

CONSULTORIA EM INOVAÇÃO E O REDESENHO DOS APOIOS AO EMPREGO E À FORMAÇÃO NO REGULAMENTO (UE) N.º 651/2014

João Zenha Martins

ABSTRACT: This paper tries to justify certain of the block exemptions established by the Commission, confronting them with the general framework for State aid set out in the TFEU. It focuses specifically on the rules relating to State aid relating to employment and training. A tendency is identified for the expansion of the scope of the relevant block exemption, in the context of significant unemployment rates, so as to facilitate State measures meant to promote the qualification of workers and the creation of conditions for employability, ultimately connected with the measures in support of SMEs.

SUMÁRIO: 1. O sentido restritivo do enquadramento sobre auxílios de Estado. 2. O Regulamento Geral de Isenção por Categoria. 3. O novo desenho das isenções previstas para os apoios ao emprego e à formação. 4. O alcance da previsão sobre serviços de consultoria em inovação e de apoio à inovação. 5. Percorso exegetico.

1. O SENTIDO RESTRITIVO DO ENQUADRAMENTO SOBRE AUXÍLIOS DE ESTADO

A concorrência é uma necessidade geral, que, atravessando vários domínios, se impõe aos operadores privados, mas, antes disso, ao Estado, tanto na ótica do desenvolvimento de políticas públicas que assegurem que os mercados não são condicionado¹, quanto na perspetiva de que o Estado se deve abster de

1 No plano comunitário, desde a entrada em vigor do Tratado de Maastricht que se prevê expressamente que, no âmbito da sua política económica, a ação dos Estados membros deve respeitar o princípio de uma economia de mercado aberto e de livre concorrência (cf. n.º 1 do artigo 4.º e artigo 98.º). Por isso, cedo se entendeu que “se é verdade que os artigos 85.º e 86.º do Tratado dizem respeito ao comportamento das empresas e não às medidas legislativas ou regulamentares dos Estados membros, não é menos verdade que o Tratado impõe a estes últimos a obrigação de não adotar ou manter em vigor medidas suscetíveis de eliminar o efeito útil destas disposições. Esse será, nomeadamente, o caso de um Estado membro impor ou favorecer a conclusão de acordos contrários ao artigo 85.º ou reforçar os seus efeitos” (Acórdão TJCE de 30 de abril de 1986, *Asjes*, Proc. n.º 209 a 231/84, Rec. 1986, p. 01425).

comportamentos que, de forma direta ou reflexa, contribuam para subverter o princípio de que a assunção ou a manutenção de posições no mercado se processa com base no mérito e na eficiência das prestações e de que, com isso, se encontra a máxima *eficiência económica*².

Compreende-se, assim, que os auxílios de Estado sejam encarados de forma restritiva, uma vez que a manutenção de um sistema de livre concorrência, isento de distorções, constitui um dos princípios fundamentais da União Europeia (UE), através do qual se busca uma repartição eficaz dos recursos e, em fundo, mediante a proibição de restrições e de discriminações na circulação de pessoas, mercadorias, serviços e capitais no território da UE, a unidade do mercado europeu³.

O regime geral dos auxílios de Estado encontra-se condensado na secção 2, no capítulo I, do título VII, nos artigos 107.º a 109.º, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

Sumariamente, o n.º 1 do artigo 107.º⁴ estabelece o princípio da incompatibilidade dos auxílios de Estado com o mercado único, proibição genérica⁵ que, por imperativos de transparência, responsabilização e eficácia das despesas públicas, encontra tradução no plano procedimental⁶.

Os n.ºs 2 e 3 do artigo contêm exceções ao princípio da incompatibilidade: a do n.º 2 *ex vi legis* – (i) os auxílios de natureza social atribuídos a consumidores individuais com a condição de serem concedidos sem qualquer discriminação relacionada com a origem dos produtos, (ii) os auxílios destinados a remediar

2 Neste contexto, a “eficiência” corresponde ao grau de otimização do bem-estar num dado mercado ou na economia em geral.

3 Com desenvolvimentos, v. Martins, 2014, bem como a bibliografia que aí se encontra mencionada.

4 Ex-artigo 87.º do Tratado.

5 O TJ enfatizou-o no caso *Steinike*, considerando que a “incompatibilidade com o mercado comum” substancia uma verdadeira proibição: C-78/76, *Steinike & Weinlig v. República Federal da Alemanha* [1977], ECR I-595.

6 Com efeito, dado que, em princípio, é proibida a concessão de auxílios estatais na aceção do n.º 1 do artigo 107.º, é importante que todas as partes tenham a possibilidade de verificar se um auxílio é concedido em conformidade com as regras aplicáveis. A fim de assegurar a transparência, os Estados membros devem ser obrigados a estabelecer sítios *web* completos dos auxílios estatais, a nível regional ou nacional, com informações sucintas sobre cada medida de auxílio. Na sequência da prática normal em matéria de publicação de informações estabelecida na Diretiva 2013/37/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho, que altera a Diretiva 2003/98/CE relativa à reutilização de informações do setor público, deve ser utilizado um formato normalizado que permita que a informação seja pesquisada, descarregada e facilmente publicada na *internet*.

os danos causados por calamidades naturais ou por outros acontecimentos extraordinários e (iii) os auxílios atribuídos à economia de certas regiões da República Federal da Alemanha afetadas pela divisão da Alemanha, desde que sejam necessários para compensar as desvantagens económicas causadas por esta divisão⁷ –, e a exceção do n.º 3, que aparece como resultado de deliberações do Conselho, sob proposta da Comissão Europeia⁸.

Tendo em consideração que a intensidade de auxílio e os montantes máximos de auxílio devem ser fixados a um nível que simultaneamente permita reduzir ao mínimo as distorções da concorrência no setor beneficiário do auxílio e responder adequadamente às deficiências ou aos problemas de coesão do mercado, foi ao abrigo dessa permissão que, na premissa de que certos auxílios são necessários e incentivam o desenvolvimento de atividades ou projetos, a Comissão:

- a) Determinou que determinados auxílios não satisfazem todos os critérios da definição concetual de auxílio de Estado, sendo, por conseguinte, isentos do processo de notificação prévia, desde que os auxílios concedidos a uma mesma empresa, durante determinado período, não excedam um montante fixo determinado – trata-se do Regulamento dos auxílios *de minimis*: por último, o Regulamento (UE) n.º 1407/2013 da Comissão, de 18 de dezembro de 2013;
- b) Estabeleceu, por meio de regulamento, as condições em que determinadas categorias de auxílios são compatíveis com o mercado único e não estão sujeitas à obrigação de notificação prévia – trata-se do Regulamento Geral de Isenção por Categoria (RGIC), primeiramente condensado no Regulamento (CE) n.º 800/2008, de 6 de agosto, e hoje no Regulamento (UE) n.º 651/2014 da Comissão, de 16 de junho.

2. O REGULAMENTO GERAL DE ISENÇÃO POR CATEGORIA

O Regulamento Geral de Isenção por Categoria tem propósitos simplificadores, visando reduzir os procedimentos inerentes à concessão de auxílios estatais. Fá-lo, mediante a delimitação de 12 categorias de auxílios que não têm

7 Cinco anos após a entrada em vigor do Tratado de Lisboa (que entrou em vigor em 01.12.2009), o Conselho, sob proposta da Comissão, pode adotar uma decisão que revogue a presente alínea. Naturalmente, tais exceções à malha de incompatibilidade só existem se forem respeitadas a natureza e a função dos auxílios e observados os princípios da igualdade e da proporcionalidade em sentido amplo (*exceptio regulam probat*).

8 Ver, por exemplo, Arndt, Fischer & Fetzer, 2015: §717; e, entre nós, Machado, 2014: 475.

que ser notificados à Comissão, bem como através da harmonização das regras que durante anos estiveram fragmentadas em cinco regulamentos distintos, já depois do esforço de condensação que cunhou o Regulamento (CE) n.º 800/2008, de 6 de agosto, e que, apresentando 26 medidas de auxílio, representou um marco essencial no plano da unificação normativa cedo projetada pela Comissão.

O RGIC surge assim da experiência acumulada pela Comissão, que, ainda na década de 90, adotou a primeira medida de isenção de notificação dos auxílios de pequeno montante (auxílios *de minimis*), à medida que ia aperfeiçoando os critérios de caráter económico com base nos quais apreciava os auxílios, circunstância que, embora com intermitências, não só contribuiu para flexibilizar o modo de aplicação das derrogações previstas no TFUE, como outrotanto para dar cor à perceção de que era necessário introduzir índices de maior transparência e rigor na apreciação da (in)compatibilidade.

Foi nesse contexto que, em 2001, a Comissão, com base na autorização que lhe foi dada pelo Conselho no âmbito do Regulamento (CE) n.º 994/98, de 7 de maio, iniciou a adoção de regulamentos de isenção por categoria, aproveitando a experiência desenvolvida à luz do artigo 101.º do Tratado⁹.

