

Banco de Horas – Mais Trabalho e Menos Euros

Bank of Hours – More Work and Less Euros

David Falcão

Professor Auxiliar Convidado da Universidade de Lisboa (ISEG) e Professor do Instituto
Politécnico de Castelo Branco

Sérgio Tenreiro Tomás

Professor do Instituto Politécnico do Porto

Junho de 2015

RESUMO: A introdução do regime do banco de horas no ordenamento jurídico português nunca foi consensual, realidade que foi agudizada pela instituição de duas novas modalidades de banco de horas introduzidas pela reforma laboral de 2012: individual e grupal. Tratou-se, em nossa opinião, de construir mais uma trave-mestra no edifício a que apelidamos simbolicamente de “mais trabalho e menos euros”. Uma forma subtil do legislador legitimar mais trabalho (para além do tempo normal de trabalho) a custo mais reduzido, afastando intencionalmente o regime do trabalho suplementar e da isenção de horário (normalmente prestação de trabalho com uma retribuição horária mais elevada).

Cumprido ao longo deste artigo desmistificar a influência direta do Memorando da *Troika* na introdução do regime do banco de horas no ordenamento jurídico português, analisando posteriormente a problemática constitucional e sua apreciação por parte do Tribunal Constitucional. Seguir-se-á uma análise crítica à decisão deste tribunal e às próprias opções tomadas pelo legislador na consagração do regime do banco de horas (individual e grupal), aportando-se medidas que visam proteger o trabalhador e que tencionam reforçar o princípio *pacta sunt servanda*, paradigma cada vez mais em desuso sempre que se pretende beliscar direitos dos trabalhadores que, até há bem pouco tempo, eram sabiamente considerados.

PALAVRAS-CHAVE: Banco de horas; banco de Horas Individual; banco de horas grupal; Memorando de Entendimento; *Troika*

ABSTRACT: The introduction of the bank of hours in the Portuguese legal system was never consensual, reality that was worsened by the introduction of two new types: individual and group. It was, in our opinion, to build another building block in symbolically nicknamed the “more work and less euros”. A subtle way for legitimize more work (beyond the normal working hours) at lower cost, intentionally away the overtime regime (providing job with a higher hourly rates).

Meets throughout this article demystify the direct influence of the *Troika* Memorandum on the issue of bank of hours in the Portuguese legal system, after analyzing the constitutional problem and its assessment by the Constitutional Court, followed by a critical analysis to the decision of this Court and own choices made by the legislature in the consecration of the bank of hours system, providing up measures to protect the worker and intend to strengthen the principle *pacta sunt servanda*, paradigm ever more into disuse whenever they want to nip rights of workers who, until very recently, was wisely considered as untouchable.

KEY WORDS: Bank of hours; individual bank of hours; group bank of hours; Memorandum of Understanding; *Troika*

SUMÁRIO:

1. O Regime do Banco de Horas
 2. A Falsa Herança do Memorando de Entendimento
 3. O Banco de Horas Perante o Crivo Constitucional
 4. Críticas ao Regime Atual e à Decisão do Tribunal Constitucional
- Bibliografia
- Jurisprudência

1. O Regime do Banco de Horas

Cabe, em primeiro lugar, conceptualizar o regime do banco de horas identificando os diversos tipos previstos no Código do Trabalho (CT)¹.

Instituído *ex novo* por via da Lei 7/2009 de 12 de fevereiro, pode definir-se o banco de horas como uma modalidade de organização do tempo de trabalho que admite o aumento do período normal de trabalho diário e, conseqüentemente, do semanal, prestado para além dos limites previstos no artigo 203.º do CT (8 horas diárias e 40 horas semanais). Este regime está sujeito a determinados limites que, em situações excepcionais, podem ultrapassar as 200 horas por ano, mas que, criteriosamente, não prevê o pagamento de acréscimos retributivos similares ao previsto no regime da prestação de trabalho suplementar.

Quanto aos tipos desta modalidade de organização do tempo de trabalho, o CT consagra atualmente os seguintes:

- Banco de horas por regulamentação coletiva (artigo 208.º do CT);
- Banco de horas individual (artigo 208.º-A do CT)²;
- Banco de horas grupal (artigo 208.º-B do CT)³;

No que respeita ao primeiro tipo, introduzido no período *pré-troika* pela Lei 7/2009, de 12 de fevereiro, encontra-se atualmente previsto no artigo 208.º do CT. O banco de horas por regulamentação coletiva, conforme o nome indica, pode ser instituído por Instrumento de Regulamentação Coletiva de Trabalho (IRCT), prevendo um aumento até 4 horas diárias ao período normal de trabalho com limite de 60 horas por semana e 200 horas anuais por trabalhador. Este limite de horas anuais pode ainda ser afastado por IRCT sempre que a sua utilização tenha por objetivo evitar a redução do número de trabalhadores durante um período de até 12 meses. O legislador optou, no entanto, por não consagrar o regime sobre a produção da prova, deixando à autonomia coletiva das partes este desiderato⁴.

No que respeita ao segundo tipo elencado, o banco de horas individual foi introduzido no período *Troika*⁵ pela Lei n.º 23/2012, de 25 de junho e encontra-se previsto no artigo 208.º-A do CT, podendo ser instituído por acordo escrito entre empregador e trabalhador permitindo que o período normal de trabalho diário seja aumentado até ao limite máximo de

¹ Cfr. BEATRIZ GALDEANO, "Instrumentos de gestión flexible del tiempo de trabajo en la negociación colectiva", in *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, ano XXVI, Wolters Kluwer, 2010, p. 56 e *Flexibilidad de la jornada laboral - Mecanismos legales. convencionales y contractuales para la modificación de la jornada*, València, Tirant lo Blanch, 2009, p. 91.

