

Breves notas ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 30.4.2014*: Ausências justificadas e prestação efectiva de trabalho

RITA CANAS DA SILVA**

1. Introdução¹

I. No acórdão acima indicado, o Supremo Tribunal de Justiça² pronunciou-se sobre os reflexos da suspensão na progressão na carreira³, sempre que dependente de um mínimo de assiduidade e de avaliação de desempenho. Estava, no essencial, em causa aferir em que medida

* Proc. n.º 3230/11.6TTLSB.S1. Publicado no *Diário da República*, 1.ª série, n.º 105, de 2.6.2014, pp. 3028-3041.

** Doutoranda da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa.

¹ Foi tomada em conta doutrina, jurisprudência e documentação disponíveis até 31.8.2014. Todos os sítios da *internet* referidos no texto estavam acessíveis naquela data. O Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12.2, alterado pelas Leis n.ºs 105/2009, de 14.9, 53/2011, de 14.10, 23/2012, de 25.6, 47/2012, de 29.8, 69/2013, de 30.8, 27/2014, de 8.5, e 55/2014, de 25.8, é, em diante, designado “CT 2009” ou “CT”. O Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 99/2003, de 27.8, modificado pelas Leis n.ºs 59/2007, de 4.9, e 9/2006, de 20.3, é seguidamente referido como “CT 2003”. Por fim, a referência a “RCT” respeita à Lei n.º 35/2004, de 29.7, alterada pela Lei n.º 9/2006, de 20.3. As decisões judiciais sem indicação de publicação, encontram-se disponíveis em www.dgsi.pt.

² Em diante, “STJ”.

³ Quanto às variantes da noção de carreira, v. A. NUNES DE CARVALHO, *Das carreiras profissionais no Direito do trabalho. Notas para o estudo do caso português*, (policopiado), 1990, pp. 54 e ss., concluindo que a carreira profissional corresponde à “evolução da posição jurídica do trabalhador numa relação de trabalho que se desenvolve no seio de dada organização” (p. 64).

seria adequado ficcionar (e em que termos) tais requisitos (assiduidade e desempenho), não obstante a ausência do trabalhador. Decidindo, a tal propósito, nos termos seguintes:

- “Na lei laboral ordinária *inexiste qualquer norma que imponha aos empregadores o estabelecimento de regras de progressão na carreira dos trabalhadores*, sendo o seu dimensionamento e consagração, em princípio, objeto de regulamentação coletiva” (Sumário, II)⁴.
- “Respeita o princípio da proporcionalidade a norma constante do AE TAP/AA que, reconhecendo embora ao trabalhador o *direito à progressão na carreira* e à evolução na linha técnica, subordina-o a *critérios de mérito, antiguidade* e de *efetividade*, reconhecendo-se como determinante a *experiência do trabalhador na função*” (Sumário, III)⁵.
- “A lei fundamental impõe que a lei ordinária crie condições adequadas ao exercício de funções sindicais e à sua proteção; todavia, dentro dessas formas de proteção *não se enquadra a da progressão na carreira*, donde não é por via do estabelecimento, pela contratação coletiva, de regras que, *para essa progressão*, pressupõem o *efetivo exercício de funções* – a par da *avaliação do mérito* – que o direito sindical previsto no artigo 55.º, n.º 6, da Constituição da República Portuguesa, é afetado ou violado” (Sumário IV)⁶.

II. O CT regula expressamente a suspensão laboral, que qualifica, a par da transmissão de empresa ou estabelecimento e da cedência ocasional, como vicissitude contratual, conferindo-lhe abrangência – pelas circunstâncias que, entre nós, determinam o seu surgimento – e sistematização pouco comuns⁷. Atendendo à decisão judicial em análise, importa, no essencial,

⁴ Com itálico nosso. A este propósito, v. ainda acórdão da Relação de Lisboa, de 14.2.1990, Proc. n.º 0047404 (apenas sumário disponível).

⁵ Com itálico nosso.

⁶ Com itálico nosso. Tratando de outra matéria, o STJ concluiu ainda que “a interpretação das cláusulas de instrumentos de regulamentação coletiva obedece às regras atinentes à interpretação da lei, consignadas, em particular, no artigo 9.º do Código Civil, visto tais cláusulas serem dotadas de generalidade e abstração e serem susceptíveis de produzir efeitos na esfera jurídica de terceiros” (Sumário, I). Não analisaremos, todavia, o decidido, a este propósito.

⁷ A “Redução da actividade e suspensão do contrato de trabalho” integra a Secção III (arts. 294.º a 322.º) do Capítulo V (“Vicissitudes contratuais”) do Título II (“Contrato de trabalho”) do Livro I (“Parte geral”) do CT. Sucede a regulação da “Transmissão de

considerar os efeitos gerais associados à suspensão. Tal qual previsto no art. 295.º, n.º 1, do CT, “*durante a redução ou suspensão, mantêm-se os direitos, deveres e garantias das partes que não pressuponham a efectiva prestação de trabalho*”. Em reverso, dispõe o n.º 4 que, “*terminado o período de redução ou suspensão, são restabelecidos os direitos, deveres e garantias das partes decorrentes da efectiva prestação de trabalho*”. Havendo que considerar ainda o referido no n.º 2, conforme o qual “*o tempo de redução ou suspensão conta-se para efeitos de antiguidade*”. Uma vez que a decisão *supra* indicada tratava de hipótese de suspensão por facto respeitante ao trabalhador, há também que convocar o art. 296.º, n.º 1: “*determina a suspensão do contrato de trabalho o impedimento temporário por facto referente ao trabalhador que não lhe seja imputável e se prolongue por mais de um mês, nomeadamente doença, acidente ou facto decorrente da aplicação da lei do serviço militar*”⁸. Tratando já de hipótese de suspensão por facto imputável ao trabalhador, tem aplicação o n.º 5, referindo que a suspensão opera, então, “*nos casos previstos na lei*”. O estado suspensivo promove, na verdade, múltiplas interrogações. Importa, neste âmbito, aferir em que medida a “*não prestação efectiva de trabalho*” limita outros direitos do trabalhador, para lá da retribuição.

III. Ao crivo do STJ foi submetida a avaliação de duas cláusulas de convenção colectiva⁹, que condicionavam a progressão salarial e a evolução na carreira a vários factores, entre os quais, um limite máximo anual de doze dias por ano de ausências ao trabalho, ainda que justificadas – *i.e.*, a um mínimo de assiduidade¹⁰ – e a avaliação de desempenho¹¹. Era, todavia,

empresa ou estabelecimento” e da “Cedência ocasional de trabalhador”, que constituem, respectivamente, as Secções I e II daquele Capítulo.

⁸ Por sua vez, conforme o n.º 3 do art. 296.º, “*o contrato de trabalho suspende-se antes do prazo referido no n.º 1, no momento em que seja previsível que o impedimento vai ter duração superior àquele prazo*”.

⁹ Em concreto, as cláusulas 17.ª, n.º 1, *a*), e n.º 2, *d*) e *e*), e 18.ª, n.º 3, do Acordo de Empresa celebrado entre a TAP — Air Portugal, S.A. e o SISTEMA — Sindicato dos Técnicos de Manutenção de Aeronaves, publicado no *Boletim do Trabalho e do Emprego*, n.º 44, de 29.11.1995, disponível em <http://bte.gep.msess.gov.pt>.

¹⁰ Dispunha o n.º 1, *a*), da cláusula 17.ª que “*a evolução nas posições salariais e na carreira não terá lugar se se verificar qualquer das seguintes situações: total de faltas seguidas ou interpoladas, durante o período de permanência na posição salarial, para além do limite global correspondente a 12 dias por cada ano de permanência na requerida*”.

¹¹ Cf. cláusula 18.ª, n.º 3.

previsto elenco de hipóteses em que se considerava que, para aquele efeito específico, a *ausência* deveria ser assimilada a *comparência* – não obstante, por conseguinte, à referida progressão. Conforme o n.º 2 da cláusula 17.^a, “*para a falta de assiduidade referida na alínea a) do número anterior não contam as ausências por motivo de: a) férias; b) acidente de trabalho; c) doença profissional; d) licença de maternidade, de paternidade ou de adoção; e) doença para além de 10 dias consecutivos e até ao limite máximo de 50 dias também consecutivos; f) casamento ou nojo; g) cumprimento de obrigações legais impreteríveis e que não possa ter lugar fora dos períodos normais de trabalho; h) estatuto de trabalhador-estudante, até aos limites consagrados na lei; i) exercício de funções sindicais ou na Comissão de Trabalhadores, por membros dos corpos gerentes do SITEMA, delegados sindicais e membros da Comissão de Trabalhadores, dentro dos limites de tempo atribuídos por lei ou por decisão da empresa*”.

Havia, porém, que considerar a adequação de tal elenco:

- Ao excluir da equiparação certas ausências, em especial, as motivadas por assistência a membros do agregado familiar: apenas se prevendo esta equivalência a respeito de ausência por “*licença de maternidade, de paternidade ou de adoção*”¹², era questionada a conformidade de uma tal solução, não só com o disposto no art. 255.º, n.º 3, do CT – perante a assimilação legal desta hipótese a “*prestação efectiva de trabalho*”¹³ –, mas também com o previsto no art. 59.º, n.º 1, b), da Constituição da República Portuguesa (“CRP”), considerada a relevância afecta à conciliação da vida familiar e profissional¹⁴;
- Atendendo a que o regime de avaliação assim previsto prejudicava aqueles que desempenhassem, em exclusivo, funções em estruturas de representação colectiva, já que esta ocupação inviabilizava que tais trabalhadores fossem objecto de avaliação¹⁵ – sendo questionada

¹² Cf. cláusula 17.^a, n.º 2, d).

¹³ Ali se dispendo que “*a falta prevista no artigo 252.º*” – disposição reservada às faltas para assistência a membro do agregado familiar – “*é considerada como prestação efectiva de trabalho*”.

¹⁴ Onde se prevê que “*todos os trabalhadores, sem distinção de idade, sexo, raça, cidadania, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, têm direito a organização do trabalho em condições socialmente dignificantes, de forma a facultar a realização pessoal e a permitir a conciliação da actividade profissional com a vida familiar*”.

¹⁵ Estava em causa o previsto na cláusula 18.^a, n.º 3.

a conformidade de uma tal solução com o disposto nos arts. 294.º e 295.º do CT¹⁶ e nos arts. 54.º e 55.º da CRP^{17/18}.

Em qualquer das hipóteses, o tema convocava adequada conformação dos interesses conflitantes das partes (trabalhador e empregador) – frequente, no âmbito do normal desenvolvimento do contrato de trabalho. O STJ viria, porém, a concluir que nenhuma das referidas cláusulas suscitava reservas legais ou constitucionais.

¹⁶ Quanto ao art. 295.º do CT, *v. supra*, § 1.º, II. Por sua vez, dispõe o art. 294.º, n.º 1, do CT que “*a redução temporária de período normal de trabalho ou a suspensão de contrato de trabalho pode fundamentar-se na impossibilidade temporária, respectivamente parcial ou total, de prestação de trabalho por facto relativo ao trabalhador ou ao empregador*”.

¹⁷ Que têm por epígrafes “Comissões de trabalhadores” e “Liberdade sindical”.

¹⁸ Havia uma terceira questão em análise, que não iremos, contudo, tratar: conforme a cláusula 17.ª, n.º 2, e), do ACTV, após 50 dias consecutivos de ausência por doença, os dias subsequentes (de não comparência) passariam a ser computados para o limite global de 12 dias, indicado no n.º 1 da cláusula 17.ª, invocando-se que tal infringia o regime reservado, no CT, à suspensão, uma vez que, nos termos do art. 296.º, n.º 1, ao fim de um mês, nas circunstâncias descritas, a suspensão laboral operara. Havia, assim, que aferir da conformidade desta cláusula – ao prever um limite máximo ao número de ausências por doença equiparadas a comparência –, com os arts. 294.º a 296.º do CT (“Factos determinantes de redução ou suspensão”, “Efeitos da redução ou da suspensão” e “Facto determinante da suspensão respeitante a trabalhador”) e ainda com o art. 13.º da CRP. O STJ concluiu, porém, pela inexistência de violação daquelas disposições: não fora, afinal, identificada situação de desigualdade, entendendo o STJ que, “regulando a cláusula em análise e o regime da suspensão do contrato de trabalho materialidade fáctica distinta, não resulta que da simples aplicação deste último instituto estejam a ser beneficiados trabalhadores cuja situação é materialmente idêntica àqueles outros a quem seja aplicada a [referida] cláusula” (acórdão *cit.*, p. 3038); *v.*, todavia, o decidido pelo STJ, em acórdão de 22.10.1996, Proc. n.º 16/96 e, a tal propósito, o referido *infra*, n. 89. Por sua vez, em acórdão de 18.6.2014, Proc. n.º 831/12.9TTALM.L1-4, concluiu a RL que “para efeitos do disposto nos n.ºs 2 e 4 da cláusula 17.ª do CCT celebrado entre a Associação das Empresas de Prestação de Serviços de Limpeza e Actividades Similares e o STAD – Sindicato dos Trabalhadores de Serviços de Portaria, Vigilância, Limpeza, Domésticas e Actividades Diversas e outros, também deverão ser considerados como trabalhadores que ‘ali normalmente prestavam serviço’ os trabalhadores que afectos ao local de trabalho em questão, entrem de baixa que se prolongue por mais de 120 dias imediatamente anteriores à data do início da nova empreitada” (Sumário). Esta solução – que acompanhamos – resulta, todavia (e tão-só), da subsistência do vínculo laboral, durante a suspensão, não estando, por conseguinte, em causa direitos condicionados pela prestação efectiva de trabalho.

2. A majoração do direito a férias em função da assiduidade do trabalhador

I. À luz deste acórdão, importa, pois, verificar em que medida a ausência do trabalhador pode afectar a sua posição jurídica, sempre que condicionada pela assiduidade/prestação efectiva de trabalho. Por tratar de temática que interfere com a aqui tratada, cremos frutuoso cruzar este tema com as leituras sustentadas a respeito da norma que vigorou entre o CT 2003 e a Lei n.º 23/2012, de 25.6¹⁹, dispondo sobre os reflexos de ausências do trabalhador no cômputo da assiduidade relevante para o reconhecimento de dias de férias adicionais. Admitimos, na verdade, que as divergências suscitadas a tal propósito contribuam para melhor compreender determinados efeitos associados às ausências ao trabalho.