Visou-se, em fundo, corrigir falhas de mercado, mediante a presunção de que os ganhos resultantes da intervenção superam os custos da intervenção, assumindo-se, embora sem explicitude, os clássicos testes de Mill e Bastable, com a consequente direção dos auxílios para atividades empresariais geradoras de efeitos sociais positivos, sem qualquer associação com a produção em geral¹⁰.

Assim, o Regulamento (CE) n.º 994/98, de 7 de maio, do Conselho, conferiu poderes à Comissão para declarar, em conformidade com o disposto no artigo 109.º do Tratado, que determinadas categorias podem, em certas condições, ser isentas da obrigação de notificação: os auxílios a pequenas e médias empresas (PME), os auxílios à investigação e desenvolvimento, os auxílios à proteção do ambiente, os auxílios ao emprego e à formação, bem como os auxílios que respeitem o mapa aprovado pela Comissão para cada Estado membro com vista à concessão de auxílios com finalidade regional.

Nesta base, a Comissão adotou o Regulamento (CE) n.º 800/2008, de 6 de agosto. Inicialmente aplicável até 31 de dezembro de 2013, o Regulamento (CE) n.º 800/2008, de 6 de agosto, foi subsequentemente prorrogado pelo Regu-

9 Cfr. Craig & De Burca, 2015 : 1131.

10 Sobre os testes, cfr., entre nós, Lopes Porto, 2009: 188-9.

lamento (UE) n.º 1224/2013 da Comissão, de 29 de novembro, que alterou o Regulamento (CE) n.º 800/2008, de 6 de agosto, no que refere ao seu período de aplicação, tendo expirado em 30 de junho de 2014, em execução da *State Aid Modernisation Agenda*, iniciada em 2012¹¹.

Os auxílios que se enquadrem nas categorias do RGIC devem respeitar certas condições, por forma a assegurar que os auxílios contribuem para a criação de novas atividades que de outra forma não existiriam e a promover o desenvolvimento económico, sem distorcer indevidamente a concorrência, assumindo-se, para o efeito, que o RGIC2014 prevê uma ampliação dos limiares de notificação, avultando, nesse domínio, a duplicação do limiar até então previsto para os auxílios à investigação e desenvolvimento.

Quando estão reunidas aquelas condições – sumariamente, *(i)* respeito pelo limiar máximo para a categoria em causa, *(ii)* garantia de transparência, mediante a possibilidade de cálculo prévio e preciso do equivalente-subvenção bruto do auxílio sem que seja necessário realizar uma avaliação dos riscos, *(iii)* efeito de incentivo, que se traduz na apresentação do pedido de auxílio antes do início dos trabalhos relativos ao projeto ou à atividade em causa, *(iv)* restrição aos custos elegíveis estabelecidos no RGIC, que têm que estar documentados e *(v)* respeito pelas intensidades máximas de auxílio¹² –, os auxílios, que hoje apresentam novas categorias¹³ e em associação novas intensidades máximas permitidas, podem ser imediatamente concedidos pelos Estados membros, sem necessidade de notificação prévia à Comissão.

11 Com a sua comunicação intitulada “Modernização da política da UE no domínio dos auxílios estatais” (MAE: COM 209, de 8 de maio de 2012), a Comissão lançou um reexame mais amplo das regras em matéria de auxílios estatais. Os principais objetivos desta modernização foram: *(i)* alcançar um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo num mercado interno concorrencial, contribuindo simultaneamente para os esforços dos Estados membros no sentido de uma utilização mais eficiente das finanças públicas; *(ii)* centrar o controlo *ex ante* da Comissão nas medidas de auxílio nos casos com maior impacto no mercado interno, reforçando simultaneamente a cooperação com os Estados membros para efeitos de execução da legislação no domínio dos auxílios estatais, e *(iii)* simplificar as regras e tornar o processo de tomada de decisões mais rápido, bem informado e robusto, com base numa justificação económica clara, numa abordagem comum e em obrigações claras. O reexame do Regulamento (CE) n.º 800/2008 constituiu um elemento central da MAE.

12 Para os auxílios ao investimento com finalidade regional exige-se o respeito pelo mapa de auxílios aprovado pela Comissão para o período em causa.

13 A saber: *(i)* polos de inovação, inovação de processos e de organização nos serviços, *(ii)* regimes de auxílios para remediar os danos causados por calamidades naturais, *(iii)* auxílios ao transporte para habitantes de regiões insulares, *(iv)* auxílios a infraestruturas de banda larga, *(v)* auxílios à cultura e conservação do património, incluindo regimes de auxílios para obras audiovisuais, *(vi)* auxílios ao desporto e infraestruturas recreativas multifuncionais e *(vii)* auxílios ao investimento para infraestruturas locais.

Neste âmbito, a Comissão só tem que ser informada, não existindo qualquer aprovação¹⁴.

Embora as medidas de auxílio não incluídas no RGIC continuem a poder ser autorizadas – estando apenas sujeitas ao requisito tradicional de notificação, uma vez que qualquer financiamento público que preencha os critérios enunciados no n.º 1 do artigo 107.º do Tratado constitui um auxílio estatal, implicando-se a sua notificação à Comissão nos termos do n.º 3 do artigo 108.º –, a Comissão examinará tais notificações com base nos enquadramentos existentes, avaliação que, sem prejuízo, também existe no âmbito do RGIC sempre que a média anual do orçamento dos regimes de auxílios exceder os € 150 milhões, algo que se verifica designadamente nos auxílios com finalidade regional (exceto nos auxílios ao funcionamento), nos auxílios às PME, nos auxílios à investigação, desenvolvimento e inovação, nos auxílios a favor do ambiente (com exceção da redução de impostos ambientais no âmbito da Diretiva 2003/96/CE, de 27 de outubro) e nos auxílios às infraestruturas de banda larga.

Todavia, no plano genérico, e de acordo com o n.º 3 do artigo 108.º do TFUE, só depois de a Comissão aprovar um auxílio o Estado membro poderá pô-lo em execução, existindo, pois, o que comumente se designa por *cláusula suspensiva*¹⁵.

Ora, se a inobservância desta norma implica, a jusante, e de acordo com o previsto no n.º 2 do artigo 108.º do TFUE¹⁶, a incursão dos Estados membros em procedimento aberto pela Comissão (pré-contencioso), cabe salientar, a propósito do RGIC2014, os ganhos de simplificação e de redução dos encargos administrativos subjacentes ao desaparecimento da obrigação de referência expressa nas medidas adotadas pelos Estados membros às normas do RGIC para que este lhes seja aplicável, medida ora contrabalançada pela criação de uma página eletrónica com obrigações específicas de informação¹⁷.

14 Não se trata, contudo, de uma isenção de notificação meramente categorial, uma vez que em relação a cada categoria de auxílio abrangida pelo RGIC são estabelecidos limiares recortados a partir da categoria do auxílio e do seu eventual efeito sobre as condições das trocas comerciais, o que implica que qualquer auxílio cujo montante ultrapasse esses limiares deve continuar sujeito à obrigação de notificação prevista no n.º 3 do artigo 108.º.

15 Foster, 2015: 385 e ss.

16 Craig & De Burca, 2015: 1145 e ss.

17 A indefinição quanto ao juízo ulteriormente fazível pela Comissão acerca da isenção categorial subjacente à medida editada é com efeito contrariada por via da obrigação pendente sobre os Estados membros de publicarem em página eletrónica *ad hoc* as informações relativas a cada medida de auxílio

Trata-se, afinal, de garantir a observância de coordenadas de transparência, de monitorização e de avaliação dos auxílios que atravessam genericamente o quadro jurídico sobre a concessão de auxílios de Estado e cuja violação, traduzindo um juízo de incompatibilidade com o mercado interno, prejudica a legitimidade de quaisquer expectativas por parte dos beneficiários quanto à legalidade do auxílio¹⁸, estando aberto o caminho para a sua recuperação pela Comissão¹⁹.

3. O NOVO DESENHO DAS ISENÇÕES PREVISTAS PARA OS APOIOS AO EMPREGO E À FORMAÇÃO

No âmbito dos auxílios isentos por categorias, se o primeiro grande esforço de consolidação normativa se encontra no Regulamento (CE) n.º 800/2008 – que além do mais, alargou o número de categorias de auxílios isentos –, é com o Regulamento (UE) n.º 651/2014, que este movimento centralizador se sedimenta em definitivo, vislumbrando-se poucas diferenças em matéria de auxílios ao emprego e à formação, face ao balanço positivo fazível quanto à aplicação do regime que, desde 2008, aglutinava setorialmente a temática e cuja importância tem sido objeto de atenção monográfica recente²⁰.

