

RIDT

ANO I / 2021 / Nº 1

REVISTA INTERNACIONAL DE
DIREITO DO TRABALHO



idt

Instituto de Direito do Trabalho
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa





idT

Instituto de Direito do Trabalho
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa



FICHA TÉCNICA / TECHNICAL FILE

Diretores

Pedro Romano Martinez
Luís Gonçalves da Silva

Subdiretora

Cláudia Madaleno

Secretária-Geral

Sara Leitão

Secretária-Geral Adjunta

Maria Leonor Ruivo

Propriedade

Instituto de Direito do Trabalho da FDUL

Morada IDT / Sede

Faculdade de Direito de Lisboa,
Alameda da Universidade,
Cidade Universitária,
1649-014 Lisboa

Periodicidade

Semestral

Nº Registo ERC

127529

Conceção Gráfica e Paginação

Equador Design - Traçando o
Inimaginável, Lda.

Directors

Pedro Romano Martinez
Luís Gonçalves da Silva

Assistant Director

Cláudia Madaleno

Secretary-General

Sara Leitão

Deputy Secretary-General

Maria Leonor Ruivo

Ownership

Instituto de Direito do Trabalho da FDUL

Address IDT / Head Office

Faculdade de Direito de Lisboa,
Alameda da Universidade,
Cidade Universitária,
1649-014 Lisboa

Periodicity

Semiannual

ERC Registration No.

127529

Graphic Design and Pagination

Equador Design - Traçando o
Inimaginável, Lda.



DIREITO À DESCONEXÃO - COMO EVITAR A INTRUSÃO E A EXAUSTÃO?

THE RIGHT TO DISCONNECT - HOW TO AVOID INTRUSION AND EXHAUSTION?

Carmo Sousa Machado¹ e João Galamba de Oliveira²

Sumário: 1. Introdução - 2. Enquadramento histórico - 3. Trabalho e descanso - O espaço da disponibilidade virtual no atual regime - 3.1 Os limites conceptuais - 3.2 A relevância da discussão - 3.3 Propostas de solução - 4. O direito à desconexão na legislação estrangeira - 4.1 França - 4.2 Espanha - 4.3 Alemanha - 5. Conclusão - 6. Bibliografia

Resumo:

Há muito que o legislador nacional se preocupa em garantir aos trabalhadores uma clara separação entre o tempo de trabalho e de descanso, permitindo-lhes usufruir livremente deste tempo sem pressões ou preocupações de índole profissional.

Ao definir o tempo de descanso como “o que não seja tempo de trabalho” (artigo 199.º do Código do Trabalho), o legislador faz depender o conceito de

¹ Fundadora e Coordenadora da área de prática de Direito do Trabalho da Abreu Advogados, sociedade da qual é sócia desde 1999 e Presidente do Conselho de Administração desde 2017, tendo sido *Managing Partner* entre 2004 e 2007. Desde 2019 é *Chair* da rede internacional de sociedades de advogados independentes *Multilaw* e Vice-Presidente da Ordem dos Advogados Portuguesa para o triénio de 2020-2022. É ainda autora e coautora de diversas publicações na área de Direito do Trabalho. Advogada com o título de Advogada Especialista em Direito do Trabalho pela Ordem dos Advogados e reconhecida por diversos Diretórios Internacionais, nomeadamente Chambers, Legal 500, Best Lawyers, Who's Who.

² Consultor da Abreu Advogados desde 2018, tendo antes exercido a sua atividade profissional junto da Abreu e C&C Advogados Timor-Leste entre 2014 e 2018, jurisdição na qual é reconhecido como “*recognised practitioner*” pela *Chambers and Partners*. Encontra-se na fase de elaboração da tese na área de Direito do Trabalho no âmbito do *Master in Law and Management*, mestrado conjunto da *Nova School of Law* e *Nova School of Business and Economics*.

tempo de descanso da delimitação precisa do que corresponda ao tempo de trabalho.