O art. 213.º, n.º 3, do CT 2003 introduziu, entre nós, a possibilidade de aumento do período anual de férias por efeito da assiduidade do trabalhador²⁰ até um máximo de vinte e cinco dias úteis por ano²¹, dispondo que a *“duração do período de férias é aumentada no caso de o trabalhador não ter faltado ou na eventualidade de ter apenas faltas justificadas, no ano a que as férias se reportam, nos seguintes termos: a) Três dias de férias até ao máximo de uma falta ou dois meios dias; b) Dois dias de férias até ao máximo de duas faltas ou quatro meios dias; c) Um dia de férias até ao máximo de três faltas ou seis meios dias”*. Por sua vez, o n.º 4 assimilava a *“faltas”* (referidas no n.º 3) *“os dias de suspensão do contrato de trabalho por facto respeitante ao trabalhador”*²². Para lá destes casos, ficava, porém, por solucionar, qual o enquadramento a afectar a outras ausências justificadas – licenças, dispensas, ausências, crédito de horas, etc.: para a majoração das férias, deveriam ser equiparadas a comparência ou acompanhar o regime previsto nos n.ºs 3 e 4 do art. 213.º? Deveria entender-se que o legislador, ao promover a extensão

¹⁹ Que previu nova redacção ao n.º 3 do art. 238.º do CT, revogando o n.º 4 daquela disposição. A Lei n.º 23/2012 foi rectificada pela Declaração n.º 38/2012, de 23.7.

²⁰ “Uma das mais emblemáticas alterações introduzidas pelo CT de 2003 no tocante à duração do período de férias consistiu, como é sabido, no estabelecimento de um regime legal diferenciado em função da maior ou menor assiduidade do trabalhador no ano a que as férias se reportam” (J. LEAL AMADO, *Contrato de trabalho*, Coimbra Editora, 4.ª ed., 2014, p. 281).

²¹ O n.º 1 do art. 213.º do CT 2003 previa que *“o período anual de férias tem a duração mínima de 22 dias úteis”*.

²² Quanto aos efeitos da suspensão por impedimento prolongado no direito a férias tinha, então, aplicação o art. 220.º do CT 2003.

(cf. n.º 4) do regime reservado, no n.º 3, à suspensão por facto respeitante ao trabalhador, pretendeu (tão-só) clarificar a tendencial equiparação *faltas justificadas/suspensão por factos respeitantes ao trabalhador*?²³

II. Conforme dada leitura, dos n.ºs 3 e 4 do art. 213.º do CT 2003 e da equiparação assim promovida (*faltas/suspensão*), havia que extrair um princípio geral, aplicável a todas as ausências – salvo norma expressa que dispusesse em contrário e ainda que o regime reservado à ausência estabelecesse equivalência a “*prestação efectiva*”. Nesta linha, L. MIGUEL MONTEIRO entendia que era, em tais casos, acolhida “*equiparação [tão-só] jurídica da ausência à não ausência*” e que o efeito previsto no n.º 3 do art. 213.º – não tratando de “*prejudicar a duração das férias por causa da falta de assiduidade, mas de premiar em dias de férias grau elevado de assiduidade*” –, exigiria algo mais, a “*comparência do trabalhador ao serviço*” e, nesta medida, “*uma prestação de facto*”. Concluindo, por isso, que “*as licenças, dispensas e ausências ao serviço, ainda que consideradas como prestação efectiva de serviço, deve[ria]m ser tratadas como faltas justificadas para efeitos de aplicação do n.º 3*”²⁴. Mais tarde, o art. 97.º da RCT, ao regular os efeitos das licenças por maternidade e por paternidade, viria, no n.º 1, a prever que “*o gozo das licenças por maternidade e paternidade não afecta o aumento da duração do período de férias previsto no n.º 3 do artigo 213.º do Código do Trabalho*”. A necessidade de expressa salvaguarda destes casos reforçava, na verdade, aquela leitura, concluindo-se, *a contrario*, que nas demais hipóteses, na falta de idêntica ressalva, o aumento de férias seria prejudicado²⁵.

²³ A matéria viria a ser complementada pelo disposto no art. 97.º da RCT. No essencial, esta lógica viria a transitar, com alterações, para o CT 2009 (cf. art. 238.º, n.ºs 3 e 4), até à Lei n.º 23/2012, de 25.6.

²⁴ AA.VV., *Código do trabalho anotado*, Almedina, 2003, p. 352, com itálico nosso.

²⁵ Aquela disposição constituiria, assim, “argumento adicional para se entender que em todos os restantes casos de licenças, dispensas e ausências em que não exista norma semelhante, o respectivo gozo *pode* prejudicar o aumento do período de férias de que trata a norma em anotação” (AA.VV., *Código do trabalho anotado*, 4.ª ed., Almedina, 2005, p. 404, com itálico nosso). Diversamente, C. CARVALHO sugeria a possibilidade de interpretação extensiva ou de aplicação analógica do art. 97.º da RCT a outros casos, que assim o justificassem (“Efeitos das licenças, faltas e dispensas, em matéria de protecção da maternidade e da paternidade no acréscimo do período de férias”, *Questões Laborais*, ano XIII, n.º 28, 2006, pp. 141-158, pp. 150 e ss.). Acresce que a não assimilação a comparência poderia, quanto a determinadas ausências, pressupostas no regime da parentalidade, concretizar discriminação indirecta, em função do género, “por afectar em

Embora reconhecendo que esta a interpretação mais fiel às razões que terão justificado a introdução daquela regra, a conformidade constitucional de uma tal solução era, não raras vezes, questionada – atento o condicionamento de valores fundamentais do ordenamento e a desconsideração da equiparação (legal) de determinadas ausências a *prestação efectiva de trabalho*^{26/27}.

III. A este propósito, outros entendimentos se perfilaram²⁸. Noutra interpretação, o art. 213.º, n.ºs 3 e 4, do CT 2003 identificava as ausências que *prejudicavam* a majoração: faltas injustificadas, faltas justificadas

termos proporcionalmente mais elevados as trabalhadoras, colocando-as numa posição de desvantagem comparativamente com os seus congéneres do sexo masculino” (C. CARVALHO, *ob. cit.*, p. 153). A autora admite, porém, a verificação, em certos casos, de discriminação directa (*idem*).

²⁶ I. RIBEIRO PARREIRA, “Breves considerações sobre alguns aspectos do regime do direito a férias (arts. 219.º, 212.º, n.º 4, e 215.º; 23.º, n.º 3, do Código do Trabalho)”, *VIII Congresso, Memórias* (coord. A. Moreira), Almedina, 2006, pp. 81-114, p. 109, n. 42. A este propósito, assinala “dúvidas acerca da conformação desta regra com os ditames constitucionais de não discriminação em função, v.g., do sexo, da igualdade retributiva ou da protecção do direito à greve” (“O absentismo antes e depois do Código do Trabalho: o reforço de armas na luta do empregador contra as ausências ao trabalho”, *Estudos em Homenagem ao Professor Manuel Alonso Olea* (coord. A. Monteiro Fernandes), Almedina, 2004, pp. 267-320, pp. 317-318, n. 123).

²⁷ Também assinalando prática discriminatória, embora em termos mais abrangentes, F. LEITE refere que “esta diferenciação pode conflitar com o princípio constitucional da igualdade, por carecer de fundamentação razoável, sobretudo, quando estão em causa faltas ou a suspensão do contrato por motivo de doença, acidente laboral ou cumprimento de obrigações legais como, por exemplo, o de comparecer em Tribunal para prestar depoimento” (“Férias, feriados e faltas”, *A reforma do Código do Trabalho*, Coimbra Editora, 2004, pp. 341-347, p. 342). Na mesma linha, F. LIBERAL FERNANDES considera que o regime assim instituído “interfer[ia] restritivamente com aqueles direitos fundamentais do cidadão, da pessoa e do trabalhador cujo exercício se traduz, de modo necessário ou directo, em ausências ao trabalho”. Assim sucedendo, nomeadamente, “com o direito de participação na vida pública, o direito de sufrágio, a liberdade sindical, o direito à greve, o direito à saúde, o direito à protecção da maternidade, da paternidade e da infância etc.” (“Observações sobre o regime das férias”, *MaiaJuridica*, ano 2, n.º 2, Julho-Dezembro 2004, pp. 65-71, pp. 67-68). Concluindo, adiante, estar “perante normas que admitem uma diferenciação de tratamento que contraria o princípio da não discriminação, porquanto assenta num critério, o do exercício de direitos, que não é juridicamente justo ou adequado” (p. 69).

²⁸ Diferente era, aliás, o entendimento da Inspeção-Geral do Trabalho, *apud* “Regressa a polémica sobre o aumento das férias”, *Trabalho e Segurança Social*, editorial, n.º 4, Abril de 2005, p. 1.

e suspensão por facto respeitante ao trabalhador²⁹; por conseguinte, as *demais ausências aqui não referidas* – não se tratando de faltas nem de suspensão por factos respeitantes ao trabalhador – *deveriam, por princípio, ser equiparadas a comparência, não havendo que as considerar, para os limites indicados no n.º 3*. Assim, os casos de suspensão por facto respeitante ao empregador, que manteriam intocável o direito à majoração³⁰; ao que se somaria os créditos de horas, reconhecidos ao trabalhador para procura de trabalho alternativo, no âmbito de despedimentos por razões objectivas³¹. Conforme esta perspectiva, todas as hipóteses de *faltas justificadas* deveriam, todavia, por regra – atento o disposto no n.º 3 do art. 213.º do CT 2003 –, prejudicar o acréscimo, não equivalendo, para este efeito específico, a comparência, e assim ainda que expressamente equiparadas a prestação efectiva de serviço. Dúvidas se colocavam, porém, a respeito de ausências que, embora assimiladas a serviço efectivo, *não*

²⁹ Aqui se reconduzindo ainda os casos de suspensão disciplinar com perda de retribuição e antiguidade (a este propósito, v. ainda, *infra*, n. 87) e, por lógica sistemática, de suspensão por acordo e de pré-reforma (J. ALMEIDA, “Assiduidade e acréscimo do período de férias”, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, 2005, n.os 2, 3 e 4, pp. 311-359, pp. 325-326).

³⁰ Assim, J. ALMEIDA, para quem, “nesses casos, o trabalhador mantém o direito ao acréscimo de dias de férias resultante do preceito, *como se*, durante o tempo de redução ou suspensão, *tivesse estado ao serviço*” (*ob. cit.*, p. 324, com itálico nosso). Interpretação confortada pela norma que, no “*lay-off*” (art. 346.º, n.º 1, do CT 2003), previa que, “*para efeito do direito a férias, o tempo de redução ou suspensão conta-se como serviço efectivamente prestado em condições normais de trabalho*”, acrescentando o n.º 2 que “*a redução ou suspensão não prejudica a marcação e o gozo de férias, nos termos gerais, tendo o trabalhador direito ao subsídio de férias que lhe seria devido em condições normais de trabalho*” – normas “destinadas a garantir a efectividade do direito a férias do trabalhador, em especial da sua componente retributiva” (AA.VV., *Código...*, *cit.*, 2003, p. 522). Já à luz do CT 2009 e do disposto, em termos equivalentes, no art. 306.º, A. MONTEIRO FERNANDES aponta “a artificialidade da solução” – que considera “extensível, mesmo *a fortiori*, aos restantes casos de suspensão por facto ligado ao empregador –, no que toca à ‘efectivação’ do repouso”. Em suma, “o legislador terá querido, sobretudo – e tendo em vista que se trata de perturbações da execução do contrato a que o trabalhador é completamente alheio – ressaltar a componente económica do direito a férias, na medida em que ela se traduz num ‘sobreganho’ relativamente ao esquema normal de remuneração do trabalho” (*Direito do trabalho*, 17.ª ed., Almedina, 2014, p. 457).

³¹ Despedimento colectivo, por extinção de posto de trabalho e também – embora, neste caso, com algumas reservas – por inadaptação (J. ALMEIDA, *ob. cit.*, p. 335). *V.*, a este propósito, já à luz do CT 2009, os arts. 364.º, 372.º e 379.º A autora promove ainda dissociação do conceito de *faltas* e *dispensas* (p. 338) – conforme destrinça que não se nos afigura, todavia, determinante.

determinassem perda de quaisquer direitos, inclusivamente retributivos. Nestas situações, J. ALMEIDA sugeria tendencial equiparação a comparência – tal qual previsto, nomeadamente, nas hipóteses reguladas no art. 50.º, n.º 2, do CT 2003 (art. 62.º, n.º 2, do CT 2009)³², no art. 454.º, n.º 2, do CT 2003 (art. 408.º, n.º 2, do CT 2009)³³ e no art. 497.º, n.º 2 do CT 2003 [art. 419.º, n.º 1, b), do CT 2009]³⁴. Todavia, as restantes ausências, mesmo que equiparadas a serviço efectivo, prejudicando, porém, outros direitos, tal qual a retribuição, estariam, por princípio, sujeitas ao desconto do n.º 3 do art. 213.º do CT 2003³⁵. Já J. LEAL AMADO sustentava a equiparação a comparência de *todas as ausências consideradas prestação efectiva de serviço*, ainda que não pressupondo subsistência da obrigação retributiva³⁶. Reconhecia, porém, que o argumento *a contrario*, extraído do art. 97.º da RCT³⁷, dificultava tal leitura³⁸.

³² Conforme esta última disposição, “a dispensa para consulta pré-natal, amamentação ou aleitação não determina perda de quaisquer direitos e é considerada como prestação efectiva de trabalho”. Tratando-se “de regime de que nem mesmo as licenças por maternidade e paternidade – as quais nos termos da lei [art. 50.º, n.º 1, a) e b)], determinam perda de retribuição, ainda que compensada com o pagamento de um subsídio (RCT, art. 103.º, n.º 1) – beneficiam” (J. ALMEIDA, *ob. cit.* p. 329).

³³ Aqui se dispoño, quanto aos representantes dos trabalhadores, que “o crédito de horas é referido ao período normal de trabalho e conta como tempo de serviço efectivo, inclusivamente para efeito de retribuição”.

³⁴ De acordo com o qual, “a comissão de trabalhadores pode convocar reuniões gerais de trabalhadores a realizar no local de trabalho durante o horário de trabalho da generalidade dos trabalhadores até um período máximo de quinze horas por ano, que conta como tempo de serviço efectivo, desde que seja assegurado o funcionamento de serviços de natureza urgente e essencial”.

³⁵ J. ALMEIDA, *ob. cit.*, p. 331-333.