Sem prejuízo, e com amplos reflexos práticos, não foi desperdiçado o ensejo para introduzir afinamentos, recolhendo-se o *apport* da experiência acumulada em seis anos.

Por um lado, a formação gera habitualmente externalidades positivas para a sociedade no seu conjunto, na medida em que aumenta a oferta de trabalhadores qualificados a que podem recorrer outras empresas, melhora a competitividade da indústria da União e desempenha um papel importante na estratégia da União em matéria de emprego. Por outro, a contratação/emprego de trabalhadores desfavorecidos (especialmente os mais jovens) ou com deficiência constitui um objetivo central das políticas económicas e sociais da UE e dos

nos seis meses seguintes à sua concessão. Já para os auxílios individuais que ultrapassem os € 500.000,00 existem exigências acrescidas de detalhe, com realce para a identidade do beneficiário, existindo no Anexo III do RGIC formulário próprio para o efeito.

18 Em exemplo, cfr. (i) Ac. TJ de 30 de abril de 2014 (*Dunamenti Erőmű Zrt v European Commission*), proc. T-179/09, na sequência dos casos (ii) 223/85 [*RSV v Commission* (1987)] ECR 4617 (§ 17), (iii) C-183/91 [*Commission v Greece* (1993)] ECR I-3131 (§ 18) e (iv) C-183/02 P e C-187/02 P [*Demesa and Territorio Histórico de Álava v Commission* (2004)] ECR I-10609 (§ 51).

19 Strik, 2010: 452-3.

20 Cfr. Casotti, Gheido, Massi & Rausei, 2015: 63 e ss.

seus Estados membros, num cenário em que certas categorias de trabalhadores continuam a registar dificuldades particulares para entrar no mercado de trabalho e nele permanecerem²¹, justificando-se *de pleno* a saliência que o RGIC2014 atribui ao emprego e à formação.

Não se cuidando de alterações regulativas de vulto, regista-se, contudo, alguns afinamentos conceptuais – por exemplo: alargamento das definições de trabalhadores desfavorecidos ou com deficiência²², com a consequente extensão material do leque de medidas de auxílio isentas de notificação²³ –, salientando-se que, com exceção da diminuição para metade do montante máximo aplicável aos auxílios sob a forma de compensação dos custos da assistência pres-

21 Por isso, na lógica do RGIC, e uma vez que os custos do emprego fazem parte dos custos normais de funcionamento de qualquer empresa, os auxílios ao emprego de trabalhadores desfavorecidos e de trabalhadores com deficiência devem ter um efeito positivo nos níveis de emprego dessas categorias de trabalhadores e não devem simplesmente permitir que as empresas reduzam os custos que, de outro modo, teriam que suportar.

22 Assim, se o Regulamento n.º 800/2008 definia “trabalhador com deficiência” como todo aquele que a) fosse considerado deficiente pela legislação nacional; ou b) tivesse limitações reconhecidas decorrentes de uma deficiência física, mental ou psicológica, o Regulamento n.º 651/2014 define agora “trabalhador com deficiência” como qualquer pessoa que a) é reconhecida como trabalhador com deficiência ao abrigo do direito nacional e que b) tem uma ou mais incapacidades prolongadas de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, que, em conjugação com diversas barreiras, podem obstar à sua participação plena e efetiva num ambiente laboral, em igualdade de condições com os demais trabalhadores. A definição agora acolhida é mais aberta, face à possibilidade de existirem atos que, não sendo considerados como legislação, possam estabelecer uma noção de deficiência e que sejam entendidos como parte integrante do Direito nacional. Exemplo: Resoluções do Conselho de Ministros, Despachos Normativos, Portarias, etc.

23 Ainda no âmbito das definições, e com referência ao conceito de *trabalhador desfavorecido*, considera-se de forma absolutamente inovatória trabalhador desfavorecido quem tiver entre 15 e 24 anos de idade. Ademais, regista-se a mudança de redação quanto à subdefinição de trabalhador seriamente desfavorecido (§ 99 do artigo 2.º do Regulamento n.º 651/2014), entendendo-se como tal qualquer pessoa que: (i) não tenha tido um emprego fixo remunerado nos últimos 24 meses, pelo menos; ou (ii) não tenha tido um emprego fixo remunerado nos últimos 12 meses, pelo menos, e pertença a uma das categorias das alíneas b) a g) mencionadas na definição de “trabalhador desfavorecido”. Ou seja, permite-se agora, em contraste com o conceito presente no Regulamento n.º 800/2008, que se considere trabalhador seriamente desfavorecido quem não tenha tido um emprego fixo remunerado nos últimos 12 meses e (i) tenha entre 15 e 24 anos de idade, (ii) não tenha atingido um nível de ensino ou de formação profissional correspondente ao ensino secundário (Classificação Internacional Tipo da Educação 3) ou tenha terminado a sua formação a tempo inteiro no máximo há dois anos e que não tenha obtido anteriormente um primeiro emprego regular e remunerado; ou (iii) não tenha atingido um nível de ensino ou de formação profissional correspondente ao ensino secundário (Classificação Internacional Tipo da Educação 3) ou tenha terminado a sua formação a tempo inteiro no máximo há dois anos e que não tenha obtido anteriormente um primeiro emprego regular e remunerado; ou (iv) tenha mais de 50 anos de idade; ou (v) seja um adulto que vive só e com uma ou mais pessoas a cargo; ou (vi) trabalhe num setor ou profissão num Estado membro caracterizado por um desequilíbrio entre os géneros que é superior em 25% ou mais ao desequilíbrio médio entre os géneros em todos os setores económicos nesse Estado membro, e pertença a esse grupo sub-representado; ou (vii) faça parte de uma minoria étnica num Estado membro e necessite de desenvolver o seu perfil linguístico, de formação profissional ou de experiência laboral, a fim de aumentar as suas perspetivas de aceder a um emprego estável.

tada a trabalhadores desfavorecidos, os limiares monetários que delimitam a isenção de notificação são genericamente preservados.

Marcante é, sem dúvida, o desaparecimento da distinção entre *formação específica* e *formação geral*, afastando-se as diferenças de regime e de intensidade de auxílios associadas a cada um dos conceitos²⁴ e uniformizando-se, com justificação, as percentagens aplicáveis à formação (quadro *ne varietur* relativo às intensidades de auxílio), independentemente do respetivo tipo.

Neste plano, regista-se ainda outra limitação importante quanto à concessão de auxílios à formação enquadráveis nos limiares de isenção previstos no Regulamento que não se encontrava no RGIC2008: não devem ser concedidos auxílios à formação realizada pelas empresas para cumprir as normas nacionais obrigatórias em matéria de formação (n.º 2 do artigo 31.º)²⁵, exigindo-se agora

24 No âmbito do RGIC2008 entendia-se por (i) *formação específica* a formação que pressupõe um ensino direto e principalmente vocacionado para a posição atual ou futura do trabalhador na empresa e que confere qualificações que não são, ou apenas o são numa medida limitada, transferíveis para outra empresa ou para outro domínio de atividade profissional e (ii) *formação geral* a formação que pressupõe um ensino não vocacionado exclusiva ou principalmente para a posição atual ou futura do trabalhador na empresa, conferindo qualificações em grande medida transferíveis para outras empresas ou para outros domínios de atividade profissional, reforçando consideravelmente, por conseguinte, a empregabilidade do trabalhador. Nos projetos que envolvessem os dois tipos de formação, e que não pudessem ser dissociados ou cujo carácter não pudesse ser definido, consideravam-se as intensidades de auxílio relativas à formação específica, aplicando-se assim um limite de 25 % (intensidade do auxílio à formação, calculada com base nos custos elegíveis), por contraste com o limite de 60% referente à formação geral.