Contudo, especialmente devido à utilização intensiva das Novas Tecnologias de Informação e Comunicação, as fronteiras conceptuais têm vindo a atenuar-se, não sendo já suficiente uma definição negativa do período de descanso. Concomitantemente, a pandemia de COVID-19 obrigou a uma transformação profunda da forma de prestação de trabalho, privilegiando-se o teletrabalho - declarado obrigatório em determinadas circunstâncias e períodos temporais como o atual -, não podendo, no entanto, ser espectável que o trabalhador se mantenha na disponibilidade do empregador ilimitadamente.

A experiência internacional tem sido no sentido de desenvolver o conceito do direito à desconexão, estabelecendo os limites da “conexão” fora do horário de trabalho.

Abstract:

The clear separation between working time and rest period has long been a concern of the Portuguese legislator, by allowing employees to take advantage of the rest period without work-related pressures or concerns.

By defining rest period as “any period which is not working time” (article 199 of the Labour Code), the legislator wanted the concept of rest period to be dependent upon the exact delimitation of working time.

However, especially due to the abundant use of the New Information and Communication Technologies, the conceptual boundaries have been narrowing and therefore a negative definition of the rest period is no longer enough. At the same time, the COVID-19 pandemic caused a profound change in the way we work, favouring telework - declared mandatory in specific circumstances and time periods, such as the ones we are now going through. However, employees cannot be expected to remain at the disposal of their employer for unlimited hours.

Foreign legal jurisdictions have been developing the concept of the right to disconnect, by setting limits to the “connection” outside working hours.

1. Introdução

O direito ao descanso é um direito fundamental dos trabalhadores. O artigo 199.º do Código do Trabalho (doravante “CT”) esclarece que se entende “por período de descanso o que não seja tempo de trabalho”, sendo que, nos termos do artigo 197.º do CT, é tempo de trabalho “qualquer período durante o qual o

trabalhador exerce a atividade ou permanece adstrito à realização da prestação (...)”.

A delimitação do que se entende por tempo de trabalho e tempo de descanso tem dado azo a várias - por vezes opostas - interpretações doutrinárias e jurisprudenciais.

As Novas Tecnologias de Informação e Comunicação (doravante “NTIC”) vieram contribuir para a intensificação da discussão, ao permitir e incentivar que o trabalhador permaneça, ainda que em diferentes níveis de disponibilidade, “adstrito à realização da prestação”, nomeadamente através de uma conectividade digital total e permanente aos instrumentos de trabalho, ao empregador, aos fornecedores e aos clientes.

Este conjunto de fatores suscitou e tem vindo a intensificar a discussão em torno do direito à desconexão, que é um corolário do direito ao descanso. É, por isso, necessário garantir a possibilidade do trabalhador se desconectar do trabalho para que possa, efetivamente, gozar o seu tempo de descanso.

Ao longo da presente reflexão percorreremos a evolução histórica dos conceitos em crise, nomeadamente da delimitação do tempo de trabalho e do período de descanso, bem como analisaremos algumas das suas interpretações doutrinárias e jurisprudenciais atuais.

Este percurso, por ser ainda insuficiente para uma eficaz proteção do direito fundamental ao descanso, convoca as experiências internacionais que podem apresentar-se como possíveis pontos de partida para uma atualizada interpretação do direito ao descanso ou de uma eventual alteração legislativa.

2. Enquadramento histórico

Há muito que o legislador nacional se preocupa em garantir aos trabalhadores uma clara separação entre o tempo de trabalho e de descanso. A Lei de 23 de março de 1891 foi o primeiro diploma nesse sentido, a qual veio fixar em oito horas o período diário de trabalho para os manipuladores de tabaco. Anos mais tarde, o Decreto de 3 de agosto de 1907 impôs a concessão de descanso semanal para todos os trabalhadores.