³⁶ “O art. 213.º do Código do Trabalho e a duração das férias (breve reflexão)”, *Questões Laborais*, ano XI, n.º 24, 2004, pp. 170-176, pp. 173-174. Embora o autor indique que, no seu entender, de *iure condendo*, tal equiparação (de *ausência* a *comparência*) deveria operar em todas as situações de ausência justificada, apenas excluindo, para além das faltas injustificadas, as justificadas por autorização do empregador (p. 175). Adianta, aliás, dúvidas quanto à conformidade constitucional da solução adoptada: “ir mais longe, repito, arrisca-se a entrar em colisão com direitos do trabalhador, alguns deles com expresso acolhimento a nível constitucional” (*idem*).

³⁷ *V. supra*, § 2.º, II.

³⁸ A. MENDES BAPTISTA estendia a equiparação prevista no art. 97.º da RCT a todas as ausências associadas ao estado de gravidez – “sob pena de grave incoerência do sistema” (“Breves observações sobre o aumento da duração do período de férias em função da assiduidade do trabalhador”, *Estudos sobre o Código do Trabalho*, Coimbra Editora, 2006, pp. 163-174, p. 169). Propunha, porém, tal assimilação (a comparência) ainda noutros casos, atendendo aos valores que motivassem a ausência: greve, créditos

IV. O STJ viria a pronunciar-se sobre a questão: em acórdão de 21.5.2008³⁹, estando, então, em causa ausências de candidatos a eleições para cargos públicos, pelo período legal da respectiva campanha eleitoral⁴⁰, concluiu que as mesmas *não deveriam prejudicar a majoração do período de férias*. Esta a solução que se entendeu “mais adequada e proporcionada”, tendo em conta os direitos e garantias em conflito⁴¹. No caso, a legislação aplicável, enquadradora do regime das ausências – referentes às eleições legislativas e autárquicas –, promovia a respectiva equiparação a tempo de serviço efectivo, inclusivamente para efeitos retributivos⁴². Sopesados os diversos argumentos, havia que considerar, *de um lado*, o direito que assiste ao trabalhador “em ser candidato às eleições e o dever legal de se não ‘furtar’ ao desempenho de membro da mesa da assembleia eleitoral”; e, *de outra parte*, “o direito a desempenhar,

de horas de trabalhadores eleitos para estruturas de representação colectiva, faltas por falecimento de familiar, para prestação de provas de avaliação ao abrigo do estatuto do trabalhador-estudante (pp. 170-172). Concedia, contudo, que tal conduziria à quase generalização do reconhecimento, ao trabalhador, da duração máxima das férias, em função da assiduidade. Notava, todavia, que outra solução deparar-se-ia com sérios entraves constitucionais (p. 172). V. ainda J. GOMES, *Direito do trabalho*, vol. 1, *Relações individuais de trabalho*, Coimbra Editora, 2007, pp. 714-716.

³⁹ Proc. n.º 08S606, também publicado na *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n.º 3951, Julho-Agosto 2008, ano 137, pp. 371-380.

⁴⁰ Falta justificada, à luz do art. 225.º, n.º 2, h), do CT 2003 e do art. 249.º, n.º 2, h), do CT 2009.

⁴¹ Com apelo ao fundamento constitucional legitimador de tais ausências. Em concreto, estariam em causa os direitos previstos no art. 48.º, n.º 1 (“*todos os cidadãos têm o direito de tomar parte na vida política e na direcção dos assuntos públicos do país, directamente ou por intermédio de representantes livremente eleitos*”) e no art. 50.º da CRP (“*todos os cidadãos têm o direito de acesso, em condições de igualdade e liberdade, aos cargos públicos*” – cf. n.º 1 – e “*ninguém pode ser prejudicado na sua colocação, no seu emprego, na sua carreira profissional ou nos benefícios sociais a que tenha direito, em virtude do exercício de direitos políticos ou do desempenho de cargos públicos*” – cf. n.º 2) vs. o direito à majoração, acolhido no Código do Trabalho.

⁴² Estava em causa o art. 8.º da Lei n.º 14/79, de 16.5 (alterada pela Lei n.º 14-A/85, de 10.7, pelo Decreto-Lei n.º 55/88, de 26.2, pelas Leis n.ºs 5/89, de 17.3, 18/90, de 24.7, 31/91, de 20.7, 72/93, de 30.11, 10/95, de 7.4, e pelas Leis orgânicas n.ºs 1/99, de 22.6, 2/2001, de 25.8, 3/2010, de 15.12, e 1/2011, de 30.11), que, sob a epígrafe “Direito a dispensa de serviço”, dispõe, no n.º 1, que “*nos trinta dias anteriores à data das eleições, os candidatos têm direito à dispensa do exercício das respectivas funções, sejam públicas ou privadas, contando esse tempo para todos os efeitos, incluindo o direito à retribuição, como tempo de serviço efectivo*”. Tinha também aplicação o art. 8.º da Lei orgânica n.º 1/2001, de 14.08, alterada pelas Leis orgânicas n.ºs 5-A/2001, de 26.11, 3/2005, de 29.8, 3/2010, de 15.12, e 1/2011, de 30.11, que prevê solução idêntica.

com a máxima assiduidade, as suas funções laborais, sabendo que, com isso, poderá beneficiar de um acrescido período de férias que lhe permitirá um mais alargado lazer, repouso físico e psicológico imprescindível a um dignificante desempenho da sua força de trabalho”⁴³. A perda de tal acréscimo de dias de férias – qualificado como um *direito* do trabalhador⁴⁴ – constituiria, no entender do STJ, elemento *dissuasor do exercício daquelas funções*, numa compressão que não se afiguraria adequada, atento o juízo de concordância prática dos interesses em confronto⁴⁵.

Creemos que a argumentação do STJ peca por excessivamente abrangente: afinal, transversal a quase todas as ausências justificadas – seja qual for o qualificativo que se lhes reserve –, é a circunstância de as mesmas assentarem num motivo válido e, quase sempre, com apoio derivado do texto constitucional⁴⁶. Por conseguinte, invocar a *relevância* da *razão* que, no caso, justifica a ausência, para daqui concluir que o trabalhador não poderia, por isso, ser prejudicado no respeitante à assiduidade, não revela, quanto a nós, traço diferenciador relativamente a outras tantas ausências – *v.g.*, direito à greve, tutela da saúde, exercício de funções em estruturas de representação colectiva, parentalidade, assistência à família, formação e educação, etc. Creemos, pois, que uma tal solução, a proceder, haveria de decorrer de lógica diversa, conformada por critérios objectivos, que clarificassem por que razão haveria aquela ausência de ser equiparada a *comparência*, em detrimento do indicado no art. 213.º, n.º 3, do CT 2003 (e do art. 238.º, n.º 3, do CT 2009).

V. Em 2009, o CT viria a prever nova redacção. Em norma equivalente ao antes disposto no n.º 4 do art. 213.º do CT 2003, o n.º 4 do art. 238.º do CT 2009 passa a prever não só a equiparação a faltas dos dias de suspensão do contrato de trabalho por facto respeitante ao trabalhador, passando a referir expressamente que, “*para efeitos do número anterior*” – reservado ao aumento do número de dias de férias – “*são consideradas como período*

⁴³ Acórdão *cit.*

⁴⁴ Neste sentido, J. ALMEIDA, *ob. cit.*, p. 329. Também J. LEAL AMADO refere a existência, nestes casos, de um direito subjectivo do trabalhador (*Contrato de trabalho cit.*, p. 282).

⁴⁵ Em anotação à decisão, J. LEAL AMADO subscreve o entendimento perfilhado pelo Tribunal (*Revista de Legislação e Jurisprudência*, n.º 3951, Julho-Agosto 2008, ano 137, pp. 380-383).

⁴⁶ Salvo, porventura, nas ausências autorizadas ou aprovadas pelo empregador [cf. art. 249.º, n.º 2, *i*), do CT 2009].

efectivo as licenças constantes nas alíneas a) a e) do n.º 1 do artigo 35.º”, aqui se enquadrando a licença em situação de risco clínico durante a gravidez, licença por interrupção de gravidez, licença parental, em qualquer das modalidades, licença por adopção e licença parental complementar, em qualquer das modalidades. Ora, uma vez que, nos termos do n.º 1 do art. 65.º do CT 2009, tais licenças são consideradas, salvo quanto à retribuição, “*prestação efectiva de trabalho*”⁴⁷, ou tal referência afigurava-se, no art. 238.º, n.º 4, tautológica ou “pretend[ia] isolar, dentro das ausências do trabalhador equiparadas, em geral, a prestação efectiva de serviço, as *únicas* que o seriam para efeito do n.º 3”. E, nesta medida, “a sedução do argumento *a contrario* permanec[ia] [...] intacta”⁴⁸. Cremos, na verdade, que a alteração legal confortava esta interpretação – subsistindo, todavia, interrogações quanto à conformidade constitucional de uma tal leitura, relativamente a determinadas ausências, excluídas, por esta via, de equiparação *ausência/comparência*. Esta norma – o art. 213.º do CT 2003 ou o art. 238.º do CT 2009 – tratava, contudo, de efeito específico: a majoração/penalização (cf. o ângulo com que se perspectivava o tema) da duração das férias. Permanecendo, por conseguinte, dúvidas quanto à repercussão da ausência do trabalhador para *outras* derivações, para as quais influi também o nível de assiduidade.

VI. Interrogação idêntica – ainda que para efeitos distintos – foi submetida ao crivo do STJ, no referido acórdão de 30.4.2014: reflexos de ausência prolongada – para a qual concorria motivo válido – na progressão salarial e de carreira (condicionada a mínimo de assiduidade e a avaliação de desempenho), conforme enquadramento previsto na contratação colectiva. As divergências doutrinárias acima indicadas colocam, na verdade, em evidência a dificuldade que decorre da não equiparação a comparência de determinadas ausências – atenta a potencial afectação de princípios estruturantes, como a não discriminação, e outros direitos

⁴⁷ Numa interrogação mais abrangente, referente ao previsto no art. 50.º, n.º 1, do CT 2003 (equivalente ao previsto no art. 65.º, n.º 1, do CT 2009), L. ANDIAS GONÇALVES questiona “o que terá pretendido o legislador ao equiparar tal ausência a prestação efectiva de serviço? Qual o alcance dessa equiparação?” Concluindo, a tal propósito, que “o que se pretendeu foi que a suspensão do contrato de trabalho não produzisse outros efeitos que não a exoneração da obrigação de prestar trabalho e a exoneração da obrigação de pagamento da retribuição” (“A licença por maternidade e a suspensão do contrato de trabalho”, *Miscelâneas do Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho*, n.º 4, 2006, Almedina, pp. 131-186, p. 172).

⁴⁸ AA.VV., *Código do trabalho anotado*, Almedina, 2009, 8.ª ed., p. 591.

dos trabalhadores, de base constitucional. Importa, todavia, considerar também os traços diferenciadores, que, ainda assim, distanciam as duas matérias: na majoração do período de férias, a ausência do trabalhador e a sua (não) equiparação a comparência, afectava o exercício de direito fundamental – o *direito a férias* (tendencialmente⁴⁹) não condicionado à prestação efectiva de trabalho⁵⁰ [cf. art. 237.º do CT⁵¹ e art. 59.º, n.º 1, d) da CRP⁵²]. F. LIBERAL FERNANDES coloca, na verdade, em evidência, tal dimensão, ao considerar que a solução acolhida no texto legal – referindo-se ao regime de majoração – espelhava “uma concepção das férias assente numa matriz civilista estruturada em termos de responsabilidade por factos lícitos, que se compagina[va] com muita dificuldade com a natureza fundamental do direito a férias”⁵³. Diversamente, na situação sujeita ao crivo do STJ, estava em causa a progressão salarial e de carreira, condicionada a um mínimo de assiduidade – matéria que o Tribunal afecta à livre disposição das partes⁵⁴. Desde logo, porque o

⁴⁹ Afinal, o regime de majoração da duração do período de férias dependia do nível de assiduidade.

⁵⁰ Dir-se-á que, “na regulamentação do direito a férias convergem interesses particulares (das partes no contrato de trabalho e relativamente ao trabalhador mesmo interesses dos seus familiares) e interesses de ordem pública” (J. GOMES, *ob. cit.*, p. 705). Sobre o tema v. ainda, J. LEAL AMADO, “Comissões, subsídio de Natal e férias (breve apontamento à luz do Código do Trabalho)”, *Prontuário de Direito do Trabalho*, CEJ, Coimbra Editora, Janeiro-Dezembro 2007, pp. 229-242.

⁵¹ Conforme o n.º 2, “o direito a férias, em regra, reporta-se ao trabalho prestado no ano civil anterior, mas não está condicionado à assiduidade ou efectividade de serviço”.

⁵² Onde se dispõe que “*todos os trabalhadores, sem distinção de idade, sexo, raça, cidadania, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, têm direito ao repouso e aos lazeres, a um limite máximo da jornada de trabalho, ao descanso semanal e a férias periódicas pagas*”.

⁵³ *Ob. cit.*, p. 68.

⁵⁴ Conforme acórdão do STJ, de 4.2.2004, “a ‘ordem de serviço’ emitida por uma entidade patronal com a finalidade de definir as condições gerais de progressão na estrutura salarial dos diversos grupos de pessoal, visando ‘regulamentação de várias carreiras profissionais’ integra o conceito de regulamento interno e representa uma manifestação de vontade contratual, pelo que, tendo sido aceite pelos trabalhadores, não poderá ser alterada por determinação unilateral do empregador” (Proc. n.º 03S2928, Sumário). No mesmo sentido, v. acórdão do STJ de 11.12.2013, Proc. n.º 629/10.9TTBRG.P2.S1. Ainda quanto à previsão, em regulamento interno, do enquadramento das carreiras, v. A. NUNES DE CARVALHO, *ob. cit.*, p. 367 e ss. É, neste âmbito, assinalado que “a faceta do regulamento que concerne à definição das carreiras profissionais é a que se denomina contratual” (p. 373) – afinal “a carreira traduz [...] a evolução qualitativa do próprio programa traçado pelas partes no contrato” (*idem*).