25 Recorde-se que, quanto ao ponto, a alínea b) do n.º 1 do artigo 131.º do Código do Trabalho atribui a cada trabalhador “um direito individual à formação”, a efetivar através de um número mínimo de horas, que, em função do contrato de trabalho em curso, não pode ser inferior a trinta e cinco horas de formação contínua nos casos de contratos sem termo ou, em aplicação de um critério elástico, nos casos de termo por período igual ou superior a três meses, num mínimo que deve ser proporcional à duração desse contrato (n.º 2). Esta quantificação, que é modulável em dois anos nos termos do n.º 4 do artigo 131.º, caso não seja concretizada no período de referência considera-se transformar-se em crédito de horas de igual número para formação por iniciativa do trabalhador (n.º 1 do artigo 132.º), cuja fruição, sendo de natureza potestativa, concede um direito à retribuição e conta como tempo de serviço efetivo (n.º 2 do artigo 132.º). Sem prejuízo de o crédito de horas para formação não utilizado cessar passados três anos sobre a sua constituição (n.º 6 do artigo 132.º), cessado o contrato de trabalho opera-se uma transformação do crédito de horas em retribuição: o trabalhador tem direito a receber a retribuição correspondente ao número mínimo anual de horas de formação que não lhe tenha sido proporcionado ou ao crédito de horas para formação de que seja titular à data da cessação (art.º 134.º). Assim, além do que vai dito, e das contraordenações graves previstas para o seu incumprimento (cfr. n.º 10 do artigo 131.º e n.º 3 do artigo 133.º do CT2009 e n.º 5 do artigo 13.º e n.º 3 do artigo 14.º da Lei n.º 105/2009, de 14 de setembro), o Código dota a formação contínua de um regime que compele o empregador à sua concretização: a não promoção da formação por banda do empregador até ao termo dos dois anos posteriores ao seu vencimento atribui ao trabalhador um direito à sua efetivação, cuja iniciativa opera mediante comunicação ao empregador com a antecedência mínima de 10 dias, prazo cuja exiguidade pode transportar dificuldades não só quanto à organização do trabalho como também em relação a uma eventual substituição temporária do trabalhador que vai iniciar a formação. Se esta circunstância convida o empregador a prover *motu proprio* à formação prevista na lei no período de referência inscrito no n.º 1 do artigo 132.º, o facto de, por um lado, a formação escolhida pelo trabalhador poder implicar um custo financeiro superior e de, por outro, a frequência da formação poder ser considerado

que, do ponto de vista material, a formação seja extraordinária, i.e., que não seja imposta por lei ou por qualquer outro instrumento normativo.

Se também para a contratação de trabalhadores com deficiência o auxílio sob a forma de subvenções salariais não pode exceder € 10 milhões anuais por empresa – com exceção de cambiantes verificáveis nos requisitos materiais cumulativamente verificáveis para que o auxílio seja conforme²⁶ –, cabe destacar a criação de um regime absolutamente novo, destinado a acomodar os custos da assistência prestada a trabalhadores desfavorecidos, que, como se fez notar, abrangem quem tiver entre 15 e 24 anos de idade.

Para lá do limite de cinco milhões de euros anuais por empresa²⁷ e de 50% dos custos elegíveis²⁸, é possível confeccionar como auxílios isentos de notificação quaisquer medidas estatais que cubram: (i) os custos associados ao emprego de pessoal unicamente pelo tempo dedicado à assistência aos trabalhadores desfavorecidos, durante um período máximo de 12 meses a contar da data de contratação de um trabalhador desfavorecido ou durante um período máximo de 24 meses a contar da data de contratação de um trabalhador seria-

trabalho suplementar, aparelham o desígnio da formação profissional com mecanismos particularmente eficazes, face aos interesses de ordem pública que concorrem para a sua saliência regulativa.

26 Para lá dos € 10 milhões por empresa, por ano, e do limite de 75% dos custos elegíveis, como requisitos materiais: (i) os custos elegíveis devem ser os custos salariais ao longo do período em que o trabalhador com deficiência estiver empregado, (ii) quando, em comparação com a média dos 12 meses precedentes, a contratação não representar um aumento líquido do número de trabalhadores da empresa em causa, os postos de trabalho devem ter ficado vagos na sequência de saída voluntária, deficiência, reforma por razões de idade, redução voluntária do tempo de trabalho ou despedimento legal por falta cometida, e não no âmbito de uma redução dos efetivos e (iii) salvo no caso de despedimento legal por *falta cometida*, os trabalhadores com deficiência devem poder beneficiar de um emprego contínuo por um período mínimo compatível com a legislação nacional aplicável ou com os acordos coletivos, juridicamente vinculativos para a empresa, que regem os contratos de trabalho. Neste último, ponto (iii), ressalta uma alteração de redação face ao RGIC2008, que, para o efeito, aludia a “falta profissional”. Sabendo-se que são múltiplas as formas de cessação do contrato de trabalho não imputáveis ao trabalhador, continua a ser necessário que o contrato se extinga por causa subjetiva, não sendo bastante a verificação de uma causa objetiva. Com efeito, sendo corrente contrapor-se justa causa objetiva a justa causa subjetiva, esta divisão, trabalhada à luz do artigo 53.º da CRP, identifica a justa causa subjetiva com uma conduta *culposa* e censurável do trabalhador (despedimento por motivo imputável ao trabalhador), reservando a justa causa objetiva para as situações em que não existe um comportamento culposos do trabalhador, como sucede com a verificação de necessidades de reestruturação empresarial ou de resposta a situações de crise que inviabilizam a continuidade da relação laboral (despedimento coletivo, despedimento por extinção de posto de trabalho e despedimento por inadaptação). Neste contexto, e para efeito do RGIC2014, passam, contudo, a abranger-se as denominadas condutas extraprofissionais, que, não atinando diretamente com a execução do contrato de trabalho, consubstanciam comportamentos do trabalhador que, pela sua gravidade e consequências, são suscetíveis de quebrar a relação de confiança exigível (exemplo: insultos ao empregador fora do local e do tempo de trabalho).

27 Cfr. n.º 4 do artigo 35.º do RGIC2014.

28 Cfr. alínea r) do n.º 1 do artigo 4.º do RGIC2014.

mente desfavorecido e (ii) os custos com a formação desse pessoal para prestar assistência aos trabalhadores desfavorecidos, sendo que a assistência prestada deve consistir em medidas destinadas a apoiar a autonomia dos trabalhadores desfavorecidos e a sua adaptação ao ambiente de trabalho, acompanhando o trabalhador nos procedimentos sociais e administrativos, na facilitação da comunicação com o empregador e na gestão de conflitos²⁹.

4. O ALCANCE DA PREVISÃO SOBRE SERVIÇOS DE CONSULTORIA EM INOVAÇÃO E DE APOIO À INOVAÇÃO

Conexamente, salienta-se a manutenção, em traços largos, dos regimes estabelecidos para a contratação de pessoal altamente qualificado em sede de auxílios à inovação a favor das PME.

Assim, para a contratação de pessoal altamente qualificado³⁰, anteriormente regulada no artigo 37.º do RGIC2008, conserva-se a necessidade de que (i) a sua contratação não se destine a substituir outro pessoal e (ii) seja utilizada numa função recentemente criada na empresa beneficiária, mas abandona-se a exigência de que esse pessoal tenha que ter trabalhado durante pelo menos dois anos no organismo de investigação ou na grande empresa que procede ao seu destacamento (alínea b) do n.º 2 do artigo 28.º do RGIC2014).

Mantém-se a exigência de que a intensidade do auxílio não deve exceder 50% dos custos elegíveis (n.º 3 do artigo 28.º), mas abandona-se a restrição que constava do n.º 3 do artigo 37.º do RGIC2008 quanto à avaliação da intensidade do auxílio por um período de três anos por empresa e por pessoa destacada.

Neste contexto, a questão que nos ocupa diz respeito ao perímetro aplicativo do n.º 4 do artigo 28.º (*auxílios à inovação a favor das PME*) do RGIC2014, procurando saber-se se este pode abranger o trabalho subordinado ou, se, por contraste, apenas contempla o trabalho autónomo ou independente ou a contratação em regime de *outsourcing*.

Tratando-se de recortar o sentido contido na expressão “serviços de consultoria em inovação e de apoio à inovação”, importa, antes do mais, atender às definições presentes no artigo 2.º do RGIC e, em simultâneo, cotejar os regimes dos artigos 28.º e 29.º do RGIC, uma vez que qualquer medida confeccionável

29 Cfr. n.ºs 2 e 3 do artigo 35.º do RGIC2014.

30 Segundo o § 93, entende-se como “pessoal altamente qualificado” o “pessoal titular de um grau universitário e com uma experiência profissional mínima de cinco anos no domínio em causa, que pode igualmente incluir formação ao nível do doutoramento”.

como auxílio à contratação laboral por PME deve acomodar-se a um enquadramento que, entrecruzando os pressupostos com os objetivos visados, maximize o potencial da intervenção estatal.

A relevância deste tipo de intervenções nos diferentes Estados membros é tanto maior quanto a situação crítica de desemprego que atravessa o velho continente faz ressurgir a criação de novas políticas de empregabilidade³¹, em que a participação dos Estados no suporte dos custos fixos com a massa salarial é não raras vezes condição essencial à dinamização do mercado de emprego e à penetração no sistema de trabalhadores recém licenciados – cuja qualificação técnico-científica não encontra oportunidades efetivas de materialização profissional –, num cenário mais vasto em que a otimalidade (também) constitucional deste tipo de medidas supera a que se encontra subjacente a outro tipo de intervenções que, visando propósitos idênticos, implicam restrições efetivas à liberdade de trabalho e de profissão *lato sensu*³², e que, nessa medida, pensando concretamente no sistema português, não escapam a dúvidas de natureza jurídico-constitucional³³.

