

REFLEXÕES SOBRE A NOÇÃO DA FIGURA JURÍDICA DA OCUPAÇÃO EFECTIVA DO TRABALHADOR

REFLECTIONS ON THE LEGAL NOTION OF THE EFFECTIVE OCCUPATION OF THE EMPLOYEE*

ABEL LAUREANO**

UNIVERSIDADE DO PORTO, PORTUGAL

Resumo: O contrato de trabalho é, numa possível formulação, aquele pelo qual uma pessoa (trabalhador) se obriga, mediante retribuição, a prestar a sua actividade a outra pessoa (empregador), sob a autoridade e direcção desta última. O objecto da obrigação do trabalhador é, por conseguinte, uma sequência de actos, uma actividade que o ocupa; numa primeira e muito grosseira aproximação, dir-se-ia pois que a ocupação efectiva dum trabalhador constitui o oposto duma situação de inactividade deste. Mas nem todas as situações de inactividade cabem na figura da não-ocupação efectiva: apenas relevam, para a presente temática, as situações que, cumulativamente, sejam imputáveis ou inerentes ao empregador (e surgindo por determinação deste), não alterem (ao menos tendencialmente) o estatuto jurídico formal do trabalhador, não tenham tratamento legal específico como figuras autónomas, e sejam de justificação (pelo menos) algo duvidosa.

Palavras-chave: Direito do Trabalho; Trabalhador; Ocupação efectiva.

Abstract: In a possible formulation, the labour contract is the one by which a person (the employee) provides, against payment, its activity to another person (the employer), under the authority and direction of the latter. The object of the employee's obligation is therefore a sequence of acts, an activity that occupies his time; in a first and very rough approximation, it could be said that the state of occupation of an employee is the opposite of the state of his inactivity. But not all situations of inactivity fit the legal notion of non-effective occupation: only fit in this case the situations that, cumulatively, are inherent to the employer (and arising by his determination), do not change the formal legal status of the employee (at least tendentially), do not have specific legal treatment as autonomous institutes, and whose justification is somewhat dubious (at least).

Keywords: Labour Law; Employee; Effective occupation.

* Artigo recebido em 19/07/2013 e aprovado para publicação pelo Conselho Editorial em 16/10/2013.

** Docente da Universidade do Porto (Portugal). Mestre em Direito (Integração Europeia) pela Universidade de Coimbra (Portugal). Diploma de Estudos Aprofundizados (DEA) pela Universidad de Santiago de Compostela (Espanha). Diploma em Estudos Europeus (D.E.E.) pela Universidade de Lisboa (Portugal). Pós-Graduado em Estudos Europeus pela Universidade de Lisboa (Portugal). Licenciado em Direito pela Universidade de Lisboa (Portugal). E-mail: alaureano1@gmail.com.

1. Introdução

O problema da ocupação efectiva do trabalhador pode condensar-se, numa aproximação simplificada, na formulação da seguinte interrogação: consta ou não, do feixe de direitos e deveres em que a relação jurídica laboral se traduz, um dever que, adstringindo o empregador, se traduza em não dar lugar à existência duma situação de inactividade por parte do trabalhador?

A interrogação assim formulada deve ser delimitada em termos hábeis¹. Apenas relevam para o tema em análise as situações que, em termos cumulativos, sejam imputáveis (ou inerentes) ao empregador, não tenham tratamento legal específico como institutos autónomos², e cuja justificação ofereça pelo menos alguma dúvida³. Excluem-se assim, do conceito de não-ocupação efectiva, todas as situações nas quais, verificando-se a impossibilidade de execução da prestação do trabalhador, tal impossibilidade não radique num comportamento voluntário do empregador; igualmente se excluem aquelas em que a não execução tem por base um comando cuja licitude não oferece dúvidas, como, por exemplo, o caso de fundada aplicação da sanção de suspensão do trabalho com perda de retribuição e de antiguidade, prevista no art. 328º, nº 1, al. e) do Código do Trabalho; convirá todavia fazer breve referência a este tipo de situações, para melhor delimitar a área onde surge a problemática da ocupação efectiva.

Das situações susceptíveis de corresponder ao triplo requisito acima indicado, há pelo menos duas que *prima facie* poderão configurar-se, correspondendo à descrição que de seguida se apresenta. Suponha-se que se estipula no contrato de trabalho, de modo perfeitamente normal, que o trabalhador exercerá uma determinada actividade; mas posteriormente, no

¹ Desde logo tem de estar-se, claro, no âmbito da execução dum contrato de trabalho; mas não releva, para excluir tal âmbito, uma cessação unilateral ilícita desse contrato por banda do empregador. Por isso, se este "reputou o posto de trabalho [duma trabalhadora] extinto e esta foi colocada em situação de desocupação", ocorre uma situação de não-ocupação efectiva (Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Proc. 2708/07.0TTLSB.L1-4, 21-03-2012, consultado em 5 de Julho de 2013, em <<http://www.dgsi.pt>>).

² Por isso discordamos de posições como a de MARTINS, André Almeida: "O trabalho intermitente como instrumento de flexibilização da relação laboral: O regime do Código de Trabalho de 2009", in COSTA, A. I. L., MENDES, J. B., GONÇALVES, L. A., e FERRÃO, M. C. (Org.): *I Congresso Internacional de Ciências Jurídico-Empresariais — As Novas Relações Laborais — Actas*, Instituto Politécnico de Leiria — Escola Superior de Tecnologia e Gestão, Janeiro de 2012, pp. 66-97, designadamente p. 88, consultado em 4 de Julho de 2013, em <https://iconline.ipleiria.pt/bitstream/10400.8/770/1/actas_I_CICJE.pdf>.

³ A jurisprudência do mais alto tribunal português já julgou *expressis verbis* configurar uma situação de não-ocupação efectiva o circunstancialismo de um empregador manter um trabalhador "totalmente inactivo, sem justificação procedente para tal" (Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Proc. 08S3699, 04-03-2009, consultado em 5 de Julho de 2013, em <<http://www.stj.pt>>); no plano da 2ª instância, também se julgou, recentemente, que nega ocupação efectiva ao trabalhador "a empresa que, sem razão justificativa, deixa aquele inactivo" (Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Proc. 26067/09.8T2SNT.L1-4, 30-05-2012, consultado em 5 de Julho de 2013, em <<http://www.dgsi.pt>>).

decurso da execução do contrato, o empregador priva-o do exercício da actividade para que foi contratado, deixando-o inactivo não obstante lhe conservar formalmente, para além da retribuição, a categoria profissional (primeira hipótese)⁴. Ou então impõe ao trabalhador a assunção de um "estatuto" de inactividade, com pretensão de reclassificação (segunda hipótese).

O problema da chamada ocupação efectiva parece colocar-se à partida, como se disse, no contexto de alguma das duas situações indicadas no parágrafo anterior. Pode contudo conceber-se ainda uma hipótese distinta: a da celebração de um contrato (naturalmente inominado) no qual se estabelecesse, por mútuo acordo, que a pessoa que contrata com o "empregador" (melhor dizendo, com o que seria um empregador) teria como obrigação não exercer qualquer actividade (um "contrato de inactividade", por assim dizer). Ocorrendo uma situação desta espécie, gerar-se-ia para o "quase-empregador" aquilo que poderá designar-se como um "dever de não-ocupação" e — como seu inevitável corolário — uma "proibição de ocupação efectiva". Perguntar-se-á se seria possível constituir validamente semelhante relação jurídica, vale dizer, se seria admissível o surgimento, na Ordem Jurídica, de tal figura; e justificar-se-ia mesmo, num estudo de maior fôlego, uma investigação razoavelmente detalhada de tal hipótese: na verdade, para além da íntima conexão dos assuntos, tal análise conduziria a uma aproximação ao âmago de alguns valores que se movimentam no mundo laboral ou para-laboral.

