

Considerações sobre o trabalho intermitente*

ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO**

1. Enquadramento da figura no Código do Trabalho

I. A introdução no ordenamento jurídico português da figura do contrato de trabalho intermitente constituiu uma das inovações operadas pelo Código do Trabalho de 2009. Porém, ao contrário de outras novidades que resultavam de propostas ou sugestões que vinham sendo debatidas ou de aperfeiçoamentos do regime de 2003, a institucionalização do trabalho intermitente não deixou, como à data sublinhou TATIANA GUERRA DE ALMEIDA, de causar alguma surpresa¹.

Certamente que este modo específico de aproveitamento do trabalho subordinado era já conhecido na lei portuguesa, desde logo por força das normas do regime jurídico especial sobre prestação subordinada de trabalho pelos artistas e outros trabalhadores do espectáculo².

* *Este texto colige um conjunto de reflexões sobre o regime legal do trabalho intermitente, que mais empalidece perante a estatura do Homenageado, o Senhor Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier, de quem tenho o privilégio de ser um dos discípulos.*

** Mestre em Direito. Docente colaborador da Escola de Direito de Lisboa da Universidade Católica Portuguesa.

¹ “O novo regime jurídico do trabalho intermitente”, in J. VIEIRA GOMES/CATARINA DE OLIVEIRA CARVALHO (coord.), *Direito do Trabalho + Crise = Crise do Direito do Trabalho?*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pág. 348.

² Art. 8.º da Lei n.º 4/2008, de 7 de Fevereiro, sobre o exercício intermitente da prestação de trabalho. Esta disposição foi alterada pela Lei n.º 28/2011, de 16 de Junho, tendo agora a epígrafe “contrato por tempo indeterminado com exercício intermitente da prestação de trabalho”.

A novidade foi, ao tempo, enquadrada na especificidade do trabalho nos espectáculos³. Mesmo assim, os termos em que este modelo contratual estava consagrado logo suscitaram, um extenso e substancial rol de questões, rodeando-o de grande incerteza⁴.

A previsão de um modelo negocial articulando tempos de disponibilidade e de trabalho efectivo era, porém, anterior. No âmbito do regime do trabalho temporário era já admitida, desde 1999⁵, a celebração de

³ Veja-se, por ex., MARGARIDA PORTO, *A participação de menor em espectáculo ou outra actividade de natureza cultural, artística ou publicitária. Análise das especificidades do regime legal*, Coimbra, Almedina, 2010, pág. 125: “a introdução da possibilidade de exercício da prestação de trabalho com carácter intermitente constituiu uma inovação na legislação portuguesa que [...] procurou ultrapassar um dos obstáculos à contratação por tempo indeterminado no sector dos espectáculos”. Sobre as particularidades do trabalho nos espectáculos, cfr. B. LOBO XAVIER, “Contratos de trabalho dos profissionais dos espectáculos (direito aplicável)”, *RDES*, 1986, n.º 1, págs. 126 e 128 e ss.

⁴ Cfr. por todos JÚLIO GOMES, “Da fábrica à fábrica de sonhos – primeiras reflexões sobre o regime dos contratos de trabalho dos profissionais de espectáculos”, in *Liberdade e Compromisso – Estudos dedicados ao Professor Mário Fernando de Campos Pinto*, vol. II, Lisboa, UCP, 2009, págs. 269 e ss. Diga-se, aliás, que a própria figura do trabalho intermitente, em si mesma, tem suscitado profusão de interrogações e dúvidas nos países onde tem sido consagrada. Por isso mesmo, a sua história tem sido atribulada: a previsão do trabalho intermitente começou a constar dos arts. L. 212-4-8 a L. 212-4-11 do *Code du Travail* em 1986, para ser eliminado em 1993 (substituído por uma modalidade flexível de trabalho a tempo parcial) e novamente recolocado no *Code* em 2000 – arts. L. 212-4-12 a L. 212-4-15, hoje L. 3123-31 a L. 3123-37 – veja-se J. M. VERDIER/A. CŒURET/M.-A. SOURIAU, *Droit du Travail*, 12.^a ed., Paris, Dalloz, 2002, págs. 446-447; em Itália, foi introduzida em 2003, no âmbito da reforma Biagi, para ser eliminada pela Lei 247/2007 e, posteriormente, ripristinada pela Lei 133/2008; mais recentemente, foi objeto de alterações no âmbito da reforma do mercado de trabalho de 2012/2013 (reforma Fornero) – cfr. M. VINCIERI, “Il lavoro intermitente”, in L. FIORILLO/A. PERULLI (dir.), *Il Nuovo Diritto del Lavoro*, vol. II, Turim, Giapichelli Ed., 2014, págs. 249-251. No direito espanhol, o espaço funcional do trabalho intermitente é ocupado por duas figuras distintas, o contrato a tempo parcial fixo periódico (art. 12.º do *Estatuto de los Trabajadores*) e o contrato dos trabalhadores fixos descontínuos (n.º 8 do art. 15.º do *Estatuto*), integrado até 2001 no regime do trabalho a tempo parcial – cfr. por todos, J. M. SAN CRISTÓBAL VILLANUEVA *et alii*, *Estatuto de los Trabajadores Comentado*, 2.^a ed., Madrid, El Derecho, 2011, págs. 221 e ss. e 309 e ss., M. C. PALOMEQUE LÓPEZ/M. ÁLVAREZ DE LA ROSA, *Derecho del Trabajo*, 21.^a ed., Madrid, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 2013, págs. 611-613; para uma descrição da complexa evolução legislativa, J. F. ESCUDERO MORATALLA/G. POYATOS I MATAS, *Trabajadores a tiempo parcial*, Barcelona, Bosch, 2002.

⁵ Por força da profunda alteração introduzida pela Lei n.º 146/99, de 1 de Setembro, ao regime do trabalho temporário estabelecido pelo Decreto-Lei n.º 358/99, de 17 de Outubro. Assinalando este antecedente, MARIA REGINA REDINHA, “Código novo ou

contratos de trabalho por tempo indeterminado para cedência temporária, cuja execução envolveria períodos em que não teria lugar a efectiva realização de trabalho, sujeitos a um conjunto específico de regras⁶.

Por outro lado, é bem conhecida a tendência, que vinha ganhando força, em particular ao longo das duas décadas anteriores, para a multiplicação de formas de prestação do trabalho⁷. A proliferação de esquemas negociais – na expressão de PERULLI, “a multiplicação e remodelação de tipos contratuais flexíveis”⁸ –, tanto ao nível comunitário (simbolizada na aprovação das directivas sobre trabalho a tempo parcial, trabalho a termo e trabalho temporário)⁹ como, sobretudo, no plano da evolução de alguns sistemas nacionais (com especial destaque para a Itália e a reforma BIAGI) – tem vindo a romper com o modelo laboral clássico¹⁰. Esta tendência é

código revisto? – A propósito das moaldades do contrato de trabalho”, in P. MORGADO DE CARVALHO (coord.), *Código do Trabalho – A Revisão de 2009*, Coimbra, Coimbra Ed., 2011, pág. 247.

⁶ Ao contrário, não tem relevância, para este efeito, a já antiga previsão de contratos para a prestação de trabalho acentuadamente intermitente ou de simples presença [alínea b) do n.º 2 do art. 6.º do Decreto-Lei n.º 409/71, de 27 de Setembro]. Nestas situações estamos perante actividades cuja realização não implica “um contínuo e constante dispêndio de energias psicofísicas”, mas em que o trabalhador está sempre a prestar o trabalho devido, enquanto o trabalho intermitente implica a pura e simples alternância de trabalho e não trabalho – R. VOZA, “Il lavoro intermittente” in F. CARINCI (dir.), *Diritto del Lavoro*, 2.ª ed., II, 2.º tomo, Turim, UTET, 2007, pág. 1405.

⁷ Veja-se B. LOBO XAVIER, “Novos contratos, novas realidades e Direito Laboral”, *RDES*, 2005, n.ºs 2, 3 e 4, pág. 155 e ss.

⁸ “La riforma del mercato di lavoro: bilancio e prospettive”, in L. MARIUCCI (org.), *Dopo la flessibilità, cosa?*, Bolonha, Il Mulino, 2006, pág. 192.

⁹ Como bem notam J. LEAL AMADO/ J. NUNES VICENTE (“Contrato de Trabalho Intermitente” in A. MOREIRA (coord.), *XI – XII Congresso Nacional de Direito do Trabalho – Memórias*, Coimbra, Almedina, 2009, pág. 120, nota 1), a recepção desta tendência no âmbito comunitário está também presente nos documentos produzidos sobre flexigurança, designadamente no Livro Verde “Modernizar o direito do trabalho para enfrentar os desafios do século XXI”, a que se seguiu uma comunicação da Comissão Europeia (“Para a definição de princípios comuns de flexigurança: mais e melhores empregos mediante flexibilidade e segurança”). Para uma síntese da evolução comunitária, vejam-se C. ZOLI, “Finalità e campo di applicazione” in L. MONTUSCHI/F. LISO/ /M. PEDRAZZOLI (coords.), *Il nuovo mercato di lavoro*, Bolonha, Zanichelli Ed., 2004, págs. 3-6 e T. TREU, *Politiche del lavoro. Insegnamenti di un decennio*, Bolonha, Il Mulino, 2001, pág. 96 e ss.

¹⁰ “O modelo clássico, aquilo que podemos designar a ‘regra aristotélica da lei laboral’ de uma sociedade pré-tecnológica, estava baseado em unidades de lugar e trabalho (trabalho executado nas instalações da empresa), de tempo de trabalho (trabalho desenvolvido numa única sequência temporal) e de actividade e trabalho (uma única

norteada por objectivos diversos: resposta a anseios empresariais quanto a maior flexibilidade, promoção do acesso ao emprego, regularização de práticas clandestinas¹¹.

As exigências no sentido de uma acrescida flexibilização do quadro regulador das relações de trabalho são comumente fundamentadas, antes de mais, na mutação substancial da realidade empresarial e organizativa, nas transformações tecnológicas e, bem assim, na recomposição do próprio tecido económico, sobretudo pela crescente relevância do sector dos serviços¹², tudo isto num contexto de tendencial irrelevância das fronteiras, das distâncias e dos meridianos e de integração de mercados. A invocação deste factores vem sustentando as pretensões patronais no sentido da abertura dos ordenamentos a novas formas de organização e de prestação do trabalho, tidas por incompatíveis com o modelo laboral clássico – mais concretamente, com o conjunto de tutelas e de encargos inerentes a este modelo.

Do mesmo passo, foi abrindo caminho a ideia de que o combate a um crescente desemprego requer também diversificação das vias de acesso a uma ocupação remunerada, implicando, aliás, a própria reformulação da ideia de emprego¹³ (ela própria associada ao nascimento do Direito do Trabalho¹⁴). Numa outra declinação do argumento, trata-se também de permitir a integração no mercado de trabalho de potenciais trabalhadores que não estão interessados no esquema típico de prestação do trabalho, viabilizando assim o pleno aproveitamento da força produtiva de uma

actividade ocupacional)” – B. VENEZIANI, “The Employment Relationship” in B. HEPPLER/ /B. VENEZIANI (eds.), *The Transformation of Labour Law in Europe*, Oxford/ Portland, Hart Publishing, 2009, pág. 114.

¹¹ Sobre toda esta discussão, cfr., entre nós, B. LOBO XAVIER, “A crise e alguns institutos de Direito do Trabalho”, *RDES*, 1986, n.º 4, pág. 517 e ss., especialmente pág. 525 e ss., bem como J. J. ABRANTES, “O Direito Laboral Face aos Novos Modelos de Prestação do Trabalho” e M. M. MAIA DA SILVA, “Flexibilidade e Rigidez das Leis Laborais. As Novas Formas de Contratação”, ambos in A. MOREIRA (coord), *IV Congresso Nacional de Direito do Trabalho – Memórias*, Coimbra, Almedina, 2002, págs. 84 e ss. e 98 e ss., respectivamente.

¹² Veja-se, por exemplo, a síntese de M. WEISS, “Re-Inventing Labour Law” in G. DAVIDOV/ B. LANGILLE (eds.), *The Idea of Labour Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013, págs. 45-46.

¹³ Cfr., por ex., G. LYON-CAEN, *Le droit du travail. Une technique reversible*, Paris, Dalooz, 1995, págs. 25-26 e 29 e ss.

¹⁴ Cfr., por todos, A. SUPIOT, *Homo Juridicus – Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Paris, Seuil, 2005, págs. 160-161.

sociedade¹⁵. Em qualquer das vertentes, assoma a convicção de que a diversificação dos empregos (neste novo e mais lato sentido) é instrumental para o aumento do volume de emprego ou, pelo menos, para uma mais adequada distribuição do emprego disponível.

De outra parte ainda, interveio a necessidade de formalização de práticas mais ou menos clandestinas e de trazer para o Direito do Trabalho, ainda que a troco de uma graduação das tutelas oferecidas pela lei, situações de evidente desprotecção¹⁶.

Tudo isto envolve, como sublinha VENEZIANI, a assunção de novas funções pelo contrato de trabalho¹⁷, cada vez menos encarado como simples modelo negocial, que é necessário regular em termos de justiça e de protecção da dignidade do trabalhador, para avultar a sua relevância enquanto instrumento de intervenção no mercado de trabalho e na

¹⁵ A título de exemplo, cfr. A. C. L. DAVIES, *Perspectives on Labour Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, pág. 97, analisando este argumento a propósito do trabalho a tempo parcial.

¹⁶ Este argumento surgia, designadamente, nas leis que integraram a a reforma italiana de 2003 e foi invocado pelo seu grande impulsionador – cfr. M. BIAGI, “Competitività e risorse umane: modernizzare la regolazione dei rapporti di lavoro”, *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2001, I, pág. 276. Para uma análise do contexto da reforma Biagi e seus efeitos, F. BACCHINI, *Lavoro intermitente e ripartito*, Milão, IPSOA, 2006, especialmente págs. 46 e ss. e 101 e ss. e, quanto ao trabalho intermitente, G. FERRARO, *Tipologie di Lavoro Flessibile*, 2.^a ed., Turim, Giapichelli Ed., 2004, págs. 75-76 e 82. O tema volta a surgir no quadro da reforma de 2012-2013, sublinhando-se que os intentos do legislador de 2003 foram contraditados pela prática – M. VINCIERI, “Il lavoro intermitente”, cit., págs. 249-250 e ID., “Le modifiche al lavoro intermitente” in L. FIORILLO/A. PERULLI (dir.), *Il Nuovo Diritto del Lavoro*, vol. IV, Turim, Giapichelli Ed., 2014, págs. 72 e ss., e A. MORONE, “Il contratto di lavoro intermitente” in M. PERSIANI/F. CARINCI (dir.), *Trattato di Diritto del Lavoro*, vol. VI, Pádua, CEDAM, 2012, págs. 1252-1254. A perspectiva comunitária em sede de combate ao trabalho submerso tem-se orientado em sentido diferente, apontando para a comum associação entre proliferação de formas atípicas de emprego e trabalho clandestino – cfr. R. NUNIN, “Il contrasto al sommerso e le iniziative comunitarie e domestiche a favore della promozione di lavoro dichiarato, stabile e sicuro” in F. CARINCI (dir.), *Diritto del Lavoro*, IX, Turim, UTET, 2011, págs. 235-237. É importante referir, porém, que o percurso comunitário tem sido, no mínimo, muito sinuoso – para uma análise crítica, C. BARNARD, *EU Employment Law*, 4.^a ed., Oxford, Oxford University Press, 2012, págs. 89 e ss.

¹⁷ “The Employment Relationship”, cit., local cit. Veja-se também H. W. ARTHURS, “What Immortal Hand or Eye? – Who will Redraw the Boundaries of Labour Law?” in G. DAVIDOV/ B. LANGILLE (eds.), *Boundaries and Frontiers of Labour Law*, Oxford/Portland, Hart Publishing, 2006, págs. 373 e ss.

economia, susceptível de múltiplas calibrações¹⁸. Sinal disto mesmo, nota H. W. ARTHURS, é a evolução registada no plano da distribuição das responsabilidades ligadas à regulação da prestação do trabalho: se na era fordista estas responsabilidades estavam tipicamente concentradas num ministério ou conjunto de serviços centrados na matéria das relações de trabalho, cada vez mais assistimos ao envolvimento de muitos outros intervenientes, transcendendo mesmo o perímetro governamental¹⁹.

Em todo o caso, mesmo tendo em conta o antecedente constituído pelas previsões do regime do contrato de trabalho especial dos artistas e o estado da discussão em torno das estratégias de regulação do emprego, a consagração, em moldes genéricos, da figura do trabalho intermitente não parecia, ao momento da preparação do novo Código do Trabalho, previsível.

Com efeito, a Comissão do Livro Branco das Relações Laborais havia-se debruçado expressamente sobre “a hipótese e diversificação das formas de trabalho” e ponderado “a possibilidade de «criação», por via legislativa, de novos modelos contratuais, afeiçoados à diversidade das razões que levam as empresas a admitir pessoas e à variabilidade dos objectivos profissionais que inspiram os candidatos à entrada nas empresas”, para concluir pela sua inoportunidade, considerando quer a realidade empresarial nacional, quer os riscos associados a estes modelos de «trabalho atípico»²⁰. Ponderando os ventos de reforma de outros

¹⁸ A imputação ao regime do trabalho subordinado destas novas funções induz um afastamento da sua matriz tradicional e potencia a crise de identidade que vem grassando nos últimos anos, sobretudo nos sistemas em que a regulação das relações de trabalho não parte de um conjunto de valores constitucionalmente consagrado – são interessantes, sobre esta questão, os estudos de H. ARTHURS, A. GOLDIN, J. FUDGE, A. HYDE, G. DAVIDOV, recolhidos em G. DAVIDOV/ B. LANGILLE (eds.), *The Idea of Labour Law*, cit. Sobre a multiplicidade dos interesses envolvidos no moderno Direito do Trabalho, cfr. B. LOBO XAVIER, *Curso de Direito do Trabalho*, I, 3.º ed., Lisboa/São Paulo, Verbo, 2004, pág. 619 e *Direito do Trabalho. Ensinar e Investigar*, Lisboa, UCP, 2005, págs. 101-102.