31 Entre nós, o n.º 1 do artigo 58.º da CRP estabelece que *todos têm direito ao trabalho*. Com o desiderato constitucional de proteger especialmente a condição existencial do trabalhador enquanto titular de direitos, liberdades e garantias a aflorar o princípio da realização da democracia económica, social e cultural e as especiais tarefas do Estado que dele decorrem (alínea d) do artigo 9.º), e enquanto direito positivo dos cidadãos perante os poderes públicos, o direito ao trabalho, enquanto *direito à ocupação de um posto de trabalho para a satisfação de necessidades pessoais e familiares*, consiste no direito de obter emprego ou de exercer uma atividade profissional, no sentido em que o Estado tem a obrigação de desenvolver políticas de criação de emprego e de proteção dos desempregados. Não se tratando, nessa ótica e uma vez que o Estado não controla os meios de produção, de uma disposição diretamente aplicável que possa substanciar um “direito subjetivo a um concreto posto de trabalho”, cuida-se, no entanto, de uma imposição aos poderes públicos, sempre dentro de uma reserva do possível, no sentido da criação das condições normativas e fácticas, que permitam que todos tenham efetivamente direito ao trabalho, de acordo com a sua livre escolha e com os seus méritos e capacidades. Cfr. Gomes Canotilho & Moreira, 2007: 763 e Medeiros, 2005: 588.

32 Seguindo Reis Novais, 2003: 247, entendemos por *restrição* a um direito toda a “ação ou omissão estatal que, eliminando, reduzindo, comprimindo ou dificultando as possibilidades de acesso ao bem jus-fundamentalmente protegido [...] ou enfraquecendo os deveres e obrigações, em sentido lato, que dele resultem para o Estado, afeta desvantajosamente o conteúdo de um direito fundamental”.

33 Trata-se, além do mais, de área reservada à lei parlamentar ou a diploma governamental devidamente autorizado, conforme determina o artigo 165.º da CRP. Embora só se possa falar de restrição de direitos, liberdades e garantias depois de se conhecer o âmbito de proteção das normas constitucionais que consagram esses direitos (determinação dos bens jurídicos que por ela são protegidos e definição da extensão dessa proteção), o Tribunal Constitucional tem reconhecido que a reserva legislativa parlamentar em matéria de direitos, liberdades e garantias abrange *tudo o que seja matéria legislativa e não apenas as restrições do direito em causa*, o que, no domínio que nos prende, implicará a assunção de uma conceção expansiva do princípio da reserva de lei. Entre outros: Ac. TC n.º 128/00, de 23 de fevereiro (Messias Bento), proc. n.º 547/99 ou Ac. TC n.º 362/2011 (Cunha Barbosa), proc. n.º 746/10, DR Série, n.º 177, de 14 de setembro de 2011, 4464 e ss.. A questão é tão mais importante quanto, como fez salientar Miranda,

Sendo necessário estear as restrições num fundamento razoável e acomodá-las a outros valores constitucionais, o interesse coletivo que justifica as restrições é matéria que a Constituição não aborda especificamente³⁴, embora, por princípio, e sem prejuízo do balanceamento dos direitos em causa, se afigure atendível que o desenvolvimento de políticas relacionadas com a empregabilidade (*v.g.* proteção de jovens ou de trabalhadores mais velhos)³⁵, com a fixação de requisitos em matéria de duração da experiência profissional, com a segurança pública, com a natureza do emprego e/ou das exigências demandadas pelas condições nas quais esse emprego é exercido³⁶ ou mesmo com o esconjuro de situações fraudulentárias³⁷ ou de conflito de interesses (*v.g.* exclusi-

1978: 339, “todos os direitos constitucionais (e legais equiparáveis) dos trabalhadores devem ter-se por direitos fundamentais”. Ora, as características que sobressaem do regime jurídico-constitucional dos direitos, liberdades e garantias e demais direitos de natureza análoga são desde logo as que constam do artigo 18.º da CRP, suscitando-se (i) a aplicação ou eficácia direta dos preceitos constitucionais, (ii) a carência de credencial constitucional para uma restrição, sendo apenas legítimas as que surjam impostas pela necessidade de salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos (iii) o respeito pelo princípio da proporcionalidade nas suas três dimensões (conformidade ou adequação, o da exigibilidade ou necessidade e o da justa medida ou da proporcionalidade em sentido estrito) e (iv) a observância de uma lei formal (lei da Assembleia da República ou um decreto-lei autorizado) caracterizada pela generalidade e pela abstração e insuscetível de produzir efeitos retroativos.

34 Nestes termos: Ac. TC n.º 650/93, de 4 de novembro (Luís Nunes de Almeida), proc. n.º 451/91, que considerou inconstitucional a norma do artigo 132.º do Código Penal e Disciplinar da Marinha Mercante, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 33.252, de 20 de novembro de 1943, na parte em que estabelece a punição como desertor aquele que, sendo tripulante de um navio e sem motivo justificado, o deixe partir para o mar sem embarcar, quando tal tripulante não desempenhe funções diretamente relacionadas com a manutenção, a segurança e a equipagem do mesmo navio.

35 Cfr. por exemplo Martín Valverde, Gutiérrez & Murcia, 2006: 416 e ss., cuja abordagem, sendo desenvolvida no âmbito das medidas de políticas de emprego, evidencia a atenção crescente da manualística laboral ao fenómeno, abrangendo, nessa ótica, os diferentes vetores da formação profissional e a análise do edifício institucional relacionado com a colocação e a intermediação no mercado de trabalho.

36 Em exemplo, veja-se a listagem recolhida no ordenamento italiano por Pera, 1987: 1034-5, e a jurisprudência da Corte Constitucional italiana contida em Bartole & Bin, 2008: 43. Identicamente, avançando com os requisitos necessários às funções de enfermagem, Weber, 2007: 184; e, entre nós, considerando em amostra que “as restrições ao exercício da profissão de técnico da construção civil encontram justificação no interesse coletivo na apresentação de projetos de construção tecnicamente idóneos”, v. Ac. TC n.º 446/91, de 28 de novembro (Armindo Ribeiro Mendes), proc. n.º 88-0231, DR II Série, n.º 78, de 2 de abril de 1992, 3112-9.

37 Em ilustração, confira-se o regime espanhol do “contrato de empreendedores”, que, vedando a contratação de trabalhadores com um determinado enquadramento se nos seis meses antecedentes tiver havido um despedimento coletivo ou uma situação de extinção de postos de trabalho, encontra a sua razão de ser na proibição de situações de fraude de lei e na privação por parte empregadores de benefícios conexos com medidas de apoio e fomento ao emprego (*v.g.* incentivos fiscais e bonificações na taxa contributiva de segurança social). Cfr. Pérez Rey, 2012: 64.

vidade e incompatibilidades³⁸) possam, de forma fundamentada, substanciar o interesse coletivo (especificamente) exigido pela CRP.

Neste quadro, em que as políticas do mercado de trabalho realçam a empregabilidade³⁹ e em que a comparticipação estatal nos custos salariais reganha outra importância, é possível considerar que o artigo 29.º do RGIC tem, à primeira vista, pressupostos menos restritivos do que o artigo 28.º do RGIC, embora ambos os preceitos estabeleçam como limite da intensidade do auxílio 50 % dos custos elegíveis para as PME.

Conquanto possam surgir dúvidas se o artigo 29.º do RGIC permite um financiamento direto a PME que não tenham qualquer relação cruzada com grandes empresas – as dúvidas surgiriam em razão da conexão estabelecida no n.º 2 do artigo 29.º do RGIC e da existência de um regime especificamente direcionado para as PME no artigo 28.º do RGIC –, uma leitura sistemática do RGIC permite-nos considerar que o artigo 29.º se encontra numa relação de especialidade face ao artigo 28.º, em função da delimitação fatorial que aí se encontra estabelecida: *inovação em matéria de processos e de inovação*⁴⁰.

A razão para este enquadramento assenta no facto de os resultados da I&D não serem suscetíveis de apropriação na sua totalidade pelas empresas que

38 Sobre a possibilidade de desenvolvimento de atividades laborais em simultâneo ou de cumulação de profissões como corolário do princípio da liberdade de trabalho e profissão, cfr. Péliissier, 1990: 24, sendo, todavia, claro que há profissões que, pela sua natureza, implicam importantes condicionamentos quanto ao pluriemprego e que aliás encontram reflexo constitucional.