Dum *ponto de vista prático*, o tema da ocupação efectiva do trabalhador tende a relevar mais em termos de "importância" do que de "frequência". Vale dizer que, nos casos onde surge uma situação de não-ocupação efectiva, esta pode revestir-se de gravosas consequências para o trabalhador afectado (podendo embora discutir-se, em todo o caso, se mais graves do que as motivadas por situações de desempenho de funções inferiores às da categoria profissional do trabalhador). No entanto, em termos de frequência, parece pouco crível que tais situações venham alguma vez a ocorrer em número considerável. Com efeito, tendo qualquer unidade produtiva que jogar sempre com a fatal correlação entre proveitos e custos (e é essencialmente a unidade produtiva que o Direito do Trabalho tem em mente como empregador), desde logo incorre em situação de desequilíbrio se mantiver ou der origem — fora dos casos em que isso é inevitável e já previsível, casos estes que são contabilizáveis *a priori* como custos (por exemplo, férias dos trabalhadores) — a situações de saídas de numerário devidas a pagamentos de retribuições sem a correspondente contrapartida de trabalho recebido. Ora, dificilmente se

⁴ Podem elencar-se alguns casos concretos, extraídos da jurisprudência portuguesa. Um deles consistiu na súbita negação, a um trabalhador, do acesso a uma *password* de acesso aos computadores da empresa indispensável para o exercício da sua actividade (Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Proc. 07S2902, 09-01-2008, consultado em 5 de Julho de 2013, em <<http://www.stj.pt>>).

conceberão muitas situações em que tal procedimento se ajuste aos ditames duma gestão empresarial objectivamente desejável, ideias estas que parecem aliás ter confirmação na circunstância de ser escassa a jurisprudência sobre a matéria. O problema, ou surgiria pouco na prática ou, quando surgisse, ficaria sistematicamente aquém das instâncias judiciais; ora, como a segunda alternativa parece pouco provável, resta a primeira.

Dum *ponto de vista teórico*, no entanto, já o panorama é substancialmente diverso. Na verdade, a problemática da ocupação efectiva contende com o íntimo da substância do contrato de trabalho⁵; ela situa-se — por assim dizer — nos limites de abrangência deste tipo de contrato e interfere, dum modo mais vasto, com algumas estruturas de funcionamento duma dada Sociedade, não se confinando aliás ao sector da organização económica. É a razão de ser da existência do contrato de trabalho como figura geral que, perante a necessidade de dar cabal resposta à problemática assim visada, se vê em derradeira análise posta à prova. Nada mais será necessário acrescentar, para sublinhar a importância teórica desta matéria.

Não é objecto deste curto ensaio a discussão do regime da não-ocupação efectiva, mas sim a delineação do conceito jurídico daquela figura. Por outro lado, e apesar de o tema do presente estudo ter, afinal de contas, um carácter essencialmente "universalista", tomaremos, como normais objectos legais e jurisprudenciais de referência ilustrativa, as realidades atinentes ao Direito Português (sem obviamente prescindir das válidas e habituais incursões por doutrina estrangeira). Tendo em mente os citados parâmetros, não vai sem dizermos, singelamente, que o regime laboral português proíbe ao empregador "[o]bstar injustificadamente à prestação efectiva de trabalho" (art. 129º, nº 1, al. *b*) do Código do Trabalho aprovado pela Lei 7/2009,

⁵ Por todos, salientando *expressis verbis* a "centralidade" da questão da ocupação efectiva no contexto da relação jurídico-laboral, GONZÁLEZ DE PATTO, Rosa María: *La Dimisión Provocada: Estudio Sistemático del art. 50 del Estatuto de los Trabajadores*, tesis doctoral, Universidad de Granada, Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Granada, Editorial de la Universidad de Granada, 2008, nomeadamente pp. 379 e 384 (*vide* também p. 395, 396 e *passim*).

de 12 de Fevereiro), o que é visto como uma concisa e expressa qualificação da não-ocupação efectiva como um facto ilícito, quer pela mais alta jurisprudência⁶, quer por autorizada doutrina⁷.

Para delimitar o conceito de ocupação efectiva, principiamos por uma abordagem "qualitativa", vale dizer, incidente no conteúdo desta figura. Segue-se-lhe uma análise de tipo "quantitativo", fórmula que usamos para designar um ingrediente de natureza temporal (ligado à problemática da necessidade, ou não, da existência dum eventual decurso de tempo para caracterizar uma situação de não-ocupação efectiva).

2. O recorte "qualitativo" da noção de ocupação efectiva

2.1. Distinção entre a ausência de ocupação efectiva e a inacção não tendente (tipicamente) à estabilidade ou cristalização

I. Principiamos o recorte "qualitativo" da noção de ocupação efectiva pelo caso da *inacção por motivo inerente ao empregador e/ou ao trabalhador*, como componente de *lutas laborais típicas* (*greve e lock-out*). É largamente conhecida a ideia geral de *greve*; mais precisamente, e conforme

⁶ Assim se sentenciou, por exemplo, no sentido dum "direito do trabalhador à ocupação efectiva, cuja violação se reconduz a um incumprimento contratual" (Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Proc. 679/07.2TTMAI-D.P1.S1, 28-11-2012, consultado em 5 de Julho de 2013, em <<http://www.stj.pt>>); dum modo mais contundente, também já se havia julgado "estar fora de discussão que o trabalhador tem direito à ocupação efectiva, como de há muito tem sido entendimento pacífico da doutrina e da jurisprudência" (Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Proc. 1343/04.0TTLSB.L1.S1, 13-04-2011, consultado em 5 de Julho de 2013, em <<http://www.stj.pt>>); mesmo face ao regime jurídico anterior, foi sentenciado ser "hoje pacificamente aceite na doutrina e na jurisprudência" a existência dum dever de ocupação efectiva do trabalhador (Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Proc. 07S2901, 27-02-2008, consultado em 5 de Julho de 2013, em <<http://www.stj.pt>>), podendo ainda salientar-se o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Proc. 07S673, 30-05-2007, consultado em 5 de Julho de 2013, em <<http://www.stj.pt>>, ou, ao nível da 2ª instância, o Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, Proc. 1274/07-3, 03-07-2007, consultado em 5 de Julho de 2013, em <<http://www.dgsi.pt>>. A ilicitude da não-ocupação efectiva explicar-se-ia por o trabalho ser "um meio de realização pessoal e tendo em conta que deve ser respeitada a dignidade da pessoa do trabalhador" (Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Proc. 105/08.0TTSNT.L1.S1, 13-07-2011, consultado em 5 de Julho de 2013, em <<http://www.stj.pt>>).