² Aditado pela Lei 23/2012, de 25 de junho.

³ Aditado pela Lei 23/2012, de 25 de junho.

⁴ Na opinião de Luís Miguel Monteiro, a interpretação do preceito não deverá ser realizada no sentido de permitir somente o recurso a este alargamento do limite anual, na vigência do contrato de trabalho, uma única vez quando é atingido o termo de 12 meses. Assim, para este autor, o preceito impede apenas a "aplicação por mais de doze meses da mesma disposição regulamentar que eleve para além das duzentas horas o limite anual de prestação de trabalho em regime de banco de horas", mas não obsta a que "ao abrigo de outra disposição ou ainda da mesma, se revista, o trabalhador cumpra noutro ano mais de duzentas horas em acréscimo ao seu período normal de trabalho". Cfr. LUÍS MIGUEL MONTEIRO, *AAVV., Código do Trabalho Anotado*, 7ª ed., Coimbra, Livraria Almedina, 2009, p. 518.

⁵ Constituída por representantes do Fundo Monetário Internacional, da Comissão Europeia e do Banco Central Europeu.

2 horas diárias e 50 horas semanais, estando previsto um limite de 150 horas anuais por trabalhador.

Por fim, o banco de horas grupal, igualmente introduzido pela Lei n.º 23/2012, de 25 de junho, e que se encontra previsto no artigo 208.º-B do CT. Este tipo veio legitimar que o empregador aplique o regime do banco de horas por regulamentação coletiva a todos os trabalhadores da empresa desde que pelo menos 60% sejam filiados e abrangidos pelo IRCT que o tenha instituído e do banco de horas individual a todos os trabalhadores, desde que 75% o tenham previamente acordado. Importa, no entanto, referir que nos termos do artigo 208.º-B, n.º 3 do CT, o regime de banco de horas grupal não é aplicável ao trabalhador abrangido por convenção coletiva que disponha em modo contrário a esse regime. No caso de extensão de banco de horas instituído por regulamentação coletiva o banco de horas grupal não é igualmente aplicável a trabalhador representado por associação sindical que tenha deduzido oposição a portaria de extensão da convenção coletiva em causa⁶.

No que concerne à compensação do acréscimo de trabalho prestado no âmbito do banco de horas, a lei prevê três modalidades:

- Redução equivalente do tempo de trabalho. Previsão que se assemelha ao regime da adaptabilidade (artigos 204.º e ss. do CT), porquanto no período de referência o trabalhador não prestou mais tempo de trabalho do que o inicialmente previsto, compensando o tempo de trabalho a mais com períodos em que proporcionalmente presta tempo de trabalho a menos;
- Aumento do período de férias. O tempo de trabalho prestado para além do horário normal é compensado com descanso (férias pagas)⁷;
- Pagamento em dinheiro. A única modalidade que se repercute num “enriquecimento” do trabalhador e traduz-se efetivamente em mais tempo de trabalho prestado pelo trabalhador. Nesta modalidade é inexplicável que o legislador não tenha previsto qualquer acréscimo mínimo ao valor da retribuição horária em analogia com o que sucede na prestação de trabalho suplementar (artigo 268.º CT), realidade demonstrativa da sua intenção em proporcionar que o trabalho prestado “fora de horas” seja pago como trabalho prestado dentro do horário normal de trabalho⁸.

⁶ O regime de banco de horas grupal é similar ao previsto no regime da adaptabilidade grupal (artigo 206.º do CT).

⁷ Na opinião de Monteiro Fernandes “a solução levanta problemas sérios. A circunstância de as duas formas de compensação surgirem ao lado uma da outra - não sendo, portanto, a mesma coisa - pode levar à suposição de que se tratará, no caso das férias, de algum tipo de proporcionalidade, mas não de equivalência. Ora parece inconcebível que o aumento do período de férias não seja igual, dia por dia, ao tempo de trabalho a mais que se trata de compensar. Tratando-se de uma espécie de 'devolução' ou 'reposição' de tempo ao trabalhador, caberá ainda indagar se este terá direito a subsídio de refeição (estando este ligado aos dias de trabalho). Por outro lado, a qualificação como 'férias' parece pouco congruente com o regime aplicável: nos termos do art. 264.º/2, não há lugar a subsídio de férias, e não parece também que a regra da escolha do período de concretização pelo trabalhador (art. 208.º/4-c)) possa sofrer desvio unicamente por mor dessa qualificação. Afigura-se, pois, difícil descortinar o significado e o alcance deste aditamento aos modos de compensação de trabalho a mais.” Cfr. ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, “A 'Reforma Laboral' de 2012 - Observações em torno da Lei 23/2012”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano LXXII, vol. II/III, 2012, p. 555.

⁸ A compensação do trabalho prestado ao abrigo do banco de horas pode ser feita pela combinação de estas modalidades.

Por força dos artigos 208.º, n.º 4 e 208.-A, n.º 1 do CT, o IRCT (no caso do banco de horas por regulamentação coletiva) ou o acordo entre as partes (no caso do banco de horas individual) deve regular a compensação do trabalho prestado em acréscimo, a antecedência com que o empregador deve comunicar ao trabalhador a necessidade de prestação de trabalho e o período em que a redução do tempo de trabalho para compensar trabalho prestado em acréscimo deve ter lugar, por iniciativa do trabalhador ou, na sua falta, do empregador, assim como a antecedência com que qualquer deles deve informar o outro da utilização dessa redução.