Código do Trabalho não disporia de qualquer norma referente a tal *progressão*⁵⁵ – a tutela conferida à categoria⁵⁶ e, indirectamente, à carreira seria, na verdade, *estática*, não cuidando já de hipótese de *progressão*⁵⁷: os termos em que esta se efectiva devem, por conseguinte, ser definidos pelas partes, com plena autonomia⁵⁸. Já no que respeita ao direito a férias,

⁵⁵ Salvo no que respeita à proibição de discriminação – cf. art. 24.º, n.º 1, do CT 2009, “o trabalhador ou candidato a emprego tem direito a igualdade de oportunidades e de tratamento”, também quanto à “promoção ou carreira profissionais e às condições de trabalho, não podendo ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão, nomeadamente, de ascendência, idade, sexo, orientação sexual, estado civil, situação familiar, situação económica, instrução, origem ou condição social, património genético, capacidade de trabalho reduzida, deficiência, doença crónica, nacionalidade, origem étnica ou raça, território de origem, língua, religião, convicções políticas ou ideológicas e filiação sindical, devendo o Estado promover a igualdade de acesso a tais direitos”. V. ainda o disposto nos arts. 26.º, n.º 4, 85.º, n.º 1, e 169.º, n.º 1, do CT. Por sua vez, em acórdão do STJ de 20.11.2013, foi decidido que “consubstancia violação do princípio da não discriminação a nomeação extraordinária para uma nova categoria profissional, por iniciativa da empregadora, de oito dos seus trabalhadores, pelo simples exercício de determinadas funções e cargo em comissão de serviço, de par com a nomeação de um outro trabalhador para uma nova categoria, inferior à conferida àqueles, sem uma justificação material para o tratamento diferenciado [...]” (Processo n.º 14/11.5TTCVL.C1.S1, Sumário, II). V. ainda acórdãos do STJ, de 27.5.2010, Proc. n.º 2242/06.6TTLSB.L1.S1, e de 24.3.2011, Proc. n.º 444/07.7TTALM.L1.S1.

⁵⁶ Cf. art. 129.º, n.º 1, e), do CT 2009. Quanto à polissemia inerente à expressão “categoria profissional”, v. A. NUNES DE CARVALHO, *ob. cit.*, pp. 67 e ss.; referindo as problemáticas inerentes à mudança de categoria, v. pp. 144 e ss.

⁵⁷ Assim, “inexiste qualquer norma que imponha aos empregadores o estabelecimento de regras de progressão na carreira dos seus trabalhadores”. Mais se referindo que “à carreira ou categoria é atribuída especial protecção, enquanto tutela do estatuto e posição do trabalhador na empresa e enquanto promoção e preservação da sua realização profissional, *mas não já enquanto tutela da sua progressão*” (acórdão de 30.4.2014 *cit.*, p. 3034, com itálico nosso). No que respeita à tutela afectada à categoria, também A. NUNES DE CARVALHO constata que “o ordenamento juslaboral português, no que concerne às normas emanadas dos órgãos estaduais, tem uma visão essencialmente estática da relação individual de trabalho. Quer nos preceitos que se referem aos direitos dos trabalhadores quer no enquadramento legal da relação laboral não existe uma abordagem clara da matéria das carreiras profissionais”. Em suma, não concorre uma “verdadeira tutela jurídica da carreira profissional” (*ob. cit.*, p. 306).

⁵⁸ P. ROMANO MARTINEZ assinala que “a promoção e a inerente alteração de categoria relaciona-se com a carreira profissional, não regulamentada por lei mas prevista, frequentemente, em convenções coletivas de trabalho ou, mesmo, em regulamentos internos de empresa” (*Direito do Trabalho*, 6.ª ed., Almedina, 2013, pp. 379-380). Para o STJ, “em síntese, as regras de *progressão na carreira* – enquanto indubitável instrumento de satisfação

a preocupação que o seu exercício não sofra condicionamento resulta evidente, atenta a necessidade de *ficção de trabalho efectivo*, desde logo, para determinação do montante devido ao trabalhador, a título de retribuição variável⁵⁹ – *i.e.*, retribuição que o trabalhador teria auferido, não fora a ausência, em razão das férias. Sobre o tema, se pronunciou, aliás, recentemente, o TJUE, em acórdão de 22.5.2014⁶⁰: ao trabalhador havia sido pago, no período de férias, montante que integrava dado valor a título de retribuição base e outro relativo a comissões – por contratos celebrados no mês anterior –, pagas, porém, diferidamente⁶¹. Conforme

profissional, de realização pessoal e, também, de produtividade – *são deixadas ao acordo das partes ou à sua autonomia*, por serem elas que, com maior e mais rigorosa propriedade – ante a variedade das situações concretas e a panóplia de categorias profissionais existentes – estarão habilitadas a estabelecer *as regras a que essa progressão terá que obedecer* e os *critérios que lhe estarão subjacentes*, nos quais relevarão, certamente e sobremaneira, o da *antiguidade*, da *efetividade* e do *mérito*” (acórdão de 30.4.2014 *cit.*, p. 3034, com itálico nosso). *V.* ainda acórdão do STJ, de 30.5.1986, Proc. n.º 001319 (apenas Sumário disponível). Quanto ao desenvolvimento da matéria das carreiras profissionais na contratação colectiva, *v.* A. NUNES DE CARVALHO, *ob. cit.*, pp. 377 e ss. Constatando, a tal propósito, que “a previsão, mais ou menos ampla, de carreiras profissionais para os trabalhadores subordinados consta hoje da generalidade das convenções colectivas celebradas em Portugal, pelo que o estudo do tema não pode dispensar a análise desses instrumentos” (p. 377). E, num tal contexto, “as regras sobre promoções, a definição de percursos profissionais, a integração numa hierarquia salarial, tudo isto se acaba por projectar no programa contratual, o qual assume, por esta via, um cariz verdadeiramente prospectivo, adequado à ‘temporalidade’ que caracteriza a relação laboral” (p. 434). Por fim, especificamente quanto às promoções por mérito e à inobservância, pelo empregador, do previsto na contratação colectiva, *v.* pp. 456 e ss. e ainda A. MENEZES CORDEIRO, que assinala que “os trabalhadores têm um *direito subjectivo* à promoção automática; mas em relação à *promoção por escolha*, a sua posição é de mera expectativa” (*Manual da Direito do trabalho*, Almedina, 1991, p. 670).

⁵⁹ Atendendo a que, nos termos do art. 264.º, n.º 1, do CT 2009, a retribuição de férias deve corresponder “à que o trabalhador receberia se estivesse em serviço efectivo”. Não já assim, no que respeita ao subsídio de férias, que obedece a fórmula de cálculo diversa, a qual, conforme o art. 264.º, n.º 2, do CT 2009, compreende “a retribuição base e outras prestações retributivas que sejam contrapartida do modo específico da execução do trabalho, correspondentes à duração mínima das férias”. Quanto à integração das comissões no cálculo do subsídio de férias, a doutrina não é unânime; dando conta de tais variações, *v.* M. SILVA ROUXINOL, *O direito a férias do trabalhador (Comentário aos artigos 237.º a 247.º e 264.º do Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009)*, Cadernos do Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho, n.º 8, Almedina, 2014, p. 91.

⁶⁰ C-539/12, *Z. J. R. Lock c. British Gas Trading Limited*, disponível em www.curia.europa.eu.

⁶¹ Entre nós, conforme acórdão do STJ, de 16.1.2008, Proc. n.º 07S3786, “*integra a parte variável da retribuição* devida a um Director Comercial o valor das ‘comissões’

esta lógica, uma vez que no mês em que o trabalhador esteve ausente, em gozo de férias, não celebrara qualquer contrato, nada lhe foi pago no mês seguinte, para além da retribuição base. Sem desconsiderar a argumentação tecida pela *British Gas* e pelo Governo do Reino Unido⁶², o TJUE concluiu que, por esta forma, era prejudicado o direito a férias e o objectivo prosseguido pelo art. 7.º da Directiva 2003/88/CE⁶³: aparentemente a legislação em causa dava cumprimento à Directiva, já que, no período de férias, ao trabalhador fora pago um valor comparável ao auferido quando em serviço efectivo – consideradas as vendas realizadas nas semanas que antecederam a ausência⁶⁴. Foi, todavia, assinalado que, não obstante a “remuneração auferida pelo trabalhador durante o gozo efetivo das férias anuais, o prejuízo financeiro diferido, mas sofrido de forma bem real durante o período subsequente ao das férias anuais, *pode[ria] dissuadir esse trabalhador de exercer os seus direitos*”⁶⁵. E tal impacto financeiro negativa – ilegitimamente, no entender do TJUE – o gozo efectivo das férias⁶⁶.

percebidas, além de uma remuneração base fixa, pelo seu desempenho laboral na direcção de duas delegações comerciais (valor correspondente a 4% do valor dos contratos angariados e facturados em cada uma das delegações)” (Sumário, I, com itálico nosso). Sobre o tema, v. J. LEAL AMADO, “Comissões *cit. ...*”, pp. 229-242. O autor sugere que, no período de férias, para o cômputo das comissões devidas, seja “apurado o valor médio de tais comissões” (p. 239). Subscrevendo esta leitura, M. SILVA ROUXINOL propõe aplicação do disposto no art. 261.º, n.º 3, do CT (*ob. cit.*, p. 91). Sobre a temática, v. ainda B. LOBO XAVIER, “Introdução ao estudo da retribuição no direito do trabalho português”, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, XXVIII (Janeiro-Março 1986, pp. 65-102).

⁶² A *British Gas* e o Governo do Reino Unido alegaram que, “de acordo com as disposições e as práticas nacionais, [seria] atingido o objetivo do artigo 7.º da Directiva 2003/88, tal como interpretado pelo Tribunal de Justiça, uma vez que o demandante no processo principal usufruiu, durante o seu período de férias anuais remuneradas, de uma remuneração comparável àquela que auferiu durante os períodos de trabalho, tendo disposto, durante o referido período de férias, não apenas da sua retribuição de base mas também das comissões decorrentes das vendas que efetuou nas semanas que antecederam esse período de férias anuais” (acórdão, § 18).

⁶³ Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4.11.2003, relativa a determinados aspectos da organização do tempo de trabalho. O artigo 7.º, n.º 1, da Directiva 2003/88 (“Férias anuais”), prevê que “os Estados-membros tomarão as medidas necessárias para que todos os trabalhadores beneficiem de férias anuais remuneradas de pelo menos quatro semanas, de acordo com as condições de obtenção e de concessão previstas nas legislações e/ou práticas nacionais” (n.º 1).

⁶⁴ Acórdão, § 20.

⁶⁵ Acórdão, § 21, com itálico nosso.

⁶⁶ Acórdão, § 22.

Importa, pois, ter presente, como ponto de partida, que o ordenamento perspectiva de forma diferenciada – consoante o efeito em causa e a valoração afecta a cada hipótese – o impacto de ausência do trabalhador, não sendo indiferente se uma tal análise surge a respeito do direito a férias, da progressão na carreira⁶⁷ ou da atribuição de prémio (v.g., de assiduidade ou de produtividade). E tais variações reflectem-se inevitavelmente no sentido a associar à ausência, em cada situação. Ainda assim, a reflexão tecida quanto à (des)consideração da ausência para a extensão do período de férias, constitui importante contributo para delimitação do enquadramento mais adequado, a respeito de outras hipóteses.

3. Ausências em razão de assistência à família – equiparação a assiduidade

I. Retomando as questões em análise no acórdão do STJ de 30.4.2014, havia que aferir da conformidade da não inclusão da ausência para assistência à família entre as hipóteses equiparadas a comparência, para efeitos de progressão profissional – sobretudo, tendo em conta que tal era previsto relativamente a outras ausências, no contexto da parentalidade⁶⁸ –, atento o disposto no art. 255.º, n.º 3, do CT⁶⁹. Cremos, na verdade, que, enquanto princípio geral, importa dar resposta à seguinte

⁶⁷ Rejeitando a existência de um “direito à carreira profissional”, v. A. NUNES DE CARVALHO, *ob. cit.*, pp. 306 e ss. Conclui, a este propósito, que “da lei fundamental resulta a ideia de que deve ser favorecida a progressão profissional do trabalhador, como corolário do próprio conteúdo axiológico que se associa à actividade laboral. Não se retira, todavia, deste texto um ‘direito à carreira’” (p. 319). Por sua vez, quanto à intersecção de critérios muito diversificados para efeitos de promoção, v. pp. 405 e ss. Em avaliação final, quanto ao esquema de progressão profissional usualmente acolhido, conclui o autor que tal ordenação “cabe ainda, no fundamental, à entidade empregadora”. Assim sendo, “mesmo quando as suas decisões são balizadas pela necessidade de observância de parâmetros objectivos, quase sempre esses parâmetros permitem uma larga margem de discricionariedade” (p. 415). Na verdade, “insistindo-se na predominância do mérito e da competência profissionais, o juízo sobre a sua verificação, e a comparação entre as aptidões relativas dos diversos trabalhadores, é feita pelo empregador” (pp. 415-416).

⁶⁸ Cf. cláusula 17.^a, n.º 2, *d*), do acordo de empresa aplicável.

⁶⁹ Onde é previsto que “*a falta prevista no artigo 252.º*” – referente, precisamente, à assistência a membro do agregado familiar – “*é considerada como prestação efectiva de trabalho*”. Esta a disposição invocada no caso. De assinalar que o enquadramento do tema seria distinto se em causa estivesse o disposto nos arts. 49.º e 50.º do CT – faltas para assistência a filho e a neto, respectivamente –, uma vez que, integrando estes casos o regime da parentalidade, lhes afectamos leitura diversa (v. *infra*, § 3.º, V).

interrogação: a não equiparação da ausência a assiduidade, para o efeito em causa, colide com o regime legal que enquadra tal ausência? Havendo, neste âmbito, que aferir: *a*) se as normas legais reconduzem (e com que abrangência) a ausência a serviço efectivo ou *b*) [inexistindo norma legal que expressamente o promova], se as razões que motivam a ausência impõem tal associação, sob pena de violação de direito fundamental ou de prática discriminatória.

II. Havia, pois, que dar resposta a tais questões. Para tanto, havendo, todavia, que considerar (tão-só) que o art. 255.º, n.º 3, do CT assimila estas ausências a “*prestação efectiva de trabalho*”. Concluiu, contudo, o STJ que importa circunscrever os efeitos de uma tal equiparação ao Código do Trabalho, não sendo ajustado “*estender a sua aplicação a situações cuja verificação o Código não contempla*”⁷⁰. Sem filtro adicional, não cremos, porém, que este entendimento deva proceder: a equiparação *ex vi legis* a serviço efectivo assume relevo *para lá* do Código do Trabalho^{71/72} e de outras disposições legais que a tanto imponham. Concorrem, no CT,

⁷⁰ Acórdão de 30.4.2014 *cit.*, p. 3035, com itálico nosso.

