

TRABALHO A TEMPO PARCIAL. ALGUMAS NOTAS

João Zenha Martins

zenha.martins@gmail.com

Professor da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

Recibido: 10/06/2019 – Aceptado: 23/09/2019

Sumário

O texto trata do contrato de trabalho a tempo parcial e da sua associação a um pacto de exclusividade, fazendo-se também uma análise da reconfiguração do trabalho a tempo parcial no ordenamento laboral português. Havendo aspetos de regime que no plano laboral não estão imunes a uma leitura crítica, é, contudo, no enquadramento previdencial dos trabalhadores a tempo parcial que o Direito português se mostra dificilmente compatível com o sentido da jurisprudência do Tribunal de Justiça.

■ Palavras-chave:

Contratos atípicos; Trabalho a tempo parcial; Pacto de exclusividade; Trabalho intermitente; Tempo de trabalho; Discriminação indireta; Direito da União Europeia; Tribunal de Justiça; Subsídio de desemprego; Reforma

Abstract

■ Keywords:

Atypical contracts; Part-time work; Exclusivity pact; Intermittent employment contracts; Working time; Indirect discrimination; European Union Law; Court of Justice; Unemployment benefit; Pension

The text concerns the part-time employment contract and its relation to an exclusivity pact. The reorganisation of the part-time work in the Portuguese labour law is also analysed. Despite the fact that there are aspects which, at work level, are not exempt of a critical reading, it is on part-time welfare framework of workers where the Portuguese Law is poorly compliant with the jurisprudence sense of the Court of Justice.

I. A fragmentação da tipologia contratual clássica, estruturalmente apegada à ideia do trabalho padronizado em grandes unidades fabris que esteou o aparecimento do Direito do Trabalho, encontra na individualização dos tempos de trabalho um campo de evidência marcante, destacando-se a figura do contrato de trabalho a tempo parcial,

lá onde, em cruzamento das subnoções de tempo parcial horizontal e vertical, surgem os subconceitos de tempo parcial substancial (21-35 horas), de curta duração (até 20 horas) ou marginal (inferior a 15 horas).

Ao contrário que se encontrava estabelecido pela Lei n.º 103/99, de 26.07 e pelo CT2003 que definia o trabalho a tempo parcial como aquele que correspondia a 75% do praticado a tempo completo numa situação comparável¹, considera-se trabalho a tempo parcial aquele que corresponde a um período normal de trabalho semanal inferior ao praticado a tempo completo em situação comparável², registando-se que, com o CT2009, houve uma alteração no regime do contrato de trabalho a tempo parcial suscetível de reduzir a utilidade da figura do trabalho intermitente³, por via da admissibilidade do trabalho a tempo parcial anualizado subjacente ao n.º 3 do artigo 150.º do CT⁴.

¹ Sobre o ponto, PAULA PONCES CAMANHO, “Contrato de trabalho a tempo parcial”, *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho - Vol. 4*, Almedina, Coimbra, 2003, 207-212 (205-223).

² Sem prejuízo, o n.º 6 do artigo 150.º do CT2009 dispõe que o IRCT pode estabelecer um limite máximo de percentagem do tempo completo que determina a qualificação do tempo parcial, albergando disposição que, para CATARINA DE OLIVEIRA CARVALHO, “A desarticulação do regime legal do tempo de trabalho”, *Direito do trabalho + crise = crise do direito do trabalho?*, Coimbra Editora, 2011, 365-371, é desconforme com a cláusula 3.ª da Diretiva 97/81/CE 365-371. Quanto ao enquadramento do trabalho a tempo parcial, cfr. ainda ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, “Contrato de Trabalho a Tempo Parcial (Tópicos de Reflexão)”, *IX e X Congresso Nacional de Direito do Trabalho – Memórias*, Coimbra, Almedina, 2007, 221.

³ Cfr. artigo 157.º e ss., avultando (i) a exigência de forma escrita, com menções específicas, designadamente da duração (em horas ou dias) dos períodos de trabalho (158.º), (ii) a imposição de um período de atividade mínimo de 6 meses a tempo completo, com 4 meses consecutivos (n.º 2 do artigo 159.º) e (iii) a compensação retributiva dos períodos de inatividade com mínimo de 20% da retribuição base e sem possibilidade de desconto dos rendimentos auferidos na execução de outras atividades remuneradas (artigo 160.º). Ver, nomeadamente, JOÃO LEAL AMADO & JOANA NUNES VICENTE, “Contrato de trabalho intermitente”, *XI-XII Congresso nacional de direito do trabalho - Memórias*, coord. António Moreira, Almedina, Coimbra, 2009, 124 e ss., JOANA CARNEIRO, “O contrato de trabalho intermitente: a relação laboral cimentada na segurança do emprego através do trabalho descontínuo”, *Questões Laborais* 2010, ns. 35-36, 203-242 e ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, “Considerações sobre o trabalho intermitente”, *Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier - Vol. I*, UCP, Lisboa, 2015, 327-376.

⁴ Todavia, nas hipóteses de trabalho a tempo parcial anualizado, deve entender-se que a al./b do n.º 1 do artigo 153.º exige que se mencione o período normal de trabalho semanal aplicável durante o período de trabalho anualmente definido. Ainda: CATARINA DE OLIVEIRA CARVALHO, “A desarticulação do regime legal do tempo de trabalho”, cit., 371-2 e, na jurisprudência, Ac. RI. de 20.11.2017 (NELSON FERNANDES), proc. n.º 5730/16.2T8PRT.P1, lendo-se que «o artigo 153.º do CT/2009 identifica os vários requisitos necessários para que o contrato de trabalho possa ser exercido a tempo parcial, entre os quais, de acordo com a alínea b) do seu n.º 1, a indicação do período normal de trabalho diário e semanal, com referência comparativa a trabalho a tempo completo, requisito este que tem por objetivo obstar a abusos inaceitáveis por parte da entidade empregadora, colocando no seu livre arbítrio a atribuição, ou não, de um número mínimo

O trabalho a tempo parcial, que para a Comissão Europeia justifica o tratamento como trabalho atípico –a par dos contratos a termo, contratos pontuais, contratos «zero horas», contratos propostos a trabalhadores recrutados através de empresas de trabalho temporário ou dos contratos de trabalho *freelance*⁵–, é amiúde qualificado como um contrato especial. Sem se cuidar, no que respeita à sua *especialidade*, da classificação estabelecível quanto aos contratos de trabalho a tempo parcial ou mesmo quanto aos contratos de trabalho intermitente –dado que o “reconhecimento da especialidade de uma relação laboral pode, no caso concreto, suscitar problemas”⁶, e a expressão contratos especiais pode ser fonte de confusões, pois todos os contratos são especiais, não existindo um contrato geral *proprio sensu*⁷–, o trabalho a tempo parcial não escapa, ainda hoje, à estigmatização associável a um trabalho marcado por uma “posição social marginal”⁸.

É, pois, sob essa perspetiva que fez curso a visão de que o trabalho a tempo parcial não convive com um pacto de exclusividade: a escassez de tempo subjacente a um contrato de trabalho a tempo parcial torna os pactos insuscetíveis de revelarem um interesse sério e legítimo⁹, sendo, *ab initio*, nulos¹⁰. Sinteticamente: se o empregador se quiser prevalecer de uma cláusula de exclusividade tem de oferecer ao trabalhador a possibilidade de um trabalho a tempo completo, sendo, aliás, por esta via que o

de horas de trabalho diário ou semanal, como ainda, do mesmo modo, de não atribuição de qualquer trabalho por largos períodos de tempo ou a atribuição de meras “migalhas” retributivas».

⁵ Livro Verde da Comissão Europeia, de 22.11.06, 8 e ss.

⁶ Assim: JÚLIO VIEIRA GOMES, “Da fábrica à fábrica de sonhos –primeiras reflexões sobre o regime dos contratos de trabalho dos profissionais de espetáculos”, *Estudos dedicados ao Professor Mário Fernando de Campos Pinto. Liberdade de Compromisso–Volume II*, UCP, Lisboa, 2009, 252.

⁷ PHILIPPE MALAURIE & LAURENT AYNÈS, *Cours de Droit Civil. Les Contrats Spéciaux*, LGDJ, Paris, 2000, 21. Ainda: PHILIPPE RÉMY, «La Jurisprudence des Contrats Spéciaux quarante ans de chroniques à la Revue Trimestrielle de Droit Civil», BFDVC, Vol. LX, 1984, Coimbra Editora, Coimbra, 162-7 (151–168) e MARCO BIAGI & MICHELE TIRABOSCHI, *Istituzioni di diritto del lavoro* (4.^a ed.), Giuffrè, Milão, 2007, 166-7, acentuando que o recurso ao conceito de especialidade dos contratos de trabalho como via explicativa para a diversificação tipológica do contrato de trabalho parece desconhecer a mesmidade de causa típica entre todos. Em rigor, o trabalho a tempo parcial será, pois, uma forma especial de execução da relação laboral, que se caracteriza tão somente pela redução do período normal de trabalho.

⁸ Já o notava, há mais de uma década, JÖRG FLECKER, “La flessibilità: una via obbligata? Riorganizzazione dell’impresa e forme di occupazione flessibili”, *Dentro e oltre i postfordismi. Impresa e lavoro in mutamento tra analisi teorica e ricerca empirica* (dir. Rosângela Lodigiani & Monica Martinelli), Vite e Pensiero, Milão, 2002, 254 (235-261).

⁹ JEAN MOULY, *Droit du Travail* (4.^a ed.), Bréal, Paris, 2008, 84.

¹⁰ FABIENNE RIZOS-VIGNAL, *Le droit du travail au quotidien*, Editions du Moniteur des pharmacies, Paris, 2009, 58 e PAUL-HENRI ANTONMATTEI, *Les clauses du contrat du travail* (2.^a ed.) Liaisons, Paris, 2010, 31. Este enquadramento ganhou fôlego com a Cass. Soc. 11.07.2000, n.º 98-40.143, D. 2000, 228: “la clause d’un contrat de travail par laquelle un salarié s’engage à travailler pour un employeur à titre exclusif et à temps partiel ne peut lui être opposée et lui interdire de se consacrer à temps complet à son activité professionnelle”.

ordenamento transalpino atribui um direito de preferência a um trabalhador a tempo parcial no preenchimento de um posto de trabalho associado ao exercício de funções equivalentes a tempo completo; destacando-se, neste domínio, a forma generosa como a jurisprudência italiana vem recortando o objeto da preferência, ao construí-lo a partir da similitude de atividade ou da afinidade de funções¹¹.

Nesse âmbito, a regulação sobre o trabalho a tempo parcial contida no CT fica muito aquém da que nos oferece o ordenamento transalpino: a al./b do n.º 1 artigo 156.º do CT, ao prever que *sempre que possível o empregador deve tomar em consideração o pedido de mudança do trabalhador a tempo parcial para trabalho disponível a tempo completo ou de aumento do seu tempo de trabalho*, substancia uma norma estruturalmente imperfeita¹², não deixando de causar estranheza que a contraordenação leve que vai prevista no n.º 3 do artigo 156.º não inclua a inobservância dos deveres a cargo do empregador que o n.º 1 estabelece.

No mais, para lá das críticas que, no contexto regulativo do trabalho a tempo parcial, podem ser dirigidas à desnecessidade de o horário de trabalho constar das formalidades exigidas pelo artigo 153.º do CT –situação que, em conjugação com a elasticidade dos limites previstos para a prestação de trabalho suplementar no artigo 228.º do CT, pode esvaír as razões que concorreram para a adoção desse *tipo* contratual–, também o prazo previsto para o direito de arrependimento no n.º 2 do artigo 155.º do CT deveria começar a correr a partir da data de produção de efeitos do acordo e não a partir da sua celebração (exemplo: acordo de trabalho a tempo parcial com termo suspensivo)¹³.