2. A Falsa Herança do Memorando de Entendimento

Analisado o regime do banco de horas atualmente em vigor cumpre dissecar a relação entre o Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica firmado, entre o Governo e a *Troika*, em 17 de maio de 2011. Sendo factual que o banco de horas por regulamentação coletiva é anterior ao referido Memorando poderia questionar-se se a introdução dos regimes do banco de horas individual e grupal no ano de 2012 surgem por imposição daquele. Não obstante o aspeto cronológico, ainda assim, é falacioso considerar-se verídica esta afirmação.

Sendo certo que a secção 4.6 do Memorando de Entendimento previa a flexibilização dos tempos de trabalho, não há, no entanto, qualquer referência ao regime do banco de horas grupal que, em nossa opinião é sem dúvida o mais controverso, mas somente ao banco de horas individual. Afere-se, deste modo, que o Governo, aproveitou a reforma ao CT de 2012 (através da Lei 23/2012, de 25 de junho), para ir mais além da *Troika*, implementando o banco de horas grupal (por opção política e previsto no Compromisso para o Crescimento, Competitividade e Emprego).

Neste contexto urge recordar que antes da introdução dos dois mais recentes tipos de banco de horas havia sido iniciado um processo de concertação social que culminou com a assinatura, em 18 de janeiro de 2012, do Compromisso para o Crescimento, Competitividade e Emprego entre o Governo e a maioria dos parceiros sociais com assento na Comissão Permanente de Concertação Social. Neste compromisso reconheceu-se que o contexto do mercado de trabalho exigia às empresas uma capacidade cada vez mais elevada de adaptação às necessidades de uma economia globalizada, manifestando a necessidade de moldar o regime do tempo de trabalho a estas necessidades, possibilitando uma melhor utilização dos recursos.

Neste sentido, as Partes Subscritoras acordaram em adotar o regime de banco de horas mediante acordo entre o empregador e o trabalhador, onde se admite o aumento de até duas horas diárias ao período normal de trabalho, com o limite de cinquenta horas semanais e de cento e cinquenta horas anuais, assim como, do banco de horas grupal, em termos similares ao regime estabelecido para a adaptabilidade grupal, caso uma maioria de 60% ou

de 75% dos trabalhadores esteja abrangida por regime de banco de horas estabelecido por instrumento de regulamentação coletiva ou por acordo das partes, respetivamente.

A referida Lei 23/2012, de 25 de junho⁹, veio formalizar, na letra do CT, o referido Compromisso, apresentando-se como medida necessária e adequada ao prosseguimento dos seguintes objetivos:

- Melhorar a legislação laboral quer através da sua atualização e sistematização, quer mediante a agilização de procedimentos;
- Promover a flexibilidade interna das empresas;
- Promover a contratação coletiva.

3. O Banco de Horas Perante o Crivo Constitucional

Analisado o regime legal do banco de horas no atual CT, cumpre debruçar-nos sobre o Acórdão do Tribunal Constitucional (TC) n.º 602/2013, de 24 de outubro de 2013¹⁰, na sequência de um requerimento de um grupo de vinte e quatro Deputados à Assembleia da República, ao abrigo do disposto no artigo 281.º, n.º 2, alínea f), da Constituição da República Portuguesa (CRP), com o intuito de obter a declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, entre outros, do artigo 208.º-A (banco de horas individual) e artigo 208.º-B (banco de horas grupal)¹¹. Neste Acórdão o TC veio a pronunciar-se pela constitucionalidade deste dois preceitos, cumprindo, deste modo, analisar alguns dos argumentos apresentados pelos requerentes e conseqüentemente pelo próprio tribunal.

No que respeita ao banco de horas individual, os referidos deputados recordaram que o acordo entre entidade patronal e trabalhador para a estipulação do banco de horas não carece da aceitação expressa do trabalhador, bastando que este não se oponha por escrito a uma proposta da entidade patronal, valendo, portanto, o seu silêncio como aceitação. Neste sentido, os deputados realçam que “fica patente o constrangimento do trabalhador na recusa de propostas, resultante da situação de vulnerabilidade deste face à entidade patronal”, considerando “de duvidosa constitucionalidade a equiparação do silêncio a acordo, já que em princípio, o silêncio não vale como declaração negocial”, porquanto “em matérias como o horário de trabalho, o consentimento presumido do trabalhador (prescindindo-se de um consentimento expresso e esclarecido), não é compatível com a natureza protecionista que a intervenção do legislador tem que assumir no domínio das relações de trabalho”¹².

⁹ Cfr. Exposição de motivos da proposta de lei n.º 46/XII que esteve na base da Lei n.º 23/2012, de 25 de junho.

¹⁰ Acórdão do TC de 20.09.2013 (PEDRO MACHETE), in <<http://www.tribunalconstitucional.pt/>> (20.06.2015).

¹¹ Importa referir que o banco de horas por regulamentação coletiva já havia passado pelo crivo constitucional. Cfr. Acórdão do TC de 08.11.2010 (JOSÉ BORGES SOEIRO), in <<http://www.tribunalconstitucional.pt/>> (20.06.2015).

¹² Cfr. JOSÉ JOÃO ABRANTES ABRANTES, “O Código do Trabalho e a Constituição”, in *Questões Laborais*, Ano X, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 129.

Oportunamente os requerentes aventam a hipótese do prazo para a referida oposição do trabalhador ao estabelecimento do banco de horas individual poder coincidir com período de férias, alegando que se o trabalhador não manifestar a sua oposição no prazo de 14 dias seguintes ao conhecimento da mesma (artigo 205.º, n.º 4 do CT), nenhum mecanismo de salvaguarda dos interesses e direitos dos trabalhadores está previsto para que se ilida a presunção de aceitação.