39 Assim, Santelmann, 2001: 167; e Giddens, 2007: 111.

40 Ainda no âmbito deste exercício comparativo, a referência a custos de pessoal contida na alínea a) do n.º 3 do artigo 29.º do RGIC cobre o custo de investigadores, técnicos e outro pessoal de apoio, na medida em que trabalhem no projeto ou atividade relevantes, ao passo que as alíneas b) e c) do artigo 28.º estreitam do ponto de vista contudístico os custos elegíveis, exigindo (i) que se trate de custos relativos ao destacamento de *pessoal altamente qualificado* de um organismo de investigação e divulgação de conhecimentos, ou de uma grande empresa, que se dedique a tarefas de investigação, desenvolvimento e inovação no âmbito de uma função recentemente criada na empresa beneficiária e que não substitui outros membros do pessoal (alínea b)) ou de (ii) custos de serviços de consultoria em inovação e de apoio à inovação. Nesse sentido, a alínea b) do artigo 28.º do RGIC, além de exigir que se trate de pessoal altamente qualificado (i.e., pessoal titular de um grau universitário e com uma experiência profissional mínima de cinco anos no domínio em causa, que pode igualmente incluir formação ao nível do doutoramento), exige também que a função tenha sido recentemente na empresa beneficiária e que a contratação não implique a substituição de pessoal contratado, até porque se trata de trabalhadores *destacados*, i.e., de trabalhadores que já têm um contrato de trabalho e que, sem prejuízo do emprego temporário, têm o direito de regressar à sua entidade empregadora anterior. Já a alínea c) do artigo 28.º, contendo uma referência, aparentemente lata, a “serviços de consultoria em inovação e de apoio à inovação”, cobre, por um lado, a consultoria, assistência e formação nos domínios da transferência de conhecimentos, a aquisição, proteção e exploração de ativos incorpóreos, a utilização de normas e de regulamentações que nelas se integrem e, por outro, o fornecimento de escritórios, bancos de dados, bibliotecas, estudos de mercado, laboratórios, etiquetagem de qualidade, testes e certificação, tendo em vista o desenvolvimento de produtos, processos ou serviços mais eficazes.

investem nesta atividade (apesar do sistema de proteção da propriedade intelectual), e de gerarem externalidades positivas para outras empresas (apropriação de uma parte do benefício sem terem participado no esforço de investimento).

Por isso, o auxílio serve para compensar a empresa investidora pela parte do resultado não apropriado e a conexão empresarial estabelecida no n.º 2 do artigo 29.º do RGIC apenas constitui condição necessária para os auxílios às grandes empresas, com vista à correção das falhas de mercado pressupostas, exigindo-se, para esse efeito, o envolvimento de PME, com estas a suportarem, pelo menos, 30 % dos custos totais elegíveis.

Será assim, uma vez que a inovação em matéria de processos e de organização pode ser afetada por deficiências de mercado sob a forma de informação imperfeita e externalidades positivas, contexto em que a PME se encontram particularmente vulneráveis, visto enfrentarem constrangimentos suscetíveis de dificultar a sua capacidade para melhorar os seus métodos de produção ou de fornecimento e/ou para aperfeiçoar significativamente as suas práticas empresariais, a sua organização do local de trabalho e as suas relações externas.

Tratando-se de ponderar a aplicação alternativa dos artigos 28.º e 29.º do RGIC com vista à otimização de qualquer medida orientada à comparticipação dos custos salariais subjacentes à contratação laboral, cumpre todavia não perder de vista que o artigo 29.º exige uma conexão material com inovação em matéria de processos e organização, referência causal que, à luz das definições 96 e 97 condensadas no artigo 2.º do RGIC, implica que por “inovação organizacional” se entenda *a aplicação de um novo método de organização nas práticas comerciais, na organização do local de trabalho ou nas relações externas de uma empresa, excluindo as alterações que se baseiem em métodos de organização já utilizados na empresa, as alterações relativas à estratégia de gestão, as fusões e aquisições, a cessação da utilização de um processo, a mera substituição ou ampliação do capital, as alterações unicamente decorrentes de variações do preço dos fatores, a produção personalizada, a localização, as alterações sazonais periódicas e outras alterações cíclicas, bem como o comércio de produtos novos ou significativamente melhorados*; e, no mesmo âmbito, que se considere que a “inovação a nível de processos” se identifica com *a aplicação de um método de produção ou de distribuição novo ou significativamente melhorado (incluindo alterações significativas nas técnicas, equipamentos ou software)*, excluindo-se, para esse efeito, as alterações ou melhorias de pequena importância, os aumentos da capacidade de produção ou de prestação de serviços através do acréscimo de sistemas de fabrico ou de sistemas logísticos que sejam muito análogos aos já utilizados,

a cessação da utilização de um processo, a mera substituição ou ampliação do capital, as alterações unicamente decorrentes de variações do preço dos fatores, a produção personalizada, a localização, as alterações sazonais, periódicas e outras alterações cíclicas, bem como o comércio de produtos novos e significativamente melhorados.

Neste sentido, a elegibilidade referente aos custos de pessoal previstos na alínea *a*) do artigo 29.º do RGIC permite cobrir uma multiplicidade de trabalhadores que, à partida, não são abrangidos pelas alíneas *b*) e *c*) do n.º do artigo 28.º do RGIC.

Sem prejuízo, o desenho de qualquer medida tem que satisfazer os requisitos materiais implicados pelo artigo 29.º do RGIC, preceito que exige uma conexão causal da contratação de trabalhadores com *inovação em matéria de processos e organização*, cujo sentido, aparecendo recortado nos pontos do artigo 2.º do RGIC (*definições*), estreita, do ponto de vista fatorial, o desenho de qualquer medida que se possa apoiar no artigo 29.º do RGIC.

Cuidando-se de uma medida dirigida ao suporte dos custos salariais com a contratação de recursos humanos altamente qualificados, será, pois, preferível, acomodá-la à alínea *c*) do artigo 28.º do RGIC, conquanto não se trate de uma medida com potencial aplicativo à generalidade dos trabalhadores.

Ainda assim, permitindo-se uma intensidade de auxílio até 50% dos custos elegíveis, a contratação de trabalhadores altamente qualificados só quadrará com o exercício de serviços/funções de consultoria em inovação e de apoio à inovação caso se considere que o trabalho subordinado se encontra associado a esta modalidade alternativa de financiamento.

Neste quadro, optando-se pela aplicação do artigo 28.º do RGIC, encontra-se no artigo 2.º do RGIC uma definição de *serviços de consultoria em inovação* nos seguintes termos: “a consultoria, assistência e formação nos domínios da transferência de conhecimentos, a aquisição, proteção e exploração de ativos incorpóreos, a utilização de normas e de regulamentações que nelas se integrem” (§ 94); e, no que a *serviços de apoio à inovação* diz respeito, o RGIC define-os como “o fornecimento de escritórios, bancos de dados, bibliotecas, estudos de mercado, laboratórios, etiquetagem de qualidade, testes e certificação, tendo em vista o desenvolvimento de produtos, processos ou serviços mais eficazes” (§ 95). Nada existe, portanto, nos elementos definitórios que permita excluir o trabalho subordinado do âmbito conceptual da expressão “serviços de consultoria em inovação e de apoio à inovação”.

Tendo presente que tão pouco existe uma definição unívoca no plano comunitário de *trabalhador*⁴¹, é curial ter presente que a distinção entre trabalho autónomo e trabalho subordinado se encontra em acentuada crise⁴², aparecendo comumente recortada a partir da *alienidade*⁴³ e a partir da partilha de riscos subjacente⁴⁴.

A crise é acentuada porque, por regra, qualquer atividade pode ser exercida em regime de subordinação ou em regime de prestação de serviços em sentido estrito⁴⁵, presenciando-se importantes alterações na configuração do trabalho subordinado, motivadas essencialmente pela introdução de estruturas organizativas diferentes e pela concretização de produtos da inovação em novos instrumentos de produção que embaciam os regimes aplicáveis e as vantagens/desvantagens subjacentes à constituição de qualquer das modalidades de relação jurídica em equação⁴⁶.

Assistindo-se a uma crescente autonomia dos trabalhadores a quem são reconhecidos direitos de autodeterminação do exercício da sua atividade (numa expressão inequívoca de responsabilização da força de trabalh⁴⁷), é, por isso, vulgar que muitos trabalhadores reapareçam como prestadores de serviço à mesma empresa ou mesmo que ressurgam na qualidade de pequenos empresá-

41 Ballarino, 2001: 436.

42 Por exemplo: Selma Penalva, 2007: 111-4 ou Romano Martinez, 2001: 271-294, que, distinguindo indícios negociais e indícios externos, inclui nos últimos a exclusividade no exercício da atividade, o tipo de imposto pago pelo trabalhador/prestador da atividade, a inscrição deste na Segurança Social como trabalhador dependente ou independente e ainda a sindicalização. Em todo o caso, como aí se salienta, “a exclusividade não é característica do contrato de trabalho, nada obstando à existência do chamado pluriemprego, em que o mesmo trabalhador é parte em diferentes relações laborais” (292).