¹⁹ “What Immortal Hand or Eye? – Who will Redraw the Boundaries of Labour Law?”, cit., págs. 374-379.

²⁰ “Nem o diagnóstico feito acerca das condições actuais do emprego em Portugal, nem os ensinamentos recolhidos de outras experiências nacionais, sugeriram que se levasse adiante este exercício. A convicção mais generalizada entre os membros da Comissão é a de que os modelos contratuais existentes – sem prejuízo da necessidade de melhoria de alguns dos respectivos regimes – permitem responder às necessidades. Por outro lado, algum efeito favorável ao desenvolvimento da precariedade do emprego parece poder associar-se à multiplicação dos modelos contratuais” – *Livro Branco das Relações Laborais*, Lisboa, Ministério do Trabalho e da Solidariedade Social, 2007, págs. 102-103.

ordenamentos, e equacionando a realidade portuguesa à luz dos objectivos que vinham sendo invocados para a criação de novos esquemas de aproveitamento do trabalho, a Comissão acabou, pois, por concluir pela desnecessidade de ampliação dos modelos já consagrados na lei.

Não podia, portanto, deixar de causar alguma surpresa o surgimento no “Acordo tripartido para um novo sistema de regulação das relações laborais, da política de emprego e da protecção social em Portugal”, de Junho de 2008, da previsão do trabalho intermitente. A medida era apresentada sob o enquadramento do combate à precariedade ilegal, da redução da precariedade legal e da melhoria da protecção social dos trabalhadores independentes, afirmando-se que “o recurso a formas atípicas de emprego, necessário à actividade das empresas e ao desenvolvimento da economia, não deve constituir um expediente para contornar a lei e, menos ainda, para tolerar actuações manifestamente ilegais”, pelo que os parceiros sociais subscritores do Acordo entendiam ser “necessária a adopção de medidas articuladas e convergentes nos domínios da legislação laboral, das políticas de emprego e da protecção social”, entre as quais figurava, justamente, a instituição da figura do trabalho intermitente.

Daqui, a medida passou, naturalmente, para a Proposta de Lei n.º 216/X, relativa ao novo Código do Trabalho. A exposição de motivos da Proposta de Lei incluiu a previsão do contrato de trabalho intermitente sem termo entre os “regimes inovadores” inseridos nas “medidas especificamente vocacionadas para alguns sectores de actividade com acentuada incidência de sazonalidade”, no âmbito do fomento da “adaptabilidade das empresas e da facilitação da conciliação entre a vida profissional e a vida pessoal e familiar dos trabalhadores”.

Em sentido diametralmente oposto ao da Comissão do Livro Branco assumiu-se, portanto, a consagração da figura do trabalho intermitente como resposta a necessidades empresariais efectivas, invocando-se, em simultâneo, a bandeira do combate a práticas ilegais e à precarização dos trabalhos e as virtualidades da nova figura no plano dos interesses dos trabalhadores e do emprego.

A invocação destes objectivos poderia, numa aproximação mais escolástica (ou, porventura, apenas ingénua), auxiliar-nos na compreensão desta opção de política legislativa e fornecer-nos, desde logo, parâmetros para a avaliação do novo regime. Esta abordagem, contudo, implicaria desconhecer o quantum de «marketing legislativo» que crescentemente permeia as exposições de motivos e preâmbulos de diplomas, para além, anote-se, das próprias considerações expressas nos textos dos acordos

obtidos entre os parceiros sociais. Com frequência encontramos aí uma *langue de bois* própria dos centros de produção normativa, quase uma novílingua, no sentido orwelliano, que mais esconde do que revela as precisas intenções do protolegisador ou o exacto alcance dos compromissos estabelecidos pelos parceiros sociais²¹.

É, por isso, preferível partir sem este lastro para a análise do desenho legislativo do trabalho intermitente, tentando encontrar nas regras legais as suas linhas de força e a ponderação de interesses que lhe está subjacente, em simultâneo com a determinação do espaço da nova figura relativamente às modalidades já anteriormente previstas de «emprego atípico».

II. Assinaladas algumas das coordenadas que podem ajudar à compreensão da opção legislativa, um outro ponto é relevante para este enquadramento inicial da figura.

Encontramos no vigente Código do Trabalho uma secção epigrafada “modalidades de contrato de trabalho”, no âmbito das disposições gerais relativas ao contrato de trabalho²², onde está recolhido um conjunto de regimes de prestação do trabalho já contemplados pelo Código de 2003 (contrato de trabalho a termo resolutivo, trabalho a tempo parcial, comissão de serviço, teletrabalho e trabalho temporário), a que se juntou a figura do trabalho intermitente. Poderemos, fazendo apelo a uma designação corrente (mas pouco precisa), agrupar todos estes regimes sob a expressão “trabalho atípico” ou “formas atípicas de prestação de trabalho”²³. Com isso, estaremos, com uma certa dose de probabilidade, a filiar o legislador português numa certa moda doutrinal. O ponto fundamental é, porém, outro.

Este enquadramento sistemático é relevante, muito em particular, na medida em que claramente distancia estas “modalidades” das relações

²¹ O fenómeno não é, acrescente-se, uma particularidade portuguesa. Veja-se, por exemplo, de entre os muitos escritos sobre a reforma Biagi, as considerações de A. PERULLI, “Introduzione” in A. PERULLI (coord.), *Impiego Flessibile e Mercato di Lavoro*, Turim, Giapichelli, 2004, págs. XIII-XIV. Trata-se muitas vezes, e parafraseando a magnífica formulação de L. MARIUCCI (cunhada, justamente, a propósito dessa reforma), de um dos típicos instrumentos da “força de um pensamento débil”.

²² Secção IX do Capítulo I do Título II do Livro I.

²³ Cfr. B. LOBO XAVIER *et alii*, *Direito do Trabalho*, 2.^a ed., Lisboa, Verbo, 2014, págs. 401 e ss. Sobre a ambiguidade da noção de “trabalho atípico”, veja-se, por ex., R. VOZA, “Crisi della subordinazione, lavori atipici e prospettive di regolazione”, in D. GAROFALO/M. RICCI (orgs.), *Percorsi di Diritto del Lavoro*, Bari, Cacucci Ed., 2006, págs. 503 e ss. e, entre nós, CATARINA DE OLIVEIRA CARVALHO, *Da Dimensão da Empresa no Direito do Trabalho*, Coimbra, Coimbra Ed., 2011, pág. 127, nota (385).

de trabalho especiais e, com isso, as subordina às regras definidas para a relação laboral comum. As designadas modalidades de contrato de trabalho reportam-se, em primeira linha, à relação laboral *standard*²⁴. Não se confundem, portanto, com os contratos de trabalho “com regime especial” a que se refere o art. 9.º do Código do Trabalho²⁵.

No sistema do Código do Trabalho, contrato de trabalho com termo resolutivo, trabalho a tempo parcial²⁶, trabalho intermitente, comissão de serviço, teletrabalho e trabalho temporário correspondem a modalidades do contrato de trabalho comum, instrumentos de adaptação do regime comum que comportam o afastamento, em aspectos pontuais, desse regime comum, que é, quanto ao mais, genericamente aplicável^{27/28}. Parafraçando PERULLI, diríamos que se trata verdadeiramente de subtipos negociais

²⁴ Sem prejuízo da possibilidade de terem também aplicação às relações de trabalho especiais, quando se verificarem as condições adiante referidas no texto.

²⁵ Numa orientação diferente, MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO reconduz as diversas modalidades contempladas no Código do Trabalho à figura dos contratos de trabalho sujeitos a regime especial – *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II – Situações Laborais Individuais*, 4.ª ed., Coimbra, Almedina, 2014, págs. 221-22. Pela sua parte, P. ROMANO MARTINEZ aborda o regime do tempo parcial e o trabalho intermitente no contexto das modalidades internas de regime, curando do trabalho a termo, do teletrabalho e da comissão de serviço a propósito das cláusulas acessórias do contrato de trabalho e insere o trabalho temporário entre as situações especiais de contratos de trabalho, ao lado dos contratos de trabalho especiais (*Direito do Trabalho*, 6.ª ed., Coimbra, Almedina, 2013, págs. 512 e ss., 522, 628 e ss. e 643 e ss.)

²⁶ Curiosamente, ainda na vigência da Lei da Duração do Trabalho, F. LIBERAL FERNANDES reconduzia o trabalho a tempo parcial a “uma simples modalidade do contrato individual de trabalho” – *Comentário às Leis da Duração do Trabalho e do Trabalho Suplementar*, Coimbra, Coimbra Ed., 1995, pág. 117.

²⁷ Nota MARIA REGINA REDINHA (“Código novo ou código revisto? – A propósito das modalidades do contrato de trabalho”, cit., pág. 245) que “o elenco de modalidades contratuais não é taxativo, o que autoriza, a coberto do princípio da liberdade contratual, o surgimento de outros contratos e o cruzamento tipológico, desde que a caracterização contratual definida não seja desvirtuada ou a imperatividade do seu regime contornada por via da celebração de contratos mistos”. Existe, portanto, espaço para a actuação da autonomia colectiva e da autonomia privada, mas que não pode corresponder a uma disponibilidade da própria tipologia do contrato de trabalho ou à possibilidade de construção de mecanismos que contornem princípios de ordem pública cuja aplicação seja determinada pela existência de trabalho subordinado – sobre esta questão, pode ver-se tb. A. NUNES DE CARVALHO, “Contratos de Trabalho a Tempo Parcial (tópicos de reflexão)”, in A. MOREIRA (coord.), *IX e X Congressos Nacionais de Direito do Trabalho – Memórias*, Coimbra, Almedina, 2007, págs. 217-218.

²⁸ Esta modalidade do contrato de trabalho de regime comum não se confunde com o fenómeno, de alcance muito diferente, da modalidade que encontramos dentro de vários

do contrato de trabalho *standard* e que se articulam com este tipo numa relação de estrita especialidade²⁹.

Pelo contrário, o art. 9.º marca as balizas do regime laboral comum, deixando claro que “o contrato de trabalho não constitui um tipo unitário, sujeito a um único regime”³⁰. Não se trata aí da modalização interna do regime laboral comum, mas sim do reconhecimento da existência de outros tipos de contrato de trabalho, que estão ao lado do contrato de trabalho comum, de regimes que acrescem ao regime comum e que estão no mesmo plano lógico. Tem ínsita a concepção do pluralismo de regimes do Direito do Trabalho, a existência de um “arquipélago de subordinações”, de um *continuum* de tipos laborais, dos quais o contrato de trabalho comum é apenas o mais frequente³¹.

Nesta medida, a relação entre regime laboral comum e regimes laborais especiais não se deixa reconduzir (contradizendo a própria designação utilizada pelo legislador) ao conceito de especialidade. Diversamente, o art. 9.º postula a necessidade de um teste de compatibilidade das diversas normas do regime comum com a especificidade de cada regime particular. Este controlo de compatibilidade tem por objecto as normas do Código de cuja aplicação se trate e implica a ponderação da sua congruência com os elementos que no regime “especial” em apreço adquirem carácter tipificador e reclamam uma específica ordenação dos interesses em jogo. Impõe-se, portanto, uma reconstrução tipológica do regime “especial”, que permita formular o juízo de compatibilidade com as regras do Código.

Em suma, a inserção sistemática do trabalho intermitente permite uma sua primeira caracterização como subtipo do contrato de trabalho *standard*, cujo regime é genericamente aplicável, na parte não coberta pelos arts. 157.º a 160.º Mais ainda, a possibilidade de recurso a esta modalidade no âmbito das relações laborais com regime especial fica

regimes (em particular, no âmbito do tempo de trabalho). Trata-se, nestas hipóteses, de uma “modalização interna” de regimes.

²⁹ “Il lavoro intermitente”, in A. PERULLI (coord.), *Impiego Flessibile e Mercato di Lavoro*, cit., pág. 137.

³⁰ LUÍS MENEZES LEITÃO, *Código do Trabalho Anotado*, Coimbra, Almedina, 2003, pág. 32.

³¹ Desenvolvemos estas ideias em “O art. 9.º do Código do Trabalho e a situação laboral dos treinadores desportivos”, agora em *Dez Anos de Desporto & Direito (2003 a 2013)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, págs. 334 e ss.

condicionada ao teste de compatibilidade exigido pelo art. 9.º do Código do Trabalho.

III. Este mesmo posicionamento sistemático das “modalidades de contrato de trabalho”, com a inclusão nelas da figura do trabalho intermitente, permite também extrair outro elemento relevante.

Estas modalidades reportam-se, antes de mais, ao regime *standard* do contrato de trabalho. Pressupõem, portanto, a existência de um vínculo laboral no sentido do art. 11.º do Código do Trabalho.

Desta sorte, não parece existir espaço na lei para a conceptualização do trabalho intermitente a partir de outros modelos contratuais³². Em concreto, e tendo em consideração propostas desenvolvidas no quadro de outros sistemas jurídicos, não existe apoio legal para que sejam convocadas figuras como as do contrato de opção³³, do acordo preliminar³⁴ ou do contrato normativo³⁵. O contrato de trabalho intermitente cria, por si mesmo, um vínculo laboral. Não se limita, portanto, a determinar os termos em que serão, em momento posterior, celebrados contratos de trabalho, numa lógica de supressão dos custos de transacção.

2. Contrato de trabalho intermitente

I. A prestação de trabalho intermitente enquadra-se, pois, num contrato de trabalho em que as partes acordem “que a prestação de trabalho seja intercalada por um ou mais períodos de inactividade” (n.º 1 do art. 157.º do Código do Trabalho), cabendo ao trabalhador, consoante o ciclo de

³² Só não seria assim se estas indicações, que resultam do sistema externo, fossem contrariadas pelo desenho substancial da figura do trabalho intermitente. Como veremos, tal não acontece. Sobre a discussão no quadro da lei italiana, cfr. M. VINCIERI, “Il lavoro intermitente”, cit., págs. 254 e ss. e A. MORONE, “Il contratto di lavoro intermitente”, cit., págs. 1257 e ss.

³³ No quadro da lei italiana, R. ROMEI, “Tipologie contrattuali a orario ridotto, modulato e flessibile” in AA.VV., *Il nuovo mercato del lavoro*, Turim, Zanichelli Ed., 2004, pág. 415.

³⁴ A que faz apelo, perante os dados do ordenamento italiano, D. CIRIOLI, “Dal contratto di lavoro intermittente al contratto per il lavoro intermitente”, *Diritto e Pratica del Lavoro*, 2005, 22, págs. 969 e ss. Segundo A. PERULLI, a ideia de acordo preliminar tem também sido utilizada na Holanda para caracterizar os contratos *on call* na modalidade “zero horas” (“Il lavoro intermitente”, cit., pág. 135).

³⁵ Proposta, também perante a lei italiana, por P. BELLOCCHI, “Le aporie del lavoro intermitente” in *Diritto del Lavoro i Nuovi Problemi – L’Omaggio dell’Accademia a Mattia Persiani*, II, Pádua, CEDAM, 2005, págs. 867 e ss., especialmente 883 e ss.

execução do vínculo, uma retribuição ou uma compensação retributiva (n.º 1 do art. 160.º).

Cabe às partes estabelecer “a duração da prestação de trabalho, de modo consecutivo ou interpolado, bem como o início e termo de cada período de trabalho, ou a antecedência com que o empregador deve informar o trabalhador do início daquele” (n.º 1 do art. 159.º), não podendo a prestação de trabalho “ser inferior a seis meses por tempo completo, por ano, dos quais pelo menos quatro meses devem ser consecutivos” (n.º 3 do art. 159.º). Mais ainda, o contrato deve prever “o número anual de horas de trabalho” ou “o número anual de dias de trabalho a tempo completo” [alínea *b*] do n.º 1 do art. 158.º].

A celebração deste tipo de acordo apenas é admitida “em empresa que exerça actividade com descontinuidade ou intensidade variável” (n.º 1 do art. 157.º) e não comporta a aposição de termo resolutivo, nem pode ter lugar em regime de trabalho temporário (n.º 2 do art. 157.º).

II. Verificamos, a partir destes dados normativos, que do contrato de trabalho intermitente resulta um vínculo laboral cuja característica estrutural fundamental se prende com a descontinuidade da prestação do trabalho (encontramos, tal como na formulação lapidar da lei francesa, “*une alternance de périodes travaillées et de périodes non travaillées*” – art. L. 3123-31 do *Code du Travail*).

Naturalmente que em qualquer vínculo laboral a prestação de trabalho conhece interrupções (pausas, descansos, feriados, férias anuais, etc.), que integram a sua fisiologia. A descontinuidade aqui em causa é de outra ordem. Significa que a períodos, ou ciclos, de actividade em que se processa essa normal alternância de trabalho e não trabalho (que não necessariamente de descanso³⁶), inerente à prestação laboral, se seguem períodos, ou ciclos, de inactividade, em que deixa pura e simplesmente de ter lugar a prestação de trabalho³⁷.