O TC, nos seus argumentos, começa por considerar que as medidas concretamente aprovadas pela Lei 23/2012, de 25 de junho, visavam, entre outras, a “redução de custos associados à prestação de trabalho fora do período normal (diminuição das contrapartidas e flexibilização dos tempos de trabalho”¹³, alegando que se inscreviam no conjunto de medidas que tinham vindo a ser adotadas no sentido de aumentar a flexibilidade na organização do tempo de trabalho¹⁴ baseado nas seguintes razões:

- O custo associado ao trabalho suplementar;
- As limitações inerentes à prática do trabalho suplementar;
- A inconstância dos ciclos produtivos¹⁵.

Face aos argumentos apresentados pelo conjunto dos deputados, no que respeita ao banco de horas individual, o TC recorda o Acórdão n.º 338/2010¹⁶, onde se debruçou sobre a regra paralela respeitante ao regime da adaptabilidade individual contida no artigo 205.º, n.º 4, do CT (para o qual o n.º 2, do artigo 208.º-A remete), e no qual decidiu não declarar a inconstitucionalidade do mencionado artigo 205.º, por se entender “que o facto de o silêncio não ter em geral valor declarativo (artigo 218.º do Código Civil), não significa que a lei não lhe possa conferir esse valor, quando se entenda que é razoável supor a diligência correspondente a um dever de resposta”.

O TC veio considerar que as razões apontadas no seu anterior Acórdão “são inteiramente transponíveis para o caso em apreço”, acrescentando que “também agora se impõe um juízo negativo de inconstitucionalidade relativamente à norma do artigo 208.º-A, n.º 2, do Código

¹³ Cfr. PEDRO ROMANO MATINEZ, “O Código do Trabalho e a reforma de 2012. Apreciação geral” in *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Ano LIII (XXVI da 2ª Série), Coimbra, Livraria Almedina, 2012, pp. 11-184.; FERNANDES, António Monteiro, “A ‘Reforma Laboral’ de 2012 - Observações em torno da Lei 23/20122 in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano LXXII, vol. II/III, 2012, pp. 545-573; GOMES, JÚLIO, “Algumas reflexões sobre as alterações introduzidas no Código do Trabalho pela Lei n.º 23/2012 de 25 de junho”; in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano LXXII, vol. II/III, 2012, pp. 575-617; ANTÓNIO ANTUNES DE CARVALHO, “Tempo de trabalho” in *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Ano LIII (XXVI da 2ª Série), Coimbra, Livraria Almedina, 2012, pp. 21-34.

¹⁴ Resultou dos trabalhos preparatórios da Lei n.º 23/2012, de 25 de junho, que a mesma se destinava a dar resposta às exigências em matéria de legislação laboral decorrentes dos compromissos assumidos no quadro do Memorando da *Troika* tendo em vista o fomento da economia, via aumento da produtividade e da competitividade das empresas, a criação de emprego e o combate à segmentação do mercado de trabalho.

¹⁵ Como o Tribunal Constitucional referiu no seu Acórdão n.º 338/2010, embora o Código do Trabalho preveja no artigo 203.º, n.º 1, como regra, que “o período normal de trabalho não pode exceder oito horas por dia e quarenta horas por semana”, o mesmo diploma consagra igualmente mecanismos de organização do tempo de trabalho diversos do esquema semanal de 8 horas por dia e 40 horas semanais que permitem adequar os horários de trabalho às necessidades das empresas tendo em conta as variações mensais e anuais dos fluxos de trabalho (cfr. o n.º 8 da respetiva fundamentação). Todos esses mecanismos preveem um aumento do número de horas que constituem o período normal de trabalho diário e/ou semanal. Cfr. Acórdão do TC de 22.09.2010 (JOSÉ BORGES SOEIRO), in <<http://www.tribunalconstitucional.pt/>> (20.06.2015).

¹⁶ Acórdão do TC de 22.09.2010 (JOSÉ BORGES SOEIRO), in <<http://www.tribunalconstitucional.pt/>> (20.06.2015).

do Trabalho. Com efeito, também esta não prevê uma pura imposição unilateral do banco de horas individual, antes permite a oposição do trabalhador, manifestada por escrito em determinado prazo”, considerando “que a valoração do silêncio como declaração negocial de aceitação não é, em si mesma, inconstitucional. Embora a regra infraconstitucional seja a de que o silêncio não vale como declaração negocial (artigo 218.º do Código Civil), não há, em abstrato, obstáculo constitucional a que uma lei laboral lhe atribua esse valor”.

O TC conclui a sua linha de pensamento considerando que “a exigência de um acordo para a instituição do banco de horas individual, ainda que tácito, não deixa na inteira disponibilidade do empregador a utilização individualizada deste mecanismo de flexibilização do tempo de trabalho. É dada oportunidade a que o trabalhador exprima a sua vontade em contrário, inviabilizando, desse modo, a instauração de um banco de horas que lese interesses pessoais e familiares determinantes. Desse modo, é preservada, no essencial, a garantia de conciliação da vida profissional com esses interesses”.

No que respeita ao banco de horas grupal, o mesmo grupo de deputados considerou que se trata de “um banco ‘forçado’ (baseado numa decisão apenas maioritária), que não resulta de acordo, coletivo ou individual, e pode ser imposto contra a vontade manifestada pelos trabalhadores que não o aceitaram, sendo inadmissível que em matéria de flexibilidade do tempo de trabalho e alteração de horas de trabalho não seja mantido o princípio da aceitação individual; e que a extensão do banco de horas, previsto em convenção coletiva de trabalho, por decisão unilateral da entidade patronal, a trabalhadores não sindicalizados ou filiados em sindicato que não tenha outorgado a convenção, configura uma violação do princípio da liberdade sindical (artigo 55.º, n.º 2, alínea b), da Constituição”.