43 Assim, no início do século passado, cfr. Canelutti, 1910: 435-6, que, em vista da distinção entre *locatio operarum* e *locatio operis*, salientava que o risco da atividade, enquanto incerteza na obtenção do resultado para que se orienta o dispêndio de energia, surgia como elemento característico da situação laboral (*locatio operarum*). A *alienidade*, consistente na atribuição dos resultados produtivos ou dos frutos do trabalho a uma pessoa distinta da do trabalhador, postula assim que não seja o trabalhador o sujeito afetado pelo risco subjacente ao exercício da atividade.

44 Aludindo ao facto de o trabalhador não suportar por regra os gastos empresariais, v. Romano Martinez, 2010: 534.

45 Nestes termos, a consabida função caracterizadora da subordinação jurídica, erigida em “fatispecie típica unitária do direito do trabalho” (na emblemática expressão de Mengoni, 1988, 8), não obstante a provável necessidade de alargamento do seu conteúdo funcional a novas situações de dependência económica, permanece como critério geral da qualificação de uma relação como relação de trabalho. É, de facto, a partir do desempenho da atividade “sob autoridade e direção” de alguém que se considera existir subordinação jurídica, no sentido em que “existe uma relação de poder juridicamente regulada”.

46 Assim: Lobo Xavier, 1998: 115 e ss.

47 Cfr. Furtado Martins, 1997: 335 e ss.

rios⁴⁸, dando-se visibilidade ao exercício de atividades materialmente idênticas sob a capa de diferentes fórmulas jurídicas.

Tratando-se, em ambos os casos, de ter presente que a abrangência da liberdade de trabalho se evidencia a partir da possibilidade de escolha entre o trabalho independente (não empresarial), o trabalho subordinado e a iniciativa ou a gestão de uma atividade empresarial⁴⁹, a distinção que em Portugal se estabelece, perante a dificuldade probatória na identificação dos elementos de facto que integram a subordinação jurídica – e que, na essência, se constrói a partir do domínio do empregador/poder de conformação da prestação, orientação, direção e fiscalização da atividade laboral em si mesma, com o correspondente poder disciplinar – faz-se pelo método tipológico, deduzindo-se a qualificação que se demanda dos factos indiciários em juízo de aproximação global⁵⁰.

Mas esta distinção não pode ser projetada na interpretação do RGIC, uma vez que este transcende a variação regimental dos Estados membros, tendo uma vocação uniformizante.

5. PERCURSO EXEGÉTICO

Sabendo-se que a interpretação de norma proveniente da União Europeia não pode deixar de atender ao testes da *universalidade* (problema que, em substância, alcança o plano da *Kompetenz-kompetenz* do TJCE), bem se compreende por isso que, neste domínio específico, se enfrentem os problemas subjacentes ao facto de a UE deixar aos Estados membros a tarefa de definir

48 A grande novidade em relação a este aspeto repousa no facto de estas atividades serem exercidas por quem trabalhava tradicionalmente em regime de subordinação e no facto de não serem apenas os profissionais liberais quem na atualidade opta pelo trabalho em regime de autonomia, escolhendo o regime da prestação de serviços dentro das modalidades possíveis no quadro do artigo 1154.º do Código Civil.

49 Como faz notar Ferreira Mendes, 2005: 1213, no que “respeita à escolha de um meio de vida não baseado na mera fruição de bens, mas fundado na ação/atução no campo económico-produtivo, a opção fundamental dos cidadãos é entre a liberdade de trabalho ou profissão do artigo 47.º – autónomo ou de exercício subordinado – e a liberdade de empresa do artigo 61.º, que pode assumir um cariz individualista (n.º 1) ou social (n.ºs 2 e 5)”. Sob este ponto de vista, a liberdade de iniciativa alcança um âmbito que ultrapassa a liberdade de trabalho, já que não se esgota na liberdade de iniciar uma atividade económica, envolvendo igualmente a liberdade de contribuir com fatores de capital e a liberdade institucional da empresa, liberdade que, como enfatiza Lobo Xavier, 2004: 165, é “o necessário contraponto aos direitos relativos ao trabalho, sem o qual não há emprego nem trabalhadores”.

50 Tendo presente que o Direito do trabalho, nas palavras de Menezes Cordeiro, 1986: 28, constitui “um conjunto de normas e de princípios relacionados com o fenómeno do trabalho subordinado e agrupados em função duma Ciência juslaboral geográfica e historicamente determinada”. Isto, porque o contrato de trabalho e o contrato de prestação de serviço distinguem-se basicamente pelo objeto e pelo tipo de relacionamento entre as partes. Enquanto no primeiro se contrata a atividade subordinada, no segundo visa-se a prossecução de um determinado resultado, em regime de autonomia.

o termo *trabalhador*, remissão para os direitos nacionais que aliás é frequentemente entendida como potencialmente enfraquecedora da proteção dos trabalhadores⁵¹ e que, neste particular aspeto, permite também compreender o facto de o RGIC ser omissivo relativamente a uma definição de *trabalhador*.

Não se encontra, por conseguinte, qualquer sinal no artigo 28.º do RGIC quanto à impossibilidade de a contratação de trabalhadores, tal como é entendida no Direito interno, nele se subsumir, embora não se possa perder de vista o chamado princípio da *interpretação conforme*, que, surgindo geralmente no vasto princípio da efetividade, implica que o intérprete-aplicador “internamente, deverá, ainda quando deva apenas aplicar direito nacional, atribuir a este uma interpretação que se apresente conforme com o sentido, economia e termos das normas comunitárias”⁵².

Sem prejuízo, o enquadramento conducente ao entendimento de que o trabalho subordinado se encontra fora do perímetro aplicativo do artigo 28.º do RGIC encontra dois argumentos com alguma substância.

Um primeiro, é o que se refere ao contraste de previsões entre as alíneas *b)* e *c)* do n.º 2 do artigo 28.º do RGIC, uma vez que a utilização do termo *trabalhador* é reservada para as situações de destacamento, situações que, nos termos do RGIC, dizem respeito ao “emprego temporário de pessoal por parte de um beneficiário com o direito de o pessoal regressar à sua entidade empregadora anterior” (§ 98 do artigo 2.º).

Neste sentido, e segundo esta leitura, sempre se dirá que as situações em que se admite a constituição de uma relação pautada pela subordinação jurídica só podem ter lugar em contexto de *destacamento*, circunstância que, no ordenamento jurídico português, tenderá a ocorrer através da figura da cedência de trabalhadores⁵³, pelo que qualquer apoio confecionável à luz desta disposição seria recortável como um apoio destinado à contratação de trabalhadores em regime de cedência, situação de fragmentação juslaboral cujo período máximo não pode ultrapassar os cinco anos⁵⁴.

51 Por exemplo, sinalizando a ameaça à mobilidade dos trabalhadores que a variedade de definições do termo *trabalhador* implica, veja-se o Livro Verde da Comissão Europeia, de 22 de novembro de 2006.

52 Gorjão-Henriques, 2003: 216-7.

53 Por exemplo, na jurisprudência: Ac. STJ de 14.05.2009 (Mário Pereira), n.º 08S2315, www.dgsi.pt; e na doutrina: Martins, 2005: 83 e ss.

54 Alínea *d)* do n.º 1 do artigo 289.º do Código do Trabalho: “(a) duração da cedência não exceda um ano, renovável por iguais períodos até ao máximo de cinco anos”.

Esta argumentação seria válida para a questão da aplicabilidade do n.º 4 do artigo 28.º, uma vez que este preceito replica a locução “serviços de consultoria em inovação e de apoio à inovação”, não havendo razões para estabelecer qualquer diferença quanto ao alcance interpretativo do vocábulo contido na alínea *c)* do n.º 2 do artigo 28.º.

Como segundo argumento, assume especial relevância o facto de o n.º 4 do artigo 28.º permitir uma intensidade de auxílio que pode ir até 100% dos custos elegíveis, circunstância que, caso se sufrague a leitura de que a contratação de trabalhadores se pode acomodar à locução “serviços de consultoria em inovação e de apoio à inovação”, tornaria claramente inefetivo o regime condensado na alínea *b)* do n.º 2 do artigo 28.º, uma vez que, numa ponderação custo-benefício, jamais existiria uma medida que se enquadrasse na alínea *b)*, face à largueza interpretativa subjacente à expressão “serviços de consultoria em inovação e de apoio à inovação”, cujos pressupostos fatoriais não se identificam com os exigidos para as situações de destacamento.

Esta via de análise, aparentemente probante, esbarra, contudo, no facto de o regime previsto no n.º 4 se encontrar desenhado com base em razões similares às que inspiram o Regulamento *de minimis*, partindo-se, para tanto, do pressuposto de que esses auxílios, não obstante a respetiva intensidade quanto aos custos elegíveis, não afetam as trocas comerciais entre Estados membros e não falseiam a concorrência (= residualidade da vantagem)⁵⁵.

Neste sentido, não se vislumbra razão para ater o sentido da locução “serviços de consultoria em inovação e de apoio à inovação” a serviços prestados em regime de colaboração externa, confeccionando-se, para tanto, no plano interpretativo, uma cláusula de restrição implícita, que tornaria inaplicável este regime às situações de trabalho subordinado.