³⁶ Cfr., por ex., A. NUNES DE CARVALHO, “Notas sobre o Regime do Tempo de Trabalho na Revisão do Código do Trabalho”, in P. MORGADO DE CARVALHO (coord.), *Código do Trabalho – A Revisão de 2009*, cit., pág. 378.

³⁷ Como escreve G. BELIER, “a referência a uma alternância «natural» de períodos de trabalho e de não trabalho exclui as diversas fórmulas de modulação contratual do tempo de trabalho: não é, na verdade, apenas sobre a sequência do ritmo de trabalho que a noção de intermitência se deve apreciar, mas no facto de que a alternância dos períodos de actividade e inactividade escapa à pura vontade das partes” (“Le contrat de travail à durée indéterminée intermitente”, *Droit Social*, 1987, n.ºs 9-10, pág. 698).

A lei é clara na configuração deste vínculo como contrato de trabalho, não cabendo, portanto, dúvidas que está em causa a prestação de trabalho subordinado. Nos ciclos de realização efectiva do trabalho, a prestação é feita sob a autoridade e direcção do credor, no quadro da sua organização. E não se exige para que a realização efectiva do trabalho tenha lugar um novo acordo: quando, nos termos do contrato, deva ser prestada actividade, existe, por força desse mesmo contrato, a obrigação do trabalhador quanto à sua realização. A prestação devida que constitui objecto do contrato corresponde à que define o contrato de trabalho.

Estamos, assim, perante um contrato que institui um vínculo em cuja execução se enquadram as sucessivas prestações de trabalho. Estas prestações não correspondem, nos termos da lei, a uma sucessão de vínculos temporários constituídos ao longo do tempo³⁸. A sua fonte está, directa e imediatamente, no próprio contrato de trabalho intermitente.

A descontinuidade da prestação efectiva da actividade conjuga-se com a continuidade do vínculo instituído pela celebração do contrato de trabalho intermitente: a continuidade do vínculo – que se exprime, designadamente, na consideração global dos períodos de actividade e

Parece-nos muito redutora a visão que assimila este esquema a uma permissão legal de que “o tempo de trabalho seja modulado com dias de actividade ou inactividade”, solução que “já decorreria do regime de trabalho a tempo parcial no seu normal entendimento”, com a especificidade do pagamento de períodos de inactividade – visão que, se bem entendemos, é expressa por P. ROMANO MARTINEZ, “O Código do Trabalho Revisto”, *Prontuário de Direito do Trabalho*, n.º 82, pág. 142.

³⁸ Coisa diferente é apurar se a sucessão de contratos a termo de curta duração pode, em termos funcionais, proporcionar uma utilidade equivalente à que é própria do contrato de trabalho intermitente, como sugerem J. LEAL AMADO/J. NUNES VICENTE, “Contrato de Trabalho Intermitente”, cit., pág. 137. É normal que figuras diferentes possam, de acordo com a estratégia das partes – mais frequentemente, por opção do empregador, tendo em conta a sua posição negocial –, ser equacionadas em alternativa para a satisfação de um mesmo tipo de necessidade (o exemplo mais comum será, porventura, oferecido pela escolha entre o recurso ao período experimental e a contratação a termo como verdadeiro preâmbulo à consolidação de um vínculo laboral estável). Esta opção não implica necessariamente que um dos regimes esteja a ser forçado para além do seu perímetro funcional ou que ocorra uma situação de fraude. O problema – a existir – poderá, antes, ser colocado ao nível da configuração dos regimes (sentido em que se pronunciam, nesta matéria, J. LEAL AMADO/J. NUNES VICENTE, “Contrato de Trabalho Intermitente”, cit., págs. 133-134). O desenho da lei espanhola parece, quanto a este ponto, mais ambicioso, procurando traçar linhas precisas de demarcação funcional entre trabalho a termo, trabalho a tempo parcial e “trabalho fixo descontínuo” – sobre estas fronteiras, veja-se, para além dos autores e locais citados na nota 4, A. MONTOYA MELGAR *et alii*, *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, 4.ª ed., Navarra, Aranzadi Ed., 2001, págs. 115 e ss.

de inactividade para determinados efeitos (veja-se, por ex., o n.º 2 do art. 160.º) – articula-se com a descontinuidade da prestação do trabalho.

Este traço não é, porém, privativo do trabalho intermitente. Encontramo-lo igualmente noutras modalidades contempladas no Código do Trabalho, concretamente no trabalho a tempo parcial vertical e no contrato de trabalho por tempo indeterminado para cedência temporária.

No contrato de trabalho a tempo parcial vertical, à menor duração da prestação relativamente ao período normal de trabalho praticado a tempo completo em situação equivalente, que constitui o seu traço definatório (n.º 1 do art. 150.º), pode estar também associada a prestação de actividade em alguns dias por semana, por mês ou por ano (n.º 3 do art. 150.º)³⁹. Nestes casos, a alternância entre períodos de actividade e de inactividade constitui um elemento estrutural, até por força das limitações à exigência de trabalho de maior duração [alínea c) do n.º 1 do art. 228.º do Código do Trabalho].

Já relativamente ao contrato de trabalho por tempo indeterminado para cedência temporária a existência de períodos sem prestação de trabalho representa uma consequência normal da configuração do vínculo [e por isso merece tratamento legal específico na alínea a) do n.º 2 do

³⁹ De acordo com a Comissão do Livro Branco das Relações Laborais (*Livro Branco das Relações Laborais*, cit., pág. 106), tratou-se de uma clarificação do n.º 3 do art. 180.º do Código de 2003. Na vigência dessa norma, sustentávamos já a admissibilidade desse entendimento [“Contratos de Trabalho a Tempo Parcial (tópicos de reflexão)”, cit., págs. 219-221], convergindo, no entanto, com o que à data afirmava MONTEIRO FERNANDES quanto à conveniência de uma regulação mais extensa do trabalho a tempo parcial (o Autor sublinhava a existência de “necessidades de regulamentação muito para além do mero princípio da proporcionalidade remuneratória” – *Direito do Trabalho*, 13.ª ed., Coimbra, Almedina, 2006, págs. 377-378). Como bem sublinhava G. BELIER a propósito da norma de 1993 que suprimiu em França o trabalho intermitente e o substituiu por um tempo parcial flexível, “a passagem de uma referência hebdomadária ou mensal para uma referência anual, aparentemente lógica, senão anódina, constitui na realidade um salto qualitativo que implica a injeção massiva de indeterminação e, logo, de precarização potenciais” – “Le travail à temps partiel annuel”, *Droit social*, 1994, n.º 2, pág. 177.

Aliás, já mesmo antes do Código do Trabalho de 2003, JÚLIO GOMES assinalava, no contexto da vigência da Lei n.º 103/99, de 26 de Julho, a possibilidade de sustentar este entendimento amplo do trabalho a tempo parcial vertical – que o aproximaria, notava o Autor, do trabalho intermitente –, enunciando, igualmente, os problemas suscitados pela insuficiência do regime (“Trabalho a Tempo Parcial”, in A. MOREIRA (coord.), *III Congresso Nacional de Direito do Trabalho – Memórias*, Coimbra, Almedina, 2001, págs. 76-77. O Código de 2009 não foi, porém, além da mera “clarificação”.

art. 184.º], embora possa não ter lugar ou ser muito expressivamente reduzida (já que fora dos períodos de cedência temporária o trabalhador pode ser afecto à realização de actividade no âmbito da empresa de trabalho temporário – n.º 1 do art. 184.º). Os períodos de inactividade têm, nesta medida, carácter meramente eventual, embora, de modo à primeira vista paradoxal, possam também assumir extensão superior à legalmente permitida para o trabalho intermitente.

A proximidade entre estas figuras é também conhecida noutros ordenamentos e a sua consideração é importante para determinar o preciso alcance de cada uma delas, bem como para apurar a existência, ou não, de verdadeira autonomia⁴⁰. A leitura integrada dos respectivos regimes é, igualmente, fundamental para a sua interpretação e, porventura, para a detecção de eventuais lacunas.

III. A combinação da descontinuidade da prestação com a continuação do vínculo, associada à previsão legal de uma compensação devida ao trabalhador durante os períodos em que não tem lugar a prestação de trabalho, tem levado a reconhecer nestes períodos de não trabalho uma situação de disponibilidade, cuja contrapartida seria, justamente, constituída por essa compensação⁴¹.

⁴⁰ As respectivas fronteiras são muito variáveis e dependem, naturalmente, dos dados normativos de cada ordenamento. Também a este propósito o caso italiano é particularmente estimulante, quer por força das linhas mestras da reforma Biagi quer pela particular amplitude dos contornos reconhecidos às figuras em causa. A proximidade com o trabalho temporário (mais exactamente com os contratos por tempo indeterminado para cedência temporária), para além de ter apoios na exposição de motivos da lei de 2003 é, particularmente quanto a uma das modalidades de trabalho intermitente admitidas na legislação italiana, sublinhada pela doutrina, onde algumas vozes equiparam funcionalmente o trabalho à chamada a uma situação de trabalho temporário em que o empregador se substitui à intervenção da empresa de trabalho temporário – por ex., E. ALES, “I paradossi della tipizzazione: i ‘contratti’ di lavoro intermitente” in *Diritto del Lavoro i Nuovi Problemi – L’Omaggio dell’Accademia a Mattia Persiani*, II, cit., pág. 864. Outros autores acentuam os pontos de contacto com o trabalho a tempo parcial, considerando mesmo que o trabalho intermitente corresponde a uma modalização deste regime – assim, C. ALESSI, “Disponibilità, attesa e contratto di lavoro” in *Studi in Onore di Tiziano Treu*, II, Milão, Jovene, 2011, págs. 750 e ss. A. PERULLI refere-se, quanto às reconstruções doutrinárias do regime legal do trabalho intermitente, a uma “contaminação” pelas figuras do *part time* desestruturado e do trabalho temporário (“Il lavoro intermittente”, cit., pág. 136).

⁴¹ Numa outra lógica, será invocável a ideia de «fidelização» do trabalhador. MONTEIRO FERNANDES nota que “o regime de trabalho intermitente permite que os contratos de trabalho se mantenham, ajustando-se o ciclo da sua execução ao das necessidades

A lei italiana prevê, para o contrato de trabalho intermitente com obrigação de resposta à chamada, a atribuição de uma compensação, a “*indennità di disponibilità*”⁴², que tem suscitado um esforço doutrinal de teorização desta disponibilidade. Numa construção particularmente elaborada, A. PERULLI escreve que “é útil recordar que a colocação à disposição das energias psicofísicas próprias está sempre presente no esquema típico de troca de trabalho contra retribuição, o qual postula uma fase temporalmente sucessiva onde tem lugar o encontro com o substrato objectivo da prestação e a contextual definição do conteúdo da prestação com vista à realização do interesse creditório”⁴³. Para este Autor, na normal relação laboral a prestação debitória “pode ser encarada distinguindo dois lados, um atinente ao estar à disposição, o outro relativo à sua projecção applicativa, ou seja ao desenvolvimento da prestação laboral”, devendo, por outro lado, em certas situações admitir-se que “o interesse creditório possa ser inteiramente (e não apenas parcialmente) satisfeito através daquele *facere* genérico (*id est*, a colocação à disposição) independentemente do exercício do poder directivo, tendo o empregador o único interesse em obter a disponibilidade de uma mão-de-obra especializada [...], bem como em assegurar a prontidão no cumprimento”, devendo aqui a inactividade “considerar-se uma forma, ainda que anómala, de cumprimento e já não de incumprimento da obrigação laboral”⁴⁴.

Nesta abordagem, a necessidade de encontrar no quadro de um vínculo laboral com ciclos de actividade e inactividade o habitual substrato de subordinação e a causa para a atribuição da compensação acaba por conduzir à valorização da noção de disponibilidade na própria *fattispecie* laboral típica e a encontrar, na figura do trabalho intermitente com obrigação de

efectivas de trabalho que a empresa experimenta, sem que esta se desligue do seu ‘capital humano’ nem o trabalhador viva numa situação de precariedade e incerteza” – *Direito do Trabalho*, 16.^a ed., Coimbra, Almedina, 2012, pág. 328. Aludem também a este factor, embora noutro contexto, J. LEAL AMADO/J. NUNES VICENTE – “Contrato de Trabalho Intermitente”, cit., pág. 134. A inexistência de limitações ou de regras dissuasivas da possibilidade de denúncia pelo trabalhador (ao contrário do que se verifica no direito italiano) enfraquecem muito substancialmente, a nosso ver, tal linha de argumentação.

⁴² Art. 36 do Decreto Legislativo n.º 276, de 10 de Setembro de 2003

⁴³ E continua: “tal concreta determinação do *facere* devido se, por um lado, confirma o interesse do empregador na normal execução da actividade laboral devida (e não, portanto, numa abstracta disponibilidade do prestador para oferecer o trabalho), pressupõe, por outro lado, a disponibilidade continuada das energias e, logo, da actividade laboral oferecida pelo devedor” – “Il lavoro intermittente”, cit., pág. 139.

⁴⁴ *Id.*, *Ibid.*

resposta à chamada, uma configuração particular em que a disponibilidade se confunde em certos momentos com o próprio cumprimento. Com isto, todavia, a própria ideia de disponibilidade torna-se difusa.

Com efeito, como bem nota C. ALESSI, a ideia de disponibilidade está normalmente associada a um quadrante problemático preciso. Reporta-se a situações em que “o compromisso do trabalhador quanto à satisfação dos interesses do empregador compreende também a disponibilidade para a intervenção tempestiva e/ou variação da colocação da própria prestação, com uma redução, de âmbito variável segundo as tipologias contratuais, da livre disponibilidade do tempo não ocupado pelo efectivo desenvolvimento da prestação laboral”⁴⁵. Os problemas relevantes centram-se no “sacrifício do tempo não ocupado pela prestação laboral e colocado à disposição do empregador para fins organizativos”⁴⁶, fenómeno presente, aliás, em situações muito diferentes. Podem, desde logo, colocar-se no âmbito da relação laboral paradigmática (*astreintes*, períodos em que o trabalhador se obriga a manter contactável, etc.). Surgem, também, agora de forma típica, em algumas *fattispecies* de trabalho com duração reduzida (trabalho intermitente à chamada e com obrigação de resposta do trabalhador, trabalho a tempo parcial vertical com cláusula de elasticidade, contrato de trabalho por tempo indeterminado para cedência temporária)⁴⁷. Mas estão, por outro lado, em grande parte ausentes noutras situações de redução do tempo de trabalho, designadamente quanto exista uma programação rígida e pré-estabelecida dos períodos de trabalho.

No Código do Trabalho, a celebração de um contrato de trabalho intermitente implica sempre a existência de uma contrapartida, a retribuição para os períodos de actividade e a compensação retributiva para os períodos de não trabalho. Contudo, os arts. 157.º e seguintes contemplam dois figurinos para o trabalho intermitente: as partes podem optar entre a predeterminação dos períodos de trabalho (isto é, no que concerne à sua duração e colocação temporal, num quadro anual) e a previsão da possibilidade de ser o empregador, dentro de certas condições, a fixar o

⁴⁵ “Disponibilità, attesa e contratto di lavoro”, cit., pág. 739. Diferente conjunto de questões é o que se centra na “qualificação do período de tempo intercorrente entre uma prestação e outra nas tipologias de trabalho com duração reduzida (como o *part time* vertical e o próprio contrato de trabalho intermitente), independentemente da obrigação, ou não, do trabalhador se manter à disposição do empregador”(Id. *ibid.*)

⁴⁶ C. ALESSI, “Disponibilità, attesa e contratto di lavoro”, cit., pág. 747.

⁴⁷ Aludimos a estes modelos em abstracto, sendo certo que a lei portuguesa é, como veremos, muito limitativa nesta matéria.

momento da prestação (cuja duração ficou determinada no contrato)⁴⁸. Só no segundo caso se pode, verdadeiramente, falar de uma situação de disponibilidade, em sentido estrito, implicando especial restrição à sua liberdade de gestão do tempo não ocupado pela prestação devida (e, ainda assim, em termos limitados)⁴⁹. No primeiro caso, essa disponibilidade tem um conteúdo muito mais atenuado, radicando, unicamente, na própria existência de um vínculo (à semelhança do que sucede no tempo parcial vertical e, em alguma medida, nas situações de horário concentrado, no que toca aos dias da semana que, não devendo ser qualificados como de descanso, não implicam a realização de trabalho).

Não se afigura, portanto, fácil ancorar na ideia de disponibilidade a razão de ser da necessária existência, em todas as situações de trabalho intermitente, de compensação retributiva. Como se disse, numa das modalidades de trabalho intermitente – aquela em que existe pré-programação dos períodos de trabalho –, a interferência com a liberdade de disposição do seu tempo por parte do trabalhador é bastante limitada. No entanto, a compensação retributiva é, no que respeita ao que está fixado na lei, igual à prevista para a modalidade mais exigente para o trabalhador, que envolve algum poder do empregador na colocação temporal dos períodos de trabalho, onde existe já alguma afectação da livre disposição dos tempos de não trabalho (ainda assim muito menor do que a que se regista no contrato de trabalho por tempo indeterminado para cedência temporária⁵⁰).

⁴⁸ Não é de excluir, como sinalizam J. LEAL AMADO/J. NUNES VICENTE – “Contrato de Trabalho Intermitente”, cit., pág. 134 – a possibilidade de as partes instituírem um regime misto, em que alguns períodos de trabalho estão predeterminados e se confere ao empregador a faculdade de determinar o momento em que outros terão lugar. Defende, perante a lei italiana, a admissibilidade de modelos mistos, G. PELLACANI, “Il lavoro intermitente o a chiamata (c. d. *job on call*)” in *Studi in Onore di Giorgio Ghezzi*, vol. II, Pádua, CEDAM, 2005, págs. 1346-1347.