O TC, na sua argumentação, voltou a recordar o Acórdão n.º 338/2010, no qual se havia pronunciado no sentido da admissibilidade constitucional do regime da adaptabilidade grupal¹⁷ com fundamentos que, no essencial, também se mostram aptos a justificar a legitimidade constitucional do banco de horas grupal. O TC considerou que “à semelhança do que sucede com a adaptabilidade grupal, o banco de horas homónimo impõe que a disponibilidade de uma maioria de trabalhadores para aceitar um regime de flexibilização do tempo de trabalho se sobreponha às situações específicas de cada trabalhador individualmente considerado. Subjaz aos dois institutos uma ideia de solidariedade que justifica a subordinação de interesses individuais ao interesse coletivo em articulação com o interesse da boa gestão empresarial”.

Relativamente aos dois tipos de bancos de horas (individual e grupal), os requerentes consideraram ainda que são incompatíveis com a garantia constitucional de que o trabalho deve ser organizado de forma a permitir a conciliação da atividade profissional com a vida familiar (artigo 59.º, n.º 1, alínea b) *in fine*, da CRP) e que constituem uma restrição ilegítima do direito ao repouso (artigo 59.º, n.º 1, alínea d) da CRP).

¹⁷ Cfr. MARIA PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho*, parte II, 2ª ed., Coimbra, Livraria Almedina, 2015, p. 473.

No que respeita ao banco de horas individual, o TC veio considerar “que é a própria natureza individual do banco de horas em análise, quer no processo da sua criação, quer, eventualmente, na modulação temporal dos períodos de trabalho, que pode assegurar uma disponibilidade de tempos livres consentânea, no essencial, com os interesses pessoais de cada trabalhador. Não vigorando o banco de horas contra a vontade do trabalhador (por condicionada que esta esteja numa relação de emprego), este tem, como já foi dito, oportunidade de ponderar se os tempos de trabalho propostos preservam suficientemente os interesses atinentes aos seus particulares modo e condições de vida pessoal e familiar, decidindo em conformidade.

Ainda neste domínio, mas no que respeita à introdução do banco de horas grupal, o TC concluiu “que as limitações de direitos individuais dos trabalhadores que não tenham consentido direta ou indiretamente na instituição do regime de banco de horas grupal são apenas as necessárias a assegurar o exercício do poder de direção do empregador – que é também ele expressão de uma liberdade fundamental, a de iniciativa económica (cfr. o artigo 61.º, n.º 1, da Constituição) – em ordem a assegurar a viabilidade desse regime no interesse da gestão da empresa e, em última análise, também no interesse comum dos próprios trabalhadores abrangidos e que aquelas limitações, em si mesmas, e por não representarem um sacrifício mais oneroso do que aquele que poderia resultar da desconsideração dos interesses protegidos por via desse mesmo regime, não são excessivas; ao invés, as mesmas encontram-se numa justa medida com os fins constitucionalmente relevantes e que são visados pelo regime em apreço”.

4. Críticas ao Regime Atual e à Decisão do Tribunal Constitucional

Relativamente ao banco de horas individual e retomando os argumentos dos requerentes consideramos que o período de ausência ao trabalho justificada (licenças, faltas ou férias) não deve ser tida em conta para efeitos da contagem dos 14 dias¹⁸ necessários para que a aceitação tácita por parte do trabalhador seja considerada. Sendo certo que o referido prazo só começa a contar após o trabalhador ter conhecimento da proposta do empregador, poderá suceder que esta assunção ocorra, por exemplo, nos dias antecedentes às férias ou mesmo durante este período, viabilizando a hipótese do trabalhador ter de tomar providências durante o gozo das férias sempre que deseje opor-se à referida proposta, quando supostamente este período serviria apenas para lhe proporcionar a sua “recuperação física e psíquica”.

Ainda no que respeita à aceitação tácita por parte do trabalhador consideramos que havia sido preferível que o legislador houvesse consagrado a possibilidade daquele revogar a sua decisão. Se o legislador faculta ao trabalhador a possibilidade de denúncia do contrato

¹⁸ A presunção de aceitação verifica-se de igual modo no regime da adaptabilidade individual (artigo 205.º, n.º 4 do CT).

(artigo 402.º CT), não faz sentido, quando a nós, que o possa deixar de fazer sobre um aspeto acessório da relação juslaboral. Recordando os princípios da interpretação da lei, damos destaque àquele que afirma “se a lei permite o mais também permite o menos”; ou seja, a possibilidade de denúncia do acordo após um período pré-determinado de vigência se encontrar cumprido. Tal, permitiria que o trabalhador não receasse vincular-se a um banco de horas individual perante maiores exigências familiares e pessoais eventuais e futuras. Uma das soluções, que neste sentido podia ser pensada pelo legislador, de forma a minimizar o impacto do banco de horas individual, por um lado e, por outro, evitar a perpetuação *ad aeternum* do acordo que o institui, seria a eventual aposição a esse acordo de um termo resolutivo certo em moldes semelhantes ao do regime da caducidade previsto para o contrato a termo resolutivo certo (artigo 344.º n.º 1 do CT), facultando-se ao trabalhador a possibilidade de denunciá-lo dentro de prazo e nos termos a regular. Por outras palavras, um mecanismo que permita ao trabalhador, decorrido determinado período após a celebração do acordo (por ex. 1 ano), denunciá-lo de forma a que este não se renove sendo que, no seu silêncio, este renovar-se-ia por igual período. Pois, sendo a relação laboral dinâmica, as razões que conduziram o trabalhador à aceitação do banco de horas individual podem deixar de se verificar e esta seria uma forma de se adaptar a Lei a estas eventuais contingências.