⁷ Com relação, por exemplo, ao (semelhante) Ordenamento Jurídico espanhol, onde não falta doutrina salientando a existência dum "dever de ocupação efectiva" do trabalhador, podem também ver-se, por todos, SASTRE IBARRECHE, Rafael: "Bases normativas y jurisprudenciales para el derecho a una ocupación efectiva", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, 2011, Vol. 39, N° 2, pp. 391-414, consultado em 25 de Setembro de 2012, em <<http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/18591/12246>>, FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, Javier: "La distribución de los riesgos en las doctrinas laboral y civil ante la imposibilidad de cumplimiento de la prestación", *Pecunia*, 2008, N° 7, pp. 73-99, designadamente p. 91, ou ainda OLIVER MAESTRE, Carlos Aurelio: "La protección jurisdiccional del derecho de ocupación efectiva", separata de *Saberes: Revista de Estudios Jurídicos, Económicos y Sociales*, Vol. 1, Universidad Alfonso X el Sabio, Villanueva de la Cañada, Madrid, 2003. No mesmo sentido, e na doutrina alemã, por todos, SCHAUB, Günter, KOCH, Ulrich, e LINCK, Rüdiger: *Arbeitsrecht-Handbuch: Systematische Darstellung und Nachschlagewerk für die Praxis*, 10. Auflage, München, C. H. Beck, 2002, nomeadamente pp. 1187-1188; LÖWISCH, Manfred: *Arbeitsrecht*, 5. Auflage, Düsseldorf, Werner, 2000, pp. 240-241. Quanto à doutrina italiana, PERA, Giuseppe: *Compendio di diritto del lavoro*, 5ª ed., Milano, Giuffrè, 2000, pp. 205-206.

reza a lei, a greve "suspende o contrato de trabalho de trabalhador aderente, incluindo o direito à retribuição e os deveres de subordinação e assiduidade" (art. 536º, nº 1 do Código do Trabalho). Mediante a greve, os trabalhadores buscam fazer ouvir mais alto a sua voz, reivindicando melhores condições ou situações, num movimento naturalmente votado a ter uma duração passageira⁸.

Nos termos da noção legal da figura do *lock-out*, considera-se como tal "qualquer paralisação total ou parcial da empresa ou a interdição do acesso a locais de trabalho a alguns ou à totalidade dos trabalhadores e, ainda, a recusa em fornecer trabalho, condições e instrumentos de trabalho que determine ou possa determinar a paralisação de todos ou alguns sectores da empresa, desde que, em qualquer caso, vise atingir finalidades alheias à normal actividade da empresa, por decisão unilateral do empregador" (art. 544º, nº 1 do Código do Trabalho). Também o *lock-out* é, por definição mesma, uma figura que se insere no âmbito dos conflitos colectivos de trabalho; existe nela o intuito específico, por parte do empregador, de reforçar uma sua posição de contenda, visando forçar a capitulação (tão rápida quanto possível) dos trabalhadores pela (implícita e consequente) privação das suas retribuições. Trata-se dum expediente legalmente vedado (art. 544º, nº 2 do Código do Trabalho).

II. No que toca ao lado do *empregador*, é cabível uma distinção, no caso da *inacção por outros motivos inerentes ao empregador*, consoante o trabalhador seja colocado numa situação de *inacção*, por suspensão do respectivo contrato de trabalho, sem que ocorra qualquer anomalia no normal funcionamento da empresa ou haja uma anomalia não imputável ao empregador (*primeiro* tipo de hipóteses); ou, diferentemente, em determinados casos de grave crise no funcionamento da empresa (*segundo* tipo de hipóteses).

a) Prosseguimos, de acordo com a descrita ordem, com um olhar aos casos de suspensão dos contratos de trabalho em situações de normal evolução da empresa: nos casos de *encerramento temporário ou redução de laboração por facto imputável ao empregador ou por razões de interesse deste* (vale dizer, de suspensão por decisão gestionária do empregador), rege o art. 309º, nº 1, al.

b) do Código do Trabalho⁹; um tópico diferenciador da não-ocupação efectiva reside no facto

⁸ Alguma doutrina preocupou-se em salientar expressamente que os trabalhadores não grevistas mantêm na íntegra os direitos advindos da relação jurídico-laboral, nomeadamente o de "exigir uma ocupação efectiva", como SIERRA HERRERO, Alfredo: "Nueva justicia laboral y el reemplazo en la huelga", *Revista de Derecho (Universidad Católica del Norte)*, 2010, Año 17, Nº 1, pp. 101-113, p. 106, consultado em 25 de Setembro de 2012, em <<http://www.scielo.cl/pdf/rducn/v17n1/art04.pdf>>.

⁹ Que comina o dever de o empregador continuar adstrito ao pagamento da "totalidade da retribuição" ao trabalhador.

de a situação, em que o trabalhador fica colocado, surgir a título de "consequência" de um fenómeno mais amplo, que é a própria suspensão ou redução de laboração da empresa (situação que se configura como de impossibilidade consequential objectiva de prestação de trabalho). Quanto ao *encerramento temporário ou redução de laboração por caso fortuito ou de força maior*, vale o art. 309º, nº 1, al. a) do Código do Trabalho¹⁰; sendo mais uma situação de "encerramento", também se apontará, como um tópico distintivo da não-ocupação efectiva, o facto de que a situação em que o trabalhador se vê colocado, ser, igualmente aqui, uma "consequência" de um fenómeno mais amplo, consistente na interrupção da actividade da empresa.

b) No respeitante ao segundo campo da dicotomia atinente ao empregador, mais especificamente à *suspensão dos contratos de trabalho em situações de grave crise da empresa*, que tornem tal suspensão indispensável para assegurar a subsistência da empresa e manutenção dos postos de trabalho, a regulamentação de tais casos consta dos artigos 298º e seguintes do Código do Trabalho, consubstanciando o que ficou usualmente conhecido como "*lay off*"¹¹. O carácter de "indispensabilidade" desta situação constitui uma nota diferenciadora, em relação ao contexto em que surge a problemática da não-ocupação efectiva.

III. Pelo que diz respeito a uma *inacção por outros motivos inerentes ao trabalhador*, impõe-se levar a cabo uma destrição, consoante se encontrem, na respectiva base, razões *não culposas* ou existam na sua raiz *causas culposas (ou presumivelmente culposas)*.

a) Tomando à cabeça as eventualidades de *inacção por motivos não culposos* inerentes ao trabalhador, facilmente se lobra que muitas estão expressamente cobertas por lei, como as decorrentes de doença do trabalhador, etc. (nomeadamente art. 249º, nº 2 do Código do Trabalho), para além do específico expediente das faltas autorizadas pelo empregador, relativamente às quais não existe aliás qualquer exigência legal expressa de invocação de motivos (art. 249º, nº 2, al. i) do Código do Trabalho). Também estas eventualidades se não confundem ou enquadram na temática da não-ocupação efectiva, dada a central circunstância de terem, na respectiva raiz, um comportamento reconhecido como corporizando causa justificativa bastante.

¹⁰ Que impõe ao empregador o dever do pagamento de "75% da retribuição" do trabalhador.