⁴⁹ J. LEAL AMADO/J. NUNES VICENTE – “Contrato de Trabalho Intermitente”, cit., pág. 127 – qualificam como de “autodisponibilidade” o tempo de inactividade do trabalhador na modalidade que designam de “trabalho alternado” (aquele em que os períodos de trabalho se encontram contratualmente fixados).

⁵⁰ É verdade que a esta maior disponibilidade inerente aos contratos regulados pelo art. 183.º do Código do Trabalho corresponde uma maior compensação retributiva: a alínea a) do n.º 2 do art. 184.º fixa um mínimo de 2/3 da última retribuição ou da retribuição mínima mensal garantida, tendencialmente bastante superior aos 20% da retribuição base fixados no n.º 1 do art. 160.º O ponto, porém, é outro: a compensação retributiva é sempre devida no âmbito do regime do trabalho intermitente, mesmo quando os períodos de trabalho e não trabalho estão rigidamente programados.

Numa variação do argumento, e olhando para as coordenadas legais, poder-se-á dizer que alguma restrição à disponibilidade está sempre presente no trabalho intermitente, em termos que poderão explicar a necessária presença da compensação retributiva⁵¹. Os limites mínimos legalmente definidos para a duração dos períodos de trabalho efectivo (seis meses, dos quais quatro necessariamente consecutivos – n.º 2 do art. 159.º do Código do Trabalho), coarctam substancialmente a possibilidade de o trabalhador encontrar outra ocupação que lhe garanta um rendimento estável (ou seja, afectam a disponibilidade do trabalhador para encontrar outra fonte de proventos). Esta explicação defronta-se, porém, com uma dificuldade. Também no trabalho a tempo parcial vertical a repartição do trabalho a tempo por meses de actividade e de inactividade determina essa mesma dificuldade de conciliação com outra ocupação remunerada, obstando a que o trabalhador alcance um rendimento suficiente. A lei não contempla, apesar disso, a existência de compensação retributiva nestes casos.

Poder-se-á, porventura, procurar a razão de ser da compensação retributiva na parcial transferência para o trabalhador do risco da actividade, mais exactamente, da adequação da duração da prestação do trabalho às descontinuidades do processo produtivo organizado pelo empregador. “O contrato de trabalho”, escreve SUPLOT⁵², “não é apenas o lugar de uma troca entre trabalho e salário, é também criador de um vínculo entre as partes. [...] É este vínculo, feito de dependência e de segurança, que define o emprego. O emprego sobrepõe à troca de quantidades (tempo de trabalho contra dinheiro) uma troca qualitativa entre dependência e segurança”. Esta equação é, em maior ou menor medida, subvertida pelas modalidades “atípicas” que recolocam os termos do equilíbrio entre dependência e segurança. Por isso mesmo tem sido afirmado que as modalidades flexíveis de prestação do trabalho, em particular as que afectam a continuidade da prestação, envolvem alguma transferência do risco empresarial, fazendo repercutir no trabalhador contingências ligadas à organização empresarial⁵³. Mas também esta explicação não

⁵¹ Assim, se bem entendemos, J. LEAL AMADO/J. NUNES VICENTE, “Contrato de Trabalho Intermitente”, cit., págs. 128-129.

⁵² *Le Droit du Travail*, 2.ª Ed., Paris, PUF, 2004, pág. 119.

⁵³ Veja-se D. McCANN, *Regulating Flexible Work*, Oxford, Oxford University Press, 2008, págs. 48 e ss., especialmente pág. 52. A esta parcial transferência de risco está também associada a ideia de que a tutela que o trabalhador deixa de encontrar no contrato irá estar presente no mercado, quer pela potenciação do acesso ao emprego, quer por medidas

se mostra totalmente convincente. Ajusta-se ao trabalho intermitente e ao contrato de trabalho indeterminado para cedência temporária e pode, inclusivamente, ser transposta para os contratos a termo (considerando a compensação devida ao trabalhador pela cessação do vínculo determinada pelo empregador). No entanto, não permite perceber a razão pela qual o trabalhador intermitente é remunerado pelo seu trabalho e compensado durante os tempos de inactividade quando no trabalho a tempo parcial vertical apenas é devida retribuição proporcional ao tempo de trabalho prestado⁵⁴.

É significativo que estas dificuldades na fundamentação do especial equilíbrio subjacente ao regime do trabalho intermitente se centrem na conjugação com as situações de tempo parcial vertical em que a actividade se distribui em ciclos anuais. E, a nosso ver, apenas são ultrapassáveis se encontrarmos um espaço próprio para trabalho a tempo parcial e trabalho intermitente.

Em alguma doutrina, a “clarificação” introduzida pelo Código do Trabalho na configuração do trabalho a tempo parcial com a inclusão do n.º 3 do art. 150.º tem sido entendida no sentido da abertura à substituição do módulo de referência semanal referido no n.º 1 do mesmo artigo por “um módulo de referência anual, como forma de flexibilizar o tempo de trabalho”⁵⁵. A ser assim, existirá uma zona de sobreposição entre trabalho intermitente rigidamente programado e trabalho a tempo parcial numa base anual⁵⁶. Sobretudo, e este é o ponto crucial, não se discerne

adequadas no âmbito da segurança social e das políticas activas de emprego, no fundo, a noção de flexissegurança – cfr., por ex., A. PERULLI, “La riforma del mercato di lavoro: bilancio e prospettive” in L. MARIUCCI (coord.), *Dopo la flessibilità, cosa?*, Bolonha, Il Mulino, 2006, págs. 192 e ss. e 206 e ss. e S. SCARPONI, “Contratti di lavoro flessibili e contrasto alla «precarietà» tra diritto interno e comunitario” in L. MONTUSCHI (dir.), *Un diritto in evoluzione. Studi in onore di Yasuo Suwa*, Milão, Giuffrè Ed., 2007, pág. 127.

⁵⁴ A menos que, na linha sugerida por JÚLIO GOMES (“Trabalho a Tempo Parcial”, cit., págs. 83-84), a proporcionalidade exigida pela alínea *a*) do n.º 3 do art. 154.º deva ser, nestes casos, entendida em termos não estritamente aritméticos.

⁵⁵ J. LEAL AMADO/J. NUNES VICENTE, “Contrato de Trabalho Intermitente”, cit., pág.122. Também MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO afirma, no quadro da análise da disciplina do trabalho a tempo parcial, que “a admissão da base mensal ou anual para a determinação do tempo de trabalho é [...] uma novidade” do Código de 2009 – *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II – Situações Laborais Individuais*, cit., pág. 309. No mesmo sentido, P. MADEIRA DE BRITO in P. ROMANO MARTINEZ *et alii*, *Código do Trabalho Anotado*, cit., pág. 399.

⁵⁶ J. LEAL AMADO/J. NUNES VICENTE – “Contrato de Trabalho Intermitente”, cit., págs. 122-123 – falam numa “certa sobreposição funcional”, para depois afirmarem

fundamento para que apenas num dos casos se considere imperativo o pagamento de uma compensação pelos períodos de não trabalho⁵⁷.

A interpretação conjugada dos n.ºs 1 e 3 do art. 150.º com o regime do trabalho intermitente pode sugerir uma orientação diferente e, inclusivamente, mais próxima da própria letra da lei.

Com efeito, o n.º 1 do art. 150.º tem uma vocação essencialmente qualificatória, de fixação da noção de trabalho a tempo parcial para efeitos da aplicação do regime⁵⁸. Já o n.º 3 do mesmo artigo reporta-se, literalmente, ao modo de execução do trabalho a tempo parcial. Modo de execução que não exclui outros regimes, nem se substitui a eles. A esta luz, será diferente a qualificação de certo desenho negocial como correspondente ao trabalho a tempo parcial da fixação do respectivo regime de execução. Regime que, quando envolva ciclos descontínuos de actividade e inactividade, pode exigir a aplicabilidade conjunta das normas reguladoras do trabalho intermitente (da mesma forma que o *part time* pode ser prestado com ou sem termo, pode reportar-se, ou não, a teletrabalho ou a uma prestação cuja execução implique uma especial relação de confiança e, por isso, legitime o recurso à comissão de serviço)⁵⁹. Existirá necessariamente lugar à aplicabilidade do regime do trabalho intermitente quando a menor duração semanal do período normal de trabalho não possa, nos termos do n.º 1 do art. 154.º, suportar a diferenciação de regimes (ou seja, a privação do trabalhador a tempo

que “o *plus* de flexibilidade” apresentado pelo trabalho intermitente relativamente ao trabalho a tempo parcial apenas se encontra na modalidade que atribui ao empregador uma margem de flexibilidade na colocação temporal do período de actividade. MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO reconhece, igualmente, que se mostra “particularmente difícil” a distinção com o trabalho intermitente prestado em períodos fixos – *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II – Situações Laborais Individuais*, cit., pág. 317. Em sentido convergente, afirmando a sobreponibilidade das figuras, CATARINA DE OLIVEIRA CARVALHO, “A desarticulação do regime legal do tempo de trabalho”, cit., págs. 373-374.

⁵⁷ Remetemos para as considerações feitas, no âmbito da disciplina do Código do Trabalho de 2003, sobre a inadmissibilidade do trabalho à chamada – “Contratos de Trabalho a Tempo Parcial (tópicos de reflexão)”, cit., págs. 221-223.

⁵⁸ Assim, LUÍS MIGUEL MONTEIRO in P. ROMANO MARTINEZ *et alii*, *Código do Trabalho Anotado*, 9.ª ed., Coimbra, Almedina, 2013, pág. 390. É significativo que noutros ordenamentos a noção legal do trabalho a tempo parcial se dirija indiferenciadamente aos parâmetros diário, semanal, mensal ou anual (pense-se, por ex., no n.º 1 do art. 12.º do *Estatuto de los Trabajadores*).

⁵⁹ Com referência expressa, no âmbito da lei italiana, à prestação de trabalho a tempo parcial no âmbito do trabalho intermitente, G. PELLACANI, “Il lavoro intermitente o a chiamata (c. d. *job on call*)”, cit., págs. 1346-1347.

parcial da tutela subjacente ao regime desenhado para o trabalho intermitente relativamente ao trabalhador a tempo completo).

Esta linha interpretativa não elimina totalmente as interrogações quanto à conjugação destes regimes. Tem, em todo o caso, a vantagem de facilitar a delimitação de espaços próprios de intervenção dos regimes do tempo parcial e do trabalho intermitente, sem quebras de sistema. Poderá, porventura, dizer-se mesmo que potencia a intenção «clarificadora» do legislador – ainda que a preço, é certo, de uma maior rigidificação do regime.

IV. Para a válida constituição de uma situação de trabalho intermitente é, como vimos, requerida no Código do Trabalho a prévia fixação, por acordo, da duração da prestação de trabalho. A referência do n.º 1 do art. 159.º ao estabelecimento dessa duração “de modo consecutivo ou interpolado” não é feliz, já que existindo sempre no trabalho intermitente alguma descontinuidade da prestação esta é sempre interpolada por períodos de inactividade. A menção parece reportar-se à duração anual do trabalho, sinalizando que a prestação pode ser realizada num único período (que não pode ser inferior a seis meses a tempo completo – n.º 2 do art. 159.º) ou em vários (tendo, no entanto, que compreender pelo menos um período de pelo menos quatro meses consecutivos e, no total, que perfazer o mínimo de seis meses a tempo completo – também por força do n.º 2 do art. 159.º).

A definição da duração da prestação de trabalho deve ser feita com indicação do número anual de horas de trabalho ou do número anual de dias de trabalho a tempo completo [alínea *b*) do n.º 1 do art. 158.º]. A projecção da duração do trabalho num quadro anual é incontornável, uma vez que a descontinuidade é aferida a partir desse arco anual, ao qual se reporta.

As referências da alínea *b*) do n.º 1 do art. 158.º e do n.º 2 do art. 159.º ao tempo completo fazem surgir várias interrogações.

Desde logo, a ideia de tempo completo articula-se numa lógica binária com o tempo parcial⁶⁰ (assim acontece nas diversas incidências do termo

⁶⁰ Nas palavras de M. D'ANTONA, a definição do *part time* é feita *per relationem*, a partir de um horário normal contratual – “Il part-time dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 210/1992”, in *Opere*, vol. III, t. III, Milão, Giuffrè, 2000, pág. 1263.

ao longo do Código⁶¹). No quadro do regime do trabalho intermitente, e na medida em que esta modalidade não é legalmente apresentada como variação do próprio regime do tempo parcial, essa referência perde-se. Em todo o caso, para efeitos da densificação do conceito parece não restar outra solução que não a de recorrer aos “critérios de comparação definidores do padrão de duração do trabalho”⁶² contidos nos n.ºs 4 e 5 do art. 150.º

De outra parte, a insistência no tempo completo no âmbito da parame-trização da duração do trabalho poderá, à primeira vista, sugerir que este regime não compreende a prestação a tempo parcial. Não vemos, porém, razão substancial para que tal aconteça. Pelo contrário, e na interpretação acima sugerida, o n.º 3 do art. 150.º parece apontar no sentido oposto.

Partindo desta premissa, a letra do n.º 2 do art. 159.º coloca outro tipo de problema, agora relativamente aos contornos admitidos para o trabalho intermitente. A duração mínima da prestação é estabelecida com referência ao tempo completo e parece dirigir-se a todas as situações de trabalho intermitente. Ou seja, vigoraria para o próprio tempo parcial intermitente, reduzido drasticamente a sua viabilidade. Admitindo que tal pode forçar a letra do preceito, afigura-se, ainda assim, de aplicar, nos casos de tempo parcial, a regra de proporcionalidade do art. 154.º (no sentido de permitir uma duração global inferior aos seis meses a tempo completo, numa lógica de proporcionalidade estabelecida em função da variação do parâmetro semanal de duração do trabalho). Dever-se-á, no entanto, respeitar a aplicação dos segmentos mínimos para os períodos de actividade, uma vez que se prendem com a continuidade dos ciclos de trabalho, dimensão estrutural e essencialmente valorativa, que, nessa medida, não é compatível com a “divisibilidade”, normalmente associada à aplicação da ideia de proporcionalidade⁶³.

Este raciocínio só vale, porém, para as situações de tempo parcial vertical com substancial descontinuidade nas quais a menor duração do tempo de trabalho não possa suportar uma diferenciação de tutelas rela-tivamente ao trabalhador a tempo completo. Serão de admitir situações de tempo parcial vertical com alternância de ciclos de actividade e de

⁶¹ Alínea *b*) do n.º 1 do art. 51.º, alínea *b*) do n.º 3 do art. 55.º, alínea *d*) do n.º 2 do art. 140.º, n.ºs 1, 4, 5 e 6 do art. 150.º, alínea *b*) do n.º 1 e n.ºs 2 e 3 do art. 153.º, n.ºs 1, 2 e 3 do art. 154.º, n.ºs 1 e 4 do art. 155.º, alíneas *a*) e *b*) do n.º 1 e alínea *a*) do n.º 2 do art. 156.º

⁶² LUIS MIGUEL MONTEIRO, *Código do Trabalho Anotado*, cit., pág. 391.

⁶³ MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, 16.ª ed., cit., pág. 326.

inactividade em que a reduzida dimensão da prestação de trabalho não seja congruente com a aplicação da disciplina do trabalho intermitente.

V. Tendo presentes todas estas regras, um ponto mais deve ser sublinhado. A lei estabelece, como se acaba de ver, uma duração mínima anual do trabalho, bem como uma limitação à organização dos ciclos de actividade, impondo um limite à própria descontinuidade da realização da prestação. Estas regras não podem ser afastadas pelas partes (n.º 3 do art. 158.º), às quais está vedada a fixação de modelos mais flexíveis – sem prejuízo do que acabamos de referir a propósito da combinação com o trabalho a tempo parcial.

Mais ainda, têm, à partida, de ficar definidos o *an* e, mesmo, o *quantum* da prestação. Apenas se admite que as partes possam, no acordo, optar entre a fixação do início e termo de cada períodos de trabalho e a atribuição ao empregador da faculdade de determinar a colocação temporal dos ciclos de actividade, caso em que deve igualmente ficar estipulada a antecedência com que deve ser notificado ao trabalhador o início do período de trabalho (n.º 1 do art. 159.º), antecedência que não pode ser inferior a vinte dias (n.º 3 do art. 159.º).

Não parece, por outro lado, que as normas em análise abram espaço à estipulação de uma duração anual mínima, que admita o alargamento da prestação por decisão do empregador. Uma previsão desta natureza, aparentemente mais favorável para o trabalhador – na medida em que alargaria a possibilidade de percepção de retribuição completa –, fatalmente implicaria uma maior desestruturação do tempo de não trabalho, reduzindo drasticamente a possibilidade de esse período ser preenchido com outra ocupação remunerada⁶⁴.

Não se consente, em suma, que o acordo preveja um *jus creandi*⁶⁵ do empregador no que concerne à determinação da duração da actividade. O trabalho intermitente, tal como previsto no Código do Trabalho, implica a existência de ciclos de actividade em cada período anual e, mais ainda, a prévia determinação do volume total de horas ou dias de trabalho devido em cada ano.

⁶⁴ Esta situação, potenciando a faculdade de “chamada” do empregador, estaria bastante próxima do contrato de trabalho por tempo indeterminado para cedência temporária, relativamente ao qual se fixa uma compensação retributiva para os períodos de inactividade bem superior à fixada para o trabalho intermitente.

⁶⁵ R. VOZA, “Il lavoro intermittente”, cit., pág. 1401.