No mesmo sentido que os referidos diplomas, mas de forma mais abrangente, o Decreto n.º 5516, de 7 de maio de 1919, estabeleceu no seu artigo 1.º que “o período máximo do trabalho diário, quer seja diurno, nocturno ou mixto, dos trabalhadores e empregados do Estado, das corporações administrativas e do comércio e indústria, com excepção dos rurais e domésticos, do continente da República e ilhas adjacentes, não poderá ultrapassar oito horas por dia, nem quarenta e oito horas por semana”, excepcionando, no artigo 3.º, um limite máximo de sete horas por dia normal de trabalho “para os empregados de estabelecimentos de crédito, de câmbio e de escritórios”.

Apesar da boa intenção de Dias da Silva, então Ministro do Trabalho responsável pela redação do referido diploma, a materialização do período máximo de oito horas diárias não foi nem fácil nem imediata, tendo encontrado bastante resistência junto da Associação Industrial Portuguesa e da Associação de Lojistas de

Lisboa. Relatos há que nem nas obras públicas o Decreto era aplicado³.

Tanto que, a 10 de novembro desse mesmo ano, o mesmo Dias da Silva, enquanto deputado (que já se havia demitido da pasta de Ministro do Trabalho), questiona Alfredo de Sá Cardoso, então Chefe de Governo, “(...) como se pode admitir que havendo uma lei das 8 horas de trabalho não se cumpra? Dessa lei ri-se a indústria não a cumprindo. Pode S. Ex.^a dizer que ignora o que se passa na província, o que não se pode admitir é que ignore o que se passa em Lisboa onde essa lei é constantemente desrespeitada porque o próprio Governo é cúmplice, porque até hoje não se têm interessado pelo seu cumprimento (...) porque não se tem interessado para que duma vez para sempre termine a escravatura branca que existe neste País”⁴.

Se o ano de 1919 ficou na história pelo estabelecimento do limite diário do período de trabalho de 8 horas, o ano de 1991 marca a alteração do limite semanal, reduzindo-o para quarenta e quatro horas, através do artigo 1.º da Lei 2/91, de 17 de janeiro.

Cinco anos volvidos, foi a Lei 21/96, de 23 de julho, que fixou, pela primeira vez, a limitação do período de trabalho semanal em quarenta horas. Nesse mesmo diploma ficou estabelecido que “as reduções do período normal de trabalho semanal previstas na presente lei ou em convenção colectiva para o mesmo fim definem

³ ANA CATARINA SIMÕES MENDONÇA PINTO, *A luta de classes em Portugal (1919-1926): A esquerda republicana e o bloco radical*, FCSH - DH -, Universidade Nova de Lisboa, Teses de Doutoramento, 2016, p. 68, <http://hdl.handle.net/10362/17203>

⁴ Diário da Câmara dos Deputados, IV Legislatura, Sessão Legislativa 01, Número 079, 10 de novembro de 1919, p. 18

períodos de trabalho efectivo, com exclusão de todas as interrupções de actividade resultantes de acordos, de normas de instrumentos de regulamentação colectiva ou da lei e que impliquem a paragem do posto de trabalho ou a substituição do trabalhador” (cfr. artigo 1.º n.º 3 da Lei 21/96, de 23 de julho), o que gerou alguma controvérsia e discussão quanto à definição de tempo de trabalho.

Até então a referência legal ao período normal de trabalho decorria do Decreto-Lei 49408, de 24 de novembro de 1969, que no artigo 45.º n.º 1 estabelecia que “o número de horas de trabalho que o trabalhador se obrigou a prestar denomina-se «período normal de trabalho»” e do Decreto-Lei n.º 409/71, de 27 de setembro (Lei de Duração do Trabalho, doravante “LDT”), que, no artigo 10.º n.º 1, fixava que “o período de trabalho diário deverá ser interrompido por um intervalo, de duração não inferior a uma hora, nem superior a duas, de modo que os trabalhadores não prestem mais de cinco horas de trabalho consecutivo”.