Seja como for, a lógica de que o empregador tem de oferecer ao trabalhador a possibilidade de um trabalho a tempo completo para que o sistema reconheça atendibilidade a um pacto de exclusividade, ao aparecer sobretudo escorada no aumento proporcional da retribuição auferível por um trabalhador a tempo completo, encontra o perigo argumentativo de coonestar a possibilidade de uma alteração unilateral ao contrato de trabalho, apenas porque a remuneração do trabalhador, que constitui a contrapartida do trabalho, é ampliada e, nessa leitura, o trabalhador vê satisfeito o anseio presumidamente genérico de poder trabalhar a tempo completo. Eis o que sucedeu, após reenvio prejudicial promovido pelo *Tribunale ordinario di Trento*, com o juízo contido no Acórdão TJ 15/10/2014, n. C-221/13 (*Teresa Mascellani contra Ministero della Giustizia*)¹⁴, que, incidindo sobre o art. 16 da Lei n.º 183/2010, não considerou violada a cláusula 5 da Diretiva 97/81/CE do Conselho,

¹¹ Ver MARIAGIULIA CONSENTINO, “Il lavoro a tempo parziale”, *Manuale del diritto europeo del lavoro e della sicurezza sociale* (a cura di Glauco Zaccardi), Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 2015, 297-9 (277-318).

¹² Ceddo o assinalou JÚLIO VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho*, cit., 696, admitindo, contudo, que a recusa do empregador tem de ser motivada, embora a ausência de motivação não pareça conferir quaisquer direitos ao trabalhador requerente.

¹³ Acresce a inadequação do recorte legal estabelecido quanto ao subsídio de refeição na al./b do n.º 3 do artigo 154.º, nos termos oportunamente avançados ainda por JÚLIO VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho*, cit., 693-4, ora reforçados com a qualificação do subsídio de refeição como ajuda de custo (n.º 2 do artigo 260.º).

¹⁴ ECLI:EU:C:2014:2286.

de 15.12.1997, em circunstâncias em que o *Ministero della Giustizia* pôs unilateralmente fim a um regime de trabalho a meio tempo, repartido em três dias da semana, impondo um regime de trabalho a tempo inteiro com a repartição do trabalho em 6 dias a partir de 01.04.2011 a uma funcionária¹⁵.

Validando-se uma regulamentação nacional em virtude da qual o empregador pode ordenar a conversão de um contrato de trabalho a tempo parcial num contrato de trabalho a tempo inteiro sem o acordo do trabalhador em causa, o argumentário utilizado gira em torno da falta de comparabilidade da situação em que o contrato de trabalho a tempo parcial é convertido num contrato de trabalho a tempo inteiro sem o acordo do trabalhador em causa com a situação em que um trabalhador vê o seu contrato de trabalho a tempo inteiro ser convertido num contrato de trabalho a tempo parcial contra a sua vontade, pois a redução do tempo de trabalho não conduz às mesmas consequências que o seu aumento, especialmente, no plano da remuneração do trabalhador, que constitui a contrapartida do seu trabalho.

Este enquadramento oferece perigos, ao legitimar que o empregador, de forma unilateral, possa conformar *ex post* um elemento essencial do contrato, elemento cuja importância radica, em primeira linha, na “satisfação das necessidades pessoais e familiares do trabalhador”, podendo mesmo entender-se que, em rigor, desfigura a fisiologia da vontade associada ao tipo contratual em questão. Além de não serem considerados, com a relevância devida, os interesses do trabalhador que concorrem para a celebração de um contrato de trabalho a tempo parcial e de se fazer também tabua rasa do *favor legis* que a Diretiva sinaliza como coordenada essencial do trabalho a tempo parcial, cumpre não perder de vista que a solução a que o TJ aporta é de compatibilidade difícil com o artigo 10.º da Convenção n.º 175, sobre trabalho a tempo parcial, da Organização Internacional do Trabalho, adoptada em Genebra em 24.06.1994¹⁶, ao estabelecer que “(n)os casos adequados, devem tomar-se medidas, de acordo com a legislação e a prática nacionais, a fim de que a passagem de um trabalho a tempo completo para um trabalho a tempo parcial, ou o inverso, seja voluntária”.

¹⁵ Em todo o caso, o contrato que envolvia *ab initio* a trabalhadora era a tempo completo, contexto em que a passagem a contrato de trabalho a tempo parcial havia sido estabelecida por acordo. Esta reconstituição do contrato original, ainda que unilateralmente determinada, é utilizada por EZIO MARIA BARBIERI, “Sulla trasformazione di un contratto di lavoro a tempo parziale in uno a tempo pieno senza il consenso del lavoratore”, *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario* 2014, n.º 5, Milano, 1095 (1089-1096) para justificar a “*decisione datoriale di revoca autoritativa del part-time concesso e la conseguente restituzione del dipendente al tempo pieno*”, uma vez que, em circunstâncias restritas, esse direito potestativo também se encontra estabelecido em favor do trabalhador. Para lá da “volatilidade do trabalho a tempo parcial” e da ausência de arbitrariedade na decisão do empregador, a alteração, para o Autor, encontra fundamento no equilíbrio complexo da relação laboral e na necessidade de adaptação às circunstâncias organizativas que pontua outras figuras juslaborais, estando aí, no seu entendimento, a justificação primacial para o alcance da decisão, pois conclui afirmando que, por regra, “*il dipendente non può di sua esclusiva iniziativa tornare dal part-time al tempo pieno*”.

¹⁶ Instrumento normativo que, não raras vezes, é desatendido no contexto dos problemas que o trabalho a tempo parcial convoca.

Mas, refluindo ao n.º 2 da cláusula 5 da Directiva, nos termos da qual “a recusa de um trabalhador ser transferido de um regime de trabalho a tempo inteiro para um regime de trabalho a tempo parcial ou vice-versa não deve, por si só, constituir razão válida para despedimento, sem prejuízo da possibilidade de proceder a despedimentos por outras razões, como as que podem resultar de contingências de funcionamento do estabelecimento em causa”, a decisão do TJ surge envolta por uma espessa camada formal, já que, em muitas situações, tenderá a promover o despedimento indireto, pois que, diante da modificação estrutural das circunstâncias subjacentes à vinculação dos sujeitos, o trabalhador denunciará o contrato de trabalho, produzindo-se, assim, o resultado interdito pelo n.º 2 da cláusula 5 da Directiva; a saber: a perda do posto de trabalho.

Ora, se os pactos de exclusividade têm de se basear, em razão dos direitos fundamentais diretamente envolvidos, num interesse sério e genuíno do empregador —e este interesse é recortável a partir de fatores cuja natureza é poliédrica, destacando-se a salvaguarda do desgaste físico do trabalhador em profissões implicativas de níveis de concentração, rigor técnico e dedicação elevados¹⁷ ou, como fez notar o BAG, sempre que o bom cumprimento do contrato de trabalho possa ser posto em crise¹⁸—, as análises sinalizadas à incompatibilidade entre o tempo parcial e a exclusividade, que conheceram voga em França e que encontraram conforto no art. L. 120-2 do *Code du Travail*¹⁹, parecem-nos, todavia, precipitadas²⁰.

Qual seja a preocupação com a garantia da existência de meios laborais de sustento ao alcance do trabalhador —e estando em causa uma limitação à liberdade de trabalho não se poderá perder de vista que o direito ao trabalho é, antes de tudo, o *direito à ocupação de um posto de trabalho para a satisfação de necessidades pessoais e familiares*²¹—, não se entrevê razão para acompanhar estas construções acerca da

¹⁷ Assim BERND RÜTHERS/HANS BROX/MARTIN HENSSLER, *Arbeitsrecht* (17.ª ed.), GmbH, Estugarda, 2007, § 72, 23.

¹⁸ BAG 18.01.1996 – 6AZR 314/95, NZA 1997, 41. Ainda: WILHELM MOLL, *Arbeitsrecht*, C.H. Beck, Munique, 2005, § 31, 761. Sem prejuízo, numa sociedade em que o saber-fazer e as competências são recursos que devem ser aproveitados em escala máxima, as proibições de pluriatividade impedem a difusão de competências, produzem efeitos desincentivadores sobre o desenvolvimento económico, criam barreiras artificiais à circulação de conhecimentos e nivelam os rendimentos profissionais com base em fatores extrínsecos ao mérito e às competências dos trabalhadores.

¹⁹ PHILIPPE WAQUET, *L'entreprise et les libertés du salarié - Du salarié-citoyen au citoyen salarié*, Liaisons, Paris, 2003, 103. O preceito encontra hoje correspondência no art. L1121-1 do *Code du Travail* [(*nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché*), após a *Ordonnance* n.º 2007-329, de 12.03.2007.

²⁰ A matéria aparece desenvolvida em JOÃO ZENHA MARTINS, *Dos pactos de limitação à liberdade de trabalho*, Almedina, Coimbra, 2016, 470 e ss.

²¹ Assim, numa aceção ampla: MONTOYA MELGAR, “Los derechos fundamentales en materia laboral”, RPS 1979, n.º 121, 333-4. Para JOÃO CAUPERS, *Os direitos fundamentais dos trabalhadores e a Constituição*, Almedina, Coimbra, 1985, 112, significa o “direito de dispor da capacidade para trabalhar, alienando-a, quando se não disponha de outro bem para colocar no mercado”.

potencial inaplicabilidade (ou tão somente acerca da eventual mitigação) do dever de não concorrência a um trabalhador cuja atividade se desenvolve no âmbito de um contrato a tempo parcial, inaplicabilidade que, no plano argumentativo, aparece cruzada com uma sanção implícita ao empregador por não proporcionar ao trabalhador o preenchimento de um posto de trabalho a tempo completo²²:

(i) por um lado, a imposição de condutas conformes com uma bitola correta e previsível não pode depender da existência de um período normal de trabalho semanal inferior ao praticado a tempo completo e o dever de não concorrência corresponde a uma *obrigação de abstenção de qualquer comportamento que possa fazer desaparecer a relação de confiança* pressuposta por uma relação laboral, sendo redutor desbatar o sinalagma contratual na relação entre trabalho e retribuição: independentemente das perspetivas que histórica e descoincidentemente envolveram a relação de trabalho²³, o dever de não concorrência relaciona-se com a confiança que marca a relação entre os sujeitos e com o influxo que o comportamento de cada um exerce na esfera jurídica do outro, entrelaçando-se com o esconjuro de uma compreensão da situação laboral estritamente intercambial;

(ii) por outro lado, afigurando-se necessário promover o trabalho a tempo parcial e não condená-lo à extinção, a proteção dos interesses económicos do empregador demandada pelo dever de não concorrência vale em toda e qualquer relação laboral, impondo-se um dever de adequação funcional do trabalhador à realização do interesse do empregador que garanta que o seu património não é suscetível de aproveitamento por terceiros, o que, de acordo com a projeção operativa do princípio da boa fé, significa que este não poderá quedar inerte perante a eventualidade de uma atividade concorrencial, seja qual for a carga horária que, nos limites da lei, ocupa o trabalhador, não existindo, por conseguinte, base para desobrigar um trabalhador a tempo parcial do conteúdo normativo da al./f do artigo 128.º do CT²⁴.

²² Veja-se, por exemplo, EMANUELE MENEGATTI, *I limiti alla concorrenza del lavoratore subordinato* (2012), cit., 122-3, que, no balanço entre a tutela da concorrência e o princípio da suficiência retributiva, ao sustentar a não aplicação, ou pelo menos o forte estiolamento, do art. 2105 do *Codice Civile* no que respeita a um trabalhador a tempo parcial que exerça atividades em paralelo para empresas concorrentes.

²³ Designadamente as teorias contratualistas e da incorporação. Sobre a questão, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Da situação jurídica laboral: perspetivas dogmáticas do Direito do Trabalho”, ROA 1982, 109 e ss. e 120 e ss. (89-149).