Trata-se igualmente de um regime que levanta muitas dúvidas no que concerne à sua constitucionalidade, fundamentalmente pelo facto de que o “acordo” que institui o banco de horas individual ser uma imposição travestida de consentimento, mais visível ainda no caso dos contratos a termo, no qual o trabalhador receando a caducidade do seu contrato, terminará invariavelmente por aceitar na sua esfera jurídica a implementação desta modalidade de organização de tempo de trabalho.

No que respeita ao banco de horas grupal, parece-nos revelador o menosprezo pela vontade individual do trabalho que pode, deste modo, ver-se obrigado a estar subjugado a um regime do qual não pretende fazer parte, apenas e tão só, porque há uma “maioria” que o acolhe. O TC, descurando completamente a parte mais débil da relação laboral sustentou a imposição da disponibilidade de uma maioria de trabalhadores para aceitar um regime de flexibilização do tempo de trabalho se sobreponha às situações específicas de cada trabalhador individualmente considerado. Subordinou, deste modo, interesses individuais ao interesse coletivo em articulação com o interesse da boa gestão empresarial (artigos 61.º n.º1, 80.º al. c) e 86.º n.º2 da CRP).

A nossa opinião é que dita constitucionalidade é duvidosa porquanto o regime parece violar o princípio da liberdade sindical.

Por outro lado, esvazia de conteúdo o princípio da filiação legitimando que o empregador aplique um regime previsto num IRCT, a trabalhadores não filiados na associação sindical que o tenha celebrado, admitindo o estabelecimento, por decisão unilateral do empregador, de um regime forçado que inicialmente não vinculava determinados trabalhadores,

estabelecendo aquilo a que podemos apelidar de “portariuzinha de extensão”¹⁹, porquanto a entidade empregadora, como que revestida de um manto governamental, sem, no entanto, ter de se deparar com as desvantagens de obediência a critérios como a “ponderação de circunstâncias sociais e económicas que a justifiquem” ou a “falta de instrumento de regulamentação colectiva de trabalho negocial” decide unilateralmente estender os efeitos de um IRCT, que preveja a aplicação do banco de horas a 60% dos trabalhadores de uma equipa, secção ou unidade económica ao remanescente dos seus trabalhadores. Significa por outras palavras que os trabalhadores que não se revejam na representação sindical correm, ainda assim, sérios riscos de se verem vinculados às regras emanadas da regulamentação coletiva. Compreendemos o desiderato governamental em incrementar a aplicação da contratação coletiva ao maior número de trabalhadores, mas supera as expectativas, pela negativa, o recurso a formas tão imaginativas de atingir tais objetivos.

Tal constitucionalidade pode ainda ser questionada na medida em que ao legitimar-se o aumento do número de horas da jornada laboral sem que, obrigatoriamente, sejam proporcionalmente reduzidas coloca-se em causa, por um lado, o direito ao repouso e lazeres e, por outro, o direito à retribuição, ambos previstos no artigo 51.º da CRP, por ser um regime que, claramente, visa afastar o pagamento de trabalho suplementar²⁰.

Não obstante considerarmos que algumas das exceções aos limites ao período normal de trabalho facilitam a organização do tempo de trabalho, permitindo às empresas a distribuição das horas em função da necessidade sem que, para tal, tenham de suportar um acréscimo no valor da retribuição horária previsto no trabalho suplementar e em certas situações, a descanso compensatório²¹ (nos casos em que aquele não tenha sido eliminado por IRCT - artigo 268.º, n.º 3 do CT) ²² ou da isenção de horário²³, cumpre recordar que além destas

¹⁹ Na esteira da feliz expressão “banquinho de horas” utilizada por Catarina de Oliveira Carvalho. Cfr. CATARINA DE OLIVEIRA, “A desarticulação do regime legal do tempo de trabalho” in *Direito do trabalho + crise = crise do direito do trabalho?*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 393.

²⁰ A propósito de remuneração justa cfr. Artigo 4.º da Carta Social Europeia.

²¹ Nas palavras de Monteiro Fernandes “Trata-se de um expediente dotado de um potencial elevado de perturbação da vida pessoal e familiar do trabalhador, além do facto de redundar na conversão de horas suplementares em horas normais, isto é, em perda de rendimento para o mesmo trabalhador”. Cfr. ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, “A ‘Reforma Laboral’ de 2012 - Observações em torno da Lei 23/2012”; in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano LXXII, vol. II/III, 2012, p. 554.

²² Tendo em consideração que o trabalho suplementar só pode ser exigido nas condições definidas do artigo 227.º do CT (acrécimo eventual e transitório de trabalho, em caso de força maior ou quando seja indispensável para prevenir ou reparar prejuízo sério grave para a empresa ou para a sua viabilidade) e impõe deveres de registo específicos (artigo 231.º do CT), poderá afigurar-se mais vantajoso o recurso ao banco de horas. Neste sentido Catarina de Oliveira Carvalho questiona se não seria possível chegar a um resultado próximo ampliando ou afastando, por IRCT, os requisitos do art. 227.º, argumentando “que a norma nada prevê a este respeito, o que conduziria, na actual arquitectura das fontes presente no art. 3.º, n.º 1, a presumir a respectiva supletividade em face da contratação colectiva, salvo se se entender que esta questão colide com os limites à duração dos períodos normais de trabalho ou com a duração mínima dos períodos de repouso, situação em que o afastamento só poderia verificar-se em sentido mais favorável aos trabalhadores (art. 3.º, n.º 3, als. g) e h), do CT)”. Cfr. CATARINA DE OLIVEIRA CARVALHO, “A desarticulação do regime legal do tempo de trabalho” in *Direito do trabalho + crise = crise do direito do trabalho?*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p.393.