A lei não esclarecia se as pausas e intervalos - além da exclusão do intervalo referido no artigo 10.º n. 1 da LDT - estariam englobados na contabilização do tempo de trabalho, pelo que essa lacuna foi sucessivamente aproveitada, ao longo do tempo, em benefício dos trabalhadores através da contratação coletiva, a qual, não raras as vezes, considerava o tempo despendido pelo trabalhador no local de trabalho, ainda que em pausa, como sendo tempo de trabalho.

A aprovação da referida Lei 21/96, que introduziu o conceito de tempo de trabalho efetivo, permitiu, por um lado, a redução do período máximo de trabalho semanal, aumentando,

simultaneamente, o período normal de trabalho ao desconsiderar as interrupções como tempo de trabalho.

Em 1997 o Supremo Tribunal de Justiça, influenciado pelo conceito de tempo de trabalho efetivo, proferiu o famoso Acórdão⁵ onde concluiu que “trabalho é trabalho, descanso é descanso”. Ao se ter debruçado sobre questões centrais do direito dos trabalhadores, o douto Acórdão encontrou resistência junto da Academia⁶, mas não a suficiente para evitar a repercussão noutros Acórdãos⁷.

Um ano mais tarde, em 1998, a Lei 73/98, de 10 de novembro, que transpôs para o ordenamento jurídico nacional a Diretiva n.º 93/104/CE do Conselho, de 23 de novembro, definiu, no artigo 2.º n.º 1, como tempo de trabalho “qualquer período durante o qual o trabalhador está a trabalhar ou se encontra à disposição da entidade empregadora e no exercício da sua atividade ou das suas funções”.

⁵ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 18 de março de 1997, 96S197, dgsi.pt

⁶ Nesse sentido *vide* JORGE LEITE, “Trabalho é trabalho, descanso é descanso” ou o modo de ser do direito, *Revista questões laborais* n.º 12, 1998, pp. 205-220, o qual defende que “o tempo de trabalho tende, por sua vez, a ser dividido em duas espécies (ou subcategorias): o tempo de trabalho «propriamente dito» (tempo de actividade produtiva, ou tempo de trabalho «efectivo» ou tempo de trabalho «real») e o tempo equiparado ao tempo de trabalho propriamente dito, podendo ainda suceder que a equiparação valha para todos os efeitos (jurídicos) ou apenas para alguns deles.”

⁷ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 3 de março de 1998, 97S4432, dgsi.pt e Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, 3 de maio de 2004, 0345296, dgsi.pt. Em sentido contrário *vide* Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, 4 de maio de 2006, 261/06, dgsi.pt, no qual ficou patente o entendimento que “se no lapso temporal em que o trabalhador estiver numa posição de subordinação jurídica, então deve considerar-se que está a cumprir um «horário de trabalho»”. Mas neste caso, ao contrário do Acórdão contestado por Jorge Leite, não se tratava de pequenas pausas para refeições, mas sim de deslocação efetuada pelo trabalhador da sede do empregador para o local onde iria prestar trabalho a mando e por determinação do empregador. Também sobre situação semelhante, decidindo no mesmo sentido, *vide* Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, 10 de setembro de 2015, C-266/14, curia.europa.eu

Introduziu-se por esta via no ordenamento jurídico português um elemento adicional - e clarificador - do alcance da definição de tempo trabalho: a disponibilidade do trabalhador face à sua empregadora, mesmo quando não esteja efetivamente a exercer qualquer atividade profissional, bastando o trabalhador encontrar-se disponível para a qualquer momento e imediatamente receber ordens e instruções da sua empregadora⁸.