²⁴ A al./f do artigo 128.º, sintetizando em termos exemplificativos o dever de não concorrência e o dever de sigilo, obriga o trabalhador a “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”. Sendo estes deveres exemplificativos, importa notar, na sequência de PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho* (5.ª ed.), Almedina, Coimbra, 2010, 536-9, que o dever de sigilo tem um perímetro aplicativo mais alargado do que a obrigação de não concorrência, porquanto não se compadece com a divulgação de informações que, embora não sirvam a concorrência de terceiros, prejudicam o empregador, cabendo outro tanto salientar que, com exceção da substituição da locução “fidelidade” por “lealdade”, a redação da alínea é absolutamente

Assim, apesar de não ser essa a função primária do pacto de exclusividade, a obrigação convencionável pode encontrar amparo na necessidade de evitar a causação de prejuízos comerciais ao empregador –é, por isso, grande o *simile* com a análise elucubrada a propósito dos pactos de não concorrência²⁵–, circunstância em que uma leitura amolecida do dever de lealdade esvaziaria de significado a convenção firmada e convalidaria os contratos de trabalho a tempo parcial numa figura potencialmente danosa, sem que, para tanto, se encontre qualquer fundamento que, no confronto entre os argumentos mobilizáveis, se revele materialmente sobreponível e também, importa dizê-lo, sem que haja norma expressamente interdita.

II. No nosso entendimento, o alcance do dever de não concorrência não depende da ausência de completude do tempo de trabalho, mas pode ser conformado em razão da neutralidade das funções e/ou da elementaridade da atividade que o trabalhador desenvolve²⁶ (vetores que, podendo estar associados, são, contudo, diversos e valorativamente independentes). E, por isso, também não se vê como se haverá de considerar nulo um pacto de exclusividade em razão de o trabalho subjacente ser desenvolvido no âmbito do regime do contrato a tempo parcial com o argumento de que a escassez horária não se compagina com a impossibilidade de o trabalhador exercer outras atividades, já que essa incompatibilidade pode entroncar, antes do mais, em interesses sérios do trabalhador. Mau grado esta posição ter sido sustentada por Pélissier²⁷ e ter encontrado reflexo na orientação assumida pela *Cour de Cassation* no início do século²⁸ –com base no considerando de que se está perante uma limitação desproporcionada e intolerável, pois os interesses do empregador, para ganharem atendibilidade no que à sua proteção diz respeito, implicariam que este preenchesse satisfatoriamente o direito ao trabalho através de celebração de um contrato de trabalho a tempo completo, assegurando uma remuneração compatível²⁹, em passagem aclamada como um exemplo de impregnação do Direito do trabalho pelo

idêntica à que se encontrava na al./c do artigo 14.º do Anteprojeto Pessoa Jorge. Cfr. “Contrato de Trabalho – Anteprojeto de Diploma Legal”, ESC 1965, n.º 13, 247-268.

²⁵ Assinalando o aspeto: FRANÇOIS GAUDU & RAYMONDE VATINET, *Les contrats du travail: contrats individuels, conventions collectives et actes unilatéraux*, LGDJ, Paris, 2001, 179.

²⁶ Nestes termos, sob o signo da “*fedeltà e nuova fattispecie di lavoro subordinato*” e com resenha jurisprudencial, v. PAOLO CENDON, *Commentario al codice civile. Artt. 2060-2134. Lavoro subordinato*, Giuffrè, Milão, 2011, 839-840.

²⁷ Que, desde cedo, assumiu que “(d)oivent être considérées comme nulles et de nul effet, toutes les clauses interdisant à un salarié à temps partiel d’exercer toute activité salariée complémentaire”. Cfr. JEAN PÉLISSIER, “La liberté du travail”, DS, 1990, n.º 1, 23 (19-26).

²⁸ Cass. Soc. 11.07.2000, n.º 98-40.143. Em síntese: “(...) la clause d’un contrat de travail par laquelle un salarié s’engage à travailler pour un employeur à titre exclusif et à temps partiel ne peut lui être opposée et lui interdire de se consacrer à temps complet à son activité professionnelle (...)”.

²⁹ Invoca-se também o art. 12 da Lei de 19.01.2000, relativa à redução do tempo de trabalho, que permite a recusa por parte de um trabalhador a tempo parcial de uma alteração ao seu horário de trabalho em caso de exercício cumulativo de atividades. Esta disposição é aliás utilizada para sustentar a configuração do pluriemprego como princípio geral.

Direito constitucional³⁰–, houve entretanto ensejo para matizar esta direção, afastando-se desde 2004 a inadmissibilidade liminar de uma cláusula de exclusividade associada a um contrato de trabalho a tempo parcial³¹.

Se, por um lado, o juízo de nulidade que pode recair sobre a cláusula de exclusividade pode privar o trabalhador de um complemento retributivo importante e com isso agravar a sua posição económico-social, por outro, ele não garante que o trabalhador, passando a dispor de total liberdade para o exercício de outras atividades profissionais, consiga *de iure* uma (outra) ocupação laboral que lhe assegure *de facto* uma extensão dos meios de sustento.

Verificando-se que, nesta hipótese, o intento de tutela do trabalhador pode revelar-se contraproducente e agravar a sua situação económico-social, a tarefa do intérprete-aplicador quanto à indagação dos interesses que concorrem para a validade do pacto nada tem que ver com a existência de um trabalho a tempo completo ou a tempo parcial, mas sim com a aptidão desse instrumento para a tutela de necessidades empresariais, circunstância a que se associa *ex post* a verificação da proporcionalidade da limitação, juízo que, neste contexto, é um *subsequens* e não um *ante*.

III. Neste quadro, será também essa a leitura a fazer sobre o alcance do n.º 3 do artigo 160.º do CT2009³², já que, perante a larga margem de sobreposição entre as modalidades de trabalho a tempo parcial e de trabalho intermitente, o preceito, ao prever que “(d)urante o período de inatividade, o trabalhador pode exercer outra actividade”³³, é suscetível de ser considerado aplicável ao trabalho a tempo parcial³⁴, embora da articulação dos ns.º 1 e 3 do CT cobre relevo o argumento de que o trabalho intermitente e o trabalho a tempo parcial têm espaços próprios, sendo de afastar qualquer justaposição regulativa³⁵.

³⁰ Assim: ALEXIS BUGADA, “Droit constitutionnel appliqué. Aperçu sélectif de la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation (année 2000)”, RFDT 2001/4, n.º 48, 780-1.

³¹ Cass. Soc. 25.02.2004, n.º 01-43.392, BICC 2004/V, n.º 64, 59: “La clause par laquelle un salarié à temps partiel se voit interdire toute autre activité professionnelle, soit pour son compte, soit pour le compte d’un tiers, porte atteinte au principe fondamental de libre exercice d’une activité professionnelle (...)”.

³² Cfr. ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, “Considerações sobre o trabalho intermitente”, cit., 368-9.

³³ Disposição que tanto para JOÃO LEAL AMADO & JOANA NUNES VICENTE, “Contrato de trabalho intermitente”, cit., 128, quanto para CATARINA DE OLIVEIRA CARVALHO, “A desarticulação do regime legal do tempo de trabalho”, cit., 374-6, implica a inadmissibilidade de aposição de cláusulas de exclusividade a este contrato. Mais recentemente, veja-se ainda JOANA NUNES VICENTE, “Trabalho a tempo parcial e trabalho intermitente”, *Tempo de trabalho e tempos de não trabalho – o regime nacional do tempo de trabalho à luz do Direito europeu e internacional* (Estudos APODIT 4), AAFDL, Lisboa, 2018, 269-271.

³⁴ Nestes termos, v. ainda CATARINA DE OLIVEIRA CARVALHO, “A desarticulação do regime legal do tempo de trabalho”, cit., 376.

³⁵ Ainda ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, “Considerações sobre o trabalho intermitente”, cit., 347-8, que acompanhamos.

Com efeito, apesar de se vislumbrar a tendência para embutir a proporcionalidade da limitação à liberdade de trabalho no interesse legítimo que concorre para a validade das cláusulas de exclusividade, o interesse legítimo é uma coisa, e outra bem diferente, que com aquele não se confunde, é o conteúdo da limitação assumida pelo trabalhador, onde a indispensabilidade intervirá, agora sim, no que atina com a medida de proteção dos interesses empresariais e no que à salvaguarda do princípio da liberdade de trabalho diz respeito³⁶.

Na verdade, sem embargo de as cláusulas postularem uma apreciação que conecte o seu conteúdo com o contrato de trabalho³⁷ –pois é o esquema de interesses em que se move a relação laboral que parametriza a limitação estabelecível à realidade pressuposta pela execução efetiva do contrato³⁸–, será no conteúdo da vinculação assumida, e não no interesse que a fundeia, que o conceito de *indispensabilidade* se interporá, ao transitar-se o princípio da proporcionalidade no que respeita aos limites internos do pacto.

Estando-se perante uma autolimitação de direitos constitucionalmente garantidos que exorbita da dinâmica vicissitudinária normal de execução do contrato de trabalho –exorbitância que, em fundamento, já conduziu a *Cour de Cassation* a qualificar uma cláusula de exclusividade como uma modificação do contrato de trabalho, cuja recusa por parte do trabalhador é insuscetível de preencher o conceito de despedimento com justa causa (*licenciement motivé par son refus est dépourvu de cause réelle et sérieuse*)³⁹–, é quase sempre omitida a indicação de uma referência à prestação que se gera a cargo do empregador com a assunção da obrigação de exclusividade por parte do trabalhador, podendo, no limite, sustentar-se a gratuidade do acordo ou, por caminho similar, entregar-se um eventual acréscimo retributivo à autonomia privada⁴⁰.

Ora, todo este enquadramento é desenvolvido no pressuposto de que uma cláusula de exclusividade, face à necessidade de compensar *ex ante* o trabalhador pela não fruição

³⁶ HARALD SCHLIEMANN & REINER ASCHEID, *Das Arbeitsrecht im BGB: Kommentar*, De Gruyter-Recht, Berlim, 2002, 266.

³⁷ Ainda: SOPHIE LE GACH-PECH, *Le principe de proportionnalité en droit privé des contrats*, LGDJ, Paris, 2000, 205, referindo que “*la proportionnalité de la clause s’apprécie en fonction de son contenu propre mais également en fonction du contrat dans lequel elle s’insère*”.

³⁸ AMIEL-DONAT, *Les Clauses de non-concurrence en droit du travail*, Litec, Paris, 1998, 31-2.

³⁹ Cass. Soc. 07.06.2005 (*Sonnerat c/ Sté Scolarest*), n.º 03-42.080, Bull. civ. V, n.º 189.

⁴⁰ Assumindo esta posição, v. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho* (2010) cit., 693, que sustenta que “frequentemente a exclusividade está associada a um acréscimo retributivo (p. ex. subsídio de exclusividade), mas também, neste aspeto, vigora o princípio da autonomia privada”. É também essa a tendência no direito alemão, com a doutrina e a jurisprudência a centrarem-se na indagação dos interesses do empregador que concorrem para validade da cláusula e na proporcionalidade da limitação assumida, sem se curar da necessidade de uma compensação.

plena do seu direito ao trabalho⁴¹, implica o pagamento de uma compensação, estando, pois, afastada a sua *gratuidade*⁴².

Se a compensação é um fator importante na valoração da atendibilidade da autolimitação assumida pelo trabalhador, ela aparece, em fase ulterior, como um parâmetro importante na delimitação do alcance da obrigação, entrecruzando-se com o montante da retribuição auferida, com o tempo de trabalho previsto e prestado e com a dimensão material da exclusividade, num “casamento entre *compensação adequada* e o não exercício de outras atividades remuneradas” que conhece afloramentos no regime dos contratos de trabalho dos profissionais de espetáculos⁴³ ou no regime aplicável à carreira docente universitária, o qual, em associação à opção pela

⁴¹ LUQUE PARRA, “Pactos típicos, nuevas tecnologías y relación laboral”, *Relaciones Laborales y Nuevas Tecnologías*, La Ley, Madrid, 2005, 164, RUBIO DE MEDINA, *El pacto de permanencia en la empresa*, Bosch, Madrid, 2005, 11 e REY GUANTER, *Estatuto de los trabajadores: Comentado y con jurisprudência*, La Ley, Madrid, 2007, 297, entrevê na contrapartida uma função de compensação ao trabalhador de dano patrimonial derivado de um lucro cessante, função que todavia nos suscita dúvidas, uma vez que não existem propriamente ganhos que se frustraram ou prejuízos advenientes ao trabalhador por não ter aumentado o seu património: o exercício de uma outra atividade, afora casos circunscritos, é sempre uma eventualidade, não sendo possível afirmar-se que, por força da exclusividade, não se concretiza uma vantagem que, na ausência do pacto, se verificaria. A contrapartida atina com a titularidade de um *status* que, a manter-se, era suscetível de dar ao trabalhador o direito a um ganho, face à não compressão da liberdade de trabalho, sendo, pois, uma consequência directa dessa compressão, sem que, *summo rigore*, exista a frustração de um ganho. Esta construção é, *grosso modo*, sustentada no ordenamento transalpino para firmar a onerosidade de um *pactum de non recedendo* –assim: ALBERTO RUSSO, *Problemi e prospettive nelle politiche di fidelizzazione del personale. Profili giuridici*, Giuffrè, Milão, 2004, 96–, mas a sua razão de ser é extensiva a qualquer convenção que, nas margens do sistema, opere uma limitação à liberdade de trabalho.