¹¹ Diz a lei, mais especificamente, que o empregador "pode reduzir temporariamente os períodos normais de trabalho ou suspender os contratos de trabalho, por motivos de mercado, estruturais ou tecnológicos, catástrofes ou outras ocorrências que tenham afectado gravemente a actividade normal da empresa, desde que tal medida seja indispensável para assegurar a viabilidade da empresa e a manutenção dos postos de trabalho" (art. 298º, nº 1 do Código do Trabalho).

b) No concernente à *inacção por motivo culposo (ou presumivelmente culposo)* inerente ao trabalhador, e relativamente a situações nas quais esteja em causa o desencadeamento dum procedimento disciplinar, prescreve a lei que, "[c]om a notificação da nota de culpa, o empregador pode suspender preventivamente o trabalhador cuja presença na empresa se mostrar inconveniente, mantendo o pagamento da retribuição" (art. 354º, nº 1 do Código do Trabalho) (*suspensão preventiva do trabalho em procedimento disciplinar*). Um traço que aqui especificamente parece poder apontar-se é o facto de se presumir (e de bastar essa presunção *juris tantum*, embora obrigatoriamente baseada em determinados elementos ou indícios objectivos) que, na base da aplicação desta medida, se encontra uma situação de infracção disciplinar, ou seja, de violação do contrato por banda do trabalhador.

Situação diferente é aquela corporizada na circunstância de o empregador poder nomeadamente impor ao trabalhador, a título punitivo, uma "suspensão do trabalho com perda de retribuição e de antiguidade", ou seja, uma *suspensão do trabalho como sanção disciplinar* (art. 328º, nº 1, al. e) do Código do Trabalho). Dois tópicos diferenciam este último expediente da figura da não-ocupação efectiva. Conta-se, antes de mais, o facto de se tratar de situação que resulta da aplicação duma sanção disciplinar, ou seja, de decorrer, em última análise, duma conduta de incumprimento das obrigações contratuais por parte do trabalhador; por outras palavras, neste caso o trabalhador como que se indisponibilizou voluntariamente e injustificadamente, em determinada altura, para uma oferta (ou, pelo menos, para uma válida oferta) da sua prestação, "sofrendo" agora a contrapartida desse facto; digamos que a inviabilização da sua actividade resulta dessa voluntária e injustificada não-oferta (ou não-válida oferta), embora com um inevitável desfasamento no tempo entre os dois factos (ainda que eventualmente pequeno). Por outro lado, e ao invés do que sucede no campo da não-ocupação efectiva, deixa de haver lugar, no expediente ora visado, à contraprestação típica do empregador.

2.2. Distinção entre a ausência de ocupação efectiva e a inacção tendente (tipicamente) à estabilidade ou cristalização

I. Se existem, como acabou de ver-se, situações nas quais a inacção do trabalhador não tende tipicamente a consolidar-se, representando ao invés ocorrências transitórias, outros casos podem tomar-se em consideração, nos quais a inacção tenda à permanência; para identificar estes últimos, pode usar-se o rótulo de "contratos de inactividade", já que esta configurará o

objecto dos mesmos. Por outro lado, tal inacção é susceptível de perfilar-se como inicial ou superveniente, nessa medida justificando tratamentos jurídicos diferenciados.

II. Princípios a sequente análise pelos *contratos tendo a inactividade como objecto inicial*. Para circunscrever este ponto, tomaremos apenas em consideração um modelo de "contrato de inactividade" baseado no contrato de trabalho, com a estrita alteração consistente em o respectivo objecto, ou seja, a prestação típica (essencial) a cargo de uma das partes (aquela equivalente ao trabalhador) consistir numa situação de inactividade (prestação de *non facere*); mantendo-se portanto, em tudo o não incompatível com esse carácter "negativo" da prestação, os restantes elementos do contrato de trabalho. Trata-se por conseguinte daquilo que pode apelidar-se, com exactidão, de *contratos tendo a inactividade como objecto inicial*. Este modelo de contrato configura-se como um *contrato oneroso*, já que, à atribuição patrimonial feita por uma das partes, corresponde, por banda da outra, uma contraprestação, se bem que traduzida num *non facere*. É naturalmente essencial a fixação de um... "horário de não trabalho", já que, por um lado, a porção de tempo durante o qual um dos contraentes fica adstrito à inactividade não poderá exceder certos limites, sob pena de se cair em situações intoleráveis; e, por outro lado, a adstricção à determinação ou configuração temporal da prestação é componente do carácter oneroso do contrato, em paralelismo com o contrato de trabalho, já que confere ao "quase-empregador" o exclusivo da prestação durante determinado período temporal. Deve ficar bem sublinhado que um contrato deste género será quase inconcebível na prática; mas, além de poder eventualmente ocorrer (e note-se que a aposição de um prazo pode tornar algo viável o seu surgimento), a sua configuração e solução dos problemas que implicaria tem, julga-se, um valor teórico muito significativo.

O grande *problema* que se coloca é o do *valor* destes "*contratos de inactividade*". Para resolver tal questão, e de entre os filtros legais condicionantes da validade dos negócios jurídicos, os que agora mais interessa considerar são o da *idoneidade do objecto* (analisando aqui a questão da possibilidade e da licitude) e o da *idoneidade da causa*. Os negócios jurídicos feridos de vício de causa ou de não idoneidade do objecto têm a mesma sanção legal, que é a nulidade; ora, será que este modelo de contrato incorrerá na cominação legal de nulidade por falta de idoneidade do objecto?

Começar-se-á pela questão da *impossibilidade do objecto*, considerando quer a impossibilidade física quer a impossibilidade legal. Quanto à impossibilidade *física*: sendo certo que a questão da impossibilidade física releva nos termos do art. 401º do Código Civil (sob a

epígrafe "Impossibilidade originária da prestação") e, claro, do art. 280º do mesmo Código (sob a epígrafe "Requisitos do objecto negocial"), não se vê, quanto ao modelo de contrato agora em questão, que haja neste ponto desconformidade à lei. Quanto à impossibilidade *legal*: Os preceitos de lei que relevam nesta matéria são igualmente os artigos 280º e 401º do Código Civil; e também aqui, como no caso da impossibilidade física, se não descortina qualquer motivo de inidoneidade do objecto negocial do modelo de contrato de inactividade.

Pelo que toca à *ilicitude*, já se colocam, relativamente ao figurado modelo de contrato de inactividade, algumas dúvidas: serão lícitas as prestações que constituem objecto material daquele? Parece que a dúvida apenas se coloca quanto à prestação de inactividade; ora, não há dúvida de que é em si lícita a conduta que se traduz numa inactividade: o ponto que urge esclarecer é, portanto, se tal conduta será lícita como objecto de obrigação, o que nos remete para os conceitos de bons costumes e de ordem pública, conceitos de delimitação algo nebulosa, logo de difícil aplicação. *Quid juris*, pois, quanto à prestação de inactividade como objecto de obrigação, vale dizer, como objecto material dum negócio jurídico oneroso? Será tal objecto material ilícito? Em termos abstractos, não parece que a prestação de inactividade acarrete contrariedade à *ordem pública*, nem tão-pouco contrariedade com os *bons costumes*; se não houver outrossim ofensa a essas realidades, nos casos concretos, não haverá *ilicitude*, nem consequentemente carência de idoneidade do objecto negocial, por esta via.