3. Trabalho e descanso - O espaço da *disponibilidade virtual* no atual regime

3.1 Os limites conceptuais

Reconhecendo a importância fundamental do direito ao descanso, a Constituição da República Portuguesa (doravante “CRP”) consagra, no artigo 59.º n.º 1 alínea d), que “todos os trabalhadores (...) têm direito ao repouso e aos lazeres, a um limite máximo da jornada de trabalho, ao descanso semanal (...)”. O Código do Trabalho concretiza no artigo 203.º que “o período normal de trabalho não pode exceder oito horas por dia e quarenta horas por semana” e no artigo 199.º que se entende “por período de descanso o que não seja tempo de trabalho”.

A definição de tempo de trabalho que atualmente vigora está prevista no artigo 197.º do CT, considerando-se como “tempo de trabalho qualquer período durante o qual o trabalhador *exerce a*

⁸ FRANCISCO LIBERAL FERNANDES, *O trabalho e o tempo: comentário ao Código do Trabalho*, Universidade do Porto - Reitoria, Porto, 2018, p. 85

atividade ou *permanece adstrito à realização da prestação* bem como as interrupções e os intervalos previstos no número seguinte” (itálico nosso).

O primeiro elemento da definição, correspondendo ao conceito de tempo de trabalho efetivo, não deixa margem para grandes interpretações doutrinárias ou jurisprudenciais, porquanto o trabalhador que se encontra presente no local de trabalho ou em outro local indicado pelo empregador, a exercer ativamente a sua atividade não poderá ter outra interpretação além de que se trata de prestação de trabalho e, por conseguinte, tempo de trabalho (independentemente da velocidade a que o trabalhador exercer a atividade).

Contudo, o mesmo não se poderá dizer sobre a delimitação do período de disponibilidade do trabalhador (tempo durante o qual o trabalhador “permanece adstrito à realização da prestação”).

A disponibilidade do trabalhador poderá assumir diferentes formas, que deverão ser tratadas de modo diferente. A disponibilidade do trabalhador que se encontra fisicamente no local de trabalho e que, momentaneamente, não está ocupado porque aguarda novas instruções do empregador não é idêntica à disponibilidade do trabalhador que está de escala, em casa, a aguardar ser eventualmente chamado para trabalhar.

Será ainda mais distinta da situação do trabalhador que tem um *smartphone*, propriedade do empregador com ligação ao *e-mail* profissional, a quem foi solicitado - explícita ou implicitamente - que responda num determinado prazo a qualquer *e-mail* que lhe seja enviado.

Face a estas diferenças, a disponibilidade do trabalhador não deverá ter um tratamento uniforme. Enquanto o primeiro se encontra evidentemente dentro das fronteiras conceptuais do tempo de trabalho, já quanto ao segundo a jurisprudência não é unânime na sua qualificação⁹. Quanto ao terceiro, que na prática tem restringido o direito ao descanso do trabalhador, tem sido ignorado como subsumível ao conceito de trabalho.

3.2 A relevância da discussão

Não sendo nova a discussão sobre o alcance do conceito de tempo de trabalho e de descanso, nunca foi tão pertinente.

A pandemia de COVID-19 impulsionou e obrigou a uma transformação profunda da forma de prestação de trabalho e o que antes era uma mera exceção, hoje tornou-se a regra e rotina do setor terciário: o teletrabalho. Mesmo aqueles trabalhadores que normalmente se limitavam a utilizar os equipamentos e os instrumentos de trabalho do empregador no local pertencente a este, respeitando as horas de início e de termo da prestação, hoje levam e utilizam dentro de sua casa os ditos instrumentos de trabalho, propriedade do empregador.