⁴² O tema é desenvolvido em JOÃO ZENHA MARTINS, “A onerosidade dos pactos de exclusividade laboral”, *Obra comemorativa dos 20 anos da Faculdade de Direito da Universidade do Porto – Volume I*, Almedina, Coimbra, 2017, 691-710.

⁴³ Tratamos da Lei n.º 4/2008, de 07.02, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 28/2011, de 16.06, que aprova o regime dos contratos de trabalho dos profissionais de espetáculos e estabelece o regime de segurança social aplicável a estes profissionais. Estabelece-se no n.º 5 do artigo 11.º, que “as partes podem estabelecer, por escrito, que o trabalhador realiza a sua atividade artística em exclusivo para o empregador, mediante a fixação de uma compensação adequada para a prestação do trabalho em regime de exclusividade”, e, por outro, no n.º 6, que “quando não exista contrato de exclusividade, celebrado nos termos do número anterior, os trabalhadores das artes do espetáculo e do audiovisual podem celebrar contratos simultâneos com mais de uma entidade empregadora, desde que o cumprimento do objeto dos diferentes contratos não seja incompatível por razão de horário, localização geográfica, profissional ou outra”.

dedicação exclusiva, prevê um “subsídio complementar” para os professores⁴⁴ e um “subsídio de formação-investigação” para os assistentes⁴⁵.

IV. Embora um dos efeitos naturais do trabalho a tempo parcial se encontre na proliferação do fenómeno do pluriemprego⁴⁶ e se pudesse descobrir no ordenamento português um sinal no âmbito da legislação sobre desemprego de que o contrato de trabalho a tempo parcial não assegura por princípio uma retribuição que viabilize meios de sustento adequados⁴⁷ –inquinando-se, assim, o cruzamento entre um pacto de exclusividade e um contrato de trabalho a tempo parcial (argumento que, suscitando dúvidas acerca da sua extrapolabilidade, é hoje claramente reversível, face à possibilidade aberta pelo Decreto-Lei n.º 64/2012, de 15.03, quanto à cumulação da remuneração auferida no âmbito de um contrato de trabalho a tempo completo com a percepção do subsídio de desemprego parcial⁴⁸)–, a legitimidade dos interesses empresariais que concorrem para a validade do pacto de exclusividade tem de ser apartada do problema conexo com a razoabilidade da autolimitação assumida pelo trabalhador, cuja apreciação apenas é prosseguida após a certificação de que o dever de exclusividade se justifica com base na necessidade de tutela dos interesses empresariais e face às funções que o trabalhador exerce.

Afigura-se, por isso, necessário distinguir o interesse de que o pacto tem de ser portador da necessidade de que a estipulação com alcance proibitivo seja proporcional ao fim prosseguido, em ponderação que, no plano legal, se encontra vertida no n.º 5

⁴⁴ Veja-se o n.º 1 do artigo 70.º do Estatuto da Carreira Docente Universitária (ECDU), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 448/79, de 13.11, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 19/80, de 16.07, pelos Decretos-Leis n.ºs 316/83, de 02.07, 381/85, de 27.09, 392/86, de 22.11, 145/87, de 24.03, 147/88, de 27.04, 412/88, de 09.11, 35/85, de 01.02, 456/88, de 13.12, 393/89, de 09.11, 408/89, de 18.11, 388/90, de 10.12, 252/97, de 26.09, 205/2009, de 31.08, e pela Lei n.º 8/2010, de 10.08.

⁴⁵ Cfr. n.º 2 do artigo 70.º do ECDU.

⁴⁶ Salientando o aspeto, v. MARCO PAPALEONI, *Il nuovo part-time. Nel settore privato e pubblico*, Cedam, Pádua, 2004, 76; entre nós: PEDRO FURTADO MARTINS, “O Pluriemprego no Direito do Trabalho”, *II Congresso Nacional de Direito do Trabalho. Memórias* (org. António Moreira), Almedina, Coimbra, 1999, 196; e, na jurisprudência, o Ac. STJ de 20.03.1991 (SOUSA MACEDO), BMJ 1991, n.º 405, 362.

⁴⁷ Referimo-nos ao subsídio de desemprego parcial, cuja atribuição, nos termos do Decreto-Lei n.º 72/2010, de 18.06 (com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 64/2012, de 15.03) e da Portaria n.º 207/2012 de 06.06, é devida quando o beneficiário se encontre a receber, ou tenha requerido, subsídio de desemprego e exerça ou venha a exercer uma atividade profissional por conta de outrem a tempo parcial com um período normal de trabalho semanal inferior ao praticado a tempo completo em situação comparável, desde que o valor da retribuição do trabalho seja inferior ao montante do subsídio de desemprego.

⁴⁸ O diploma, que veio alterar o regime jurídico de proteção no desemprego dos trabalhadores por conta de outrem, e que encontra densificação na Portaria n.º 207/2012, de 06.06, vem estabelecer um apoio financeiro para os desempregados que recebem subsídio de desemprego e que voluntariamente aceitem ofertas de emprego, a tempo completo, com um salário (bruto) inferior ao valor do subsídio que recebem, embora com condicionantes várias, que atinam com o tempo de inscrição no centro de emprego, com a duração da medida e com o valor da retribuição auferida no âmbito do contrato de trabalho celebrado.

do artigo 55.º do CT2009⁴⁹, o qual contém disposição que, diante dos interesses que justificam o desencadeamento do trabalho a tempo parcial de trabalhador com responsabilidades familiares, é suscetível de fundar um importante critério valorativo.

Inviabilizando-se, assim, qualquer presunção de incompatibilidade genésica e absoluta entre um contrato de trabalho a tempo parcial e uma cláusula de exclusividade, os interesses que se procuram salvaguardar com a incompatibilidade insita no n.º 5 do artigo 55.º do CT2009 podem manifestar-se noutras situações de trabalho a tempo parcial que estejam para lá das responsabilidades parentais relativas a filho menor de 12 anos, contexto em que, após a confirmação da inexistência de obstáculos ao interesse sério requerido para um pacto de exclusividade, a previsão convencional de que o trabalhador não pode exercer outra ou mais atividades *a latere* do contrato de trabalho mais não faz do que aflorar o critério que a lei, com vista à salvaguarda da finalidade subjacente ao regime de tempo parcial, vem estabelecer. E fá-lo, em adição ao juízo de ponderação *ex lege* que se encontra no n.º 5 do artigo 55.º do CT2009, mediante o pagamento de uma compensação *justa* ao trabalhador, já que a exclusividade convencional não convive, como se viu, com a gratuidade de uma limitação *ex voluntate* à liberdade de trabalho.

Assim, no pressuposto de que “a limitação voluntária tem que se restringir ao mínimo possível e deve ser justificada objetivamente, nos termos gerais do artigo 18.º da CRP”⁵⁰, uma coisa é a aptidão do pacto para a proteção de interesses empresariais, e outra, que com esta não se confunde, é a proporcionalidade da obrigação gerada pelo pacto, que é aferível a partir da duração do trabalho subjacente, do montante compensatório atribuído ao trabalhador e da remuneração que este auferir.

Se estes fatores formam um parâmetro que permite a mensuração da proporcionalidade, trata-se apenas de aquilatar, em atenção à fundamentalidade da liberdade de trabalho, da (des)proporção do próprio conteúdo da obrigação⁵¹.

É neste plano que, por princípio, a obrigação de exclusividade assumida por um trabalhador a tempo parcial se coloca: na proporcionalidade da limitação e não na falta do interesse sério que, a um tempo, concorre para a sua (in)validade.

⁴⁹ Estabelece o preceito que “(d)urante o período de trabalho em regime de tempo parcial, o trabalhador não pode exercer outra atividade incompatível com a respetiva finalidade, nomeadamente trabalho subordinado ou prestação continuada de serviços fora da sua residência habitual”.

⁵⁰ Assim, ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Direito do Trabalho. Parte II – Situações Laborais Individuais* (3.ª ed.), Almedina, Coimbra, 2010, 124 que admite, à frente, a aposição de cláusulas de exclusividade a um contrato de trabalho intermitente, com enquadramento extrapolável para um contrato de trabalho a tempo parcial (351).

⁵¹ Como fez notar JOSÉ JOÃO ABRANTES, *Contrato de trabalho e direitos fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, *maxime* 171-5, a ponderação e a otimização reclamadas pela presença de interesses em conflito (interesses da empresa *versus* direitos fundamentais dos trabalhadores), são viabilizadas pelo princípio da proporcionalidade –qual *princípio objetivo da ordem jurídica*–, que procura garantir, nas margens de possibilidade legal e factual, a mais ampla proteção do trabalhador e, em simultâneo, a mais ampla autonomia contratual.

Verificando-se que a obrigação de exclusividade assumida por um trabalhador a tempo parcial se mostra desproporcionada perante a privação de possibilidades de sustento durante o tempo, necessariamente alargado, em que o trabalhador não se encontra a executar o contrato de trabalho, a mensuração da (des)proporção subjacente à obrigação assumida pelo trabalhador suscita a correlativa ampliação da compensação devida em razão dessa obrigação⁵² e/ou a redução do conteúdo da limitação assumida, ajustando-a à dimensão material do meio de sustento viabilizado pelo contrato de trabalho.

Esta atividade jurisprudencial, que conhece um importante sinal com a possibilidade legalmente prevista de, no âmbito dos pactos de não concorrência, a contrapartida “sofrer redução equitativa quando o empregador houver despendido somas avultadas com a sua formação profissional” (ainda e também o 270.º do CT⁵³ e, no plano adjetivo, as razões que conformam o *extra vel ultra petitum*), além de dimensionar as coordenadas de equilíbrio que guiam a execução de um acordo de limitação à liberdade de trabalho, vem atribuir à equidade um papel fundamental, fornecendo ao julgador uma orientação que lhe permite garantir a proporcionalidade da limitação, recorrendo a valorações e a argumentos necessariamente ligados ao caso concreto e às suas características particulares: tratando-se de entrecruzar uma ideia de equilíbrio e proporção com um sentido de vertente individualizadora de justiça implicativo de uma adequação necessariamente concreta à *factis species* que envolve o trabalhador, o fenómeno, dotado de explicitude acrescida no âmbito dos pactos de não concorrência, documenta o controlo, pelo juiz, dos conteúdos contratuais em jogo, traduzindo a vocação efetiva da ciência do Direito para garantir a construção de modelos de decisão aferentes a soluções materialmente justas.

A diferença traçada entre interesse legítimo e proporcionalidade da limitação à liberdade de trabalho vai assumir marcada importância ao afastar a procedência automática de um juízo de nulidade em razão da desproporção das obrigações que dimanam do acordo de exclusividade, por referência à retribuição auferida com o contrato de trabalho a tempo parcial. Por isso, a compensação estabelecida poderá ser

⁵² PHILIPPE WAQUET, *L'entreprise et les libertés du salarié* (2003), cit., 195, afirma que “il faudrait au minimum prévoir une indemnité compensant la privation de revenus qui en résulte”.