E o que concluir, por outro lado, relativamente ao modelo de "contrato de inactividade" que se pôs como hipótese, acerca da questão da *idoneidade da causa*? Não nos parece que tais "contratos de inactividade" sejam de per si, sob o ponto de vista da causa, legalmente inadmissíveis. Podem efectivamente configurar-se razões atendíveis que levem as partes a celebrar tal espécie de contratos, e não se vê motivo para que a lei lhes vede tal possibilidade (nem se esqueça, evidentemente, o princípio geral da liberdade de estipulação contratual do art. 405º do Código Civil). Figure-se o seguinte exemplo: um indivíduo altamente qualificado encontra-se desempregado, e sem possibilidades objectivas de obter colocação, pelo menos a curto ou médio prazo. Uma empresa desconhecedora dessa realidade está, no entanto, convencida do contrário (julgando, por exemplo, que ele ainda se não empregou só porque está a "dar-se ao luxo" de negociar melhores condições). Em qualquer caso, essa empresa nem tão-pouco cura de saber se o mercado de trabalho, naquele momento, tem ou não "vagas" para aquele trabalhador, pois isso para ela não é factor decisivo de contratar; com efeito, querendo a todo o custo assegurar a disponibilidade de tal indivíduo (que, por hipótese, além de altamente qualificado, está habilitado com uma especialidade profissional muito rara), e "antes que ele vá

eventualmente prestar serviço em alguma empresa concorrente", decide contratá-lo. Só que esta empresa contratante tem ao seu serviço um trabalhador da mesma especialidade, também altamente qualificado, e que "não tolera" que outro colega venha trabalhar com ele; suponha-se também que as necessidades de serviço da empresa são integralmente asseguradas pelo trabalhador que já lá está; e imagine-se ainda, por hipótese, que este último trabalhador se aproxima já da idade da reforma, sendo que a empresa não quer entrar em directo atrito com ele (atentos estes factos e, por exemplo, a estima de que ele goza junto dos seus subordinados). Ciente de tudo isto, a empresa contacta o trabalhador desempregado, expõe-lhe a sua perspectiva e propõe-lhe a celebração do "contrato de inactividade", ao que este acede. Dever-se-á ferir de invalidade este contrato? Parece que não: nem se afigura procedente o argumento de que se não poderia considerar situação de "emprego", e portanto socialmente desejável — ainda que numa conjuntura de desemprego — aquela em que fosse colocado um trabalhador que, formalmente vinculado por contrato análogo ao de trabalho, tivesse por "funções" uma inactividade completa; e sublinhe-se ser certo que, nesta figurada hipótese, haveria lugar a invocação de incumprimento do contrato por parte do indivíduo assim contratado, caso a empresa viesse posteriormente a pretender unilateralmente impor-lhe a prestação de actividade.

Numa *síntese conclusiva*, pode assim alinhar-se um breve conjunto de ideias tópicas sobre este ponto, como passamos a expor. O contrato em que se convençione uma inactividade como objecto da prestação de um dos contraentes, com uma correspondente atribuição patrimonial como prestação típica do outro contraente, e ajustando-se tal contrato à descrição legal do contrato de trabalho, em todos os seus outros elementos, não é de *qualificar* como contrato de trabalho mas sim como contrato inominado. O *fundamento* jurídico do mencionado contrato de inactividade é o princípio da autonomia da vontade das partes consagrado na lei (art. 405º do Código Civil). A *validade* desse tipo de contrato dependerá da existência dum interesse sério das partes na sua estipulação, nos termos gerais dos requisitos de validade dos negócios jurídicos: o mais que aqui poderá afirmar-se, em tese geral, é que haverá talvez hipóteses nas quais tais contratos não "passem" incólumes a todos os "filtros" legais condicionantes de validade, mas isso é susceptível de ocorrer, em concreto, relativamente a quaisquer negócios jurídicos, mesmo os nominados. A *disciplina jurídica* dos referidos contratos seria, por aplicação analógica, a regulamentação jurídica que rege o contrato individual de trabalho, em tudo o que não fosse incompatível com o carácter "negativo" da prestação a cargo do sujeito colocado na posição correspondente à de trabalhador (o qual poderia apelidar-se de "quase-trabalhador", para completar a simetria com o que mais atrás se disse).

No concernente à *relevância destas conclusões para a questão da ocupação efectiva*, é pois de registar a nota de que, dentro de determinados limites genéricos atrás delimitados, a nossa Ordem Jurídica *não se opõe à válida criação de situações* nas quais alguém fique adstrito para com outrem a uma obrigação de "inactividade", ou seja, de "não-ocupação"; vale isto dizer, por outras palavras, que uma "não-ocupação" pode até ser juridicamente imposta, em termos de modo de cumprimento duma obrigação contratual. A transposição destes considerandos para o campo do Direito do Trabalho levar-nos-á à inevitável conclusão de que somente poderá discutir-se da admissibilidade, ou não, da criação de situações de não-ocupação efectiva, face a determinados condicionalismos concretos; em si mesma considerada, ou seja, abstractamente e *a priori*, a não-ocupação efectiva não é uma situação proscrita pelo Direito.

III. Seguem-se os *contratos tendo a inactividade como objecto subsequente (resultante de modificação do objecto inicial dum contrato de trabalho)*. Quando se parte dum inicial contrato de trabalho, cujo objecto se vê posteriormente assim transformado, podem entrever-se casos diferentes. Importa então distinguir, consoante a alteração ocorrida foi, ou não, resultante de consenso das partes.

Pode pensar-se, desde logo, numa *modificação com acordo do trabalhador*; cremos que serão aplicáveis no essencial, a tais ocorrências, os considerandos acabados de expor mais acima. Vale isto por dizer que a característica desta superveniência de inactividade não desencadeia problemas dignos de menção particular, no contraponto com uma inactividade inicial.

Mas pode equacionar-se, opostamente, o caso duma *modificação sem acordo do trabalhador*: caberia neste contexto a *imposição*, ao trabalhador, dum estatuto de *inactividade com pretensão de reclassificação profissional* correspondente. Mas é puramente teórica a consideração desta figura; refere-se aqui, apenas pela razão fundamental de ajudar a delimitar o alcance do art. 120º do Código do Trabalho, susceptível de chamar-se à colação em sede do problema da ocupação efectiva. Desde já se avança, de resto, que redundaria num absurdo a ideia de colocar um trabalhador em situação de não execução de actividade, com a finalidade de alteração da sua categoria profissional; e isto, pela linear e essencial razão de que a uma situação de "não-actividade", ou seja, às "funções" de inactividade, corresponderia a "categoria profissional zero", ou qualquer absurdo do estilo...

Mas é útil, como acima se disse, imaginar um modelo de argumentação aduzível para defender a possibilidade abstracta de constituição duma tal situação; por isso ele se segue, acompanhado da respectiva refutação. Poderia, por exemplo, argumentar-se que o cometimento, ao trabalhador, de uma situação de inactividade, traduziria uma explicitação do

poder determinativo da função, faculdade inerente ao empregador; e que seria consequentemente lícito, toda a vez que fosse inserível no chamado *jus variandi*. Desde logo não se encaixa aqui, portanto, a análise da situação em que, pretendendo conservar-lhe, *embora só formalmente*, a categoria profissional e respectivas funções, o empregador priva o trabalhador do exercício de qualquer actividade — é que, então, o que fica em causa é o denominável *poder conformativo da prestação*; esta é, segundo se crê, a única situação que tem efectivamente sido levada à prática, por motivos óbvios e como acima se acentuou. Todavia, a asserção do recurso ao *jus variandi*, para estes casos, não colhe: a construção legislativa do *jus variandi* mostra que a lei apenas teve em vista casos nos quais há *troca* duns serviços por outros, e não casos de *supressão* de toda e qualquer espécie de serviço; não parece difícil depreendê-lo, desde logo, das referências feitas, no art. 120º do Código do Trabalho, a "funções não compreendidas na actividade contratada" (nº 1), a "funções exercidas" (nº 4) e a "funções temporariamente exercidas" (nº 5), já que a alusão ao *exercício* de funções não quadra bem com a ausência duma qualquer actividade.