⁷¹ Enquadrando os reflexos de determinadas ausências, para efeitos específicos, o art. 211.º, n.º 3, do CT 2009 dispõe, no que respeita aos limites à duração do trabalho, que “*os dias de ausência por doença, bem como os dias de licença parental, inicial ou complementar, e de licença para assistência a filho com deficiência ou doença crónica são considerados com base no correspondente período normal de trabalho*”. Por conseguinte, “a neutralização dos dias de ausência aí referidos obtém-se ficcionando o número de horas que o trabalhador teria prestado se neles tivesse trabalhado” (AA.VV., *Código anotado*, 9.ª ed., 2013, p. 508). Por ser prevista referência circunscrita às ausências ali elencadas, importa questionar “se o âmbito de aplicação desta regra pode ser objecto de aplicação analógica a outros casos de ausência ou licença” (H. TAPP BARROSO, “Nota sobre o efeito das férias e ausências na contagem do período normal de trabalho em regime de adaptabilidade”, XXIII, n.ºs 1 e 2, 2009, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, pp. 39-58, p. 51).

⁷² E mesmo no Código do Trabalho, a equiparação a serviço efectivo é afastada, em certos casos. Assim, no contexto do período experimental, o art. 113.º, n.º 2, do CT 2009 prevê que “*não são considerados na contagem os dias de falta, ainda que justificada, de licença, de dispensa ou de suspensão do contrato*”. A este propósito se referindo que assim se “concretiza o conceito de ‘execução da prestação’ do trabalhador, estabelecendo que só os dias de trabalho *efetivo* contam para o período experimental. As únicas excepções são representadas pelos dias ou dias de descanso semanal e dias feriados que por serem características necessárias da prestação de trabalho e não vicissitudes anómalas da execução do contrato, devem entrar no cômputo do período de experiência, ainda que naqueles dias não seja prestado trabalho” (AA.VV., *Código...*, *cit.*, 2013, p. 304, com itálico nosso).

ausências reconduzidas a tempo de serviço efectivo, em que subsiste o dever de pagamento da retribuição (cf. arts. 65.º, n.º 2⁷³, 132.º, n.º 2⁷⁴, e 408.º, n.º 2, do CT⁷⁵)⁷⁶ e outras tantas, em que esta obrigação não persiste (cf. arts. 65.º, n.º 1⁷⁷, 255.º, n.º 2, c), e n.º 3⁷⁸, e 409.º, n.º 1⁷⁹, do CT); por

⁷³ “A dispensa para consulta pré-natal, amamentação ou aleitação não determina perda de quaisquer direitos e é considerada como prestação efectiva de trabalho.”

⁷⁴ “O crédito de horas para formação é referido ao período normal de trabalho, confere direito a retribuição e conta como tempo de serviço efectivo.”

⁷⁵ Ali se dispendo, quanto ao crédito de horas de representantes dos trabalhadores, que “o crédito de horas é referido ao período normal de trabalho e conta como tempo de serviço efectivo, inclusivamente para efeito de retribuição”.

⁷⁶ V. ainda, no que respeita ao trabalhador-estudante, o previsto no art. 90.º, n.º 2, do CT, conforme o qual, “quando não seja possível a aplicação do disposto no número anterior, o trabalhador-estudante tem direito a dispensa de trabalho para frequência de aulas, se assim o exigir o horário escolar, sem perda de direitos e que conta como prestação efectiva de trabalho”, bem como o disposto no n.º 7: “ao trabalhador-estudante que preste trabalho em regime de adaptabilidade, banco de horas ou horário concentrado é assegurado um dia por mês de dispensa, sem perda de direitos, contando como prestação efectiva de trabalho”. Importa considerar também o art. 419.º, n.º 1, b), do CT, conforme o qual “a comissão de trabalhadores pode convocar reuniões gerais de trabalhadores a realizar no local de trabalho durante o horário de trabalho da generalidade dos trabalhadores até um período máximo de quinze horas por ano, que conta como tempo de serviço efectivo, desde que seja assegurado o funcionamento de serviços de natureza urgente e essencial” e ainda o art. 461.º, n.º 1, b), do CT, onde se refere que “os trabalhadores podem reunir-se no local de trabalho, mediante convocação por um terço ou 50 trabalhadores do respectivo estabelecimento, ou pela comissão sindical ou intersindical durante o horário de trabalho da generalidade dos trabalhadores até um período máximo de quinze horas por ano, que conta como tempo de serviço efectivo, desde que seja assegurado o funcionamento de serviços de natureza urgente e essencial”.

⁷⁷ Onde se dispõe que “não determinam perda de quaisquer direitos, salvo quanto à retribuição, e são consideradas como prestação efectiva de trabalho as ausências ao trabalho resultantes de: a) Licença em situação de risco clínico durante a gravidez; b) Licença por interrupção de gravidez; c) Licença parental, em qualquer das modalidades; d) Licença por adopção; e) Licença parental complementar em qualquer das modalidades; f) Falta para assistência a filho; g) Falta para assistência a neto; h) Dispensa de prestação de trabalho no período nocturno; i) Dispensa da prestação de trabalho por parte de trabalhadora grávida, puérpera ou lactante, por motivo de protecção da sua segurança e saúde; j) Dispensa para avaliação para adopção”.

⁷⁸ Ditando que, não obstante a equiparação a prestação efectiva de trabalho, a falta para assistência a família determina a perda de retribuição.

⁷⁹ Conforme o qual “a ausência de trabalhador por motivo do desempenho de funções em estrutura de representação colectiva dos trabalhadores de que seja membro, que exceda o crédito de horas, considera-se justificada e conta como tempo de serviço efectivo, salvo para efeito de retribuição”.

sua vez, o cômputo da antiguidade é (também)⁸⁰ associado a hipóteses de ausência não equiparada a serviço efectivo – tal qual na suspensão (cf. art. 295.º, n.ºs 1 e 2⁸¹, do CT) e em caso de faltas justificadas, em que aquela assimilação não concorra⁸². Não sendo a equivalência (a serviço efectivo) revelada em efeitos tão imediatos como a subsistência da retribuição ou o cômputo da antiguidade, admitimos haver espaço para derivar de tal equiparação outras consequências, para lá das decorrentes das normas legais reguladoras de contrato de trabalho – tal qual se o empregador institui a atribuição de valores que não assumem natureza retributiva (*maxime*, prémios de assiduidade ou de produtividade⁸³) ou determinado esquema de progressão profissional. Contrapor-se-á, porventura, que, por esta forma, se interfere na conformação de matérias que, por princípio, cabe ao empregador decidir *se e como* instituir. Certo, porém, que se a lei prevê, *sem ressalvas* – salvo, em determinados casos, quanto à retribuição –, a equiparação da ausência a serviço efectivo, tal constitui *ainda* decorrência da relevância que o ordenamento afecta aos *motivos* que justificam o exercício extralaboral, assumindo que a assiduidade não deve, então, sofrer condicionamento. Admitimos, na verdade, que a tal assimilação subjaz uma lógica de *não discriminação* – atenta a importância afecta ao exercício (pleno) de certos direitos, que importa não condicionar: *v.g.*, no contexto da parentalidade, da assistência à família, do estatuto do trabalhador-estudante, da formação profissional, do exercício de funções em estruturas de representação colectiva, da

⁸⁰ Claro está que, atenta a equiparação a serviço efectivo, há que computar o tempo de ausência para efeitos de antiguidade. Por conseguinte, se, em dada empresa, é estabelecido um regime de promoções exclusivamente dependente de um tal factor (promoções automáticas), o trabalhador tem sempre direito a tal progressão, não obstante a ausência.

⁸¹ Dispõe o n.º 1 que “*durante a redução ou suspensão, mantêm-se os direitos, deveres e garantias das partes que não pressuponham a efectiva prestação de trabalho*”, referindo, todavia, o n.º 2 que “*o tempo de redução ou suspensão conta-se para efeitos de antiguidade*”.

⁸² Atenta a ressalva prevista no art. 255.º, n.º 3.

⁸³ “As contrapartidas subjectivas ligadas ao desempenho ou mérito – muito embora seja evidente o seu carácter sinalagmático – não devem considerar-se como retribuição porque envolvem um encorajamento a uma qualidade particularmente relevante e que exige um esforço suplementar, que a integração na retribuição (entendida como irreversível e irredutível) poderia destruir” [B. LOBO XAVIER, *Manual de Direito do trabalho* (colab. P. FURTADO MARTINS, A. NUNES DE CARVALHO, J. VASCONCELOS e T. GUERRA DE ALMEIDA), 2.ª ed. (rev. e act.), Verbo, 2014, p. 598]. É assinalado que, “ao contrário das gratificações, a previsão em norma ou em contrato, ou o carácter regular, permanente, estável ou usual não faz conferir aos incentivos carácter retributivo” (*idem*).

participação em reuniões promovidas por tais estruturas⁸⁴, de eleições a determinados cargos públicos. Concorrendo, nestes casos, uma preocupação de tratamento não discriminatório – entre trabalhadores que *exercem estes direitos* e os *demais* –, consideramos que a assimilação destes períodos de ausência a comparência não deve ser desconsiderada por instrumento de regulamentação colectiva de trabalho⁸⁵. Neste ponto, divergimos, portanto, do entendimento subscrito pelo tribunal, por considerarmos que a equiparação (legal) a serviço efectivo assume relevância, para lá do núcleo de matérias objecto de enquadramento legal. De assinalar, no entanto, que, condicionada uma tal cominação à equiparação legal a serviço efectivo, subsistem, à margem deste efeito, diversas ausências⁸⁶,

⁸⁴ *V.*, a este propósito, acórdão da Relação do Porto, de 11.4.2011, onde se concluiu que “a presença do trabalhador em plenário de trabalhadores, realizado dentro do horário de trabalho, não constitui falta ao trabalho *nem determina o não pagamento do prémio de assiduidade*” (Proc. n.º 703/09.4TTGMR.P1, Sumário, com itálico nosso).

⁸⁵ Atento o disposto no art. 3.º, n.º 3, *a*), do CT, “*as normas legais reguladoras de contrato de trabalho só podem ser afastadas por instrumento de regulamentação colectiva de trabalho que, sem oposição daquelas normas, disponha em sentido mais favorável aos trabalhadores quando respeitem às seguintes matérias: direitos de personalidade, igualdade e não discriminação*”. *V.* também o previsto no art. 3.º, n.º 3, *b*), no que respeita à parentalidade, no art. 3.º, n.º 3, *e*), quanto ao trabalhador-estudante, e no art. 3.º, n.º 3, *n*), relativamente aos direitos dos representantes eleitos dos trabalhadores.

⁸⁶ Tratando de um caso de não atribuição de prémio de assiduidade, atenta a ausência ao trabalho motivada por sanção de suspensão com perda de retribuição, refere o STJ, em acórdão de 16.10.2002, que “ninguém questionará que o prémio em causa, como o nome indica, visou gratificar aqueles que, com um número reduzido de faltas, exceptuadas as dadas pelos motivos indicados, terão contribuído com uma maior produtividade, oferecendo ao Réu melhores resultados durante o ano de 1997. Por outro lado, foram critérios objectivos, de fácil demonstração, traduzidos no número de faltas dadas ao longo do ano, que presidiriam à atribuição do prémio. No caso, é inequívoco que o A. faltou durante 12 dias em 1997, por efeito de sanção disciplinar que lhe foi aplicada e cuja licitude o tribunal reconheceu. Claro que as faltas ao trabalho foram impostas ao A. pela entidade patronal, que lhe vedou a prestação da actividade durante o período da suspensão. Dir-se-á por isso, que não foi o A. que faltou, antes foi o Réu que o obrigou a faltar, pelo que será devido o prémio de assiduidade”. É, todavia, concluído que tal lógica “esqueceria um dado essencial, o de que na base da decisão da entidade patronal esteve uma conduta censurável do A., que desprezou o cumprimento de obrigações a que estava vinculado, pelo que o Réu não fez mais do que exercer, em medida correcta, os seus poderes disciplinares, *não podendo as faltas ao serviço que a suspensão determinou deixar de ser imputadas ao trabalhador e consideradas como da responsabilidade dele, irrelevando, a nosso ver, que o prémio em causa não constitua retribuição, mas típica gratificação*” (Proc. n.º 02S1712, com itálico nosso).

a respeito das quais idêntica equivalência não é prevista^{87/88}. Mas não só: embora não limitemos a equiparação legal (a serviço efectivo) aos *efeitos* previstos nas normas legais reguladoras do contrato de trabalho, consideramos que o cômputo da ausência para efeitos que extrapolam os legais (tal qual a atribuição de prémio de assiduidade) *não se basta com esta equivalência*.

III. Admitimos, na verdade, que leitura mais atenta das disposições legais impõe subsequente circunscrição dos efeitos de uma tal equiparação: não cremos que a imposição ao empregador da referida equivalência, *v.g.*, para efeitos de assiduidade – dando, assim, por verificados requisitos dos quais possa depender a atribuição, pelo empregador, de determinados benefícios, como prémios, *v.g.*, de assiduidade ou produtividade –, deva proceder se excepcionada a subsistência da obrigação de pagamento da retribuição. Se, pese embora a equiparação da ausência a prestação efectiva, a obrigação principal do empregador – correspectivo da actividade

⁸⁷ Na maioria das situações de suspensão por facto respeitante ao trabalhador – *maxime*, em caso de doença, hipótese que suscita maiores preocupações em sede de absentismo laboral –, as ausências não resultam, por lei, equiparadas a serviço efectivo. A delimitação das ausências que o ordenamento reconduz a trabalho efectivo obedece, na verdade, a racionalidade própria, que atende, *ora* à relevância que assume promover o exercício de determinados direitos (*v.g.*, parentalidade), *ora* à extensão da ausência. Ilustrativo da relevância que assume a duração da ausência – que assim condiciona o regime afecto (de equiparação ou não a serviço efectivo) – é o caso dos representantes dos trabalhadores: a equiparação a prestação efectiva apenas opera no que respeita ao crédito de horas e às faltas justificadas (com e sem manutenção da retribuição, respectivamente – cf. arts. 408.º, n.º 2, e 409.º, n.º 1, do CT), mas não já perante ausência que, pela sua extensão, dite a suspensão (cf. art. 468.º, n.º 8, do CT).