²³ “O regime de isenção de horário, previsto nos artigos 218.º e 219.º do CT parte do paradigma da inexistência de horário de trabalho, permitindo às partes acordarem: a não sujeição aos limites máximos do período normal de trabalho; o aumento do período normal de trabalho por dia ou por semana; a observância do período normal de trabalho (artigo 219.º, n.º 1, do CT) Cfr. ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, 17.ª ed., Coimbra, Livraria Almedina, 2014, pp. 339-345. Comparando o regime de isenção de horário com o regime do banco de horas, este apresenta algumas vantagens porquanto a isenção de horário só pode ser aplicada nas situações referidas no artigo 218.º, n.º 1 do CT. Além disso, o artigo 265.º do CT impõe o pagamento de uma contrapartida retributiva mínima, embora seja possível a previsão de montantes inferiores

figura já existem modalidades de organização de tempo de trabalho que podem cumprir este desiderato, como o regime da adaptabilidade²⁴ e o horário concentrado²⁵. Apesar de estas modalidades de organização do tempo de tempo de trabalho não implicarem o pagamento de trabalho suplementar, também não implicam mais horas de trabalho em média ou num determinado período de referência. O banco de horas, no entanto, para além de poder implicar efetivamente mais horas de trabalho, mas cuja retribuição horária pode ser igual à prestada no período normal de trabalho, dando voz ao chavão “mais trabalho e menos euros”, levanta uma questão extremamente sensível relacionada com o não afastamento da aplicação simultânea do regime da adaptabilidade: Na hipótese de um IRCT estabelecer o regime da adaptabilidade, em que o período normal de trabalho diário pode ser aumentado até 4 horas e, simultaneamente um banco de horas, em que o aumento do período normal de trabalho diário pode, igualmente, chegar às 4 horas, o trabalhador cujo período normal de trabalho diário sejam de 8 horas, pode ver-se obrigado a prestar, durante um determinado período, 16 horas de trabalho. Esta realidade ainda se tornará mais perversa se se considerar a eventual prestação de trabalho suplementar, porquanto nada impede o banco de horas de poder coexistir com a existência desta ou com um alargamento do período normal de trabalho por força do artigo 210.º do CT via IRCT.

em instrumento de regulamentação coletiva de trabalho ou a renúncia ao acréscimo retributivo quando o trabalhador exerça cargo de administração ou de direção. Cfr. CATARINA DE OLIVEIRA CARVALHO, “A desarticulação do regime legal do tempo de trabalho” in *Direito do trabalho + crise = crise do direito do trabalho?*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pp. 359-406.

²⁴ O regime de adaptabilidade encontra-se regulado nos artigos 204.º a 207.º do CT, admitindo que o período normal de trabalho seja aumentado até quatro horas por dia e sessenta horas por semana, não excedendo cinquenta horas em média num período de dois meses (adaptabilidade por regulamentação coletiva) ou até duas horas por dia e cinquenta horas por semana (adaptabilidade individual). Há, no entanto, uma vantagem em recorrer ao banco de horas perante as eventuais dificuldades da entidade empregadora prever, com a antecedência suficiente, as necessidades acrescidas de trabalho, porquanto o regime da adaptabilidade exige alguma previsão e a afixação dos novos horários com a antecedência mínima de 7 dias ou 3 dias nos casos das microempresas. Este regime, no entanto, não é aplicável quando a duração do horário concentrado não seja superior a uma semana, desde que a alteração de horário seja registada em livro próprio, com a menção de que foi consultada a estrutura de representação coletiva dos trabalhadores (comissão de trabalhadores ou, na sua falta, à comissão sindical ou intersindical ou aos delegados sindicais), e o empregador não recorra a este regime mais de três vezes por ano. O banco de horas, porque não está sujeito a este regime, permite mais facilidade em conjugar a necessidade de maior ou menor prestação de trabalho. Os artigos 208.º, n.º 4 al. b) e 208-A, n.º 1 do CT determinam que o IRCT (banco de horas por regulamentação coletiva) ou o acordo entre o empregador e o trabalhador (banco de horas individual) deve regular a antecedência com que o empregador deve comunicar ao trabalhador a necessidade de prestação de trabalho. Não obstante as atuais vantagens neste domínio proporcionadas pelo banco de horas nada obsta a que o legislador introduza semelhante flexibilidade ao regime de adaptabilidade. Cfr. LUÍS MIGUEL MONTEIRO, *AAVV., Código do Trabalho anotado*, 7ª ed., Coimbra, Livraria Almedina, 2009, p. 529.

²⁵ O regime do horário concentrado encontra-se previsto no artigo 209.º do CT, admitindo-se que o período normal de trabalho possa ser aumentado até quatro horas diárias por acordo entre empregador e trabalhador ou por IRCT. Nesta segunda hipótese, o IRCT deve regular a retribuição e outras condições da sua aplicação, no entanto, na primeira modalidade o legislador não prevê que as condições da aplicação do regime de horário concentrado sejam consagradas pelas partes, pelo que lhe é aplicável o regime do artigo 217.º do CT, devendo ser fixada na empresa a alteração de horário com antecedência de sete dias relativamente ao início da sua aplicação ou de três dias em caso de microempresa. Este regime no entanto não é aplicável quando a duração do horário concentrado não seja superior a uma semana, desde que a alteração de horário seja registada em livro próprio, com a menção de que foi consultada a estrutura de representação coletiva dos trabalhadores (comissão de trabalhadores ou, na sua falta, à comissão sindical ou intersindical ou aos delegados sindicais), e o empregador não recorra a este regime mais de três vezes por ano. Deste modo, comparando o regime de horário concentrado estabelecido por acordo entre o empregador e o trabalhador e o regime do banco de horas, conclui-se que este permite a consagração de um menor prazo de antecedência que possibilitará uma maior flexibilidade para o empregador no momento de solicitar a prestação de trabalho para além do período normal de trabalho. Não obstante a atual consagração, nada impede que o legislador introduza semelhante flexibilidade ao regime de horário concentrado estabelecido por acordo entre empregador e trabalhador.