Recorrendo à tipologia entre nós proposta, há já longos anos, por JORGE LEITE⁶⁶, um dos perfis agora consagrados no Código do Trabalho deixar-se-ia, à primeira vista, reconduzir ao trabalho alternado, no qual “porque podem prever o *quando* e o *quantum* de prestação necessária, as partes [...] fixam antecipadamente a duração do trabalho e as respectivas épocas do ano”. Afasta-se, porém, desse modelo na medida em que se impõe uma compensação retributiva para os períodos de inactividade⁶⁷, elemento essencial do acordo e que, fatalmente, se projecta na composição fundamental de interesses que lhe está associada. O outro esquema legalmente admitido para o trabalho intermitente diverge muito substancialmente do modelo que JORGE LEITE designa “contrato de trabalho com cláusula de intermitência” e associa a situações em que “o tempo de trabalho não é antecipadamente determinado já que nem mesmo o empregador está em condições de saber com precisão em que datas e por quantos dias ou por quantas horas terá necessidade dos serviços do trabalhador”, isto é, “o empregador está em condições de prever que vai necessitar de mão-de-obra, mas não está em condições de prever, com precisão, nem o grau de necessidade nem as respectivas datas”⁶⁸. Pelo contrário, o regime do Código do Trabalho apenas admite a incerteza quanto à localização temporal dos ciclos de actividade, mas não concede espaço à variação do *quantum* da prestação devida. Finalmente, e ainda por referência a esta tipologia, nenhuma das formas que pode revestir o trabalho intermitente na lei portuguesa se confunde com a “forma extrema de adaptação, de plasticidade, de maleabilização” que existe no “módulo de organização” em que “o trabalhador [se obriga] a responder às solicitações da entidade empregadora (a responder à chamada), dependendo a duração do trabalho efectivo, bem como a sua distribuição diária e/ou semanal, das necessidades de exploração da empresa”⁶⁹. A modalidade comum de trabalho intermitente regulada no Código do Trabalho não admite os “contratos zero horas”, à maneira do

⁶⁶ “Direito do Trabalho na Crise (relatório geral)”, in *Temas de Direito do Trabalho*, Coimbra, Coimbra Ed., 1990, págs. 35-36.

⁶⁷ O modelo de trabalho alternado configurado por JORGE LEITE aproxima-se mais do trabalho a tempo parcial vertical com base anual, que, como vimos, parte da doutrina considera viável no quadro do vigente Código do Trabalho.

⁶⁸ “Direito do Trabalho na Crise (relatório geral)”, cit., pág. 35.

⁶⁹ “Direito do Trabalho na Crise (relatório geral)”, cit., pág. 36.

direito inglês⁷⁰, nem o verdadeiro trabalho à chamada, que tem tipicamente associada a possibilidade de variação do *quantum* da prestação⁷¹.

Porque é assim, o regime português do trabalho intermitente aproxima-se fundamentalmente do trabalho alternado, sendo num caso o ritmo de sucessão dos ciclos de actividade pré-definido pelas partes e, no outro, determinado unilateralmente pelo empregador. Afigura-se-nos excessivo designar esta segunda modalidade como trabalho à chamada⁷², sendo preferível a formulação mais limitada “trabalho alternado sob chamada”⁷³ (ou com cláusula de chamada) ou, porventura, o *nomen* mais neutro “trabalho alternado flutuante”.

A centralidade que no regime legal do trabalho intermitente assume a definição por acordo do *quantum* da duração do trabalho implica, por sua vez, que se coloque a questão da admissibilidade, nesta modalidade de contrato de trabalho, da exigência de trabalho suplementar. Como é bom de ver, a dúvida apenas é pertinente quando reportada à exigência de trabalho nos períodos de inactividade, já que durante os ciclos de prestação de trabalho se aplica o regime geral⁷⁴.

O ponto presta-se a desenvolvimentos sobre as noções de horário de trabalho e de trabalho suplementar que não cabem aqui e terão lugar noutra sede. Diremos apenas que o trabalho suplementar se insere na fisiologia normal da prestação de trabalho no contexto de cada ciclo de prestação. Os períodos de inactividade têm um modo de ser qualitativa-

⁷⁰ Cfr. S. WILLIAMS, *Introducing Employment Relations. A critical approach*, 3.^a ed., Oxford, Oxford University Press, 2014, págs. 254-255.

⁷¹ Diversamente, o art. 8.º da Lei n.º 4/2008 parece admitir trabalho verdadeiramente à chamada, sem garantias quanto à duração dos períodos de trabalho efectivo. O n.º 2 do art. 10.º determina que o acordo para o exercício intermitente do trabalho deve prever os “períodos mínimos de trabalho efectivo”, deixando claro que é possível a variação relativamente ao *quantum* de actividade, mas não elimina a dúvida quanto à caracterização desses períodos mínimos como elementos necessários do contrato.

⁷² J. LEAL AMADO/J. NUNES VICENTE (“Contrato de Trabalho Intermitente”, cit., pág. 121) adoptam as designações “trabalho alternado”, para as situações de determinação por acordo da localização dos períodos de trabalho, e “trabalho à chamada”, para as hipóteses em que esse poder é deferido ao empregador. Esta nomenclatura é aceite por CATARINA DE OLIVEIRA CARVALHO (“A desarticulação do regime legal do tempo de trabalho”, cit., págs. 372-373) e P. MADEIRA DE BRITO (*Código do Trabalho Anotado*, cit., pág. 398).

⁷³ Adaptando uma designação utilizada por MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II – Situações Laborais Individuais*, cit., pág. 314.

⁷⁴ O volume máximo de horas de trabalho suplementar deve, contudo, ser considerado em termos proporcionais à duração anual do trabalho.

mente diferente, não consentindo a sua invasão por pretensões patronais no sentido da satisfação das necessidades da empresa⁷⁵.

VI. Em sede de definição dos pressupostos de admissibilidade do contrato de trabalho intermitente, o Código do Trabalho circunscreve a sua aplicação às empresas que exerçam actividade com descontinuidade ou intensidade variável (n.º 1 do art. 157.º). Duas considerações se impõem.

Ao contrário do que sucede na lei italiana (arts. 34, n.º 1, 36 e 40 do Decreto Legislativo 276/2003) e na lei francesa (arts. L 3123-31, L 3123-35, L 32123-36 e L 3123-37 do *Code du Travail*), não se reconhece à autonomia colectiva um papel de mediação na aplicabilidade deste regime de flexibilidade e de concreto ajustamento dos seus contornos. Na verdade, e ao contrário daqueles ordenamentos, apesar das reiteradas e estrénuas afirmações de promoção da contratação colectiva em cada recente reforma legislativa, só em termos muito limitados encontramos no Código do Trabalho a ideia de governo colectivo dos instrumentos de flexibilidade – porventura não tanto por desconfiança nos sujeitos colectivos, mas antes pelas óbvias limitações que decorrem do princípio da filiação e da proliferação de uma negociação colectiva não centrada na empresa⁷⁶. No que ao trabalho intermitente respeita, as coordenadas de intervenção da autonomia colectiva são as que vigoram para o trabalho *standard*. Voltaremos ao assunto.

De outra parte, verificamos que – de novo ao contrário das leis italiana e francesa⁷⁷ – a possibilidade de recurso à figura é aferida em função da espe-

⁷⁵ Esta ideia, aqui muito sumariamente enunciada, está próxima das considerações que nos levavam, na vigência do Código do Trabalho de 2003, a uma proposta bastante limitativa quanto ao lugar do trabalho suplementar no regime de tempo parcial vertical – “Contratos de Trabalho a Tempo Parcial (tópicos de reflexão)”, cit., págs. 230 e ss.

⁷⁶ Basta recordar as quase irresolúveis questões suscitadas pela ampliação da intervenção da autonomia colectiva no regime de admissibilidade dos contratos a termo. Sobre os problemas ligados ao princípio da filiação e aos níveis de negociação, cfr. BERNARDO LOBO XAVIER, *Curso de Direito do Trabalho*, I, 3.ª ed., cit., págs. 573 e ss., 595 e ss. e 627 e ss., “Alguns Pontos Críticos das Convenções Colectivas de Trabalho” in A. MOREIRA (coord.), *II Congresso Nacional de Direito do Trabalho – Memórias*, Coimbra, Almedina, 1999, págs. 334 e ss. e “As fontes específicas do Direito do Trabalho e a superação do princípio da filiação” in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita*, II, Coimbra, Coimbra Ed., 2009, págs. 1126 e ss.

⁷⁷ O art. 34 do Decreto Legislativo n.º 276/2003 entrega à contratação colectiva a definição das prestações de carácter descontínuo ou intermitente para cujo desempenho pode ser celebrado contrato de trabalho intermitente. O art. L3123-31 da lei francesa,

cificidade da organização em que é prestada a actividade e não do concreto tipo de actividade em causa⁷⁸. A admissibilidade de celebração de contrato de trabalho intermitente não é reportada ao tipo de funções a desempenhar, mas sim ao modo de ser da actividade da organização produtiva⁷⁹.

A formulação legal não é satisfatória. Tanto alcança empresas que se inserem em sectores em que a actividade é, em si mesma, marcada pela descontinuidade ou pela flutuação da intensidade do processo produtivo, como pode abranger um universo muito maior. Como bem refere MONTEIRO FERNANDES, “a descontinuidade ou a variável intensidade das necessidades de trabalho, em muitas empresas, é um facto inegável e cada vez mais saliente, à medida que se acentua a volubilidade dos mercados”, sendo, para além disso, inegável que o impacto das “oscilações de mercado” atinge “hoje praticamente todas as empresas”⁸⁰. Pode também subsistir alguma incerteza quanto à fonte da descontinuidade ou variação da actividade da empresa: só é relevante aquela que esteja estritamente ligada à actividade, ou compreende ainda a que assente na própria estratégia de organização da empresa? Poderá, porventura, dizer-se, como sugere TATIANA GUERRA DE ALMEIDA, que “o legislador parece pressupor uma variabilidade da actividade da empresa que pode-

parecendo adoptar uma abordagem diferente, acaba por apontar também nesse sentido: o recurso ao trabalho a tempo parcial é admitido nas empresas nas quais vigore uma convenção colectiva que o preveja, mas apenas para as funções que por natureza comportem a alternância de períodos de trabalho e de não trabalho. A referência do art. L 3123-35 a uma lista, aprovada por decreto, de sectores tem uma finalidade diferente, de modalização do próprio regime do trabalho intermitente.

⁷⁸ Também aqui a lei espanhola se caracteriza pela complexidade e, mesmo, alguma ambiguidade. O n.º 8 do art. 15 do *Estatuto de los Trabajadores* tanto se reporta a certos postos de trabalho, como atribui relevância à actividade da empresa. Cfr. , por ex., sobre este ponto, ainda a propósito da antiga alínea *b*) do n.º 3 do art. 12.º (hoje o n.º 8 do art. 15.º), J. L. MONEREO PEREZ (dir.), *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, Granada, Ed. COMARES, 1998, págs. 226-227.

⁷⁹ A fórmula encontrada na Lei n.º 4/2008 é bem mais precisa: o trabalho intermitente (neste âmbito poder-se-á mais facilmente falar de cláusula de intermitência) pode ter lugar “quando os espectáculos públicos não apresentem carácter de continuidade” (n.º 1 do art. 8.º), estando, por outro lado, limitado pelo próprio âmbito de aplicação do regime especial [trabalhadores que exerçam uma actividade artística, técnico-artística ou de mediação” – alínea *c*) do art. 1.º-A e n.º 1 do art. 1.º-B]. Se a empresa promotora dos espectáculos preencher o pressuposto do n.º 1 do art. 157.º do Código do Trabalho poderá, naturalmente, celebrar contratos de trabalho intermitentes com outros trabalhadores, agora ao abrigo do Código.

⁸⁰ *Direito do Trabalho*, 6.ª ed., cit., pág. 327.

mos qualificar como estrutural”, no sentido em que “tal variabilidade da actividade da empresa” deve “ser antecipadamente previsível (e prevista), permitindo a organização do quadro de prestação laboral em períodos anuais, não podendo aqui incluir-se as variações que decorram de circunstâncias fortuitas, transitórias ou de mercado”⁸¹ (embora algumas das dúvidas permaneçam – por ex., a qualificação “estrutural” reporta-se ao tipo de actividade ou abarca também a que resulte da estratégia organizativa da empresa, que conforma a sua estrutura? – e, por outro lado, a própria inserção num determinado mercado possa projectar-se de forma “estrutural” na actividade da empresa).

No fundo, a intenção limitativa da norma é, em alguma medida, traída pela imprecisão da formulação. Seria, certamente, mais fácil se a aferição da exigência destas características fosse entregue à contratação colectiva. Não o sendo, é às próprias partes do contrato de trabalho intermitente que compete a determinação da verificação deste pressuposto, sujeitando-se à incerteza daí adveniente⁸².

Por outro lado, o legislador não esclarece as consequências da violação deste pressuposto. Sendo certo que se recusa o acesso à celebração de contratos de trabalho intermitente a empresas que não preencham os requisitos do n.º 1 do art. 157.º do Código do Trabalho, é incontornável a questão das consequências da celebração de tal contrato em empresas cuja actividade não apresente a exigida “descontinuidade ou intensidade variável”.

De acordo com L. LEAL AMADO e J. NUNES VICENTE, “a resposta só pode ser uma: recondução ao contrato *standard*, neutralização da «cláusula de intermitência», vale dizer, o contrato considerar-se-á celebrado sem período de inactividade laboral”⁸³. Não é clara a operação aqui levada a cabo, nem os argumentos que a sustentam⁸⁴. A menção à “cláusula de intermitência” levar-nos-á, porventura, ao regime da invalidade das

⁸¹ “O novo regime jurídico do trabalho intermitente”, cit., págs. 350-351.

⁸² Dir-se-á que isto mesmo acontece em muitas outras situações. Na celebração de contratos de trabalho a termo, de acordos de comissão de serviço ou de isenção de horário de trabalho, e noutras situações ainda, são as partes quem afere a presença das condições determinadas pela lei para viabilizar o efeito jurídico preciso que em cada caso se pretende. A questão, a nosso ver, prende-se, nesta situação específica, com a acrescida equívocidade da formulação legal, susceptível de entendimentos muito distintos.

⁸³ “Contrato de Trabalho Intermitente”, cit., pág. 124.

⁸⁴ Os autores referem o entendimento convergente, perante o *Code du Travail*, de J. PELISSIER (“Le travail intermitente”, *Droit Social*, 1987, n.º 2, pág. 98), que também não esclarece cabalmente o fundamento da solução.

cláusulas acessórias, que não dispensa, ainda assim, um esforço ulterior de fundamentação. Também a separação que o Código do Trabalho empreende entre o regime das cláusulas acessórias e o das modalidades de contrato de trabalho (opção especialmente nítida se tivermos presente que o contrato a termo resolutivo encontrava, no Código de 2003, o seu regime entre as regras atinentes às cláusulas acessórias do contrato de trabalho, enquanto hoje constitui uma das modalidades de contrato de trabalho) não parece consentir esta assimilação, muito embora o legislador ofereça sinais contraditórios⁸⁵. Poder-se-á, em todo o caso, entender que a modalização do regime *standard*, com o conjunto de regras imperativas que o envolve, só é admissível na presença do pressuposto referido no n.º 1 do art. 157.º, sendo, na falta dele, ineficaz. Trata-se, porém, de ponto que carece de maior aprofundamento⁸⁶.

⁸⁵ Basta atentar na oposição subjacente aos n.ºs 1 e 2 do art. 147.º, parecendo traduzir, como notam L. MIGUEL MONTEIRO e P. MADEIRA DE BRITO, a distinção entre “situações de nulidade da cláusula acessória, cuja declaração não descaracteriza o negócio celebrado como contrato de trabalho (n.º 1) e verdadeiras situações de conversão legal do contrato de trabalho a termo em contrato por tempo indeterminado” – *Código do Trabalho Anotado*, cit., pág. 376.

⁸⁶ O raciocínio que se acaba de expressar assenta no pressuposto de que existem, em certa medida, dois momentos logicamente diferentes: a constituição de um vínculo de trabalho subordinado e a sua sujeição a um regime específico, pelo que a ineficácia que afecta este segundo momento não põe em causa a existência do vínculo laboral. Dir-se-ia que estando presente a função económico-social típica e característica do contrato de trabalho se impõe a aplicabilidade do aparato protector que lhe está associado. Se, porém, considerarmos contrato de trabalho *standard* e contrato de trabalho intermitente como esquemas autónomos de composição e interesses, a questão deve, naturalmente, ser posta em termos diferentes. Na falta de uma norma como a do art. 147.º, haverá, porventura, que recorrer a considerações alicerçadas em princípios de ordem pública, designadamente quanto à conservação do vínculo laboral. Para a discussão desta questão no ordenamento italiano e descrição das soluções que têm sido oferecidas (que vão desde a recondução ao contrato de trabalho comum à aplicação do regime dos contratos de trabalho inválidos), cfr., por ex., R. ROMEI, “Tipologie contrattuali a orario ridotto, modulato e flessibile”, cit., pág. 426 – o Autor propende para o afastamento da pura e simples recondução do vínculo ao contrato de trabalho *standard*, com base na consideração do trabalho intermitente como tipo contratual autónomo e na crescente crise de centralidade do vínculo comum, argumentos dificilmente invocáveis perante os dados do nosso ordenamento. Questionando também a configuração como contrato *standard*, A. BOLLANI, “Flessibilità e nuove rapporti di lavoro”, in M. MAGNANI/P. A. VARESI, *Organizzazione del Mercato del Lavoro e Tipologie Contrattuali*, Turim, Giapichelli, 2005, pág. 423. Após as alterações de 2012-2013, uma circular ministerial (n.º 18/2012) veio cominar a transformação em contrato de trabalho *standard* para casos de incumprimento

VII. A possibilidade de celebração de contratos de trabalho intermitente a termo resolutivo é expressamente vedada pelo n.º 2 do art. 157.º do Código do trabalho, pelo qual se proíbe, igualmente, a combinação do regime do trabalho intermitente com o do trabalho temporário.