De resto, também não é ajustável à solução do problema o recurso ao nº 1 do art. 118º do Código do Trabalho, por força do qual o trabalhador "deve, em princípio, exercer funções correspondentes à actividade para que se encontra contratado". É certo que o normativo em apreço estabelece o princípio geral de correspondência entre as funções exercidas pelo trabalhador e a actividade para que foi contratado. Poder-se-ia então ser levado a raciocinar do seguinte modo: dum lado, a lei vem exigir que o trabalhador exerça funções correspondentes à *actividade* acordada; por outro lado, é impensável a existência duma qualquer "actividade"... de inactividade; logo, ficaria vedada a possibilidade de se constituir uma situação de inactividade sem violar, automaticamente, aquele normativo. O argumento assim exposto, embora pareça formalmente correcto, não tem contudo cabimento em sede de resolução desta hipótese, pois a *ratio legis* do dispositivo mostra que ele regula para outro âmbito, aliás em consonância com o disposto no art. 120º do Código do Trabalho: o que se tem em vista, é rodear de especiais cuidados as *mudanças* de actividade; não parece poder pôr-se em dúvida que o legislador, ao editar a norma do nº 1 do art. 118º do Código do Trabalho, tenha tido apenas em mente as situações de existência de actividade. Assim foi na realidade, e por uma fundamental razão: havia que comparar a posição do trabalhador, face ao género de actividades desempenhadas e a desempenhar, para aferir da legitimidade duma mudança, só possível desde que não implicasse "modificação substancial da posição do trabalhador" (nº 1 do art. 120º do Código do Trabalho); apenas são aí chamadas à colação formas de actividade, como indispensáveis termos de comparação, ou seja, o legislador não curou do caso anormal e absurdo de o trabalhador *estar* a "exercer" ou *vir* a "exercer" uma inactividade, a título de "funções" atribuídas. Nem era

concebível que o fizesse: na verdade, admitir tal hipótese seria admitir que o contrato de trabalho passaria a ter por objecto, não uma prestação de *facere*, mas sim uma prestação de *non facere*, o que contrariaria a própria definição legal deste contrato, tal como a põe o art. 11º do Código do Trabalho; e mesmo que se entenda que o essencial da prestação típica do trabalhador é uma situação de disponibilidade (como doutrina da mais autorizada¹²), sempre terá de entender-se tal situação como de *disponibilidade orientada para uma actividade*.

Em suma, a problemática que agora se analisa está fora do âmbito de estatuição do art. 118º do Código do Trabalho; nem é correcta a afirmação de que se trataria dum caso limite, posto mesmo na "fronteira exterior" dessa norma. Dito de forma simples: o que o art. 118º do Código do Trabalho impõe, é que as funções exigíveis ao trabalhador sejam as correspondentes à descrição categorial competente, apenas podendo daí afastar-se sob condições rigidamente impostas; se, verificando-se aqueles pressupostos, o trabalhador é colocado pelo empregador numa situação factual de nada fazer, isso é questão distinta e que em nada contende com a validade e salvaguarda dos princípios apontados.

De resto, compreende-se que o legislador, no art. 118º do Código do Trabalho (como, aliás, no art. 119º do mesmo Código), não tenha contemplado os casos de inactividade, ainda por uma outra ordem de considerandos, para além daqueles atrás postos como argumentação *ad absurdum*: é que seria inclusive impensável recorrer a qualquer forçada analogia para tentar "encaixar" nesse art. 118º situações de inactividade. E isto, porque se encontra em consonância com o espírito do Direito do Trabalho, a preocupação de defender o trabalhador contra uma natural tendência, do empregador, em tentar conseguir: ou uma prestação menos qualificada do trabalhador, impondo-lhe uma actividade diferente da acordada, independentemente de considerandos de que isso poderia traduzir-se num seu desprestígio sócio-profissional, e ainda eventualmente com a pretensão de lhe diminuir a retribuição com o fundamento da menor qualificação das funções passadas a exercer; ou então uma prestação mais qualificada do trabalhador, eventualmente com a pretensão de lhe não aumentar a retribuição em correspondência com a maior qualificação das funções passadas a exercer; e, provavelmente em cumulação com alguma das hipóteses atrás mencionadas, prolongar indefinidamente no tempo tal situação iníqua. Dito doutro modo: está subjacente, à filosofia do art. 118º do Código do Trabalho, um propósito de obstar ao desequilíbrio das prestações que o empregador poderia tentar conseguir, atenta a sua natural posição de preponderância; o legislador pensou, portanto,

¹² Assim, caracterizadamente, FERNANDES, António Monteiro: *Direito do Trabalho*, 14ª ed., Coimbra, Almedina, 2009, p. 129; talvez com menos ênfase, AMADO, João Leal: *Contrato de Trabalho*, 3ª ed., Lisboa, Coimbra Editora, 2011, p. 63.

na hipótese normal de o empregador procurar obter uma "vantagem" ou um "enriquecimento" indevido à custa do trabalhador, forçado a acudir a situações de necessidade de mão-de-obra menos ou mais qualificada, sem contrapartidas justas; não magicou obviamente o legislador que, tendo o empregador normais e "inexoráveis" encargos (designadamente financeiros) com o trabalhador, aquele alguma vez viesse tipicamente a pretender não obter qualquer espécie de prestação deste, renunciando assim a uma contrapartida patrimonial a que a lei lhe reconhece pleno direito.

3. O recorte "quantitativo" da noção de ocupação efectiva

3.1. Primeiro vector de recorte: um conceito "absoluto" e um conceito "relativo"

Ao falar-se de não-ocupação efectiva, em termos de recorte "quantitativo", uma primeira duplicidade possível se abre no entendimento do conceito: entendê-lo em termos "*absolutos*" ou em termos "*relativos*". No *primeiro sentido*, dir-se-á que surge uma situação de não-ocupação efectiva somente quando o trabalhador esteja "inactivo a 100%"; ao passo que, no *segundo sentido*, surgirá tal espécie de situação sempre que haja uma significativa taxa de inactividade do trabalhador, ainda que não atinja a totalidade do seu período normal de trabalho.

O *primeiro sentido* tem por si as vantagens decorrentes do "geometrismo" e da inerente facilidade na delimitação de situações, enquanto o segundo traz ínsita a dificuldade de definir qual a "taxa de inactividade" relevante para que possa considerar-se existente uma situação de não-ocupação efectiva.

Neste pequeno trabalho analisa-se a problemática da *não-ocupação efectiva* considerando tal expressão no *sentido absoluto* definido em primeiro lugar, significando isto que se não vai entrar no debate de qual a taxa de inactividade necessária para poder afirmar-se que se esteja perante uma situação de não-ocupação efectiva.

Subjaz, à opção assim feita, apenas a impraticabilidade dum alongamento do tema em estudo. Mas julga-se até preferível lidar com o *sentido relativo* do conceito, dado que as razões de ser da existência do problema da ocupação efectiva transcendem as situações subsumíveis no conceito absoluto referido. Com efeito, dificilmente se duvidará de que uma situação em que seja imposto, a um trabalhador, funcionar (ou seja, estar efectivamente ocupado) durante um período diário ridiculamente curto (por exemplo vinte, dez, cinco minutos...), só muito

ligeiramente se distinguirá da vizinha situação de não-ocupação total¹³ (isto, mesmo que, dantes, tal trabalhador funcionasse já em regime de *part time*, e desde que, obviamente, o seu período normal de trabalho formalmente acordado não coincidisse com as sobreditas dimensões de tempo (e só muitíssimo dificilmente coincidiria!...)).