Dir-se-á mesmo que, por maioria de razão, a permissão que vale para a contratação de prestadores serviços que desenvolvam funções em inovação e de apoio à inovação a favor das PME não pode deixar de se aplicar à contratação de trabalhadores *tout court*, em regime de laboração subordinada.

Esta será ainda a consequência lógica de neste caso se promover conexamente a empregabilidade – com reflexo em múltiplos instrumentos normativos da UE – e de, no outro, essa empregabilidade, assim os “serviços de consultoria em inovação e de apoio à inovação” se identifiquem *ipso jure* com o *outsourcing*, sair claramente frustrada, embora, tanto numa situação quanto noutra,

55 Cfr. Araújo, 2015: 326.

os escopos subjacentes à consagração de um regime como o que o artigo 28.º alberga sejam concretizados; a saber: a potenciação de um regime que garanta a inovação em PME e que permita corrigir as falhas de mercado pressupostas pela sua reduzida dimensão.

Pois bem. Recorrendo-se a uma interpretação enunciativa, e sendo pacífico que a prestação de serviços em sentido estrito é contemplada pela locução “serviços de consultoria em inovação e de apoio à inovação”, a abrangência do trabalho subordinado impor-se-á por maioria de razão: sendo possível uma medida que se destina à constituição de uma relação que deixa os contratados sem um regime de proteção social robusto, implicar-se-á a conclusão de que a constituição de uma relação jurídica de emprego, ante o regime de proteção social associável e o enquadramento institucional subjacente (designadamente: proibição de despedimentos sem justa causa), é naturalmente possível.

No mais, não se vislumbram quaisquer fundamentos ou interesses de ordem pública que, em atenção aos objetivos prosseguidos pelo RGIC, permitam estreitar a aplicação do n.º 4 às situações de trabalho independente e excluir o trabalho dependente.

Além da dinamização do mercado de trabalho e da garantia de emprego outorgada a recursos especialmente qualificados, somos mesmo do entendimento de que, mediante a inserção dos trabalhadores na estrutura produtiva de uma PME, a melhoria dos processos de inovação prosseguida pelo preceito é mais facilmente conseguida, atendendo à internalização do processo inovatório que venha a ser desenvolvido, situação que, bem vistas as coisas, não surge tão clara nas situações em que a contratação se processa externamente, em que o *know-how* obténível permanece externo à PME, sem quaisquer garantias quanto à sedimentação do saber-fazer na cadeia organizativa da empresa.

Termos em que se encontram fundados argumentos para considerar que, na ausência de qualquer sinal normativo específico, a locução “serviços de consultoria em inovação e de apoio à inovação” contempla tanto medidas que se orientem à contratação de prestações de serviços externos, quanto, *a fortiori*, medidas estatais que se dirijam à promoção da contratação de trabalhadores em regime de laboração subordinada, uma vez que nesta última situação os objetivos subjacentes ao artigo 28.º são mais facilmente obteníveis e a inovação das PME, objetivo primeiro do preceito, ganha condições acrescidas de exequibilidade.

BIBLIOGRAFIA

ARAÚJO, M.

- 2015 “Some Salient Features of Commissioner Almunia’s Term”, in HAWK, B. E. (dir.), *International Antitrust Law and Policy: Fordham Competition Law 2014*, Nova Iorque: Juris Publishing, pp. 323-344.

ARNDT, H.-W., FISCHER, K. & FETZER, T.

- 2015 *Europarecht*, Heidelberg: C.F. Müller.

BALLARINO, T.

- 2001 *Manuale Di Diritto Dell’Unione Europea*, 6.^a ed., Pádua: Cedam.

BARTOLE, S. & BIN, R.

- 2008 *Commentario breve alla Costituzione*, 2.^a ed., Milão: Cedam.

CARNELUTTI, F.

- 1916 *Studi di diritto civile*, Roma: Athenaeum.

CASOTTI, A., GHEIDO, M. R., MASSI, E. & RAUSEI, P.

- 2015 *Contratto a tutele crescenti ed incentivi ad assumere*, Ipsa/Wolters Kluwer Italia.

CRAIG, P. & DE BURCA, G.

- 2015 *EU Law: Text, Cases, and Materials*, 6.^a ed., Oxford: Oxford University Press.

GIDDENS, A.

- 2007 *A Europa na Era Global*, Lisboa: Ed. Presença.

FERREIRA MENDES, E.

- 2010 “Anotação ao artigo 61.º da CRP”, in J. Miranda & r. Medeiros, R., *Constituição da República Portuguesa Anotada* (2.^a ed.), (dir. Jorge Miranda & Rui Medeiros), Coimbra: Coimbra Editora, pp. 1179-1238.

FOSTER, N.

- 2015 *Foster on EU Law*, 5.^a ed., Oxford: Oxford University Press.

FURTADO MARTINS, P.

- 1997 “A crise do contrato de trabalho”, *RDES*, n.º 4, pp. 335-368.

GOMES CANOTILHO, J. & MOREIRA, V.

- 2007 *Constituição Portuguesa da República Anotada. Artigos 101.º a 107.º*, 4.^a ed., Coimbra: Coimbra Editora.

GORJÃO-HENRIQUES, M.

- 2003 *Direito Comunitário*, 2.^a ed., Coimbra: Almedina.

LOBO XAVIER, B.

- 1998 “Polivalência e mobilidade”, in A. Moreira (org.), *I Congresso Nacional de Direito do Trabalho. Memórias*, Coimbra: Almedina, pp. 105-131.

- 2004 “A Constituição Portuguesa como fonte do Direito do Trabalho e os direitos fundamentais dos trabalhadores”, in A. Monteiro Fernandes (coord.), *Estudos de Direito do Trabalho em Homenagem ao Professor Manuel Alonso Olea*, Coimbra: Almedina, pp. 163-203.
- LOPES PORTO, M.
- 2009 *Teoria da Integração e Políticas Comunitárias*, 4.^a ed., Coimbra: Almedina.
- MACHADO, J.
- 2014 *Direito da União Europeia*, Coimbra: Coimbra Editora.
- MARTÍN VALVERDE, A., GUTIÉRREZ, R.-S. & MURCIA, G.
- 2006 *Derecho del Trabajo*, 15.^a ed., Madrid: Tecnos.
- MARTINS, J. Z.
- 2005 “Definição e condições gerais da cedência ocasional de trabalhadores no Código do Trabalho”, *Questões Laborais*, n.º 25, pp. 77-110.
- 2014 “Auxílios de Estado: pressupostos e novas leituras em torno do conceito de seletividade”, *Revista de Direito Público*, n.º 12, pp. 37-89.
- MIRANDA, J. & MEDEIROS, R.
- 2005 *Constituição Portuguesa Anotada – Tomo I*, Coimbra: Coimbra Editora.
- MENEZES CORDEIRO, A.
- 1997 *Manual de Direito do Trabalho*, Coimbra: Almedina.
- MENGONI, L.
- 1986 “La questione della subordinazione”, *Rivista Italiana di diritto del lavoro* I, pp. 5-17.
- MIRANDA, J.
- 1978 *A Constituição de 1976*, Lisboa: Petrony.
- REIS NOVAIS, J.
- 2003 *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, Coimbra: Coimbra Editora.
- PÉLISSIER, J.
- 1990 “La liberté du travail”, *Droit Social*, n.º 1, pp. 19-26.
- PERA, G.
- 1987 “Professione e lavoro (libertà di)”, in *Enciclopedia del Diritto XXXVI*, Milão: Giuffrè, pp. 1033-8.
- PÉREZ REY, J.
- 2012 “El contrato de apoyo a los emprendedores: una nueva vuelta de tuerca a la precariedad como fórmula de fomento de empleo”, *Revista de Derecho Social* n.º 57, pp. 51-66.

ROMANO MARTINEZ, P.

2001 “Trabalho Subordinado e Trabalho Autónomo”, in P. Romano Martinez (coord.), *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, vol. I, Coimbra: Almedina, pp. 271-294.

2010 *Direito do Trabalho*, 5.^a ed., Coimbra: Almedina.

SANTELMANN, P.

2001 *La formation professionnelle, nouveau droit de l’homme?*, Paris: Gallimard.

SELMA PENALVA, A.

2007 *Los límites del contrato de trabajo en la Jurisprudencia Española*, Valencia: Tirant Lo Blanch Laboral.

STRIK, P.

2010 “From Washington with Love – Investor-State Arbitration and the Jurisdictional Monopoly of the Court of Justice of the European Union”, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, Volume 12, pp. 425-453.

WEBER, M.

2007 *Arbeitsrecht für Pflegeberufe: Handbuch für die Praxis*, Estugarda: Verlag W. Kohlhamer