A razão de ser desta última restrição afigura-se-nos clara. Em primeiro lugar, a conclusão de contratos de trabalho temporário com regime de intermitência está já excluída pela proibição de aposição de termo resolutivo ao contrato de trabalho intermitente. Depois, o contrato de trabalho por tempo indeterminado para cedência temporária consome a utilidade específica proporcionada pelo regime do trabalho intermitente, permitindo até maior flexibilidade e um acréscimo de tutela para o trabalhador.

No atinente à exclusão do termo resolutivo, verificamos que a lei portuguesa se aproximou da solução estabelecida no *Code du Travail*⁸⁷ e reproduziu a via restritiva consagrada no regime do contrato de trabalho dos profissionais dos espectáculos (n.º 2 do art. 8.º da Lei n.º 4/2008)⁸⁸.

Alguns autores têm laboriosamente procurado a razão de ser desta regra no específico modo de ser e na funcionalidade própria de cada um dos regimes em causa. Para P. MADEIRA DE BRITO, “a natureza permanente das necessidades intermitentes não é compatível com os fundamentos dos contratos a termo”, decorrendo aquela natureza permanente da característica descontinuidade ou variável intensidade da actividade das empresas que é pressuposto da celebração de contratos de trabalho intermitente⁸⁹. Conflui com as reflexões desenvolvidas por TATIANA GUERRA DE ALMEIDA para tentar encontrar um espaço próprio (uma funcionalidade característica) para o trabalho intermitente relativamente à contratação a termo com fundamento na sazonalidade: “a referência, a propósito do fundamento para o recurso à contratação a termo, à irregularidade da necessidade da empresa, concretizando a

de regras legais relativas à constituição do trabalho intermitente – cfr. M. VINCIEIRI, “Le modifiché al lavoro intermitente”, cit., pág. 78.

⁸⁷ Já a lei italiana admite expressamente a celebração de contratos de trabalho intermitente por tempo determinado (n.º 2 do art. 33 do Decreto Legislativo n.º 276/2003).

⁸⁸ Questão diferente é a de saber se não o contrato de trabalho, mas o regime de intermitência, ou seja, a modalização do regime comum, pode ser sujeita a termo resolutivo. O n.º 2 do art. 8.º da Lei n.º 4/2008 permite-o para os contratos de trabalho dos profissionais de espectáculos e não vemos razão para não o admitir também no quadro do Código do Trabalho. Assim, J. LEAL AMADO/J. NUNES VICENTE – “Contrato de Trabalho Intermitente”, cit., pág. 126.

⁸⁹ *Código do Trabalho Anotado*, cit., pág. 398.

cláusula geral da necessidade temporária da empresa, parece apontar para uma ideia de impossibilidade de previsão dessas necessidades, por contraposição com o fundamento do trabalho intermitente, onde a referência se basta pela menção à actividade descontínua ou de intensidade variável”; “parece assim poder apontar-se alguma diferenciação entre as figuras, na perspetiva do fundamento dos respectivos regimes, ainda que muito próximos: o recurso ao trabalho intermitente derivará em primeira linha de uma descontinuidade ou intensidade variável que é rígida, aparentemente previsível e programável”, “já a contratação a termo com fundamento da al. e) do n.º 2 do artigo 140.º decorrerá de uma necessidade temporária, decorrente da natureza do mercado em questão, imprevisível ou pouco propensa à programação das necessidades de pessoal no quadro da empresa em questão”⁹⁰.

Não acompanhamos estas tentativas de demarcação funcional dos dois modelos contratuais⁹¹. A oposição permanente/temporária não oferece uma base minimamente sólida. Na verdade, as expressões “permanente” e “temporário” só fazem sentido perante um determinado quadro de referência. Quando olhamos para o regime do trabalho intermitente, esse quadro é o da actividade da empresa, pelo que a descontinuidade ou intensidade variável são de considerar permanentes por referência a essa actividade, de que constituem um modo de ser (ainda assim, sujeito a manipulações, na medida em que se ajuste a uma concreta estratégia de organização empresarial). No contexto do contrato a termo resolutivo, e no que se refere ao trabalho sazonal, o quadro de referência é outro: a alínea e) do n.º 2 do art. 140.º do Código do Trabalho claramente articula a actividade sazonal com o “ciclo anual de produção”, projectando neste mesmo ciclo outras “irregularidades decorrentes da natureza estrutural do respectivo mercado”. Por isso mesmo a hipótese do trabalho sazonal se deixa reconduzir à “necessidade temporária” a que alude o n.º 1 do art. 140.º, sendo ao mesmo tempo verdadeiro, como argutamente escreve JÚLIO GOMES, que “o emprego sazonal é um emprego com carácter necessariamente intermitente”⁹², ou seja, estruturalmente intermitente. Também as ideias de previsibilidade e programabilidade não oferecem

⁹⁰ “O novo regime jurídico do trabalho intermitente”, cit., págs. 351-352.

⁹¹ Muito desenvolvida, como temos assinalado, no contexto da lei espanhola e a partir das coordenadas muito particulares que aí encontramos. Basta recordar que a partir de 2001 a regulação do trabalho fixo descontínuo consta do artigo sobre contratação a termo.

⁹² “O Contrato de Trabalho a Termo ou a Tapeçaria de Penélope?”, in *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, vol. IV, Coimbra, Almedina, 2003, pág. 57, nota 53.

um pilar sólido para o efeito pretendido. O trabalho intermitente pode consentir, dentro de certos limites, uma faculdade de ajustamento que restringe drasticamente a operativividade dessas ideias (pensamos nas hipóteses em que cabe ao empregador determinar, em cada ano, a colocação temporal da prestação)⁹³.

Encarando o problema a partir de um plano diferente, afigura-se-nos possível cogitar situações em que a contratação a termo poderia ser articulada com o trabalho intermitente, de modo a ocorrer a necessidades substanciais. Pensemos, por ex., em empresas cuja actividade oscila de acordo com o volume de projectos ou empreitadas que obtenham e que carecem de trabalhadores para tarefas de acompanhamento de um eventual projecto ou empreitada, de duração temporal limitada, tarefas essas que podem não envolver a prestação contínua de trabalho.

Em suma, não nos parece que a funcionalidade que caracteriza cada um dos regimes em causa seja mutuamente excludente. A razão de ser da proibição de aposição de termo resolutive prende-se antes, a nosso ver, com uma pura opção de política legislativa contra a «cumulação de flexibilidades»⁹⁴ (escolha similar à que encontramos, por ex., na norma que proíbe a combinação dos horários concentrados com o regime de adaptabilidade – n.º 2 do art. 209.º do Código do Trabalho).

Quais são, neste quadro, as consequências da violação do n.º 2 do art. 157.º? Mais uma vez, a lei não resolve expressamente a questão.

Estando em causa um contrato em que a aposição do termo resolutive respeita o regime dos arts. 140.º e seguintes e em que, simultaneamente, se verificam os pressupostos de celebração do contrato de trabalho intermitente e os demais requisitos legais, tendemos (embora com dúvidas) a considerar que a inserção sistemática da norma, associada ao valor nuclear da segurança do vínculo (de que decorre a tão disseminada afirmação do

⁹³ É possível, anda, figurar a possibilidade de, por convenção colectiva, ao abrigo do art. 139.º do Código, ser recuperada a possibilidade de recurso ao contrato de trabalho a termo para satisfazer acréscimos temporais de actividade, hipótese contemplada na legislação anterior ao Código de 2003. Como à data referia JÚLIO GOMES, a lei opunha as noções de acréscimo excepcional e de acréscimo temporário, sendo que “se todo o acréscimo excepcional será, normalmente, temporário, um acréscimo temporário não será necessariamente excepcional, podendo, até, ser previsível e planificável” – “O Contrato de Trabalho a Termo ou a Tapeçaria de Penélope?”, cit., págs. 55-56.

⁹⁴ A expressão é retomada de J. PELISSIER, “Le travail intermittent”, cit., pág. 96, que alude ao “cúmulo de precariedades”. Neste sentido, quanto ao direito constituído, J. LEAL AMADO/J. NUNES VICENTE, “Contrato de Trabalho Intermitente”, cit., págs. 133-134.

carácter excepcional dos contratos a termo), favorece o entendimento de que se deve ter por ineficaz o termo resolutivo⁹⁵.

Já num putativo “contrato de trabalho temporário intermitente” ou num contrato de trabalho intermitente para cedência temporária a questão poderá ser colocada em termos diferentes. O efeito jurídico pretendido tenderá a corresponder ao que é próprio do contrato de trabalho indeterminado para cedência temporária pelo que, se respeitados os requisitos formais do n.º 1 do art. 183.º, deverá valer como tal. Não sendo esse o caso, será decisiva a existência ou não de cedência a empresa utilizadora (podendo, consoante o caso, equacionar-se a aplicabilidade do art. 173.º ou, estando respeitados os pressupostos e requisitos aplicáveis para o contrato de trabalho intermitente, a persistência do vínculo desta forma, porventura com aplicação do n.º 3 do art. 183.º).

VIII. A existência de uma contrapartida, que consoante os ciclos de execução do contrato assume ora a natureza de retribuição, ora a de compensação retributiva, constitui elemento essencial do contrato de trabalho intermitente.

A lei prevê a regra de determinação da compensação retributiva – corresponde ao que estiver estabelecido em instrumento de regulamentação colectiva ou no contrato, não podendo ser inferior a 20% da retribuição base⁹⁶ –, mas nada estabelece quanto aos parâmetros de fixação da

⁹⁵ Neste sentido, TATIANA GUERRA DE ALMEIDA, “O novo regime jurídico do trabalho intermitente”, cit., pág. 350. J. LEAL AMADO/J. NUNES VICENTE – “Contrato de Trabalho Intermitente”, cit., pág. 132, apontassem em primeira linha para o recurso à vontade conjectural das partes e, subsidiariamente, para “reconhecer ao trabalhador uma espécie de ‘direito de opção’, concedendo-lhe a faculdade de escolher entre o contrato a termo e o contrato intermitente”.

⁹⁶ Não é fácil perceber a razão de ser da não inclusão no montante de referência do valor das diuturnidades, que integram igualmente o parâmetro retributivo básico relevante para a maior parte dos casos (arts. 262.º e 366.º). A solução parece especialmente desadequada quanto se trate de contrato de trabalho *standard* transformado em contrato de trabalho intermitente. Pelo seu lado, o regime especial dos profissionais dos espectáculos assume como padrão e referência a “retribuição normal” [alínea *b*) do n.º 5 do art. 8.º]. Apesar de esta noção ser equívoca, a orientação parece-nos, ainda assim, preferível à do Código. Também CATARINA DE OLIVEIRA CARVALHO (“A desarticulação do regime legal do tempo de trabalho”, cit., págs. 376 e 378) manifesta espanto pela circunstância de neste e noutros pontos o regime do Código do Trabalho se revelar menos flexível e protector do que o regime especial, quando “sendo a intermitência uma característica dominante no sector ligado às actividades artísticas destinadas a espectáculos públicos, parece justificar-se um regime especial que flexibilize ou adapte o regime geral”.

retribuição. Não encontramos, em particular, uma cláusula de paridade de tratamento (ou, se se quiser, de não discriminação⁹⁷), como as que figuram no art. 154.º, para o trabalho a tempo parcial, e no n.º 5 do art. 185.º, para o trabalho temporário. A regra, porém, não pode deixar de ser a mesma: o trabalhador terá direito à retribuição que for praticada para quem desempenhe funções correspondentes àquela para que foi contratado, não podendo a intermitência constituir, por si só e sem mais, fundamento para diferenciação de tratamento.

4. Forma do contrato de trabalho intermitente

I. Por força do estabelecido no n.º 1 do art. 158.º do Código do Trabalho, o contrato de trabalho intermitente está sujeito a forma escrita, devendo conter a identificação, assinatura e domicílio das partes, bem como a indicação do número anual de horas de trabalho, ou do número anual de dias de trabalho a tempo completo. A disposição aplica-se tanto à estipulação *ab initio* de prestação de trabalho em regime de intermitência como ao acordo pelo qual as partes num contrato de trabalho comum determinem a passagem ao regime de trabalho intermitente⁹⁸. Já a transformação de um vínculo laboral intermitente numa relação sujeita ao regime geral dispensa, naturalmente, formalização, podendo resultar da mera comprovação da prestação de trabalho sem intermitência.

II. A sujeição a forma escrita está, como é bem sabido, associada aos diversos regimes de prestação de trabalho que, afastando-se do modelo *standard*, envolvam menores garantias para o trabalhador ou determinem acrescidas margens de precariedade ou flexibilidade. A forma escrita é, designadamente, exigida em todas as modalidades de trabalho compreendidas na secção que se inicia no art. 139.º

Regista-se, todavia, uma acentuada flutuação⁹⁹, compreensível na medida em que as variações correspondem, tendencialmente, ao modo

⁹⁷ Pelo contrário, a lei italiana consagra expressamente um princípio geral de não discriminação, com especial incidência retributiva (n.º 1 do art. 38 do Decreto Legislativo n.º 276/2003) – cfr., por ex., , G. FERRARO, *Tipologie di Lavoro Flessibile*, cit., pág. 377.

⁹⁸ Assim, J. LEAL AMADO, *Contrato de trabalho*, 4.ª ed., Coimbra, Coimbra Ed., 2014, pág. 149 e MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II – Situações Laborais Individuais*, cit., págs. 317-318. Ao contrário do regime comum, a Lei n.º 4/2008 admite expressamente esta possibilidade (n.º 2 do art. 8.º).

⁹⁹ Sem qualquer pretensão de exaustividade, atente-se no seguinte: tanto para o contrato de trabalho a termo resolutivo [alínea b) do n.º 1 do art. 141.º] como para o

de ser específico de cada uma das modalidades em causa [por ex., a exigência da referências contempladas nas alíneas *b*), *c*), *d*), *e*) e *f*) do n.º 1 do art. 141.º ajustam-se aos apertados requisitos de admissibilidade do contrato a termo; do mesmo modo, a identificação da actividade a desenvolver é crucial para aferir a licitude da estipulação do regime da comissão de serviço, sendo igualmente importantes para a aplicação do respectivo regime a identificação, quando seja o caso, do cargo ou funções antes desempenhadas pelo trabalhador ou a garantia de um lugar de recuo]. Mesmo assim, afigura-se excessivamente reduzido o conjunto de menções que devem obrigatoriamente constar do contrato de trabalho intermitente¹⁰⁰.

A lei exige que as partes definam *ab initio* a duração da prestação do trabalho, com indicação da extensão dos respectivos períodos, bem como, em alternativa, a fixação do início e termo de cada ciclo de actividade ou a antecedência a observar pelo empregador quando caiba este a faculdade de proceder a essa determinação. Todavia, do documento escrito apenas terá de constar a indicação do número anual de horas de trabalho ou do número anual de dias de trabalho a tempo completo.

De outra parte, sendo elemento essencial do contrato de trabalho intermitente a existência de contrapartida, esta não tem obrigatoriamente que se encontrar fixada no acordo escrito (nem o valor da retribuição, que serve de parâmetro para o cálculo da compensação retributiva, nem a percentagem que permite calcular esta compensação). Esta indicação seria, porventura, menos relevante caso as partes estivessem obrigadas

exercício de actividade em comissão de serviço [alínea *b*) do n.º 3 do art. 162.º], ou em teletrabalho [alínea *b*) do n.º 4 do art. 166.º], para o contrato de trabalho temporário [alínea *c*) do n.º 1 do art. 181.º] e para o contrato de trabalho por tempo indeterminado para cedência temporária [alínea *c*) do n.º 1 do art. 183.º] se exige que do acordo escrito conste a indicação da actividade contratada; não se exige, porém, esta menção no contrato de trabalho a tempo parcial (n.º 1 do art. 153.º) e, como acabamos de ver, no contrato de trabalho intermitente; para os contratos de trabalho a termo [alínea *c*) do n.º 1 do art. 141.º], no teletrabalho [alínea *b*) do n.º 4 do art. 166.º] e para o contrato de trabalho temporário [alínea *d*) do n.º 1 do art. 181.º] exige-se também a indicação do período normal de trabalho, ao contrário do que sucede nas demais modalidades; dos contratos de trabalho a termo [alínea *c*) do n.º 1 do art. 141.º] e de trabalho temporário [alínea *d*) do n.º 1 do art. 181.º] deve, ainda, constar a menção do local de trabalho.

¹⁰⁰ Tanto a lei italiana (art. 35 do Decreto Legislativo n.º 276/2003) como a francesa (art. L. 3123-33) são, neste ponto, mais exigentes, pese embora no caso italiano se trate sempre de forma *ad probationem* – cfr., por todos, R. VOZA, “Il lavoro intermittente”, cit., págs. 1408-1409.

a definir no acordo escrito a actividade a desenvolver pelo trabalhador, já que as regras sobre enquadramento e classificação dos trabalhadores e o princípio da não discriminação poderiam permitir colmatar esta insuficiência. Ora, também a definição da actividade a desenvolver não constitui menção necessária. Como é bem sabido, a parametrização da actividade contratada não se esgota, as mais das vezes, com a celebração do contrato, sendo determinante o modo pelo qual, as partes dão execução ao vínculo através da concreta inserção do trabalhador na estrutura organizativa¹⁰¹. Contudo, uma vez que à celebração do contrato se pode seguir um longo período de inactividade (no limite, de seis meses), pode subsistir durante todo esse tempo a incerteza quanto ao género de funções prometido pelo trabalhador e ao enquadramento organizativo que lhes corresponde, prejudicando, pois, a determinação da retribuição correspondente¹⁰².