Numa outra óptica, poderia ainda questionar-se sobre se será de não-ocupação efectiva a situação em que o trabalhador, não estando embora inactivo, exerce todavia funções total ou parcialmente diversas das que correspondem à sua categoria profissional: questionar-se, por outras palavras, se situações deste teor não serão afinal casos de não-ocupação efectiva relativamente ao objecto do seu contrato. Também não se englobarão esses casos no presente estudo: eles inserem-se na problemática da correspondência entre funções desempenhadas e categoria profissional, tendo a ver com a questão (diversa) dos limites do *jus variandi*, e a lei tem expressa estatuição da sua disciplina jurídica; podendo embora despertar preocupações de carácter análogo ao das decorrentes de situações de não-ocupação efectiva, está-se aqui perante realidades de ordem conceitual distinta.

De harmonia com o que atrás se deixou dito, lidar-se-á aqui (por contraposição) com uma realidade que é a noção de *não-ocupação efectiva* compreendendo apenas os casos em que se verifica uma *inactividade total* do trabalhador. Mas isto, insiste-se, somente *brevitatis causa*.

3.2. Segundo vector de recorte: o protelamento temporal relevante

Outra delimitação se impõe ainda, em termos de recorte quantitativo: qual o protelamento de situação necessário para que possa falar-se de não-ocupação efectiva relevante em termos técnico-jurídicos? Por outras palavras, bastará que a situação de inactividade do trabalhador, ainda que "a 100%", se verifique durante quanto tempo? Uma semana? Um mês? Mais tempo? Menos tempo?...

Salta à vista a importância deste segundo vector temporal de delimitação. Neste ponto tomar-se-á também uma opção pragmática, por razões ligadas à dimensão deste estudo. E assim, sem aprofundar o ponto e entendendo-se ser aqui decisivo um elemento de ordem teleológica, dir-se-á: em termos técnico-jurídicos, apenas se configurará um problema de não-ocupação

¹³ A jurisprudência já considerou estar-se perante uma não-ocupação efectiva no caso duma situação dum motorista "que se traduziu numa completa inactividade imposta [pelo empregador], com ressalva de dois ou três transportes pontuais" (Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Proc. 234/07.TTSTB.S1, 15-09-2010, consultado em 5 de Julho de 2013, em <<http://www.stj.pt>>).

efectiva quando seja de entender, dum ponto de vista objectivo, estar-se perante uma situação anormal e abstractamente apta a provocar, no trabalhador, uma situação de *onerosidade* superior àquela que, em termos gerais, estaria implicada na sua posição de ver inexoravelmente passar o cumprimento, das suas obrigações laborais, pela submissão às ordens de outrem. A referência ao "ponto de vista objectivo" significa, neste contexto, que a aferição da onerosidade relevante se reporta ao modelo dum trabalhador médio da mesma actividade e qualificação profissional, colocado na situação do real trabalhador em causa.

Mas o critério apontado seria ainda quicá muito "subjectivo". Foi sem dúvida para lidar com preocupações da índole apontada, que se equacionou mais profundamente a própria temática da ocupação efectiva. Julga-se porém necessário aditar outro ingrediente de delimitação. E deste modo, aliás de acordo com a linha do art. 1º do Código do Trabalho, desempenharão aqui um papel fulcral, na conformação do conceito, os "usos laborais que não contrariem o princípio da boa fé"¹⁴ — ou seja, em conexão com o escopo de que acima se falou, estes elementos objectivos constituirão os pilares sobre os quais assentará o traçado do recorte.¹⁵

Embora apresentando os inconvenientes que sempre são apontáveis a conceitos de carácter fluido (como a ideia de "boa fé"¹⁶), duvidamos realmente da vantagem de a lei impor, na delimitação desta vertente da noção de ocupação efectiva, um critério estritamente quantitativo. A certeza que se obteria, mediante recurso a tal critério, não compensaria muito provavelmente a cadeia de injustiças a que daria lugar; na verdade, colocaria no mesmo pé trabalhadores de actividades que reclamam e usam muito diferentes modos de operar, que

¹⁴ Consubstanciadores, afinal, de "*factos reguladores ou conformadores* das relações de trabalho em certos âmbitos, e muito particularmente no da empresa concreta", nas expressivas palavras de FERNANDES, António Monteiro: *Direito do Trabalho*, 14ª ed., Coimbra, Almedina, 2009, p. 120.

¹⁵ Este traçado do recorte resvalará portanto, em derradeira análise, para o prudente arbítrio do tribunal. Já foi, assim, julgado que "durante um período, ainda que curto de tempo, cerca de 3 meses, as rés retiram o autor das suas funções sem que tivessem demonstrado interesses legítimos que justificassem a sua inactividade, o que configura a violação culposa do dever de ocupação efectiva" (Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Proc. 3061/03.7TTLSB.L1-4, 08-02-2012, consultado em 5 de Julho de 2013, em <<http://www.dgsi.pt>>).

¹⁶ De resto, o ingrediente da *boa fé* pode quase dizer-se omnipresente, enquanto pano-de-fundo de todo o desenho e de todo o desenrolar da relação jurídico-laboral, vinculando aliás ambas as partes do contrato de trabalho; nestes termos muito gerais, pode ver-se, mesmo no (para nós peculiar) Direito do Reino Unido, BOWERS, John: *Employment Law*, 5th ed., London, Blackstone, 2000, p. 53 (no tocante à conduta do trabalhador) e pp. 247-255 (pelo que concerne ao comportamento do empregador). Em Portugal, a própria jurisprudência suprema chegou a fundamentar a própria figura da ocupação efectiva "num princípio geral de boa fé" (Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Proc. 07S4104, 02-04-2008, consultado em 5 de Julho de 2013, em <<http://www.stj.pt>>); de resto, pode também ler-se, numa sentença dum tribunal de 2ª instância, que o princípio da boa fé "funciona como manifestação e reconhecimento de que o trabalhador tem o legítimo interesse na prestação efectiva do trabalho" (Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, Proc. 342/09.0TTBCL.P1, 04-07-2011, consultado em 5 de Julho de 2013, em <<http://www.dgsi.pt>>).

suscitam diferentes sensibilidades, que se integram em diferentes contextos sociais e económicos, etc.¹⁷

4. Conclusões

a) O contrato de trabalho é, consabidamente, o acordo jurídico pelo qual um trabalhador se obriga, mediante retribuição, a prestar a sua actividade a um empregador, sob a autoridade e direcção deste.

b) O objecto da obrigação do trabalhador é assim tipicamente uma actividade que o ocupa, nessa medida se encontrando, à primeira vista, nos antípodas duma situação de não-ocupação ou inactividade.

c) Mas nem todas as situações de inactividade do trabalhador cabem na figura da não-ocupação efectiva.

d) Com efeito, a não-ocupação efectiva *stricto et proprio sensu* define-se, como conceito juridicamente autónomo, dentro duma primeira e muito lata noção de inactividade do trabalhador.

e) A partir dessa amplíssima noção inicial, importa proceder desde logo, a título de "recorte qualitativo", a um "filtro" ou rumo "negativo" de delimitação: nos termos deste filtro, não se coloca uma questão de não-ocupação efectiva quando a situação de inactividade do trabalhador se enquadra, dum ponto de vista de essência (que não apenas formal), no âmbito dum instituto jurídico especificamente regulado com autonomia na lei (servindo de exemplos todos os referidos no decurso do presente estudo).

f) Recorre-se depois, ainda em sede "qualitativa", à ponderação do requisito da "justificação pelo menos duvidosa" da conduta do empregador, até se desembocar numa concretização caracterizada daquela.