⁸⁸ Em acórdão do Pleno do STJ, de 22.10.1996, n.º 16/96, Proc. n.º 3683 – também publicado no *Diário da República*, 1.ª Série-A, de 1.12.1996, pp. 4363-4365 –, havia que determinar se “face ao princípio constitucional de ‘para trabalho igual salário igual’, contido no artigo 59.º, n.º 1, a), da Constituição da República Portuguesa, uma situação de *absentismo justificado* constitu[ia] factor de *legítima diferenciação de níveis salariais* relativamente a trabalhadores que, em regra, exercem trabalho igual em termos da natureza, qualidade e quantidade”, concluindo que *viola um tal princípio “a entidade patronal que pratique discriminação salarial fundada em absentismo justificado por doença do trabalhador”* (itálico nosso). Reservamos, todavia, tal conclusão para hipóteses em que o empregador pretenda atribuir retribuição distinta – atenta a referência a “*níveis salariais*” – aos trabalhadores e não se em causa estiverem verdadeiros prémios de assiduidade, não reconduzíveis ao conceito de retribuição [cf. art. 260.º, n.º 1, b)]. A respeito destes últimos, nada obsta, no nosso entender, que o empregador condicione a sua atribuição a um número máximo de ausências – ainda que justificadas, *maxime* em razão de doença.

prestada⁸⁹ – não é mantida, não consideramos adequado impor o pagamento de outros valores, que não assumem natureza retributiva. Daqui resultando nova delimitação das hipóteses que promovem a equivalência a assiduidade, *para efeitos que extravasam os previstos na lei*: uma tal recondução apenas deve operar *se*, a par da assimilação da ausência a serviço efectivo, subsistir o dever de pagamento da retribuição⁹⁰. Por conseguinte, embora por argumentos diversos, subscrevemos a decisão do STJ, reconhecendo legitimidade às partes para, em instrumento de regulamentação colectiva, excluírem a equiparação a assiduidade de ausências para assistência a família, enquanto critério válido, que condiciona a progressão profissional – afinal, não obstante correspondência a trabalho

⁸⁹ Nos contratos sinalagmáticos ou bilaterais perfeitos, “a *prestação* de cada uma das partes depende de uma *contraprestação* da outra; a *obrigação* de cada uma das partes depende de uma *contra-obrigação* da outra”, quanto à sua constituição (*sinalagma genético*) e quanto ao cumprimento (*sinalagma funcional*) (N. PINTO OLIVEIRA, *Princípios de Direito dos Contratos*, Coimbra Editora, 2011, p. 126). M. R. PALMA RAMALHO refere a existência, no contrato de trabalho, de um “sinalagma imperfeito”, tendo em conta a frequência com que o empregador assume encargos remuneratórios que não têm como contrapartida a prestação efectiva de trabalho – assim se justificando, aliás, a distinção entre *retribuição e remuneração* [*Tratado de Direito do trabalho. Parte II – Situações laborais individuais* (rev. e act. ao Código do Trabalho de 2009, com as alterações introduzidas até 2014), 5.ª ed., 2014, p. 29]. É, assim, em contexto laboral, sustentado um prudente entendimento do sinalagma, “sendo conhecidas diversas situações em que, não obstante a ausência de trabalho, se mantém o dever retributivo a cargo do empregador (certas faltas justificadas, feriados, férias, etc.)” (J. LEAL AMADO, *Contrato de trabalho cit.*, p. 73). De assinalar que o sentido reconhecido, neste contexto, a um tal “sinalagma imperfeito” não se confunde com o reservado aos contratos também designados “acidentalmente bilaterais” ou “bilaterais imperfeitos”, de que são exemplos o mandato ou o depósito gratuitos, que, em regra, “só geram deveres para uma das partes, mas dos quais brotam acidentalmente deveres para a outra no desenvolvimento da relação contratual, sem que entre as obrigações de um e outro dos contraentes se estabeleça, todavia, o nexo psicológico-jurídico próprio do sinalagma” (J. ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, vol. 1, 11.ª reimpressão da 10.ª ed. de 2000, Almedina, 2014, p. 398).

⁹⁰ Aproximando-nos, nesta medida, da leitura sustentada por J. ALMEIDA, a respeito do art. 213.º do CT 2003, quanto aos efeitos de ausências para acréscimo de dias de férias (v. *supra*, 2., III). Não procedemos, todavia, à equiparação a assiduidade do tempo de ausência por suspensão por factos respeitantes ao empregador, quanto à atribuição de prémios que não revistam natureza retributiva. Tal solução não se adequaria ao regime afecto à suspensão, nestas circunstâncias. Afinal, uma coisa é o reconhecimento, em tais casos, de dias de férias adicionais; outra, diversa, o pagamento de montantes que não assumem natureza retributiva.

efectivo, não ditam o pagamento da retribuição^{91/92}. Não cremos que, por esta forma, concorra qualquer prática discriminatória – de outro modo, ter-se-ia de concluir que o regime legal é, em si mesmo, desigual, ao não associar o pagamento de retribuição a tais ausências, no confronto com outras hipóteses, em que aquela obrigação é mantida^{93/94}.

⁹¹ Cf. art. 255.º, n.º 2, c) e n.º 3, do CT.

⁹² Noutros casos, em que tais exigências concorram, a assiduidade/produktividade deve, pois, ser *fictionada* – considerando este período tempo de comparência (para efeitos de assiduidade) ou, conforme se nos afigura melhor critério, por referência à média de assiduidade/desempenho individual, verificada em período anterior.

⁹³ Entende ainda o STJ que não concorria, igualmente, violação do disposto no art. 59.º, n.º 1, b), da CRP: o sindicato considerava que a omissão de referência a tal ausência comprometia a conciliação da actividade profissional com a vida familiar, coarctando a autonomia do trabalhador na prestação de assistência aos seus familiares – atenta a necessidade de salvaguarda de progressão salarial e profissional (p. 3038). A tanto contrapõe, todavia, o Tribunal que o regime de tal progressão não afectava a *justificação* inerente a estas ausências – e ao que se circunscreveria a tutela conferida pelo Código do Trabalho; mas também que, atento o enquadramento previsto no n.º 1 da cláusula 17.ª, apenas ausências superiores a 12 dias prejudicavam o direito a progressão, assim se promovendo ajustado equilíbrio dos interesses das partes (p. 3039).

⁹⁴ Justifica-se, a este propósito, menção específica ao exercício do direito à greve, havendo que aferir em que termos tal pode condicionar a atribuição de prémio de assiduidade. Dispõe o art. 536.º, n.º 1, do CT que “*a greve suspende o contrato de trabalho de trabalhador aderente, incluindo o direito à retribuição e os deveres de subordinação e assiduidade*”. Por sua vez, o n.º 2 prevê que “*durante a greve, mantêm-se, além dos direitos, deveres e garantias das partes que não pressupõem a efectiva prestação do trabalho, os direitos previstos em legislação de segurança social e as prestações devidas por acidente de trabalho ou doença profissional*”. Por fim, conforme o n.º 3, “*o período de suspensão conta-se para efeitos de antiguidade e não prejudica os efeitos decorrentes desta*”. Transpomos para esta hipótese os mesmos critérios que aplicámos às demais ausências: não sendo, por esta forma, promovida equiparação do tempo de ausência a serviço efectivo, nem mantido o pagamento da retribuição, não há que impor ao empregador a consideração de tal período, para atribuição de prémio de assiduidade. Temos, porém, presente o diferente entendimento sustentado, a este propósito, na jurisprudência, atento o disposto no n.º 1 do art. 536.º do CT e a referência, aí promovida, à suspensão da subordinação jurídica e da assiduidade. Ainda que a menção ao desaparecimento da subordinação jurídica nos suscite as maiores reservas, centrar-nos-emos, por ora, tão-só na referência à suspensão do dever de assiduidade. Havendo, a este respeito, que fazer menção a acórdão da Relação do Porto, de 3.6.2013, Proc. n.º 155/12.1TTVNF. P1, onde é referido que “quando o trabalhador adere à greve o seu contrato de trabalho fica suspenso e não está obrigado a cumprir o dever de assiduidade” (Sumário, I, com itálico nosso). Se esta afirmação, só por si, não sofre especial contestação, divergimos das consequências daqui extraídas pela Relação do Porto, ao concluir que “o empregador não pode retirar aos trabalhadores que aderiram à greve 10% do prémio anual

IV. Também a CITE, em parecer n.º 65/CITE/2012, se pronunciou sobre situação em que o regulamento interno da empresa dispunha, no

previsto no Regulamento *com o fundamento de que a adesão corresponde a falta ao trabalho*” (Sumário, II, com itálico nosso). De assinalar que pressuposto a esta lógica está o entendimento de que o referido prémio não assumia, no caso, natureza retributiva. A Relação do Porto parte, porém, de uma lógica que não acompanhamos: considera que a greve não deve ser qualificada como falta porque não pressupõe sujeição do trabalhador ao dever de assiduidade (v., todavia, J. J. ABRANTES, *Direito do Trabalho II. Direito da greve*, Almedina, 2012, p. 89). Antes cremos, contudo, que os motivos justificativos das faltas constituem – à semelhança da greve – razões que excluem valoração negativa quanto à ausência ao trabalho; a mesma lógica tem, assim, aplicação sempre que o trabalhador se ausente, por exemplo, em razão de doença que o impeça de comparecer ao serviço. E, naturalmente, que enquanto tal situação se mantiver – a greve ou outra hipótese de ausência *justificada*, tal qual a doença devidamente comprovada –, não haverá que responsabilizar o trabalhador por infração ao dever de assiduidade. Acresce não subscrevermos leitura que assinala valoração substantiva diversa às faltas e às hipóteses suspensivas. Divergimos, por conseguinte, da Relação do Porto, ao considerar que não sendo adequado associar falta/greve, conclui que o exercício do direito à greve não autorizava (aos invés de outras situações de falta) desconto no prémio de assiduidade – uma vez que, nos termos do regulamento aplicável, tal redução se encontrava reservada às *faltas* (em sentido próximo do acolhido pela Relação do Porto, v. acórdão da Relação de Lisboa, de 26.10.2006, Proc. n.º 3173/2006-4, e acórdão da Relação de Coimbra, de 10.7.2013, Proc. n.º 361/12.9TTLRA.C1). A interpretação acolhida pela Relação do Porto concretiza, contudo, a leitura perfilhada pelo STJ, em acórdão uniformizador n.º 6/2009, de 4.3.2009, Proc. n.º 08S1687, referente, precisamente, à atribuição de prémio de assiduidade, onde se dispôs que “os outorgantes do AE [...] não podiam ignorar que, nos termos da Lei da Greve, as *ausências ao trabalho*, quando motivadas por adesão à greve lícita, *não são consideradas como faltas ao serviço, pelo facto de os contratos de trabalho dos trabalhadores grevistas se encontrarem suspensos e essa suspensão os liberar do cumprimento do dever de assiduidade*” (Sumário, III, com itálico nosso). O resultado promovido pela Relação do Porto já seria, no nosso entender, adequado caso fosse prevista a equiparação de tais ausências a tempo de serviço efectivo, sem perda de retribuição – hipótese em que não seria já ajustado proceder a desconto no prémio de assiduidade. Importa, todavia, assinalar que não obstante não acompanharmos a lógica que sustenta, nos acórdãos referidos, a dissociação greve/falta, para efeitos de atribuição de prémio de assiduidade, não ignoramos que, com frequência, o enquadramento reservado a estes prémios procura desencorajar o exercício do direito à greve, sempre que tal prémio (de valor avultado) não seja atribuído perante ausências de muito reduzida duração – essas hipóteses constituem, com frequência, verdadeiros “prémios antigreve”, aos quais é, não obstante, aposta a designação “prémios de assiduidade”: assim se um prémio anual de montante elevado não é atribuído perante uma única ausência, estar-se-á perante indício de prática desproporcionada e, nesta medida, inadmissível, que procura dissuadir o exercício do direito à greve. Também no Direito espanhol o tema é sujeito ao crivo da jurisprudência – v. decisão do Tribunal Constitucional espanhol n.º 189/1993, de 14.6, disponível, em <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/docs/BOE/BOE-T-1993-18860.pdf>.

art. 12.º (“Prémio de assiduidade”), que o mesmo “*só ser[ia] pago aos funcionários que, durante o mês a que se refer[isse], não t[ivesse]m faltado, por motivo justificado ou injustificado, mais de 5 horas, com exclusão das fêrias a que legalmente t[ivesse]m direito e dos feriados oficiais*” (n.º 2). Atento este enquadramento, havia que determinar se as trabalhadoras que gozassem dispensa para amamentação teriam direito a tal prémio, ainda que, por aquela razão, se tivessem ausentado por mais de cinco horas, em cada mês. Concluiu a CITE que, uma vez que a lei equipara estas ausências a “*prestação efectiva de trabalho*” (cf. art. 65.º, n.º 2, do CT), não concorria qualquer “*falta*”, tendo, por conseguinte, as trabalhadoras direito ao prémio. Acrescentando que “*diferente conclusão consubstanciaria uma discriminação directa em razão da maternidade – ou com base na condição familiar, no caso da aleitação – proibida pelo direito comunitário; pela Constituição da República Portuguesa e pela legislação nacional*”⁹⁵. Acompanhamos o resultado mas divergimos da fundamentação: não é a circunstância de a lei equiparar estas ausências a serviço efectivo, nem a designação, no caso, utilizada, que legitima concluir pela atribuição do prémio – cremos na verdade, artificial a suposta destrinça, não raro promovida, entre dispensas e faltas. Conforme o critério acima proposto, seria a combinação da equiparação a trabalho efectivo e a manutenção da retribuição que legitimaria reconduzir o tempo de ausência a assiduidade, para outros efeitos, para lá dos previstos na

⁹⁵ P. 18, com itálico nosso – parecer disponível em http://www.cite.gov.pt/pt/pareceres/pareceres2012/P65_12.pdf. No mesmo sentido, v. parecer da CITE n.º 93/CITE/2010, de 15.7, com declaração de voto contra da CIP, subscrita pela CCP, conforme a qual, “*a considerar-se a prática em apreciação discriminatória em função do sexo por motivo de maternidade, ter-se-ia, igualmente, de a considerar discriminatória relativamente a todas as outras situações para as quais a lei equipara a ausência a prestação efectiva de trabalho* ou, ainda, aquelas que não resultam na perda de quaisquer direitos (v. artigo 90.º, n.º 7, do CT relativo ao trabalhador-estudante)”. Antes se entendia, todavia, que a atribuição do referido prémio pretendia “*compensar a efectiva comparência ao serviço*”. Concluindo, por conseguinte, ter “*razão a empresa quando refere que a situação jurídica dos trabalhadores da empresa relativamente ao prémio em causa não se reconduz à figura da perda de direitos mas antes a uma prestação meramente gratificante e exterior ao estatuto laboral de cada um dos trabalhadores*” (pp. 20-21 – parecer disponível em http://www.cite.gov.pt/pt/pareceres/pareceres2010/P93_10.pdf). A argumentação da CIP aproxima-se, na verdade, da sustentada por L. M. MONTEIRO, a respeito dos arts. 213.º do CT 2003 e 238.º do CT 2009, cf. *supra*, § 2.º, II.). Em sentido idêntico, mas referindo-se à distribuição dos resultados de empresa, condicionada à efectividade do serviço, v. parecer 2/CITE/91, de 12.3., disponível em <http://www.cite.gov.pt/pt/pareceres/pareceres1991/2-91n.pdf>.

lei – tal qual os indicados no referido regulamento. Estamos, porém, perante ausência prevista no contexto da parentalidade – o que reclama referência adicional e enquadramento diverso, atento o disposto no art. 31.º do CT.