⁵³ A consideração, a propósito do artigo 270.º, de que o julgador deve intervir, face ao *tipo de critérios pré-fixados*, sempre que estejamos perante uma situação em que o trabalhador é objeto de um tratamento remuneratório “manifestamente lesivo”, constitui uma dimensão normativa do princípio do equilíbrio obrigacional, e, embora mais mitigadamente, por força da autonomia privada, dos princípios da proporcionalidade e da igualdade. Sendo o artigo 270.º do CT um afloramento do princípio da igualdade retributiva, constitucionalmente plasmado, a autonomia privada acaba onde começa aquela determinante constitucional. Posto que se topa com uma regra que aflora a principiologia que anima o sistema, não se está já perante uma norma materialmente excecional (aquelas, que são abrangidas pela estatuição do artigo 11.º do CC) mas, quando muito, perante uma regra formalmente excecional. Significa isto que, não se cuidando de uma solução *contra rationem iuris*, não fica vedada a sua aplicação analógica; bem ao contrário, tal regra suscita-se-á sempre que as razões que determinam a sua consagração implicarem “extensivamente” as mesmas consequências jurídicas.

ajustada pelo julgador, já que o equilíbrio entre os sujeitos só é atingível se estiver garantido um controlo judicial dos montantes praticáveis (valor e adequação da contrapartida), à luz de um pressuposto global de justiça das obrigações convencionadas⁵⁴, que assegure a adequação da renúncia⁵⁵.

Traduzindo a vocação do princípio da proporcionalidade para proteger os trabalhadores⁵⁶ e a perspetivação do Direito do trabalho como um Direito de equilíbrio⁵⁷, a junção dos valores devidos pelo trabalho a tempo parcial e pela compensação subjacente à obrigação de exclusividade (que se integra no conceito de retribuição⁵⁸) não poderá, por isso, ser inferior à retribuição mínima mensal garantida, uma vez que esse contrato de trabalho passa a funcionar como a única fonte de rendimentos profissionais ao alcance do trabalhador.

V. Será, de resto, no âmbito do crivo proporcional que o trabalho a tempo parcial convoca, e que não pode operar de forma absolutamente geométrica, que a maioria dos problemas recentes se tem suscitado, interpelando o TJ, no quadro do reenvio prejudicial, a julgar desconformes diferentes preceitos da legislação de Estados-

⁵⁴ Assim, em relação ao *patto di non concorrenza*, salientando a necessidade de um montante equitativo, vide ANDREA PILATI, “Sulla nullità del patto di non concorrenza per esiguità del compenso corrisposto nel corso del rapporto di lavoro”, RIDL, 2000, II, 730, *Curso de Derecho del Trabajo*, 10.ª ed., Tirant lo Blanch, Valência, 2001, 384 ou VANIA BRINO, “La clause de non concurrence: Italie”, RDT 2007, n.º 11, 683. Entre nós: JÚLIO VIEIRA GOMES, “As Cláusulas de Não Concorrência no Direito do Trabalho”, *Juris et de Jure* (org. Manuel Afonso Vaz e José Azeredo Lopes), UCP, Porto, 1998, 945-6 e JOANA VASCONCELOS, *A Revogação do Contrato de Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2011, 198.

⁵⁵ Ainda o excursu jurisprudencial da *Cassation* contido em FLORENCE CANUT, “Sanction d’une clause de non concurrence excessive: vers une evolution de la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation?”, *Dr. ouvrier* 2012, n.º 762, 16.

⁵⁶ Não sendo abundantes as referências legais ao princípio da proporcionalidade no CT, as que existem destinam-se, no essencial, a garantir direitos dos trabalhadores. Assim: o n.º 2 do artigo 18.º, ao determinar que o tratamento de dados biométricos só é permitido se os dados a utilizar forem necessários, adequados e proporcionais aos objetivos a atingir; o n.º 2 do artigo 21.º que, com referência à utilização de meios de vigilância a distância, dispõe que a autorização da CNPD só pode ser concedida se a utilização dos meios for necessária, adequada e proporcional aos objetivos a atingir ou o n.º 5 do artigo 538.º, referente à definição de serviços a assegurar durante a greve, ao prescrever que “a definição dos serviços mínimos deve respeitar os princípios da necessidade, da adequação e da proporcionalidade”.

⁵⁷ ISABELLE CORNESSE, *La proportionnalité en droit du travail*, Litec, Paris, 2001, 140 e 486.

⁵⁸ Inserindo também a compensação no conceito de retribuição: DURAN LÓPEZ, “Pacto de no concurrencia”, *El Estatuto de los Trabajadores. Comentarios a las Leyes Laborales*, Tomo V, Edersa, Madrid, 1985, 187 e CRUZ VILLALÓN, *Estatuto de los Trabajadores Comentado* (2003), cit., 297. Diversamente, afastando a recondução da compensação ao conceito de retribuição, uma vez que “o pacto de dedicação é um elemento acidental do contrato de trabalho”, v. ALONSO OLEA & CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo* (17.ª ed.), Civitas, Madrid, 1999, 986.

membros no que à cobertura previdencial associada às diferentes modalidades de trabalho a tempo parcial diz respeito.

Eis o que sucedeu no contexto do Ac. TJ de 09.11.2017 (*Maria Begoña Espadas Recio y Servicio Público de Empleo Estatal*), suscitado por iniciativa do Tribunal do Trabalho n.º 33 de Barcelona, que pediu orientação quanto à interpretação da Diretiva 79/7/CEE relativa à realização progressiva do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres em matéria de segurança social e da Diretiva 97/81/CE respeitante ao acordo-quadro relativo ao trabalho a tempo parcial celebrado pela UNICE, pelo CEEP e pela CES⁵⁹.

Se, no ordenamento espanhol, o direito à prestação de desemprego surge com a perda do emprego, a questão de fundo esteve em saber se para determinar a duração da prestação devem ser tidos em conta apenas os dias em que efetivamente o trabalhador prestou a atividade laboral, mesmo que a respetiva quotização para a segurança social associada ao risco de desemprego tenha sido paga para todos os dias de cada mês do ano inteiro⁶⁰.

⁵⁹ O órgão jurisdicional de reenvio perguntou se a cláusula 4 do acordo-quadro é aplicável a uma prestação contributiva de desemprego como a que está em causa no processo principal. Em caso de resposta afirmativa, há que determinar se o acordo-quadro se opõe às regras nacionais em questão. Ao abrigo dessas regras, o cálculo do período durante o qual é paga a prestação de desemprego tem em conta apenas os dias trabalhados efetivamente pelo trabalhador desempregado, ainda que as quotizações sejam pagas por cada dia de todos os meses. Essa regra resulta numa redução do período durante o qual é paga a prestação de desemprego em comparação *tanto* com os trabalhadores a tempo parcial «horizontal», *como* com os trabalhadores a tempo inteiro.

⁶⁰ O artigo 210.º da LGSS tem como epígrafe «Duração da prestação de desemprego». O período de tempo durante o qual a prestação é paga ao trabalhador desempregado (a seguir «período de prestação») é estabelecido em função: (i) do período de trabalho durante o qual foram pagas quotizações nos seis anos anteriores à alteração da sua situação legal de emprego para a situação de desemprego; ou (ii) da data em que cessou a obrigação de quotização. É estabelecida uma tabela que determina o período de quotização em dias e o correspondente período durante o qual são pagas as prestações, também expresso em dias. Assim, por exemplo, para um período de quotização de 360 a 539 dias, são pagos 120 dias; um período de quotização de 1260 a 1439 dias gera uma prestação de 420 dias e um período de quotização superior a 2160 dias dá lugar ao pagamento de prestações durante 720 dias (o período máximo durante o qual são pagas prestações). Segundo a regra 4, n.º 1, da Sétima Disposição Adicional da LGSS, que estabelece regras aplicáveis aos trabalhadores a tempo parcial, «para determinar os períodos de quotização e de fixação da base de cálculo das prestações de desemprego, proceder-se-á em conformidade com o que for determinado na sua regulamentação específica». Estas regras figuram no Real Decreto 625/1985 de *protección por desempleo* (Real Decreto 625/1985, relativo à proteção no desemprego, a seguir «RD 625/1985»). O artigo 3.º daquele diploma determina a forma de cálculo do período durante o qual é paga a prestação. O artigo 3.º, n.º 1, refere-se aos trabalhadores a tempo inteiro. Este artigo dispõe: «[a] duração da prestação de desemprego é estabelecida em função dos períodos de trabalho durante os quais foram pagas quotizações nos quatro anos que antecederam a situação legal de desemprego, ou a data em que cessou a obrigação de quotização». Relativamente aos trabalhadores a tempo parcial, o artigo 3.º, n.º 4, estabelece que: «[q]uando as quotizações de que fez prova correspondam a trabalho a tempo parcial ou a trabalho efetivo em caso de redução de tempo de trabalho, cada dia trabalhado

Isto, porque o *Servicio Público de Empleo Estatal* (SPEE) considerou que, no caso de trabalho a tempo parcial, cada dia trabalhado devia ser contado como dia de quotização, pelo que, nos seis anos anteriores à sua situação de desemprego, a trabalhadora demonstrou ter pago quotizações por 1387 dias. O período de prestação foi, portanto, calculado em 420 dias, com o SPEE a não considerar o resto do período de seis anos relativamente ao qual a trabalhadora e os seus anteriores empregadores pagaram as quotizações. Ora, se a trabalhadora tivesse trabalhado com base na estrutura horizontal –1,75 horas durante cinco dias de trabalho por semana, totalizando 8,5 horas– teria tido direito à prestação de desemprego pelo período máximo de 720 dias.

Este enquadramento implica, por isso, que um trabalhador a tempo parcial vertical receba a prestação durante um período mais curto do que um trabalhador comparável a tempo inteiro, ainda que *tenha pago quotizações por cada dia de cada mês do ano*.

Atendendo a que no caso dos trabalhadores a tempo parcial vertical o sistema dá mais importância aos dias efetivamente trabalhados do que ao período de tempo que o trabalhador despense a fazer o seu trabalho ao longo de uma semana de trabalho, gera-se uma diferenciação entre os dois grupos de trabalhadores. Com isso, cria-se, como fez notar a Advogada Geral Eleanor Sharpston (§60)⁶¹, uma anomalia ilógica e punitiva que desfavorece os trabalhadores a tempo parcial vertical. Os trabalhadores a tempo parcial que realizam trabalhos com remuneração relativamente baixa, tal como os trabalhos de limpeza, podem ter pouca escolha no que se refere às suas condições de trabalho. E estes trabalhadores podem muito bem ser obrigados a aceitar condições de trabalho vertical que se adequam às necessidades do seu empregador simplesmente para garantir o emprego.

VI. Este percurso argumentativo é tão mais importante quanto vem fundar um novo patamar de análise no que ao princípio da não discriminação diz respeito: além da aplicação do critério *pro rata temporis* e do enlace entre igualdade e proporcionalidade que subjaz à delimitação da situação de comparabilidade entre um trabalhador com tempo parcial e um trabalhador com tempo completo, torna-se agora necessário analisar se o trabalho a tempo parcial vertical e o trabalho a tempo parcial horizontal recebem um tratamento homogéneo, garantindo-se que os trabalhadores a tempo parcial vertical não são relegados para um plano de subalternidade, que, na prática, funcionará como um segundo escalão de discriminação indireta.

Na verdade, não é novidade a consideração de que, perante as estatísticas disponíveis, qualquer regulação que incida sobre o trabalho a tempo parcial afetará sempre uma percentagem consideravelmente mais elevada de trabalhadores femininos que masculinos. E que, tanto no trabalho a tempo parcial horizontal quanto no trabalho a tempo parcial vertical, os trabalhadores do sexo feminino compõem maioritariamente qualquer dos subtipos.

será contado como um dia de quotização, independentemente da duração do tempo de trabalho».

⁶¹ ECLI:EU:C:2017:223.