¹⁷ Acaba assim, no respeitante à determinação da *dimensão temporal* da não-ocupação efectiva, por se ter em conta uma ligação que é particularmente sublinhada, entre a questão da ocupação efectiva e o tema da *dignidade humana*, nomeadamente em certa doutrina (como GONZÁLEZ DE PATTO, Rosa María: *La Dimisión Provocada: Estudio Sistemático del art. 50 del Estatuto de los Trabajadores*, tesis doctoral, Universidad de Granada, Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Granada, Editorial de la Universidad de Granada, 2008, sobretudo p. 395), assim podendo afinal explicar-se uma incursão "de tipo qualitativo" num plano que é de natureza tipicamente "quantitativa".

g) Passa-se finalmente, no processo de descoberta do conceito, pelo crivo dos recortes "quantitativos" oportunamente mencionados.

h) A figura da não-ocupação efectiva, assim tomada numa *acepção técnico-jurídica restrita e própria*, delinea-se portanto como fruto resultante da submissão a todos os diversos "crivos" aludidos.

Referências Bibliográficas

AMADO, João Leal: *Contrato de Trabalho*, 3ª ed., Lisboa, Coimbra Editora, 2011

BOWERS, John: *Employment Law*, 5th ed., London, Blackstone, 2000

FERNANDES, António Monteiro: *Direito do Trabalho*, 14ª ed., Coimbra, Almedina, 2009

FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, Javier: "La distribución de los riesgos en las doctrinas laboral y civil ante la imposibilidad de cumplimiento de la prestación", *Pecunia*, 2008, Nº 7, pp. 73-99

GONZÁLEZ DE PATTO, Rosa María: *La Dimisión Provocada: Estudio Sistemático del art. 50 del Estatuto de los Trabajadores*, tesis doctoral, Universidad de Granada, Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Granada, Editorial de la Universidad de Granada, 2008

LÖWISCH, Manfred: *Arbeitsrecht*, 5. Auflage, Düsseldorf, Werner, 2000

MARTINS, André Almeida: "O trabalho intermitente como instrumento de flexibilização da relação laboral: O regime do Código de Trabalho de 2009", in COSTA, A. I. L., MENDES, J. B., GONÇALVES, L. A., e FERRÃO, M. C. (Org.): *I Congresso Internacional de Ciências Jurídico-Empresariais — As Novas Relações Laborais — Actas*, Instituto Politécnico de Leiria — Escola Superior de Tecnologia e Gestão, Janeiro de 2012, pp. 66-97, consultado em 4 de Julho de 2013, em <https://iconline.ipleiria.pt/bitstream/10400.8/770/1/actas_I_CICJE.pdf>

OLIVER MAESTRE, Carlos Aurelio: "La protección jurisdiccional del derecho de ocupación efectiva", separata de *Saberes: Revista de Estudios Jurídicos, Económicos y Sociales*, Vol. 1, Universidad Alfonso X el Sabio, Villanueva de la Cañada, Madrid, 2003

PERA, Giuseppe: *Compendio di diritto del lavoro*, 5ª ed., Milano, Giuffrè, 2000

SASTRE IBARRECHE, Rafael: "Bases normativas y jurisprudenciales para el derecho a una ocupación efectiva", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, 2011, Vol.

39, N° 2, pp. 391-414, consultado em 25 de Setembro de 2012, em <<http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/18591/12246>>

SCHAUB, Günter, KOCH, Ulrich, e LINCK, Rüdiger: *Arbeitsrecht-Handbuch: Systematische Darstellung und Nachschlagewerk für die Praxis*, 10. Auflage, München, C. H. Beck, 2002

SIERRA HERRERO, Alfredo: "Nueva justicia laboral y el reemplazo en la huelga", *Revista de Derecho (Universidad Católica del Norte)*, 2010, Año 17, N° 1, pp. 101-113, consultado em 25 de Setembro de 2012, em <<http://www.scielo.cl/pdf/rducn/v17n1/art04.pdf>>

Jurisprudência Citada

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Proc. 679/07.2TTMAI-D.P1.S1, 28-11-2012, consultado em 5 de Julho de 2013, em <<http://www.stj.pt>>

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Proc. 105/08.0TTSNT.L1.S1, 13-07-2011, consultado em 5 de Julho de 2013, em <<http://www.stj.pt>>

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Proc. 1343/04.0TTLSB.L1.S1, 13-04-2011, consultado em 5 de Julho de 2013, em <<http://www.stj.pt>>

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Proc. 234/07.7TTSTB.S1, 15-09-2010, consultado em 5 de Julho de 2013, em <<http://www.stj.pt>>

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Proc. 08S3699, 04-03-2009, consultado em 5 de Julho de 2013, em <<http://www.stj.pt>>

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Proc. 07S4104, 02-04-2008, consultado em 5 de Julho de 2013, em <<http://www.stj.pt>>

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Proc. 07S2901, 27-02-2008, consultado em 5 de Julho de 2013, em <<http://www.stj.pt>>

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Proc. 07S2902, 09-01-2008, consultado em 5 de Julho de 2013, em <<http://www.stj.pt>>

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Proc. 07S673, 30-05-2007, consultado em 5 de Julho de 2013, em <<http://www.stj.pt>>

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, Proc. 1274/07-3, 03-07-2007, consultado em 5 de Julho de 2013, em <<http://www.dgsi.pt>>

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Proc. 26067/09.8T2SNT.L1-4, 30-05-2012, consultado em 5 de Julho de 2013, em <<http://www.dgsi.pt>>

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Proc. 2708/07.0TTLSB.L1-4, 21-03-2012, consultado em 5 de Julho de 2013, em <<http://www.dgsi.pt>>

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Proc. 3061/03.7TTLSB.L1-4, 08-02-2012, consultado em 5 de Julho de 2013, em <<http://www.dgsi.pt>>

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, Proc. 342/09.0TTBCL.P1, 04-07-2011, consultado em 5 de Julho de 2013, em <<http://www.dgsi.pt>>

Universidade Católica de Petrópolis
Centro de Teologia e Humanidades
Rua Benjamin Constant, 213 – Centro – Petrópolis
Tel: (24) 2244-4000
lexhumana@ucp.br
<http://seer.ucp.br/seer/index.php?journal=LexHumana>



LAUREANO, Abel. REFLEXÕES SOBRE A NOÇÃO DA FIGURA JURÍDICA DA OCUPAÇÃO EFECTIVA DO TRABALHADOR. **Lex Humana**, <http://seer.ucp.br/seer/index.php/LexHumana>, v. 5, n. 2, p.1-21, jul/dec. 2013. ISSN 2175-0947. Disponível em: <http://seer.ucp.br/seer/index.php?journal=LexHumana&page=article&op=view&path%5B%5D=374>. Acesso em: 18 Dec. 2013.