V. No âmbito específico da igualdade e não discriminação em função do sexo, é previsto que “*a igualdade de retribuição implica que, para trabalho igual ou de valor igual: qualquer modalidade de retribuição variável, nomeadamente a paga à tarefa, seja estabelecida na base da mesma unidade de medida*”; e que “*a retribuição calculada em função do tempo de trabalho seja a mesma*” (cf. art. 31.º, n.º 2, do CT)⁹⁶. Importa, porém, considerar o previsto no art. 31.º, n.º 3, do CT, onde é indicado que “*as diferenças de retribuição não constituem discriminação quando assentes em critérios objectivos, comuns a homens e mulheres, nomeadamente, baseados em mérito, produtividade, assiduidade ou antiguidade*”. Dir-se-á, a este propósito, que “a ideia é clara: excedidas as tabelas salariais mínimas, o empregador, no âmbito do poder de direcção, pode estabelecer *complementos salariais* que distingam os trabalhadores, nomeadamente em função da respectiva produtividade. O que se proscreve, neste domínio, é a consagração de elementos de comparação arbitrários e discriminatórios”⁹⁷. A dificuldade resulta, porém, quanto a nós, de articulação do disposto no n.º 3 com o referido no n.º 4 daquela norma: “*sem prejuízo do disposto no número anterior, as licenças, faltas ou dispensas relativas à protecção na parentalidade não podem fundamentar diferenças na retribuição dos trabalhadores*”. Não obstante menção, nesta norma, a “*retribuição*”, cremos que se pretende, na verdade, abarcar outros valores, reconduzíveis ao conceito alargado de remuneração, *maxime*, prémios de mérito, de assiduidade ou de produtividade – excluídos do conceito de retribuição

⁹⁶ Há que convocar ainda o princípio geral do art. 270.º do CT, conforme o qual, “*na determinação do valor da retribuição deve ter-se em conta a quantidade, natureza e qualidade do trabalho, observando-se o princípio de que, para trabalho igual ou de valor igual, salário igual*”. A este propósito, v. M. R. PALMA RAMALHO, *Tratado*, cit., p. 686.

⁹⁷ AA.VV., *Código...*, cit., 2013, p. 190, com itálico nosso. Por sua vez, quanto à distinção entre retribuição e remuneração, v. M. R. PALMA RAMALHO, *Tratado* cit., pp. 665 e ss.

[cf. art. 260.º, n.º 1, c)]^{98/99}. Numa perspectiva sistemática, esta a leitura que melhor se harmoniza com o regime da parentalidade: o art. 65.º, n.ºs 1 e 2, do CT equipara a prestação efectiva de trabalho a maior parte das licenças, faltas e dispensas ali pressupostas (salvo os casos previstos no n.º 6 daquela disposição¹⁰⁰); porém, na maioria de tais ausências, o empregador é dispensado do pagamento da retribuição (cf. art. 65.º, n.º 1¹⁰¹), não fazendo, assim, sentido que o art. 31.º, n.º 4, tivesse em vista apenas variações da *retribuição* – que não tem, afinal, lugar, na quase totalidade daquelas situações. Esta é também a interpretação que melhor se articula com o regime comunitário, quanto à igualdade remuneratória de género: ainda à luz do CT 2003, M. R. PALMA RAMALHO assinalava que, “na falta de referência legal ao conceito *amplo de remuneração, que releva para*

⁹⁸ Neste âmbito, dir-se-á que “as gratificações e prémios atribuídos ao trabalhador não integram, em princípio, o conceito de retribuição, porque não correspondem a um dever do empregador mas ao seu *animus donandi*, nem constituem contrapartida do trabalho prestado” (M. R. PALMA RAMALHO, *Tratado, cit.*, pp. 673-674). Quanto à natureza (não) retributiva de tais valores, v. acórdão da Relação do Porto, de 26.3.1990, Proc. n.º 9050049, que indica que “os prémios de produtividade atribuídos apenas quando e na medida em que o merecimento do trabalhador o justificasse e as possibilidades financeiras da firma o consentissem, não constituem retribuição quando essas condições se não verificam” (Sumário). Atendendo às circunstâncias do caso e às condições que ditavam a atribuição do prémio, concluindo pela respectiva natureza retributiva, v. acórdão da Relação de Coimbra, de 2.11.1990 (*Colectânea de Jurisprudência*, 1990, V, pp. 92-93). Por sua vez, conforme acórdão de 24.5.2000, assinala a Relação de Lisboa que “quando o prémio de produtividade e mérito for uma prestação complementar ou acessória da remuneração base, ligado ao rendimento e mérito do trabalho prestado, só tem de ser pago se e enquanto tal se mantiver dentro das condições gerais da atribuição do prémio fixadas pelo Banco Réu” (Sumário, I). Mais se referindo que “o direito do autor ao prémio de produtividade e mérito está condicionado ao rendimento do seu trabalho. Só existe se a avaliação desse trabalho, feita segundo os critérios objectivos fixados pelo Banco, for positiva. Sendo negativa, é lícito ao empregador retirar-lhe o pagamento do prémio, sem que tal constitua uma diminuição de retribuição” (Sumário, II) (*Colectânea de Jurisprudência*, 2000, III, pp. 163-165).

⁹⁹ Aplicando aquele regime a tais prémios, v. L. ANDIAS GONÇALVES, *ob. cit.*, p. 176. Adiante referindo que “se do CT resulta que as licenças, faltas e dispensas relativas à protecção da maternidade e da paternidade não podem constituir fundamento de diferenciação no que toca a prémios de mérito, produtividade, assiduidade ou antiguidade, é porque essas prestações retributivas devem ser pagas à trabalhadora do mesmo modo que o seriam se aquelas ausências não tivessem ocorrido” (p. 178).

¹⁰⁰ Referente à licença para assistência a filho ou para assistência a filho com deficiência ou doença crónica.

¹⁰¹ Regime diverso sendo afecto apenas à dispensa para consulta pré-natal, amamentação ou aleitação (cf. art. 65.º, n.º 2).

este feito, deve ter-se em conta o conceito do art. 141.º do TCE que, constando de uma fonte laboral supranacional, prevalece, naturalmente, sobre o conceito *estrito de retribuição* do direito nacional^{102/103}. Com o CT 2009 deixaria, porém, de haver sequer margem para convocar conceito (estrito) de retribuição – desconforme ao hoje previsto no art. 157.º, n.º 2, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia; há, agora, que considerar o disposto no art. 24.º do CT, conforme o qual a igualdade de tratamento deve ter em conta “*a retribuição e outras prestações patrimoniais*” [n.ºs 1 e 2, c)]. Por conseguinte, “pode hoje entender-se que, para efeitos de avaliação de práticas discriminatórias em matéria remuneratória, o conceito de remuneração a ter em conta não inclui apenas a retribuição (ou remuneração em sentido estrito), *mas reporta-se à remuneração em sentido amplo, ou seja, ao conjunto de prestações de valor patrimonial de que o trabalhador beneficia em razão do contrato de trabalho*”¹⁰⁴.

¹⁰² M. R. PALMA RAMALHO, *Direito do trabalho. Parte II – Situações laborais individuais*, 2.ª ed. (rev. e act.), Almedina, 2008, pp. 576-577, com itálico nosso. O art. 157.º, n.º 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (anterior art. 141.º do Tratado da Comunidade Europeia) dispõe que “*os Estados-membros assegurarão a aplicação do princípio da igualdade de remuneração entre trabalhadores masculinos e femininos, por trabalho igual ou de valor igual*”. Clarificando, no n.º 2, que “*para efeitos do presente artigo, entende-se por ‘remuneração’ o salário ou vencimento ordinário, de base ou mínimo, e quaisquer outras regalias pagas, directa ou indirectamente, em dinheiro ou em espécie, pela entidade patronal ao trabalhador em razão do emprego deste último*”. Mais se referindo que “*a igualdade de remuneração sem discriminação em razão do sexo implica que*”: a) “*a remuneração do mesmo trabalho pago a tarefa seja estabelecida na base de uma mesma unidade de medida*”; b) “*a remuneração do trabalho pago por unidade de tempo seja a mesma para um mesmo posto de trabalho*”.

¹⁰³ I. RIBEIRO PARREIRA, ao clarificar o sentido que reveste a instituição de um prémio de assiduidade – *i.e.*, incentivo “[a]o cumprimento, através da criação de regras aplicáveis a todos os trabalhadores, sem discriminações, nos termos das quais aumentam as condições de trabalho na medida em que diminuem o número de faltas, nomeadamente, criando prémios pecuniários denominados prémios de assiduidade ou até mesmo acelerando a ascensão escalonar salarial dos trabalhadores” –, esclarece que constituiria, neste âmbito, prática discriminatória com base no sexo, a hipótese de prémio de assiduidade que considerasse como faltas impeditivas da sua atribuição as dadas pelas trabalhadoras mães no exercício dos direitos inerentes à maternidade (“O absentismo...” *cit.*, pp. 311-312 e n. 109). Também M. R. PALMA RAMALHO adverte que “o critério da assiduidade pode, na prática, determinar situações de discriminação indirecta, se não ressaltar as ausências das trabalhadoras em razão da maternidade, por exemplo” (*Tratado, cit.*, p. 683, n. 729)

¹⁰⁴ Assim, “podemos considerar ultrapassada a desconformidade do direito nacional com o comunitário nesta matéria, que resultava do Código anterior” (M. R. PALMA RAMALHO, *Tratado cit.*, pp. 682-683, com itálico nosso).

Atento o regime de protecção na parentalidade – cf. leitura articulada dos arts. 24.º, n.ºs 1 e 2, c), 31.º, n.ºs 3 e 4, 65.º e 260.º, n.º 1, c), do CT e art. 157.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia –, importa, pois, concluir que aos trabalhadores que beneficiem de uma tal tutela, deve ser atribuído prémio de assiduidade ou de produtividade, não obstante a não comparência ao serviço e *ainda que a obrigação de retribuição não subsista ou que a ausência não seja sequer equiparada a serviço efectivo*¹⁰⁵. Nestas circunstâncias, a assiduidade/produtividade deve, pois, ser pressuposta – considerando o período de ausência tempo de comparência (para efeitos de assiduidade) ou, conforme se nos afigura mais rigoroso, por referência à média de assiduidade/desempenho (individual), registada em período antecedente. Certo, porém, que, por esta via, se institui, quanto às referidas ausências, regime distinto do sustentado, em geral, para outras hipóteses, em que concluímos que uma tal equiparação (ausência/comparência) deve proceder tão-só se o período de ausência for acompanhado de expressa equiparação legal a serviço efectivo e, ainda, do pagamento da retribuição^{106/107}. Tal destriça resulta, todavia, de imposição legal, atenta a especial tutela reservada ao exercício pleno dos direitos pressupostos na parentalidade¹⁰⁸.

¹⁰⁵ Tal qual nos casos previstos no n.º 6 do art. 65.º do CT.

¹⁰⁶ De assinalar, ainda, que, atenta a tutela reservada à parentalidade, se a progressão na carreira se encontrar condicionada a prestação de prova, a mesma deve, por princípio, ser realizada após o termo da licença [cf. art. 65.º, n.º 3, c)].

¹⁰⁷ No âmbito da jurisprudência do TJUE, v., nomeadamente, acórdão de 30.4.1998, Proc. n.º C-1 36/95, *Caisse nationale d'assurance vieillesse des travailleurs salariés (CNAVTS) contra Evelyne Thibault*, no qual o TJUE concluiu que “os artigos 2.º, n.º 3, e 5.º, n.º 1, da Directiva 76/207/CEE do Conselho, de 9 de Fevereiro de 1976, relativa à concretização do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e promoção profissionais e às condições de trabalho, *opõem-se* a uma regulamentação nacional que *priva uma mulher do direito de ser classificada* e, consequentemente, de *poder beneficiar de uma promoção profissional* pelo facto de ter estado *ausente* da empresa devido a *licença de maternidade*” (com itálico nosso).

¹⁰⁸ A CRP considera a maternidade e a paternidade “*valores sociais eminentes*” (art. 68.º, n.º 2), dispondo que “*as mulheres têm direito a especial protecção durante a gravidez e após o parto, tendo as mulheres trabalhadoras ainda direito a dispensa do trabalho por período adequado, sem perda da retribuição ou de quaisquer regalias*” (art. 68.º, n.º 3)

4. Ausências dos trabalhadores afectos ao desempenho de funções em estruturas de representação colectiva – equiparação a desempenho efectivo

Já no que respeita às ausências de trabalhadores afectos ao desempenho de funções em estruturas de representação colectiva, a equiparação de *ausência* a *comparência* – para o efeito previsto no n.º 1 da cláusula 17.^{a109} – estava assegurada por via do disposto na cláusula 17.^a, n.º 2, i)¹¹⁰. Simplesmente, os trabalhadores que exercessem estas funções em exclusivo, estariam arredados da referida progressão, já que, não desenvolvendo, por longo período, qualquer actividade profissional na empresa, o seu desempenho não era (não podia ser) objecto de avaliação¹¹¹. Como forma de obviar à invocada penalização que a exigência de efectividade de serviço ditava à respectiva progressão profissional, foi sugerido que lhes fosse reconhecida a “*classificação média* dos trabalhadores que desempenh[ass]em as funções correspondentes à categoria do trabalhador em causa”¹¹² – solução desatendida pelo STJ. Não só o Código do Trabalho não reservaria especial tutela à progressão na carreira¹¹³, como não seria adequado invocar violação do enquadramento afecto à suspensão laboral: atento o disposto no art. 295.º, n.º 1, do CT, o regime legal teria (apenas) em vista a salvaguarda do conjunto de direitos e deveres das partes “*que não pressup[õe]m a efectiva prestação de trabalho*”, não cuidando de outros aspectos, condicionados por tal execução. Pressupondo a avaliação de desempenho a prestação (*efectiva*) de funções, por determinado período, não haveria que convocar – para aferição de conformidade – elenco normativo que enquadra a relação de trabalho na *ausência* de actividade laboral¹¹⁴. No que respeita a esta categoria de trabalhadores

¹⁰⁹ *V. supra*, n. 11.