Por tudo isto, as regras sobre o dever de informação do empregador que constam dos arts. 106.º e 107.º do Código do Trabalho assumem especial relevância. Este será o único instrumento disponível para obter a clarificação das condições contratuais que não constam do documento escrito.

Percorrendo as regras em matéria de exigências formais que constam das diversas modalidades de contrato de trabalho reguladas no Código, é marcado o paralelismo entre os arts. 153.º e 158.º Com efeito, o legislador parece ter-se inspirado, na regulação do trabalho intermitente, no regime do trabalho a tempo parcial. Sucede, porém, que o art. 153.º não é substancialmente mais exigente do que a norma homóloga do Código de 2003 (art. 184.º), no qual o trabalho a tempo parcial se reduzia a uma modalização interna do regime de duração do tempo de trabalho e onde, mesmo assim, a regulação era, conforme deixámos aqui referido, já deficitária. A reconfiguração deste esquema como modalidade de contrato de trabalho, com ampliação da abertura ao tempo parcial vertical, postularia outros desenvolvimentos. Significa isto que, se bem vemos, o art. 158.º encontra a sua matriz num regime que se prende com uma funcionalidade distinta da do trabalho intermitente e que é, ele próprio, bastante incompleto.

¹⁰¹ Permita-se-nos remeter para A. NUNES DE CARVALHO, “Mobilidade funcional” in P. MORGADO DE CARVALHO (coord.), *Código do Trabalho – A Revisão de 2009*, cit., págs. 162-163.

¹⁰² Pode, inclusivamente, ficar prejudicada a determinação do regime do “tempo completo”, para a qual é indispensável encontrar o «trabalhador padrão» relevante.

III. As consequências do incumprimento das exigências de forma estão fixadas no n.º 2 do art. 158.º do Código do Trabalho: a inobservância da forma escrita ou a falta de indicação do número anual de horas de trabalho, ou do número de dias de trabalho a tempo completo, determinam que o contrato seja considerado celebrado sem período de inactividade. Estabelece, por sua vez, o n.º 3 do art. 158.º que na hipótese de o número de horas ou de dias de trabalho indicado ser inferior ao determinado no n.º 2 do art. 159.º o contrato se considera celebrado pelo número anual de horas fixado neste último preceito¹⁰³.

A consequência da falta de documento escrito ajusta-se ao previsto nas outras modalidades de contrato de trabalho. Já o outro segmento da regra causa alguma perplexidade.

Com certeza escreve P. MADEIRA DE BRITO, a solução que figura no n.º 2 “contrasta e torna um pouco estranha a opção legislativa para o caso de não ser fixado o período de actividade”, já que “se as partes estabelecerem uma semana de actividade efectiva o contrato passa a ter a duração mínima fixada na lei; se não for fixado nenhum período de actividade considera-se o contrato como não sujeito ao regime da intermitência”¹⁰⁴.

Para além disso, a solução legislativa envolve a própria reconstrução do conteúdo do contrato. Como vimos, o desenho da figura da intermitência assenta num relativamente amplo período ou conjunto de períodos de actividade, cabendo às partes estabelecer o início e termo de cada um deles ou deferir ao empregador a faculdade de determinar esses momentos, sempre com a necessária observância de pelo menos um período de quatro meses consecutivos. Ora, a transformação de uma estipulação que determine um único período de curta duração numa faixa de seis meses parece incongruente. E sempre faltará saber se esse período é consecutivo ou interpolado (e, neste caso, como se distribui), quando se inicia e termina, etc. Na verdade, não estão em causa aspectos puramente quantitativos (a duração do trabalho), mas também dimensões qualitativas (distribuição do tempo e organização da sua gestão)¹⁰⁵.

¹⁰³ Sobre o regime especial dos profissionais de espectáculos, JÚLIO GOMES, “Da fábrica à fábrica de sonhos – primeiras reflexões sobre o regime dos contratos de trabalho dos profissionais de espectáculos”, cit., págs. 264-266.

¹⁰⁴ *Código do Trabalho Anotado*, cit., pág. 400.

¹⁰⁵ Temos, por isto mesmo, dificuldade em acompanhar P. MADEIRA DE BRITO quando, invocando o n.º 3 do art. 158.º, afirma que da conjugação dos arts. 158.º e 159.º resulta que “a indicação de um período de actividade inferior a seis meses a tempo completo,

Pode, portanto, perante a letra da lei, suceder que um contrato em que houve efectivamente acordo das partes quanto à definição dos parâmetros de execução do trabalho em regime de intermitência seja, por falta de redução a escrito, transformado em contrato de trabalho *standard*, enquanto um outro, em que o equilíbrio de interesses expresso pelas partes, na forma prescrita pela lei, viola clamorosamente os parâmetros normativos e apresenta lacunas substanciais deva permanecer como contrato de trabalho intermitente. Propendemos, ainda que a benefício e melhor reflexão, para considerar que a aplicação do n.º 2 do art. 159.º apenas pode ter lugar quando a operação a realizar se cinja à dimensão quantitativa. Nos demais casos, existirá nulidade, por indeterminação do objecto (*ex art. 280.º do Código Civil*).

5. Estatuto do trabalhador intermitente

I. A caracterização da posição jurídica do trabalhador que tenha celebrado contrato de trabalho intermitente envolve, como é bom de ver, duas situações bem distintas, consoante o ciclo de execução do contrato.

A indagação assume dificuldade consideravelmente menor quando se trata dos períodos de actividade. Aqui, os direitos e deveres do trabalhador intermitente coincidem tendencialmente com os daquele que presta o mesmo género de trabalho sem intermitência. Relativamente à retribuição, duração e organização do tempo de trabalho, sujeição aos poderes do empregador, situações de impossibilidade temporária, etc., não existem, em regra, desvios.

Não é, porém, de excluir a eventual necessidade de adaptações. Já referimos que tal pode acontecer em sede de trabalho suplementar, cujos limites máximos deverão ser estabelecidos proporcionalmente à duração anual do trabalho. Outras questões poderão surgir. Se, por exemplo, se encontrarem instituídos na empresa de prémios de produtividade ou de assiduidade que sejam devidos semestralmente, oferecerá dificuldade a aplicação da regra a trabalhadores intermitentes cuja duração de trabalho não perfaça seis meses consecutivos. Como poderão também existir dúvidas na aplicação de regimes de promoção ou progressão na carreira que assentem em módulos de avaliação de desempenho que ultrapassem os períodos de prestação do trabalho.

por ano, dos quais quatro meses devam ser consecutivos, determina que o contrato passa, *ope legis*, a ter o conteúdo mínimo fixado no artigo 159.º, n.º 2” (*Código do Trabalho Anotado*, cit., pág. 400).

Para além disso, a aplicabilidade de algumas figuras legais (ou os termos dessa aplicabilidade) terá também que ser equacionada quando seja praticado o regime de intermitência. Assim, por exemplo, o estabelecimento de um esquema de adaptabilidade do tempo de trabalho não poderá envolver período de referência superior a cada ciclo de actividade. E várias outras questões poderão ser colocadas: a determinação por acordo de um período de actividade que se prolongue de maio a outubro não prejudica a exigência legal de acordo do trabalhador para marcação de férias fora desse período (n.º 3 do art. 241.º)?

II. As principais particularidades do regime do trabalho intermitente centram-se, contudo, nos ciclos de inactividade.

A lei limita-se a oferecer os seguintes parâmetros: direito a uma compensação retributiva; definição dos termos do cálculo dos subsídios de férias e de Natal, previsão da possibilidade de exercício de outra actividade; afirmação do princípio da manutenção dos direitos, deveres e garantias das partes que não pressuponham a efectiva prestação do trabalho.

A doutrina alude, nestes casos, a períodos de “espera” ou de “quiescência” do vínculo¹⁰⁶. MONTEIRO FERNANDES caracteriza-os como “estado semelhante ao da suspensão a que se referem os arts. 294.º e seguintes”¹⁰⁷, certamente apoiado na previsão do n.º 4 do art. 160.º Com efeito, a manutenção dos direitos, deveres e garantias que não pressuponham a efectiva prestação do trabalho não é, nestas hipóteses, consequência de uma putativa situação de suspensão, percorrendo-se antes o caminho inverso: é o paralelismo das previsões do n.º 4 do art. 160.º e do n.º 1 do art. 295.º que aproxima o período de inactividade das situações de suspensão.

Na verdade, nestes períodos não ocorre nenhuma vicissitude que obste à prestação de uma actividade em abstracto devida: correspondem, pelo contrário, à execução do contrato¹⁰⁸, nos termos estipulados pelas partes.

¹⁰⁶ Vejam-se, por ex., C. ALESSI, “Disponibilità, attesa e contratto di lavoro”, cit., pág. 747, e F. BACCHINI, *Lavoro intermitente e ripartito*, cit., pág. 182.

¹⁰⁷ *Direito do Trabalho*, 16.ª ed., cit., pág. 328. Também TATIANA GUERRA DE ALMEIDA considera que os períodos de inactividade correspondem a “algo de próximo – ainda que sem correspondência exacta – a um período de suspensão do contrato” – “O novo regime jurídico do trabalho intermitente”, cit., pág. 355.

¹⁰⁸ Como sublinha TATIANA GUERRA DE ALMEIDA, “O novo regime jurídico do trabalho intermitente”, cit., pág. 352. Já neste sentido, a propósito do art. 8.º do regime dos

Recordando as palavras de A. PERULLI, “a inactividade deve, nestes casos, considerar-se uma forma, ainda que anómala, de cumprimento, e já não de incumprimento, da obrigação laboral”¹⁰⁹. Trata-se, em suma, de um tempo que integra a fisiologia desta modalidade de trabalho¹¹⁰.

Como tal, o trabalhador conserva a plenitude do seu estatuto, na parte que não dependa da efectiva prestação de actividade¹¹¹. Não existem, nesta medida, dúvidas de que estes períodos devem ser integralmente computados na antiguidade do trabalhador^{112/113}.

Por outro lado, o especial modo de ser destes períodos reflecte-se também na qualificação de situações como as de doença ou outras geradoras de impossibilidade temporária de prestar trabalho. A relevância que a lei laboral dá a situações desta natureza centra-se no seu impacto no cumprimento das obrigações decorrentes do contrato de trabalho. O incumprimento ter-se-á como justificado (n.º 2 do art. 249.º) e, quando se prolongue por certo tempo, pode determinar a suspensão do vínculo (n.º 1 do art. 294.º). O ângulo de abordagem assenta, pois, nas repercussões em termos de cumprimento do débito laboral¹¹⁴. Assim sendo, quando ocorram num ciclo de inactividade e não se projectem nos períodos de duração do trabalho, não adquirem aqui relevância, já que não afectam o cumprimento¹¹⁵. Se, e na medida em que, prejudiquem a realização do trabalho serão aplicáveis, na íntegra ou com as adaptações necessárias,

profissionais dos espectáculos, JÚLIO GOMES, “Da fábrica à fábrica de sonhos – primeiras reflexões sobre o regime dos contratos de trabalho dos profissionais de espectáculos”, cit., pág. 271.

¹⁰⁹ “Il lavoro intermittente”, cit., pág. 139.

¹¹⁰ Assim, J. LEAL AMADO/J. NUNES VICENTE, “Contrato de Trabalho Intermitente”, cit., pág. 129.

¹¹¹ Ao contrário, diga-se, do que prescreve a lei italiana, numa disposição cuja conformidade constitucional é, aliás, questionada – veja-se, por ex., R. VOZA, “Il lavoro intermittente”, cit., págs. 1401-1402.

¹¹² Mais uma vez, na linha do que entende TATIANA GUERRA DE ALMEIDA, “O novo regime jurídico do trabalho intermitente”, cit., pág. 352.

¹¹³ Cabe recordar que a compensação retributiva integra a base de incidência das contribuições para a segurança social e que os períodos de inactividade são computados por inteiro para a formação dos direitos previdenciais, aplicando-se o regime de registo de remuneração por equivalência quanto à diferença entre compensação retributiva e retribuição (arts. 92.º a 94.º do Código dos Regimes Contributivos do Sistema Previdencial de Segurança Social).

¹¹⁴ E em certos períodos de repouso: art. 244.º do Código do Trabalho.

¹¹⁵ Convergimos com o entendimento fixado por J. LEAL AMADO/J. NUNES VICENTE, “Contrato de Trabalho Intermitente”, cit., págs. 129-130.

os regimes das faltas ou da suspensão (não nos referimos apenas às que ocorram durante o período de trabalho; serão também relevantes as que, surgidas no período de inactividade, possam alcançar o ciclo de actividade estipulado, bem como aquelas que, tendo uma duração previsível superior a vinte dias, ou à antecedência estipulada nos termos do n.º 1 do art. 159.º, inviabilizem a resposta à determinação de trabalho pelo empregador).

Na configuração da situação do trabalhador durante os ciclos de inactividade é também relevante a regra estatuída no n.º 3 do art. 160.º Consagra-se aí a possibilidade de o trabalhador exercer outra actividade durante os períodos em que não há lugar à prestação do trabalho objecto do contrato de trabalho intermitente. Com isso, fica taxativamente assinalada a inexistência, durante esses períodos, de limitações à disponibilidade do trabalhador para além as que resultam da subsistência do vínculo e, bem assim, do dever de apresentação em caso de determinação do trabalho. Relativamente a esta regra, dois pontos têm merecido a atenção da doutrina. Por um lado, está assente entre os autores portugueses que a possibilidade de assunção de outra ocupação pelo trabalhador nestes ciclos de inactividade está limitada por força do dever consagrado na alínea *f*) do n.º 1 do art. 128.º Por outro lado, é discutida a licitude da estipulação de uma cláusula de exclusividade.

Para MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, a norma “é compatível com pactos de exclusividade (nos termos do art. 136.º n.º 1 *a contrario sensu*), desde que objectivamente justificados e adequadamente compensados”¹¹⁶. Já CATARINA DE OLIVEIRA CARVALHO¹¹⁷ e J. LEAL AMADO/J. NUNES VICENTE¹¹⁸ considerem que essa possibilidade, para além de contrariar a letra da lei, privaria de sentido útil a regra em causa, tendo em atenção o n.º 4 do art. 160.º (de onde resultaria já a abertura ao pluriemprego, nos termos gerais). Na sequência do que acima referimos quanto ao sentido do n.º 3 do art. 160.º, tendemos a considerar admissíveis, desde que observados os limites habituais¹¹⁹, a estipulação de uma cláusula de

¹¹⁶ *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II – Situações Laborais Individuais*, cit., pág. 319.

¹¹⁷ “A desarticulação do regime legal do tempo de trabalho”, cit., pág. 374.

¹¹⁸ “Contrato de Trabalho Intermitente”, cit., pág. 128.

¹¹⁹ Para JÚLIO GOMES, será necessário verificar se existe “um interesse legítimo do empregador que o justifique e se a cláusula é adequada e proporcional para o efeito” – JÚLIO GOMES, “Da fábrica à fábrica de sonhos – primeiras reflexões sobre o regime dos contratos de trabalho dos profissionais de espectáculos”, cit., pág. 273, nota 51.

exclusividade. Importa, a nosso ver, ter presente que, diversamente do que sucede nos contratos de trabalho comuns, estamos neste caso perante um tempo que é ainda remunerado pelo empregador, o que naturalmente poderia fundamentar restrições à liberdade do trabalhador. Ora, o n.º 3 do art. 160.º vem, justamente, deixar claro que não existem limites específicos à livre disponibilidade do tempo e que a compensação retributiva pode ser cumulada com remuneração de actividade por conta própria ou por conta de outrem. É esse o seu sentido útil. Desta sorte, da previsão expressa da admissibilidade de desempenho de outra actividade não pode sem mais retirar-se a proibição de cláusulas de exclusividade.

III. A particular morfologia do contrato de trabalho intermitente no Código do Trabalho retira relevância à discussão, relevante perante outros dados normativos, quanto à possibilidade de recusa da chamada pelo trabalhador¹²⁰.

Como é manifesto, não existe verdadeiramente chamada quando os períodos de actividade estão fixados no próprio acordo. Quanto tal acontece, estamos perante uma programação anual da prestação, que se aproxima de um horário de trabalho anual.

Já quando as partes acordam na atribuição ao empregador da faculdade de distribuir os ciclos de actividade são os próprios termos do acordo que excluem uma recusa legítima por parte do trabalhador. Com o exercício da faculdade que lhe é deferida, o empregador apenas determina os períodos em que a prestação é devida, no exercício do seu poder de direcção, passando, com isso, a aplicar-se o regime legal quanto ao dever de assiduidade e à qualificação das ausências. Apenas poderemos configurar a recusa legítima da prestação do trabalho quando a faculdade patronal não tenha sido exercida nos termos estipulados, designadamente por não ter sido respeitado o período de antecedência acordado¹²¹.

¹²⁰ A feição particular do trabalho fixo descontínuo na lei espanhola implica, pelo contrário, uma grande relevância do regime do *llamamiento* – cfr., por todos, A. J. VALVERDE ASENSIO, *La determinación del período de actividad de los trabajadores fijos discontinuos*, Valência, tirant lo blanch, 2002, págs. 145 e ss.