⁹ O Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, 24 de janeiro de 2018, 2066/15.OT8PNF.P1,dgsi.pt, esclarece que apesar da disponibilidade permanente (virtual) não corresponder a trabalho efetivo, e por isso como trabalho suplementar, essa mesma disponibilidade que lhe é exigida pelo empregador, em que o trabalhador tem que estar contactável e disponível a qualquer hora do dia ou da noite, “viola o direito do trabalhador «ao repouso e aos lazeres», pessoais e familiares”, passando-se “da «escravatura da senzala» dos séculos XVI a XIX, para «a escravatura electrónica» do século XXI”. *Vide igualmente nota 5 supra.*

A nova forma de trabalho, assente em ferramentas digitais em permanente conexão, antevê um futuro promissor mas desafiante devido aos problemas que ora surgem¹⁰.

Com isto, a linha divisória do tempo de trabalho e do tempo pessoal esbateu-se mais, dando lugar a um tempo inominado em que, ainda que não trabalhando, o trabalhador está alerta, conectado e preocupado com matérias profissionais.

O trabalhador trouxe para casa não só o computador de trabalho e com ele o *e-mail* profissional, os documentos e a ligação à rede interna do empregador, mas também a presunção de uma disponibilidade permanente porque já não há uma distância física, que requeira uma deslocação considerável, a separar o trabalhador do seu instrumento de trabalho, sentindo-se o empregador livre para, (quase) a qualquer hora, dispor do tempo do seu trabalhador.

Assim, mesmo em situações que o trabalhador não está direta ou imediatamente na disponibilidade do empregador, o mesmo permanece ligado à realidade empresarial. Esta disposição que o empregador faz do tempo do trabalhador não se verifica apenas quando existe uma prestação efetiva de trabalho, mas também na disponibilidade constante que o trabalhador demonstra, porquanto está permanentemente ligado a instrumentos de trabalho, nomeadamente através do *smartphone* - quer seja propriedade do empregador ou sua - o qual permite o acesso em tempo real ao *e-mail* profissional, a salas virtuais de reunião, a efetuar e a receber

¹⁰ Neste sentido *vide* TERESA COELHO MOREIRA, O direito à desconexão dos trabalhadores, *Revista questões laborais* n.º 49, 2018, p. 10

chamadas do empregador bem como de clientes ou fornecedores, entre outros.

Esta conexão profunda entre o trabalhador e os instrumentos de trabalho transformam-no no “*homo connectus*, visto, amiúde, como «colaborador» de quem não se espera outra coisa senão dedicação permanente e ilimitada”¹¹, criando no empregador uma expectativa de uma resposta imediata às suas solicitações, “assim estendendo a subordinação do trabalhador para além dos limites espaço-temporais antes delimitados”¹². Para o empregador todos os assuntos são urgentes e este espera que o trabalhador lhe dê resposta imediata, independentemente da importância dos mesmos¹³.

A integração da disponibilidade do trabalhador no tempo de trabalho ou no período de descanso não é simples nem direta e carece de análise casuística, razão pela qual é vasta a jurisprudência sobre os temas que, como se viu, levantam muitas dúvidas. A disponibilidade do trabalhador é sempre subsumível e integrável no tempo de trabalho? Em sentido convergente à graduação da disponibilidade que supra avocámos, a jurisprudência tem vindo a distinguir a disponibilidade do trabalhador que, não estando a trabalhar efetivamente, se encontra fisicamente no local de trabalho, integralmente sujeito às ordens e instruções do seu empregador, não podendo ocupar ou dedicar o seu tempo com

¹¹ JOÃO LEAL AMADO, Tempo de trabalho e tempo de vida: sobre o direito à desconexão profissional, *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, n.º 52, 2018, p. 260

¹² CATARINA SARMENTO E CASTRO, Novas tecnologias e relação laboral - alguns problemas: tratamento de dados pessoais, novo regulamento geral de proteção de dados e direito à desconexão, *Revista do CEJ*, n.º 1, 2018, p. 293

¹³ TERESA COELHO MOREIRA, O direito à desconexão dos trabalhadores, *Revista questões laborais* n.º 49, 2018, p. 14

assuntos pessoais, da disponibilidade do trabalhador que, estando em casa ou noutra sítio da sua livre escolha, vê a sua independência e determinação parcialmente limitada por poder, a qualquer tempo, ser chamado ao serviço. Para efeitos de qualificação como tempo de trabalho, a disponibilidade relevante é aquela que decorre de uma presença física do trabalhador no local de trabalho¹⁴, sendo “obrigatoriedade de permanência nas instalações da empregadora nos períodos em que o trabalhador não está a desempenhar a atividade, mas à disposição daquela, é o fator determinante para se considerarem aqueles períodos como tempo de trabalho”¹⁵.