Dado que a diferença de tratamento não pode ser justificada por fatores objetivos e estranhos a qualquer discriminação baseada no sexo, a inexistência de tratamento idêntico entre o tempo parcial vertical e o tempo parcial horizontal aparecerá sempre como uma regulação portadora de consequências particularmente desvantajosas para as mulheres, afluindo-se a uma distinção em razão do sexo, que, em fundo, assenta num critério naturalmente desvalioso⁶².

Sem prejuízo, nutrem-se sérias dúvidas quanto à racionalidade desta via interpretativa, pois a comparação entre os trabalhos a tempo parcial vertical e horizontal, enquanto quadro de referência suscetível de conduzir a uma discriminação indireta, não pode perder de vista que nesse binómio os dois subtipos são maioritariamente compostos por trabalhadoras. A composição maioritariamente feminina dos subtipos do trabalho a tempo parcial implica a inexistência de qualquer discriminação intratipológica em razão do sexo, já que não há qualquer subtipo que seja maioritariamente masculino. Não se entrevêem, por isso, razões para fundar um novo quadro comparativo, em acréscimo ao que a Diretiva acolhe.

Como quer que seja, se a discriminação indireta tem recuada tradição no que à regulação sobre o trabalho a tempo parcial diz respeito e atina com diferentes aspetos associados a este *tipo* contratual –entre outros, veja-se o processo C96/80 (*J.P. Jenkins v Kingsgate*)⁶³, o processo C171/88 (*Ingrid Rinner-Kuehn v Fww Spezial-Gebaeudereinigung GmbH & Co Kg*)⁶⁴, o processo C-243/95 (*Kathleen Hill and Ann*

⁶² Nestes termos, sobre o Ac. TJ de 06.12.2007 (*Ursula Voß v. Land Berlin*), proc. C-300/06, onde se analisou legislação alemã sobre contratos de trabalho em funções públicas que determinava pagamentos distintos para horas extraordinárias, conforme o trabalhador em causa tivesse um contrato a tempo inteiro ou a tempo parcial, v. CATHERINE BARNARD, *EU Employment Law* (4.^a ed.), Oxford University Press, Oxford 2012, 281 e 431, e, entre nós, MARIANA CANOTILHO, “Brevíssimos apontamentos sobre a não discriminação no Direito da União Europeia”, *Julgar* 2011, n.º 14, 107-8 (101-111).

⁶³ ECLI:EU:C:1981:80. O caso girou em torno de uma política empresarial, à luz do *Equal Pay Act* (1970), que atribuía a trabalhadores com tempo parcial uma retribuição horária inferior à de trabalhadores a tempo completo. Considerando que essa diferença de retribuição era um meio indireto de discriminação de trabalhadoras, o Tribunal considerou existir uma violação do artigo 119 do Tratado, aplicando-o diretamente a essa situação.

⁶⁴ ECLI:EU:C:1989:328. Cuidou-se de legislação alemã sobre a manutenção do salário (a *Lohnfortzahlungsgesetz*) de 27.07.1969, que previa que o empregador devia manter a favor do trabalhador que, após a sua entrada em serviço, estivesse impedido, por motivo de incapacidade para o trabalho e sem culpa da sua parte, de prestar o seu trabalho, o pagamento da remuneração durante o período de incapacidade para o trabalho, por um período de até seis semanas; todavia, ficavam excluídos do benefício destas disposições os trabalhadores cujo contrato de trabalho previsse um período normal de trabalho igual ou inferior a dez horas por semana ou a quarenta e cinco horas por mês. Se o governo alemão alegou que o regime era justificado pelo facto de os trabalhadores com menos de dez horas não estarem tão integrados na empresa, o Tribunal considerou que artigo 119.º do Tratado CEE deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma legislação nacional que permita às entidades patronais excluir da manutenção da remuneração em caso de doença os trabalhadores cujo período normal de trabalho não exceda as dez horas por semana ou as quarenta e cinco horas por mês, quando essa medida atinja um número muito mais elevado de mulheres do que de homens, salvo se o Estado-membro demonstrar que a referida

Stapleton v. Revenue Commissioners and the Department of Finance)⁶⁵ ou o processo C-196/02 (*Nikoloudi vs Organismos Tilepikoinonion Ellados AE*)⁶⁶ –, é importante salientar que, sempre que um trabalhador afirma que o princípio da igualdade de tratamento foi violado em seu detrimento e apresenta factos que permitam presumir a existência de uma discriminação direta ou indireta, as normas da União Europeia relativas ao ónus da prova nos casos de discriminação baseada no sexo devem ser interpretadas no sentido de que incumbe à parte demandada provar que não houve violação do referido princípio. Em alcance mais vasto, isto significa que pende sobre as entidades empregadoras a *probatio diabolica* de que uma medida que, no plano regimental, diferencie trabalho a tempo completo e trabalho a tempo parcial é necessária e proporcional à prossecução de um escopo válido e legítimo⁶⁷.

VII. Ora, se também a restrição da possibilidade de celebração de pactos de exclusividade a trabalhadores a tempo completo não pode/deve ser apartada do princípio da igualdade no que aos diferentes trabalhadores diz respeito – esta igualação, crivada pelo princípio da proporcionalidade, deixa também intocados os períodos subjacentes às férias anuais ou às licenças de parentalidade, conhecendo outro tanto cabimento na indagação da privação da contrapartida devida por um pacto de

legislação se justifica por factores objetivos e estranhos a qualquer discriminação fundada no sexo.

⁶⁵ ECLI:EU:C:1997:76. O Tribunal considerou que o artigo 119.º do Tratado bem como a Diretiva 75/117/CEE relativa à aproximação das legislações dos Estados-Membros no que se refere à aplicação do princípio da igualdade de remuneração entre os trabalhadores masculinos e femininos devem ser interpretados no sentido de que se opõem a uma legislação que prevê que, quando uma percentagem muito mais elevada de trabalhadores femininos em relação à de trabalhadores masculinos exerce a sua atividade em regime de tempo partilhado, aos trabalhadores em regime de tempo partilhado que acedem a um posto de trabalho a tempo inteiro é atribuído um escalão da tabela de remunerações aplicável ao pessoal que trabalha a tempo inteiro inferior ao da tabela de remunerações aplicável ao pessoal empregado em regime de tempo partilhado de que esses trabalhadores beneficiavam anteriormente, em virtude da aplicação pela entidade patronal do critério do serviço calculado por referência à duração do tempo de trabalho efetivamente cumprido num posto de trabalho, a menos que esta legislação se justifique por critérios objetivos e estranhos a qualquer discriminação em razão do sexo.

⁶⁶ ECLI:EU:C:2005:14. Tratou-se de regulamentação grega relativa a contratos de trabalho a tempo parcial que excluía a possibilidade de integração nos quadros de uma empresa dos trabalhadores contratados nesse regime, sendo esses trabalhadores, por força dessa regulamentação, exclusivamente mulheres. O Tribunal declarou então que sempre que incida sobre uma percentagem muito mais elevada de trabalhadores femininos do que de trabalhadores masculinos, a exclusão do trabalho a tempo parcial do cálculo da antiguidade constitui uma discriminação. indireta em razão do sexo, contrária ao Direito comunitário, a menos que essa exclusão se explique por factores objetivamente justificados e estranhos a qualquer discriminação em razão do sexo. Ainda: ANN NUMHAUSER-HENNING, “EU sex equality law post-Amsterdam”, *Equality Law for an Enlarged European Union: Understanding the Article 13 Directives* (ed. Helen Meenan), Cambridge University Press, Cambridge, 2007, 157 (145-177) e MARIANA CANOTILHO, “Brevíssimos apontamentos sobre a não discriminação no Direito da União Europeia”, cit., 110.

⁶⁷ Ver JÚLIO VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho. Volume I: Relações Individuais de Trabalho*, cit., 680.

exclusividade—, importa, contudo, não descurar os efeitos desproporcionados que a assunção de uma regra de proporcionalidade absoluta pode gerar: além do potencial desvirtuamento da relação laboral no caso de o gozo das férias cobrir dias de não trabalho (exemplo: se o trabalhador apenas trabalha aos fins de semana, os seus vinte e dois dias de férias não poderão ser gozados apenas aos fins de semana, impondo-se, pois, considerar que as férias terão de ser fruídas em dias úteis consecutivos, independentemente de serem ou não dias de trabalho efetivo para aquele trabalhador), a dupla aplicação do princípio “*pro rata temporis*”, recortada a partir da sua incidência sobre a regra de computo dos períodos de quotização e sobre o cálculo do valor da pensão⁶⁸, pode implicar que um trabalhador se veja normativamente obrigado a quotizar para um sistema de segurança social cuja regulação impede, na prática, qualquer possibilidade de alcançar uma pensão de reforma.

Esta situação foi particularmente visível no caso de uma trabalhadora espanhola que tinha de trabalhar 100 anos para garantir a carência mínima que lhe permitisse aceder a uma pensão, cuja quantia, calculada segundo o normativo vigente, não superaria os 113 euros.

Em conformidade, o TJ, no processo C-385/11 [*Isabel Elbal Moreno v. Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS)*]⁶⁹, considerou, em Acórdão de 22.11.2012, que o artigo 4.º da Diretiva 79/7/CEE do Conselho, de 19.12.1978, relativa à realização progressiva do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres em matéria de segurança social, deve ser interpretado no sentido de que se opõe à regulamentação de um Estado-Membro que exige aos trabalhadores a tempo parcial, a grande maioria dos quais é constituída por mulheres, em comparação com os trabalhadores a tempo inteiro, um período de quotização proporcionalmente maior, para aceder, se for caso disso, a uma pensão de reforma de tipo contributivo cujo montante é proporcionalmente reduzido em função do seu tempo de trabalho.

⁶⁸ Pois esta, como no caso dos trabalhadores a tempo completo, calcula-se a partir das bases da quotização que tomam como referência a retribuição.

⁶⁹ Em 08.10.2009, com 66 anos de idade, a recorrente no processo principal apresentou ao INSS um pedido de pensão de reforma. Anteriormente, tinha trabalhado exclusivamente como empregada de limpeza num condomínio de proprietários, durante 18 anos, a tempo parcial, à razão de 4 horas por semana, ou seja, 10% do tempo de trabalho legal em Espanha, que é de 40 horas semanais. Por decisão de 13.10.2009, esta pensão foi-lhe recusada com o fundamento de que não preenchia o período mínimo de quotização de quinze anos que era exigido para a aquisição do direito à pensão de reforma em conformidade com as disposições do art. 161, n.1, al./b, da LGSS. A recorrente no processo principal interpôs *no Juzgado de lo Social* de Barcelona um recurso no âmbito do qual alegou que a Sétima Disposição Adicional da LGSS, em aplicação da qual a pensão lhe foi recusada, viola o princípio da igualdade. A referida disposição exigia, com efeito, um período maior de quotização aos trabalhadores a tempo parcial do que aos trabalhadores a tempo inteiro, mesmo tendo em conta o factor de correção constituído pelo multiplicador de 1,5 para aceder a uma prestação que é já proporcionalmente mais reduzida. Além disso, a recorrente no processo principal sustentou que essa regra implicava uma discriminação indireta, pois é estatisticamente incontestável que as mulheres são as principais utilizadoras em cerca de 80%, deste tipo de contratos.

Estando excluídas do conceito de «condições de emprego», na aceção do n.º 1 da cláusula do acordo-quadro, as pensões de segurança social que dependem menos de uma relação laboral do que de considerações de ordem social – a regra, como relembra o TJ, é de que estão incluídas no conceito de «remuneração», na aceção do n.º 2 do artigo 157.º do TFUE, as pensões que são atribuídas em função da relação laboral que une o trabalhador ao empregador, com exclusão das que decorrem de um sistema legal para o financiamento do qual os trabalhadores, os empregadores e, eventualmente, os poderes públicos contribuem numa medida que depende menos dessa relação laboral do que de considerações de política social⁷⁰–, o TJ recorreu à Diretiva 79/7, dado que a pensão faz parte de um regime legal de proteção contra um dos riscos enumerados no n.º 1 do artigo 3 dessa Diretiva, a saber: a velhice, e está direta e efetivamente ligada à proteção contra esse risco.