¹²¹ Na eventualidade de as partes estipularem um período inferior ao mínimo legal, aplicar-se-á o disposto no n.º 2 do art. 121.º do Código, valendo, pois, o período mínimo legalmente imposto. O sentido da previsão do n.º 4 do art. 159.º (à semelhança de outras cominações que o Código do Trabalho incluiu em várias normas) não é claro: pune-se a mera previsão contratual ou as convocatórias com antecedência menor?

Naturalmente que, nos termos que acima se deixaram indicados quanto ao estatuto do trabalhador intermitente, este goza, como qualquer outro trabalhador, da faculdade de fazer cessar o contrato de trabalho por acto unilateral¹²², podendo, com isso, furtar-se à prestação do trabalho quando esta lhe for solicitada. Ao fazê-lo, pode frustrar a utilidade subjacente ao pagamento da compensação retributiva durante o anterior ciclo de inactividade. Em tese, pode o trabalhador estar há vários meses a perceber essa compensação para, no momento da chamada, ou pouco antes¹²³, extinguir o vínculo, sem nunca chegar a realizar a prestação de trabalho. Poder-se-á, porventura, equacionar a existência de limites a essa faculdade de desvinculação ou, em alternativa, ponderar-se o nascimento de um dever de indemnização¹²⁴. De todo o modo, a conjugação do trabalho intermitente com o princípio geral de liberdade de desvinculação do trabalhador cria uma acentuada incerteza, susceptível de dissuadir o empregador do recurso a esta modalidade contratual.

Abordando a questão da faculdade patronal de determinar os ciclos de actividade a partir de uma outra perspectiva, cumpre recordar que, conforme deixámos sublinhado, o Código do Trabalho não permite que seja o empregador a definir o *quantum* da prestação. A definição do volume da prestação está, à partida, feita no acordo, o que bem se compreende, já que é fundamental para permitir ao trabalhador a previsão do nível de rendimentos com que lhe é permitido contar. O empregador goza, nesta submodalidade do trabalho intermitente, de alguma autonomia na gestão da prestação, mas compromete-se com um certo volume. Será mesmo admissível discernir nestas hipóteses um especial interesse do trabalhador quanto à efectiva realização da prestação, que

Como nota JÚLIO GOMES, a propósito do regime dos profissionais de espectáculos, a lei não regula a forma para a convocatória (“Da fábrica à fábrica de sonhos – primeiras reflexões sobre o regime dos contratos de trabalho dos profissionais de espectáculos”, cit., págs. 270-271). Poderão as partes estabelecer as regras a que deve obedecer esta convocatória, cujo incumprimento poderá, eventualmente, legitimar a recusa do trabalhador.

¹²² Sobre o regime da denúncia do contrato de trabalho pelo trabalhador cfr., por todos, P. FURTADO MARTINS, *Cessação do Contrato de Trabalho*, 3.^a ed., Cascais, Príncipe, 2012, págs. 543 e ss.

¹²³ A antecedência da comunicação ao empregador está fixada, para contratos com duração inferior a dois anos, em 30 dias (n.º 1 do art. 400.º do Código do Trabalho).

¹²⁴ A lei admite, na parte final do art. 401.º, a possibilidade de ressarcimento por danos causados ao empregador. Admitimos, muito embora essa disposição o não refira, que possa ser devida indemnização em casos de ilicitude da denúncia por motivo diverso da inobservância do prazo de aviso prévio ou da violação de pacto de permanência.

possa determinar a exigência de um especial ónus de fundamentação em caso de não determinação patronal do período de realização do trabalho ou de recusa da actividade, para efeitos da alínea *b*) do n.º 1 do art. 129.º do Código¹²⁵.

IV. O desenho legal da figura do contrato de trabalho intermitente integra, como elemento essencial, a existência de uma contrapartida, que se adapta à particular morfologia do vínculo. Nos ciclos de actividade há lugar à percepção de retribuição e nos ciclos de inactividade é devida uma compensação retributiva. A lei, já o vimos, é avara em indicações quanto à fixação da retribuição, dispondo apenas, quanto à compensação retributiva, que o seu montante corresponde ao que for fixado por instrumento de regulamentação colectiva ou, na sua falta, a 20% da retribuição base, a pagar pelo empregador com periodicidade igual à da retribuição (n.º 1 do art. 160.º).

Para além dos problemas já referidos quanto aos parâmetros de definição da retribuição, coloca-se desde logo a questão da qualificação da compensação retributiva, mais concretamente, da determinação da sua natureza: trata-se, ou não, de retribuição em sentido jurídico¹²⁶? Curiosamente, a designação acolhida coincide com a prestação devida ao trabalhador, por períodos de inactividade total ou parcial, no âmbito do regime do *lay off* (art. 305.º do Código do Trabalho), relativamente à qual se tem assinalado a mesma dúvida¹²⁷. Num caso e noutro, trata-se de prestações que a lei apresenta em contraposição com a retribuição e que são devidas em períodos em que não tem lugar, ou se encontra reduzida – como pode suceder no quadro do regime do *lay off* –, a prestação de actividade.

O ponto não é meramente teórico. Com efeito, da qualificação como retribuição da compensação prevista no art. 160.º será possível fazer decorrer consequências jurídicas, designadamente a aplicação das garantias que o Código do Trabalho liga a essa qualificação (n.º 4 do

¹²⁵ Reportamo-nos à visão que sustentámos em “A ‘ocupação efectiva do trabalhador’ no Código do Trabalho”, *Prontuário de Direito do Trabalho*, n.º 83, págs. 128 e ss. Note-se que, em qualquer caso, será sempre devida ao trabalhador a retribuição correspondente ao período de trabalho previsto.

¹²⁶ *Rectius*, em sentido jurídico-laboral, uma vez que, conforme vimos já, integra a base contributiva para efeitos previdenciais.

¹²⁷ Cfr., por ex., MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, 16.ª ed, cit., pág. 540.

art. 258.º)¹²⁸. JÚLIO GOMES, pronunciando-se sobre idêntica prestação prevista no regime dos trabalhadores dos espectáculos, considera que se trata de retribuição – “ainda que não pelo trabalho, mas pela disponibilidade do trabalhador” –, colocando, de seguida, a questão de saber se “esta retribuição reduzida conferida no período de inactividade poderá ser inferior ao salário mínimo”, para concluir que, tendo natureza retributiva, tal não será possível¹²⁹.

Como sempre, a aferição da natureza de certa prestação feita pelo empregador ao trabalhador depende, antes de mais, da análise do respectivo desenho normativo. A lei é, contudo, parca em elementos. Apenas refere, no n.º 2 do art. 160.º, que os subsídios de férias e de Natal são calculados com base na média dos valores de retribuições e compensações retributivas auferidas nos últimos 12 meses, ou no período de duração do contrato se esta for inferior. Esta menção, aparentemente incompleta¹³⁰, é ainda assim, significativa. O legislador opta, neste caso, por reportar

¹²⁸ Veja-se, quanto a estes efeitos, JOANA VASCONCELOS *in* P. ROMANO MARTINEZ *et alii*, *Código do Trabalho Anotado*, cit., págs. 588-589.

¹²⁹ (“Da fábrica à fábrica de sonhos – primeiras reflexões sobre o regime dos contratos de trabalho dos profissionais de espectáculos”, cit., pág. 271. O problema é, aliás, posto em termos similares por boa parte da doutrina italiana – cfr., por todos, F. BACHINI, *Lavoro intermitente e ripartito*, cit., págs. 255 e ss. Entre nós, também P. MADEIRA DE BRITO (*Código do Trabalho Anotado*, cit., pág. 401) entende que a compensação tem natureza retributiva, referindo-se mesmo a uma “retribuição do período de inactividade”, sem explicitar, contudo, as consequências desta qualificação.

¹³⁰ O legislador nada refere quanto ao cálculo da retribuição do período de férias, como bem notam J. LEAL AMADO/J. NUNES VICENTE (“Contrato de trabalho Intermitente”, cit., pág. 127). Uma vez que o cálculo desta prestação é feito a partir do trabalho efectivo (n.º 1 do art. 264.º), será, porventura, possível sustentar que tal deverá acontecer também no trabalho intermitente. Esta interpretação é, para além disso, favorecida pela própria letra do preceito: a falta de previsão poderá significar, justamente, que se pretende remeter para a regra geral, da qual resultaria a equiparação do período de férias a serviço efectivo. O ponto é, porém, muito duvidoso, até porque com esta interpretação se dá ao n.º 1 do art. 264.º um sentido bem diverso do que normalmente lhe é associado (no fundo, imputa-se-lhe a qualificação do período de férias como serviço efectivo, no quadro específico do trabalho intermitente). Numa outra abordagem, poder-se-á invocar a normal paridade entre remuneração do período de férias e subsídio de férias (n.º 2 do art. 264.º). Contudo, para além de esta correspondência não ser total, estar-se-ia a recorrer a um critério que apenas vigorou até ao Código de 2003 e, mesmo assim, para inverter o seu sentido: a lei determinava o subsídio a partir da retribuição (n.º 2 do art. 6.º da Lei das Férias, Feriados e Faltas). Sempre será, igualmente, possível partir do conceito de retribuição modular pressuposto no n.º 2 do art. 160.º, nos termos que se passam a referir no texto.

conjuntamente à retribuição e à compensação retributiva um parâmetro que para os demais casos é encontrado a partir da retribuição (n.º 2 do art. 264.º e n.º 1 do art. 263.º, conjugado com o art. 262.º). Ou seja, retribuição e compensação integram conjuntamente o parâmetro retributivo que constitui a base de cálculo destes benefícios¹³¹. Será, mesmo, possível sustentar que este parâmetro ou retribuição modular deve valer para outros efeitos, como seja o cálculo de eventual compensação por despedimento (art. 366.º).

De outra parte, retribuição e compensação retributiva traduzem o equilíbrio encontrado pelas partes na constituição do vínculo, contrapartida global de uma prestação assumida como descontínua.

Tudo isto nos leva a reconhecer natureza retributiva à compensação prevista no n.º 1 do art. 260.^{o132} Não nos parece, contudo, que tal deva fatalmente conduzir à conclusão retirada por JÚLIO GOMES a partir do regime do trabalho dos profissionais de espectáculos, isto é, a que a compensação retributiva não possa ter montante inferior ao da remuneração mínima garantida. A circunstância de a compensação retributiva integrar a contrapartida global pela prestação de trabalho não pode fazer esquecer que, nestas situações, a duração anual é inferior à do trabalhador em regime comum, admitindo-se expressamente que possa ser encontrada outra fonte de rendimentos¹³³.

V. Para além de outras incompletudes do regime do trabalho intermitente que fomos assinalando, é notória a ausência de uma regra que estabeleça a conjugação com as normas relativas ao dimensionamento dos regimes laborais em função do número de trabalhadores. Optando o Código do Trabalho por um dimensionamento empresarial em função do número de trabalhadores, “cuja determinação tem, em regra, lugar

¹³¹ Dizendo-o de outro modo, ambos fazem parte da retribuição modular – sobre este conceito, B. LOBO XAVIER, “Introdução ao estudo da retribuição no direito do trabalho português”, *RDES*, 1986, n.º 1, págs. 94 e ss., em especial, 98 e ss.,

¹³² O que se acaba de referir no texto prende-se, como bem se vê, com os elementos normativos referentes ao contrato de trabalho intermitente. Apesar do *nomen* ser semelhante à prestação estabelecida pelo art. 305.º, os dados legais são aqui muito diferentes.

¹³³ Só não será assim se equiparamos – como, se não treslemos, parece fazer o Autor – a disponibilidade à prestação efectiva do trabalho. Sucede, porém, que essa disponibilidade pode ser muito atenuada (nas hipóteses de pré-programação dos períodos de trabalho) e que a lei não distingue em função da intensidade dessa disponibilidade, dando a entender que não está aí a causa da compensação.

no perímetro da empresa”¹³⁴, não curou, porém, como seria necessário, mormente por força da multiplicação legal de relações laborais «atípicas», de estabelecer regras que parametrizem a sua aplicação aos diversos institutos¹³⁵. Assim acontece, justamente, com o trabalhador intermitente.

Em termos muito sintéticos, poder-se-á dizer que haverá que optar entre o cômputo indiferenciado de todos os trabalhadores, independentemente da modalidade do vínculo, salvo quando exista disposição legal que disponha em sentido diverso¹³⁶ e a aplicação de uma regra de proporcionalidade¹³⁷. Olhando para a configuração legal do trabalho intermitente, associado ao especial modo de ser da actividade da empresa, somos tentados a considerar que os postos de trabalho ocupados pelos trabalhadores intermitentes são permanentes, embora marcados pela descontinuidade. A ser assim, deverão ser computados como qualquer outro trabalhador¹³⁸.

6. Intervenção da autonomia colectiva

I. Já se deixou assinalado que a lei portuguesa não tem acolhido a ideia de “flexibilidade contratada” que tem inspirado outros ordenamentos¹³⁹. No que toca ao trabalho intermitente, enquanto noutros países o legislador opera um verdadeiro “reenvio legal para a contratação colectiva”, a qual “assume carácter constitutivo, necessário para completar e

¹³⁴ CATARINA DE OLIVEIRA CARVALHO, *Da Dimensão da Empresa no Direito do Trabalho*, cit., pág. 126.

¹³⁵ Cfr. de novo, CATARINA DE OLIVEIRA CARVALHO, *Da Dimensão da Empresa no Direito do Trabalho*, cit., págs. 127-128.

¹³⁶ Como propugna CATARINA DE OLIVEIRA CARVALHO, *Da Dimensão da Empresa no Direito do Trabalho*, cit., págs. 748 e ss.

¹³⁷ Neste sentido, a propósito do regime do despedimento colectivo e quanto aos trabalhadores a tempo parcial, cfr. B. LOBO XAVIER, *O Despedimento Colectivo no Dimensionamento da Empresa*, Lisboa, Verbo, 2000, pág. 376.

¹³⁸ Critério a que recorre B. LOBO XAVIER, *O Despedimento Colectivo no Dimensionamento da Empresa*, cit., págs. 376-377, quanto aos trabalhadores temporários e aos trabalhadores a termo: o modo como devem ser computados deve assentar na natureza do posto de trabalho que ocupam.

¹³⁹ Sendo, há que o assinalar, fonte de perplexidades e de dúvidas quanto à sua operatividade. Cfr., por ex., para a lei italiana, R. SANTUCCI, “Il lavoro intermitente: un modelo contrattualmente inutilizzato (e inutilizzabile) di lavoro iperflessibile?”, in M. RUSCIANO/C. ZOLI/L. ZOPPOLLI, *Istituzioni e regole del lavoro flessibile*, Nápoles, Ed. Scientifica, 2006, págs. 410 e ss.

tornar eficaz a aplicação da disciplina legal¹⁴⁰, o Código do Trabalho apenas alude à contratação colectiva a propósito da fixação do modo de cálculo da compensação retributiva, logo adiantando, aliás, uma regra para as situações de inexistência de regulação convencional-colectiva (n.º 1 do art. 160.º).

Por isto mesmo, tivemos ocasião de referir que a intervenção da autonomia colectiva segue, quanto ao trabalho intermitente, os quadros gerais.

II. J. LEAL AMADO e J. NUNES VICENTE consideram que os preceitos legais relativos ao trabalho intermitente “deixam quase tudo em aberto neste domínio”¹⁴¹. Partindo deste pressuposto, e à luz do disposto no art. 3.º do Código, manifestam-se, embora com reservas, no sentido de “ser de admitir o afastamento daquelas normas codicísticas [as que se referem aos requisitos de admissibilidade, à duração mínima dos ciclos de actividade, à antecedência da solicitação de trabalho] através de CCT, seja no sentido de liberalizar ou, pelo contrário, de circunscrever o campo de actuação do trabalho intermitente, seja no sentido de aumentar ou de reduzir os prazos mínimos, *hoc sensu*, constantes do CT”¹⁴². Não partilhamos desta leitura – que, repita-se, os Autores adiantam com dúvidas.

A imposição da necessária existência de ciclos de actividade, a definição de uma duração mínima para esses ciclos, o estabelecimento de uma antecedência não inferior a vinte dias para o exercício da faculdade patronal de determinação do período de trabalho e a exclusão do termo resolutivo constituem, do nosso ponto de vista, elementos estruturais da figura do trabalho intermitente, enquanto modalidade *a se* de contrato de trabalho. Definem-no enquanto subtipo do contrato de trabalho, que se afasta do vínculo *standard* com necessária limitação do aparato tutelar que está imperativamente associado à prestação de trabalho subordinado. Ora, o n.º 1 do art. 3.º do Código do Trabalho não abre à autonomia colectiva espaço de manobra em termos de reconstrução tipológica¹⁴³.

¹⁴⁰ A. BOLLANI, “Flessibilità e nuove rapporti di lavoro”, cit., págs. 417-418, reportando-se à lei italiana.

¹⁴¹ “Contrato de Trabalho Intermitente”, cit., pág. 135.

¹⁴² “Contrato de Trabalho Intermitente”, cit., pág. 136.

¹⁴³ Nem tal abertura se regista, sequer, no art. 139.º do Código, relativamente ao contrato de trabalho a termo resolutivo.

Dito isto, a incompletude do regime contido nos artigos 157.º a 160.º, designadamente nos termos que fomos assinalando ao longo destas páginas, admite um espaço relevante de intervenção dos sujeitos colectivos. A densificação das situações de admissibilidade do trabalho intermitente, a concretização do estatuto do trabalhador intermitente, a parametrização do exercício da faculdade patronal a que se refere o n.º 3 do art. 159.º ou a identificação do “trabalhador a tempo completo” relevante cabem, certamente, nesse espaço.