITANTES AO TRABALHADOR E AO EMPREGADOR	602
SECÇÃO II - O CRITÉRIO NEGATIVO: A CAUSA NÃO IMPUTÁVEL O CRITÉRIO POSITIVO: O “FORTUITO” (O CASO FORTUITO E A FORÇA MAIOR).....	605
1. O critério positivo: o artigo 705.º do CC 1867 e o “fortuito”	607
2. O critério negativo: o artigo 790.º do CC de 1966 e a “causa não imputável ao devedor”	631
SECÇÃO III - EM CONCRETO: A SUSPENSÃO POR FACTO (IN)IMPUTÁVEL AO TRABALHADOR	636
1. A leitura restritiva: facto (in)imputável ao trabalhador em contexto suspensivo	637
2. Facto (in)imputável ao trabalhador em contexto suspensivo: em especial, a situação de ausência por observância de ordem privativa da liberdade.....	658
2.1. A (não) imputação da ausência do trabalhador por prisão preventiva e efectiva: ausência justificada, suspensão e caducidade	660
2.2. A imputação da ausência do trabalhador por prisão	669
2.2.1. A imputação da ausência do trabalhador por prisão efectiva	669
2.2.2. A (não) imputação da ausência do trabalhador por prisão preventiva.....	682
2.2.3. A imputação da ausência do trabalhador por prisão: no momento da prática do crime, o agente equacionou ou estava em condições de equacionar que daí resultaria impossibilidade de trabalhar?.....	692
3. Ponto de ordem.....	703
CAPÍTULO III - IMPEDIMENTO TEMPORÁRIO: A DELIMITAÇÃO DA NATUREZA TRANSITÓRIA OU DEFINITIVA DO OBSTÁCULO À EXECUÇÃO	720
1. O momento relevante para a determinação da natureza transitória ou definitiva do impedimento. Definitivo significa irreversível?.....	726
2. A delimitação da natureza transitória ou definitiva do impedimento: a volatilidade da jurisprudência e a ausência de critérios orientadores	731
3. Primeira aproximação: a natureza temporária ou definitiva conforme a extensão do vínculo.....	736
3.1. A suspensão em contrato de duração indefinida.....	736
3.2. A suspensão em contrato de duração limitada	739

4. Outros critérios: a concordância prática dos interesses em confronto	744
4.1. As tendências de procedimentalização da extinção e a valoração do impacto da ausência do trabalhador na organização	745
4.2. A motivação subjacente a cada hipótese suspensiva: avaliação neutra ou não neutra	750
4.3. Os critérios delimitadores da natureza transitória ou definitiva do impedimento na ausência do trabalhador por doença e por cumprimento de pena privativa da liberdade.....	762
4.3.1. A doença	763
4.3.2. O cumprimento de pena privativa de liberdade.....	782
4.4. Síntese dos elementos de valoração mais relevantes no Direito português...	787
5. O retorno à plena execução	822
SÍNTESE CONCLUSIVA	829
BIBLIOGRAFIA	872
ÍNDICE	924