¹¹⁰ Conforme o qual, “*para a falta de assiduidade referida na alínea a) do número anterior não contam as ausências por motivo de exercício de funções sindicais ou na Comissão de Trabalhadores, por membros dos corpos gerentes do SITEMA, delegados sindicais e membros da Comissão de Trabalhadores, dentro dos limites de tempo atribuídos por lei ou por decisão da empresa*”.

¹¹¹ Nos termos indicados na cláusula 18.^a, n.º 3. No entender do sindicato, “*a não prestação efetiva de trabalho por parte destes trabalhadores, impede a sua avaliação de desempenho nos moldes dos demais colegas que prestam trabalho efetivo*” (p. 3029).

¹¹² Acórdão, p. 3034.

¹¹³ *V. supra*, § II., 6.

¹¹⁴ “*Se subjacente ao regime da progressão na carreira previsto no AE TAP/AA está, como decorre da análise das citadas cláusulas, justamente, o princípio da efetividade*

cumpre, aliás, assinalar a especial tutela que a *subsistência do vínculo* tem acolhido na jurisprudência: é, na verdade, evidente a flexibilidade com que a natureza *transitória* de tais impedimentos – condicionante da operacionalidade do regime suspensivo¹¹⁵ – tem vindo a ser considerada¹¹⁶. Não se poderá, por isso, dizer que a jurisprudência não tenda, por regra, a associar particular vigor aos direitos dos trabalhadores afectos ao exercício destas funções; não obstante, foi, no caso, entendido que a solução proposta pelo sindicato – de *ficcionar* não apenas a *ausência*, mas também o *desempenho*, fixando a respectiva avaliação em termos médios, *por referência à execução dos demais* – seria desajustado, não só porque o Código do Trabalho e a CRP a tanto não imporiam, mas, sobretudo, por não ser “justo e adequado, isso sim, perante os demais trabalhadores que, efetivamente, reúnem os requisitos previstos na cláusula 18.^a, ficcionar para outros uma realidade em que aqueles critérios se verifiquem *independentemente de qualquer esforço ou mérito para o efeito*”¹¹⁷. Cremos, na verdade, que tal ficção de *desempenho* (e não

no exercício da função, não se antevê que surjam beliscados os direitos decorrentes do regime da suspensão do contrato de trabalho, regime esse que, notória e explicitamente, *exclui do seu âmbito de proteção os direitos que exijam o efetivo exercício de funções*”, tal qual sucede com “*o regime de progressão e evolução da contratação coletiva em análise*” (p. 3035, com itálico nosso).

¹¹⁵ Tal qual decorre do art. 294.º, n.º 1, do CT, o impedimento deve revestir natureza temporária: “*a redução temporária de período normal de trabalho ou a suspensão de contrato de trabalho pode fundamentar-se na impossibilidade temporária, respectivamente parcial ou total, de prestação de trabalho por facto relativo ao trabalhador ou ao empregador*”.

¹¹⁶ Aliás, com apelo a fundamentação que se nos afigura discutível. O acórdão do STJ, de 20.5.2009, Proc. n.º 08S3258, é ilustrativo de aferição particularmente exigente da natureza “*definitiva*” do impedimento: a suspensão deve, nessas situações, manter-se por *todo o período* correspondente a tal ocupação –, ainda que essa actividade se mantenha, por hipótese, por mais de três décadas.

¹¹⁷ P. 3036, com itálico nosso. Concluindo-se, “em jeito de síntese”, que “*não obedeceria ao princípio da proporcionalidade impor ao empregador que consagrasse outras ficções assimiláveis à da efetiva prestação de trabalho para efeitos de progressão e evolução na carreira dos seus trabalhadores, quando inexistente lei geral que a tanto obrigue e se considerem justos e adequados os pressupostos e critérios adoptados para o efeito, por reflectirem uma equilibrada ponderação dos interesses em jogo*” (*idem*). Sendo ainda referido que “*não se nos afigura, por apelo ao princípio da proporcionalidade, que o direito ao exercício de funções sindicais esteja a ser ilegítimamente constringido por força das regras que presidem à evolução na linha técnica, na justa medida em que mal se compreenderia que um trabalhador que não desenvolve trabalho efetivo – donde, não ganha a necessária experiência, que, no caso, pela relevância das funções, é impres-*

já apenas de *assiduidade*)¹¹⁸ apenas deve operar em casos limitados, quando esta equivalência seja estatuída legalmente, impondo-se, por conseguinte, à contratação colectiva – por via do duplo crivo proposto: equiparação legal a serviço efectivo e subsistência do pagamento da retribuição, salvo o disposto quanto à parentalidade¹¹⁹ –, e, sempre que assim seja, assumindo por referência o desempenho *individual* de cada trabalhador, não havendo que convocar, a tal propósito, padrões relativos ao desempenho dos demais¹²⁰.

Dir-se-á, por fim, que os trabalhadores que exercem funções em estruturas de representação colectiva não são arredados de tal avaliação por força de critério arbitrário ou discriminatório: é lícito ao empregador estabelecer critérios objectivos de progressão (tal qual, mínimos de assiduidade e avaliação de mérito), ainda que o desempenho de determinadas actividades alheias à normal execução do contrato de trabalho obste, conforme tais critérios, à referida progressão. Revelador de que não se tratava de regra que tivesse em vista a exclusão discriminatória de dada categoria era, aliás, o facto de, conforme o mesmo ACTV, também os trabalhadores ausentes por doença prolongada não preencherem os requi-

cindível – viesse a beneficiar da avaliação média dos seus colegas *que, diariamente, prestam serviço efectivo* e têm, naturalmente, *um saber de experiência feito*, com as previsíveis implicações ao nível da qualidade da actividade da empresa” (pp. 3039-3040, com itálico nosso).

¹¹⁸ Cf. questão identificada *supra*, § 3, I.

¹¹⁹ Condicionantes que, por regra, não concorrem no exercício prolongado e a tempo inteiro de tais funções – cf. art. 468.º, n.º 8, do CT: “quando as faltas justificadas se prolongarem efectiva ou previsivelmente para além de um mês, aplica-se o regime da suspensão do contrato de trabalho por facto respeitante ao trabalhador, sem prejuízo do disposto em instrumento de regulamentação colectiva de trabalho aplicável, que preveja funções sindicais a tempo inteiro ou outras situações específicas, relativamente ao direito à retribuição de trabalhador”. Até ao CT 2009, v. o antes disposto, em termos aproximados, no art. 403.º da RCT. Por sua vez, o art. 408.º, n.º 2, do CT prevê que “o crédito de horas é referido ao período normal de trabalho e conta como tempo de serviço efectivo, inclusivamente para efeito de retribuição”. Já no respeitante às faltas, o n.º 3 da mesma disposição refere que “a ausência de trabalhador por motivo do desempenho de funções em estrutura de representação colectiva dos trabalhadores de que seja membro, que exceda o crédito de horas, considera-se justificada e conta como tempo de serviço efectivo, salvo para efeito de retribuição”. V. ainda o n.º 4 do mesmo preceito.

¹²⁰ Salvo para aferição de prática não discriminatória.

sítos gerais de progressão^{121/122}. Não havia, por fim, que invocar violação do disposto nos arts. 54.º e 55.º da CRP: o facto de não se proceder à ficção de dado desempenho profissional, não consubstanciava condicionamento ilegítimo do exercício das referidas funções – não só a tutela da posição destes trabalhadores assume outras concretizações, entre as quais não concorre especial salvaguarda da progressão na carreira^{123/124}, como a protecção conferida deve, em cada caso, ser contrabalançada com o interesse legítimo do empregador, no que respeita à gestão da organização de que é titular¹²⁵.

5. Conclusões

- a) A propósito do decidido pelo STJ, em acórdão de 30.4.2014 (Proc. n.º 3230/11.6TTLSB.S1), propusemo-nos analisar em que medida ausências justificadas e prolongadas ao trabalho podem limitar o reconhecimento ao trabalhador de dado *efeito*, previsto em instrumento de regulamentação colectiva e condicionado pela assiduidade e pelo desempenho profissional – ou seja, pela *prestação efectiva de trabalho*.
- b) Tratamos de questão transversal a hipóteses diversas, tal qual se o empregador institui prémio de assiduidade ou de produtividade ou – conforme a situação em apreço no acórdão em análise – se a progressão salarial e profissional, definida na contratação colectiva,

¹²¹ No que respeita à situação de doença, o ACTV promovia, quanto a determinadas ausências, equiparação a assiduidade: cf. cláusula 17.^a, n.º 2, e), “*para a falta de assiduidade referida na alínea a) do número anterior não contam as ausências por motivo de doença para além de 10 dias consecutivos e até ao limite máximo de 50 dias também consecutivos*” – acolhendo, ainda assim, solução mais favorável ao trabalhador (atenta a parcial equiparação a assiduidade) do que a resultante do enquadramento legal.

¹²² Ainda que a legalidade de tal opção tenha sido igualmente questionada pelo sindicato.

¹²³ “Nessas formas de protecção não se enquadra a da protecção da *progressão na carreira*, donde não é por via de estabelecimento, pela contratação colectiva, de regras para essa progressão que o direito sindical é afectado ou violado” (p. 3039).

¹²⁴ Salvo, claro está, perante prática discriminatória, que consideramos, todavia, não concorrer.

¹²⁵ “Exercer funções sindicais é relevantíssimo: contribui para a paz na empresa e representa a defesa dos interesses dos trabalhadores. Todavia, também a gestão empresarial com base em critérios de qualificação – sobretudo quando estamos perante funções de elevada responsabilidade e complexidade técnica relevante – é primordial” (p. 3039).

é condicionada por um mínimo de assiduidade e por avaliação de desempenho.

- c) Para adequado enquadramento do tema, convocámos diferentes leituras, sustentadas na doutrina, a respeito de variação da duração do período de férias, em função da assiduidade, que vigorou, entre nós, entre o CT 2003 e a Lei n.º 23/2012, de 25.6.
- d) Não obstante a reflexão tecida a tal propósito – e que transpusemos, para este âmbito –, importa, porém, não descurar as notas distintivas, que diferenciam tais casos daqueles que ora tratamos, *maxime* natureza fundamental do direito a férias e sua tendencial dissociação relativamente à assiduidade/effectividade.
- e) Ainda assim e sem prejuízo dos diversos entendimentos perfilhados quanto ao disposto nos arts. 213.º, n.ºs 3 e 4, do CT 2003 e 238.º, n.ºs 3 e 4, do CT 2009 e da validade dos argumentos adiantados a tal respeito, há que registar as dificuldades com que se perspectivou, então, a não equiparação – de variadas ausências justificadas ao trabalho – a assiduidade, para aquele efeito específico.
- f) Por sua vez, centrada a atenção nas situações identificadas, havia que determinar em que medida a ausência dos trabalhadores pode, em cada caso, influir na valoração da assiduidade e do desempenho profissional, ditando a atribuição (ou não) de prémio de assiduidade, de produtividade ou, tal qual na hipótese objecto de avaliação do STJ, condicionando a progressão salarial e profissional.
- g) A este propósito, admitimos, em síntese, que sempre que a legislação estabeleça equiparação de dada *ausência* a *serviço efectivo*, tal não é eficaz *apenas* para os efeitos definidos na lei – assim se acolhendo, a este propósito, solução diversa da sustentada pelo STJ: deve, pois, ser considerada *para outros efeitos*, para lá dos definidos legalmente, tal qual os estabelecidos na contratação colectiva.
- h) Restringimos, porém, logo em seguida, o impacto da equiparação: com frequência, esta não é acompanhada de imposição da subsistência da retribuição (obrigação principal do empregador); por conseguinte, estando em causa a atribuição de valores que não revistam natureza retributiva – *v.g.*, prémios de assiduidade ou de produtividade – ou a observância de critérios objectivos de progressão salarial e profissional, haverá que condicionar a equivalência inactividade/actividade, limitando, então (e para tais efeitos específicos), a sua operacionalidade às hipóteses que

prevejam, *para lá de equivalência legal de ausência a trabalho efectivo, em simultâneo, o pagamento da retribuição.*

- i) A esta lógica introduzimos apenas uma ressalva, considerada a especial tutela reservada às ausências em razão da parentalidade, atento o disposto no art. 31.º, n.º 4, do CT: a equiparação (ausência/comparência) opera, então, ainda que não expressamente prevista recondução a serviço efectivo e mesmo que o pagamento da retribuição não seja mantido.
- j) Atento este crivo de aferição, há que concluir que procedendo equiparação ausência/comparência, há que recorrer a uma *ficção de assiduidade*, que, sempre que possível, deve considerar a média de assiduidade de cada trabalhador, por referência a período antecedente.
- k) Certo, contudo, que, em certos casos, importa convocar não já (apenas) *ficção de assiduidade*, havendo *ainda* que concretizar tal comparência, por apelo a dada *ficção de desempenho* – recorrendo, para tanto, à média de produtividade individual de cada trabalhador, em período anterior.
- l) Em conformidade com o critério acolhido, reservamos, todavia, este plano de equivalência também apenas a hipóteses em relação às quais se preveja não só equiparação de ausência a comparência, mas também a subsistência de obrigação de pagamento da retribuição – ressaltando, mais uma vez, as ausências em razão da parentalidade.
- m) Por conseguinte, no que respeita às questões objeto de decisão pelo STJ e delimitadas para análise, embora por força de argumentação distinta, acompanhamos as soluções acolhidas, quanto à progressão salarial e profissional: (i) não assimilação da ausência para assistência a família a assiduidade –, por a equiparação a serviço efectivo não ser, nesta hipótese, acompanhada do pagamento da retribuição; (ii) improcedência de ficção de desempenho profissional – por referência à média de desempenho dos demais – no que respeita aos trabalhadores afectos, em exclusivo, a funções em estruturas de representação colectiva.