Na sequência do caso, sobreveio o RD 11/2013, consagrando um cálculo trietápico: (i) define-se o coeficiente de parcialidade, determinado pela percentagem da jornada realizada a tempo parcial com referência à jornada prestada por um trabalhador a tempo completo, (ii) calcula-se o coeficiente global de parcialidade e (iii) o período mínimo de cotização exigido é diminuído, multiplicando-se a cifra estabelecida pelo coeficiente global de parcialidade.

VIII. A situação no nosso ordenamento é outro tanto problemática, já que, em caso de *trabalho a tempo parcial*, de *contrato de muito curta duração* e de *contrato intermitente* com prestação horária de trabalho é declarado um dia de trabalho por cada conjunto de seis horas.

Com efeito, o enquadramento previsto no Decreto Regulamentar n.º 1-A/2011, de 03.01, que concretiza os artigos 92.º e 93.º do Código dos Regimes Contributivos do Sistema Previdencial de Segurança Social⁷¹ –diploma absolutamente omissivo quanto ao trabalho a tempo parcial, que viabiliza, aliás, a leitura corrente de que o trabalho a tempo parcial continua a ser socialmente marginal–, estabelece, no n.º 1 artigo 16.º, que os tempos de trabalho são declarados em dias, independentemente de a atividade ser prestada a tempo completo ou a tempo parcial.

Isto significa que um trabalhador a tempo parcial que trabalhou quatro horas por dia durante 22 dias do mês, no total de 88 horas mensais, declara, perante a Segurança Social, 15 dias (14+1), uma vez que, fazendo cálculos de múltiplos de 6, verifica-se que 88 horas correspondem a $14 \times 6 + 4$.

Ora, se em razão do método utilizado para calcular o período de quotização exigido para beneficiar de uma pensão de reforma, esta regulamentação pode excluir, na prática, estes trabalhadores da possibilidade de obterem essa pensão, a verdade é que

⁷⁰ Cfr. § 41 do Acórdão de 10.06.2010 [*Istituto nazionale della previdenza sociale* (INPS) v. *Tiziana Bruno e Massimo Pettini* (C-395/08) e *Daniela Lotti e Clara Matteucci* (C-396/08)], ECLI:EU:C:2010:329.

⁷¹ Aprovado pela Lei n.º 110/2009, de 16.09, com a última alteração introduzida pelo Decreto-Lei n.º 93/2017, de 01.08.

essa exclusão não constitui uma medida efetivamente necessária para alcançar o objetivo de salvaguarda do sistema de segurança social, pois não está demonstrada a inexistência de outra medida menos gravosa para esses mesmos trabalhadores com vista a garantir o equilíbrio financeiro de um sistema cuja base é contributiva.

Com efeito, embora atendendo à necessidade da obrigação de cumprir um certo número de períodos de quotização prévios para que certas prestações sejam elegíveis, a obrigação de desconto *ope legis* para Segurança Social que recai sobre os trabalhadores a tempo parcial, ao associar um dia de trabalho por cada conjunto de seis horas, determina que um trabalhador a tempo parcial adquira a antiguidade que lhe confere o direito a uma pensão de reforma a um ritmo mais lento do que o trabalhador a tempo inteiro. Assim, se a referência à obrigação de desconto *ope legis* para Segurança Social se destina a evidenciar a existência de uma obrigação de desconto sem qualquer garantia de retorno (face ao prazo de garantia exigido para o acesso à reforma), cabe ter presente que, por princípio, nada obstará a que determinados trabalhadores, em função da pouca carga horária subjacente a um contrato de trabalho, fiquem isentos da contribuição *per vinculum* para a Segurança Social.

Isso mesmo foi decidido pelo TJ no processo C-317/93 (*Inge Nolte v. Landesversicherungsanstalt Hannover*), em Acórdão de 14.12.1995, ao considerar que o n.º 1 do artigo 4.º da Directiva 79/7/CEE do Conselho, de 19.12.1978, relativa à realização progressiva do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres em matéria de segurança social, deve ser interpretado no sentido de que não se opõe a uma regulamentação nacional que exclui do regime legal de seguro de velhice os empregos normalmente com menos de quinze horas semanais de trabalho e um salário que não ultrapassa um sétimo do salário mensal médio, mesmo que abranja muito mais mulheres do que homens, na medida em que o legislador nacional pode razoavelmente considerar que a legislação em causa era necessária para atingir um objetivo de política social estranho a qualquer discriminação em razão do sexo.

Encontrando-se juízo decisório idêntico no processo C-444/93 (*Ursula Megner v Hildegard Scheffel*), que esteve na base de Acórdão de 14.12.1995, e sendo possível, à luz do Direito da União Europeia, excluir-se pessoas que desenvolvem uma atividade laboral pautada pela escassez horária do seguro obrigatório correspondente a um regime de segurança social, já não será contudo admissível que, a partir de uma regra de cálculo geometricamente desenhada para o período de quotização necessário, se possa criar um *manto de desproteção* para trabalhadores a tempo parcial que, perante a obrigação contributiva estabelecida, se vejam, na prática, impedidos de aceder à reforma⁷².

⁷² Sobre o ponto, cfr. GÓMEZ GORDILLO, “Trabajo a tiempo parcial, jubilación y prohibición de discriminación sexual: revisión de la normativa española a la luz del Derecho de la Unión Europea y la jurisprudencia del TJUE y del Tribunal Constitucional”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 2014, n.º 47, 173-4 (157-179).

Trata-se, pois, de uma diferença de tratamento assente no mero facto de o trabalho ser a tempo parcial, já que os contratos de trabalho de um trabalhador a tempo completo e de um trabalhador a tempo parcial têm uma duração efetiva equivalente⁷³.

Não se cuidando de questionar a existência de um critério objetivo que permita uma redução proporcionada dos direitos pecuniários subjacentes à pensão de um trabalhador a tempo parcial – dado que a *quantidade* de trabalho efetivamente prestada por um trabalhador a tempo parcial durante a sua carreira é inferior à de um trabalhador que tenha cumprido durante toda a sua carreira um contrato de trabalho a tempo completo, algo que não pode deixar de ter reflexo no valor recebível⁷⁴ –, do que se trata é de apurar se um trabalhador a tempo parcial apenas beneficia num plano formal da cobertura pelo sistema da totalidade das contingências, já que, no plano material, estes trabalhadores apenas podem aceder a algumas das prestações.

E é justamente aqui que se evidencia a disfuncionalidade criada pela aplicação irrestrita do princípio do *pro rata temporis*, visto que, na ausência de um critério de correção, o princípio vai conformar a data da aquisição do direito à pensão, a qual é determinada pela duração da antiguidade adquirida pelo trabalhador a tempo parcial⁷⁵.

Se o princípio da não discriminação entre trabalhadores a tempo parcial e trabalhadores a tempo inteiro implica que a duração da antiguidade considerada para efeitos da determinação da data da aquisição do direito à pensão seja calculada, para o trabalhador a tempo parcial, como se tivesse ocupado um posto a tempo inteiro

⁷³ O enquadramento vale de igual modo para as condições de acesso ao subsídio de desemprego, retendo-se que, entre nós, é necessário cumprir o prazo de garantia de 360 dias de trabalho por conta de outrem com registo de remunerações nos 24 meses anteriores à data do desemprego. Tudo está, pois, na forma como se contam os dias para compor o prazo de garantia exigido para o acesso a essa prestação.

⁷⁴ Não é, contudo, assim em caso de acidente de trabalho, pois o sinistrado, por ser um trabalhador a tempo parcial, tem, e bem, o direito a ver calculadas as prestações que lhe são devidas como se trabalhasse a tempo inteiro. Com efeito, os artigos 1.º, 10.º, 17.º e 26.º do Regime Jurídico dos Acidentes de Trabalho e das Doenças Profissionais aprovado pela Lei n.º 100/97, de 13.09, não consentem a aplicação do princípio *pro rata temporis*, uma vez que o acidente de trabalho não afeta apenas a capacidade de trabalho para aquela atividade desempenhada a tempo parcial, mas também a capacidade para qualquer outra atividade que o trabalhador pudesse exercer. Do que se trata é, pois, da diminuição da capacidade de ganho de alguém durante todo o tempo possível de desempenho da correspondente atividade profissional, sem que se afigure relevante atender à (in)completude do período normal de trabalho.

⁷⁵ O n.º 3 do artigo 16.º do Decreto Regulamentar n.º 1-A/2011, de 03.01, vem estabelecer que nas situações de início, interrupção, suspensão ou cessação de contrato de trabalho a tempo completo é declarado o número efetivo de dias de trabalho prestado a que correspondeu remuneração. A disposição, que desde sempre existiu no Direito português, é, todavia, manifestamente diferente do n.º 4 do mesmo artigo, pois não se pode equiparar, no plano regimental, a exiguidade da carga horária subjacente à execução *de pleno* de um contrato de trabalho a tempo parcial às situações em que a execução de um contrato de trabalho, a tempo inteiro ou a tempo parcial, está suspensa devido a um impedimento ou uma interrupção temporária por parte do trabalhador ou da empresa ou devido a causa alheia.

(sendo integralmente considerados os períodos não trabalhados, pois o trabalho a tempo parcial não implica a interrupção da relação laboral e os períodos não trabalhados, que correspondem à redução das horas de trabalho previstas num contrato de trabalho a tempo parcial, decorrem da normal execução desse contrato e não de qualquer suspensão⁷⁶), já se vê que o n.º 4 do artigo 16.º do Decreto Regulamentar n.º 1-A/2011, de 03.01, ao postular que apenas seja declarado como um dia de trabalho cada conjunto de seis horas, ofende a cláusula 4 do acordo-quadro relativo ao trabalho a tempo parcial anexo à Diretiva 97/81/CE, cujo sentido se opõe, por princípio, a uma disposição nacional que exclua os períodos não trabalhados do cálculo da antiguidade necessária para adquirir o direito a uma pensão.

Gerando-se uma situação em que, por força da aquisição a um ritmo mais lento da antiguidade conferente do direito a uma pensão, um trabalhador a tempo parcial com menos de seis horas diárias é discriminado em relação a um trabalhador com seis ou mais horas por dia, importa não acrescentar nova discriminação em relação aos trabalhadores a tempo parcial, por via da privação da contrapartida devida pela assunção de uma obrigação de exclusividade, lá onde ambos os sujeitos a desejarem. Tratando-se de um pacto de limitação à liberdade de trabalho que, não sendo condicionável pelas horas diárias de trabalho prestadas, tem benefícios mútuos, o sistema, perante situações desproporcionadas ou disfuncionais, alberga os mecanismos de reação devidos, intervindo a jusante para corrigir o desequilíbrio gerável por um pacto de exclusividade que surja associado a um contrato de trabalho a tempo parcial.

BIBLIOGRAFIA

- ABRANTES, JOSÉ JOÃO: “Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais - Breves Reflexões”, *II Congresso Nacional de Direito do Trabalho – Memórias* (coord. António Moreira), Almedina, Coimbra, 1999, 103-114 (= “Contrato de trabalho e direitos fundamentais”, *Themis* 2001, n.º 4, 23-39).
- ABRANTES, JOSÉ JOÃO: *Contrat de Travail et Droits Fondamentaux. Contribution à une dogmatique commune européenne, avec référence spéciale au droit allemand et au droit allemand et au droit portugais*, Peter Lang GmbH, Francoforte sobre o Meno, 2000 (= *Contrato de trabalho e direitos fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005).
- ADOMEIT, KLAUS (com PETER HANAU): *Arbeitsrecht*, Luchterhand, Munique, 2005.
- ALONSO OLEA, MANUEL (com CASAS BAAMONDE): *Derecho del Trabajo* (17.ª ed.), Civitas, Madrid, 1999.
- AMADO, JOÃO LEAL (com JOANA NUNES VICENTE): “Contrato de trabalho intermitente”, *XI- XII Congresso nacional de direito do trabalho - Memórias*, coord. António Moreira, Almedina, Coimbra, 2009, 119-137.
- ANTONMATTEI, PAUL-HENRI: *Les clauses du contrat du travail* (2.ª ed.) Liaisons, Paris, 2010.