Importa, no entanto, ainda neste âmbito, ter presente que os limites consagrado no artigo 211.º, n.º 1 do CT, que decorre da transposição do artigo 6.º da Diretiva 2003/88/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de Novembro de 2003, determina que “a duração média do trabalho semanal, incluindo trabalho suplementar, não pode ser superior a quarenta e oito horas, num período de referência estabelecido em instrumento de regulamentação colectiva de trabalho que não ultrapasse 12 meses ou, na falta deste, num período de referência de quatro meses, ou de seis meses nos casos previstos no n.º 2 do artigo 207.º”. Por força do artigo 211.º, n.º 4 do CT este regime “não se aplica a trabalhador que ocupe cargo de administração ou de direcção ou com poder de decisão autónomo, que esteja isento de horário de trabalho, ao abrigo das alíneas a) ou b) do n.º 1 do artigo 219.º”.

Surpreendentemente, ou talvez não, a violação dos limites máximos determinados pelo artigo 211.º do CT não implica qualquer responsabilidade contraordenacional, ao contrário do que sucede com as restantes normas relativas à duração e organização do tempo de trabalho.

Conclui-se, desta forma, que o banco de horas, é uma modalidade de organização do tempo de trabalho que permite mais trabalho por menos euros e que não se encontra limitado a situações pré-determinadas como sucede com a isenção de horário ou o trabalho suplementar; exige um menor prazo no que respeita à antecedência com que o empregador deve comunicar ao trabalhador a necessidade de prestação de trabalho para além do período normal quando comparado com a menor amplitude do regime da adaptabilidade ou do horário concentrado (por acordo entre empregador e trabalhador) e tem como o bónus o não afastamento da figura do trabalho suplementar (ao contrário do que sucede no regime da adaptabilidade salvo o trabalho suplementar prestado por motivo de força maior) e do regime da adaptabilidade (ao contrário do que sucede no regime do horário concentrado).

As vantagens do regime do banco de horas em termos de retribuição, amplitude flexibilidade e compatibilidade com outros regimes que admitem a prestação para além do período normal de trabalho, quando comparadas com outras formas de organização do tempo de trabalho, termina, em nossa opinião, por agudizar a preocupação deste regime poder ser consagrado contra a vontade do trabalhador (banco de horas grupal), da irreversibilidade do acordo ou do aproveitamento da sua maior vulnerabilidade quando se encontra vinculado por um contrato de trabalho precário, e do valor do silêncio enquanto declaração negocial (banco de horas individual).

Urge tomar medidas que eliminem as hipóteses da consagração do banco de horas grupal e que protejam o trabalhador no banco de horas individual permitindo o “direito ao arrependimento”, potenciando uma verdadeira liberdade contratual aos trabalhadores contratados a termo resolutivo e protegendo os trabalhadores mais suscetíveis de ceder a pressões do empregador no momento da proposta efetuada por este e não contabilizar os dias de férias, faltas e licenças na contagem dos 14 dias após o conhecimento daquela.

Bibliografia

- ABRANTES, JOSÉ JOÃO, “O Código do Trabalho e a Constituição”, in *Questões Laborais*, Ano X, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pp. 123-154
- CARVALHO, ANTÓNIO ANTUNES DE, “Tempo de trabalho” in *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Ano LIII (XXVI da 2.^a Série), Coimbra, Livraria Almedina, 2012, pp. 21-34
- CARVALHO, CATARINA DE OLIVEIRA, “A desarticulação do regime legal do tempo de trabalho” in *Direito do trabalho + crise = crise do direito do trabalho?*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pp. 359-406
- FERNANDES, ANTÓNIO MONTEIRO, “A 'Reforma Laboral' de 2012 - Observações em torno da Lei 23/2012”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano LXXII, vol. II/III, 2012, pp. 545-573
- Direito do Trabalho*, 17.^a ed., Coimbra, Livraria Almedina, 2014
- GALDEANO, BEATRIZ, “Instrumentos de gestión flexible del tiempo de trabajo en la negociación colectiva”, in *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, ano XXVI, Wolters Kluwer, 2010, pp. 33-62
- Flexibilidad de la jornada laboral - Mecanismos legales. convencionales y contractuales para la modificación de la jornada*, València, Tirant lo Blanch, 2009
- GOMES, JÚLIO, “Algumas reflexões sobre as alterações introduzidas no Código do Trabalho pela Lei n.º 23/2012 de 25 de junho”; in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano LXXII, vol. II/III, 2012, pp. 575-617
- MARTINEZ, PEDRO ROMANO, “O Código do Trabalho e a reforma de 2012. Apreciação geral” in *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Ano LIII (XXVI da 2.^a Série), Coimbra, Livraria Almedina, 2012, pp. 11-184
- MONTEIRO, LUÍS MIGUEL, AAVV., *Código do Trabalho anotado*, 7.^a ed., Coimbra, Livraria Almedina, 2009
- RAMALHO, MARIA PALMA, *Tratado de Direito do Trabalho*, parte II, 2.^a ed., Coimbra, Livraria Almedina, 2015

Jurisprudência

- Acórdão do TC de 22.09.2010 (José Borges Soeiro), in <<http://www.tribunalconstitucional.pt/>> (20.06.2015).
- Acórdão do TC de 08.11.2010 (José Borges Soeiro), in <<http://www.tribunalconstitucional.pt/>> (20.06.2015).

Acórdão do TC de 20.09.2013 (Pedro Machete), in <<http://www.tribunalconstitucional.pt/>> (20.06.2015).