⁷⁶ Como transparece do § 77 do Acórdão de 10.06.2010 (*Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS) v. Tiziana Bruno e Massimo Pettini (C-395/08) e Daniela Lotti e Clara Matteucci (C-396/08)*, ECLI:EU:C:2010:329).

- ANTONMATTEI, PAUL-HENRI: *L'année de droit social 2010: Textes, jurisprudence, commentaires*, ed. Lamy, Paris, 2011.
- BARBIERI, EZIO MARIA: “Sulla trasformazione di un contratto di lavoro a tempo parziale in uno a tempo pieno senza il consenso del lavoratore”, *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario* 2014, n.º 5, Milano, 1089-1096.
- BARNARD, CATHERINE: *EU Employment Law* (4.ª ed.), Oxford University Press, Oxford 2012.
- BIAGI, MARCO (com MICHELE TIRABOSCHI): *Istituzioni di diritto del lavoro* (4.ª ed.), Giuffrè, Milão, 2007.
- BIAGI, MARCO (com MICHELE TIRABOSCHI): *Istituzioni di diritto del lavoro* (5.ª ed.), Giuffrè, Milão, 2012.
- BRINO, VANIA: “La clause de non concurrence: Italie”, *RDT* 2007, n.º 11, 682-684.
- BUGADA, ALEXIS: “Droit constitutionnel appliqué. Aperçu sélectif de la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation (année 2000)”, *RFDT* 2001/4, n.º 48, 779-791.
- CAMANHO, PAULA PONCES: “Contrato de trabalho a tempo parcial”, *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho - Vol. 4*, Almedina, Coimbra, 2003, 205-223.
- CANOTILHO, MARIANA: “Brevíssimos apontamentos sobre a não discriminação no Direito da União Europeia”, *Julgar* 2011, n.º 14, 101-111.
- CANUT, FLORENCE: “Sanction d’une clause de non concurrence excessive: vers une evolution de la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation?”, *Dr. Ouvrier* 2012, n.º 762, 12-19.
- CARNEIRO, JOANA: “O contrato de trabalho intermitente: a relação laboral cimentada na segurança do emprego através do trabalho descontínuo”, *Questões Laborais* 2010, ns. 35-36, 203-242.
- CARVALHO, ANTÓNIO NUNES: “Contrato de Trabalho a Tempo Parcial (Tópicos de Reflexão)”, *IX e X Congresso Nacional de Direito do Trabalho – Memórias*, Coimbra, Almedina, 2007, 219-235.
- CARVALHO, ANTÓNIO NUNES: “Notas sobre o regime do tempo de trabalho na revisão do Código do Trabalho”, *Código do Trabalho – A Revisão de 2009* (coord. Paulo Morgado de Carvalho), Coimbra Editora, 2011, 329-379.
- CARVALHO, ANTÓNIO NUNES: “Considerações sobre o trabalho intermitente”, *Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier - Vol. I*, UCP, Lisboa, 2015, 327-376.
- CARVALHO, CATARINA DE OLIVEIRA: “A desarticulação do regime legal do tempo de trabalho”, *Direito do trabalho + crise = crise do direito do trabalho?*, Coimbra Editora, 2011, 365-371.
- CAUPERS, JOÃO: *Os direitos fundamentais dos trabalhadores e a Constituição*, Almedina, Coimbra, 1985.
- CENDON, PAOLO: *Commentario al codice civile. Artt. 2595-2642: Concorrenza, consorzi, disposizioni penali*, Giuffrè, Milão, 2009.
- CENDON, PAOLO: *Commentario al codice civile. Artt. 2060-2134. Lavoro subordinato*, Giuffrè, Milão, 2011.
- CONSENTINO, MARIA GIULIA: “Il lavoro a tempo parziale”, *Manuale del diritto europeo del lavoro e della sicurezza sociale* (a cura di Glauco Zaccardi), Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 2015, 277-318.

- CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES: “Da situação jurídica laboral: perspectivas dogmáticas do Direito do Trabalho”, *ROA* 1982, 89-149.
- CORNESSE, ISABELLE: *La proportionnalité en droit du travail*, Litec, Paris, 2001.
- CRUZ VILLALÓN, JESÚS (com RAMOS VELASCO/GÓMEZ GORDILLO): *Estatuto de los Trabajadores Comentado*, Tecnos, Madrid, 2003.
- DURÁN LÓPEZ, FEDERICO: “Pacto de no concurrencia”, *El Estatuto de los Trabajadores. Comentarios a las Leyes Laborales*, Tomo V, Edersa, Madrid, 1985.
- FLECKER, JÖRG: “La flessibilità: una via obligata? Riorganizzazione dell’impresa e forme di occupazione flessibili”, *Dentro e oltre i post-fordismi. Impresa e lavoro in mutamento tra analisi teorica e ricerca empirica* (dir. Rosangela Lodigiani & Monica Martinelli), Vite e Pensiero, Milão, 2002, 235-261.
- GAC-PECH, SOPHIE LE: *La proportionnalité en droit privé des contrats*, LGDJ, Paris, 2000.
- GAUDU, FRANÇOIS: *Droit du Travail*, 2.^a ed., Dalloz, Paris, 2007.
- GAUDU, FRANÇOIS (com RAYMONDE VATINET): *Les contrats du travail: contrats individuels, conventions collectives et actes unilatéraux*, LGDJ, Paris, 2001.
- GOMES, JÚLIO VIEIRA: “As Cláusulas de Não Concorrência no Direito do Trabalho”, *Juris et de Jure* (org. Manuel Afonso Vaz e José Azeredo Lopes), UCP, Porto, 1998, 933-968.
- GOMES, JÚLIO VIEIRA: *Direito do Trabalho. Volume I: Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.
- GOMES, JÚLIO VIEIRA: “Da fábrica à fábrica de sonhos – primeiras reflexões sobre o regime dos contratos de trabalho dos profissionais de espetáculos”, *Estudos dedicados ao Professor Mário Fernando de Campos Pinto. Liberdade de Compromisso- Volume II*, UCP, Lisboa, 2009, 247-281.
- GÓMEZ GORDILLO, RAFAEL: “Trabajo a tiempo parcial, jubilación y prohibición de discriminación sexual: revisión de la normativa española a la luz del Derecho de la Unión Europea y la jurisprudencia del TJUE y del Tribunal Constitucional”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 2014, n.º 47, 157-179.
- LUQUE PARRA, MANUEL: “Pactos típicos, nuevas tecnologías y relación laboral”, *Relaciones Laborales y Nuevas Tecnologías*, La Ley, Madrid, 2005, 153-185.
- MALAUURIE, PHILIPPE (com LAURENT AYNÈS): *Cours de Droit Civil. Les Contrats Spéciaux*, LGDJ, Paris, 2000.
- MARTINEZ, PEDRO ROMANO: “Direito do Trabalho – Relatório”, *Separata da RFDUL*, Coimbra editora, Coimbra, 1999.
- MARTINEZ, PEDRO ROMANO: *Direito do Trabalho* (5.^a ed.), Almedina, Coimbra, 2010.
- MARTINS, JOÃO ZENHA: *Dos pactos de limitação à liberdade de trabalho*, Almedina, Coimbra, 2016.
- MARTINS, JOÃO ZENHA: “A onerosidade dos pactos de exclusividade laboral”, *Obra comemorativa dos 20 anos da Faculdade de Direito da Universidade do Porto – Volume I*, 2017, Almedina, Coimbra, 691-710.
- MARTINS, PEDRO FURTADO: “O Pluriemprego no Direito do Trabalho”, *II Congresso Nacional de Direito do Trabalho. Memórias* (org. António Moreira), Almedina, Coimbra, 1999, 191-210.
- MENEGATTI, EMANUELE: *I limiti alla concorrenza del lavoratore subordinato*, Cedam, Pádua, 2012.
- MOLL, WILHELM: *Arbeitsrecht*, C.H. Beck, Munique, 2005.

- MONTOYA MELGAR, ALFREDO: “Los derechos fundamentales en materia laboral”, RPS 1979, n.º 121, 315-346.
- MOULY, JEAN: “Une nouvelle création prétorienne à la charge de l’employeur: l’obligation de protection juridique du salarié”, *D.* 10/2007 (8 mars 2007), 695-9.
- MOULY, JEAN: *Droit du Travail* (4.^a ed.), Bréal, Paris, 2008.
- NUMHAUSER-HENNING, ANN: “EU sex equality law post-Amsterdam”, *Equality Law for an Enlarged European Union: Understanding the Article 13 Directives* (ed. Helen Meenan), Cambridge University Press, Cambridge, 2007, 145-177.
- PAPALEONI, MARCO: *Il nuovo part-time. Nel settore privato e pubblico*, Cedam, Pádua, 2004.
- PÉLISSIER, JEAN: “La liberté du travail”, *DS*, 1990, n.º 1, 19-26.
- PILATI, ANDREA: “Sulla nullità del patto di non concorrenza per esiguità del compenso corrisposto nel corso del rapporto di lavoro”, *RIDL* 2000/II, n.º 4, 728-732.
- RAY, JEAN-EMMANUEL: “Les Libertés dans L’entreprise”, *Pouvoirs* 2009, n.º 130, 127-142.
- RAMALHO, MARIA DO ROSÁRIO PALMA: *Direito do Trabalho, Parte I - Dogmática Geral* (2.^a ed.), Almedina, Coimbra, 2009.
- RAMALHO, MARIA DO ROSÁRIO PALMA: *Direito Social da União Europeia*, Almedina, Coimbra, 2009.
- RAMALHO, MARIA DO ROSÁRIO PALMA: *Direito do Trabalho. Parte II – Situações Laborais Individuais* (3.^a ed.), Almedina, Coimbra, 2010.
- RÉMY, PHILIPPE: «La Jurisprudence des Contrats Spéciaux quarante ans de chroniques à la Revue Trimestrielle de Droit Civil», *BFDVC*, Vol. LX, 1984, Coimbra Editora, Coimbra, 151-168.
- REY GUANTER, SALVADOR DEL: *Estatuto de los trabajadores: Comentado y con jurisprudência*, La Ley, Madrid, 2007.
- RIZOS-VIGNAL, FABIENNE: *Le droit du travail au quotidien*, Editions du Moniteur des pharmacies, Paris, 2009.
- RUBIO DE MEDINA, MARIA DOLORES: *El pacto de permanencia en la empresa*, Bosch, Madrid, 2005.
- RUSSO, ALBERTO: *Problemi e prospettive nelle politiche di fidelizzazione del personale. Profili giuridici*, Giuffrè, Milão, 2004.
- RÜTHERS, BERND (com HANS BROX/MARTIN HENSSLER): *Arbeitsrecht* (17.^a ed.), GmbH, Estugarda, 2007.
- SCHLIEMANN, HARALD (com REINER ASCHEID): *Das Arbeitsrecht im BGB: Kommentar*, Walter de Gruyter, Berlin, 2002.
- VASCONCELOS, JOANA: *A Revogação do Contrato de Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2011.
- VICENTE, JOANA NUNES (com JOÃO LEAL AMADO): “Contrato de trabalho intermitente”, *XI- XII Congresso nacional de direito do trabalho - Memórias*, coord. António Moreira, Almedina, Coimbra, 2009, 119-137.
- VICENTE, JOANA NUNES (com JOÃO LEAL AMADO): “Trabalho a tempo parcial e trabalho intermitente”, *Tempo de trabalho e tempos de não trabalho – o regime nacional do tempo de trabalho à luz do Direito europeu e internacional* (Estudos APODIT 4), AAFDL, Lisboa, 2018, 269-271.

WAQUET, PHILIPPE: *L'entreprise et les libertés du salarié - Du salarié-citoyen au citoyen salarié*, Liaisons, Paris, 2003.

WAQUET, PHILIPPE: “Paradoxe n.º 7: Pouvoirs Libertés”, *13 paradoxes en droit du travail*, Lamy, Paris, 2012, 239-241.