Por outro lado, a disponibilidade do trabalhador que esteja acessível permanentemente, mas que não se encontre fisicamente no local de trabalho, e que não chega a prestar trabalho efetivo, não se tem vindo a considerar como sendo tempo de trabalho, porquanto o trabalhador pode “ainda que de uma forma limitada, gerir os seus próprios interesses e desenvolver até atividades à margem da relação laboral que mantém com a entidade empregadora apesar de se encontrar disponível para trabalhar para esta”^{16,17}.

¹⁴ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 19 de novembro de 2008, 08S0930, dgsi.pt

¹⁵ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 9 de janeiro de 2019, 2066/15.0T8PNF.P1.S1, dgsi.pt.

¹⁶ Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, 8 de novembro de 2007, 482/05.4TTVIS.C1. Ainda no mesmo sentido, v. mais recentemente Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 30 de abril de 2019, 6590/15.6T8LSB.L1.S1, dgsi.pt e Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 2 de maio de 2018, 157/14.3TTSTR.E1.S1, dgsi.pt.

¹⁷ O *Code du Travail* francês chegou a ter uma interpretação do tempo de trabalho nesse mesmo sentido, em que apenas seria considerado tempo de trabalho aquele em que o trabalhador não pudesse exercer livremente as suas ocupações pessoais pelo que, *a contrario*, podendo o trabalhador exercer, ainda que limitadamente, as suas ocupações pessoais, não poderia tal tempo ser considerado como tempo de trabalho. Artigo L212-4 - *La durée du travail effectif est le temps pendant lequel le salarié est à la disposition de l'employeur et doit*

A divisão que a jurisprudência fazia da disponibilidade *in loco* da disponibilidade virtual do trabalhador, qualificando a primeira como tempo de trabalho e a segunda como não sendo tempo de trabalho, deixava sempre em aberto a qualificação da disponibilidade virtual do trabalhador: se a mesma não poderia ser considerada tempo de trabalho seria considerada período de descanso? Apesar de o CT (na sua versão atual, bem como na versão anterior decorrente da Lei 99/2003, de 27 de agosto) considerar como “período de descanso o que não seja tempo de trabalho”, nenhum dos doutos Acórdãos citados se refere à disponibilidade virtual como período de descanso.

Esta disponibilidade virtual situa-se, assim, num limbo deixado à mercê da piedade do empregador ou, em último caso, dos tribunais¹⁸.

No nosso entender, esta questão merece particular atenção e interesse, atualmente, devido à adoção massiva do teletrabalho¹⁹. Cada vez é mais difícil conseguir qualificar ou quantificar os graus da disponibilidade do trabalhador, e a sua localização física não importa mais na aferição desse mesmo grau de disponibilidade. A localização do trabalhador deixou de ser um fator de referência na medição da disponibilidade, considerando que com as NTIC todos os sítios se tornaram potenciais locais de trabalho, podendo o trabalhador

se conformer à ses directives sans pouvoir vaquer librement à des occupations personnelles. O artigo foi revogado pela *Ordonnance* n° 2007-329, de 12 de março de 2007.

¹⁸ Vide nota 9.

¹⁹ Tenha-se em consideração o Decreto-Lei 79-A/2020, de 1 de outubro, alterado pelo Decreto-Lei 94-A/2020, de 3 de novembro, que estabeleceu (ainda que temporariamente) “obrigatória a adoção do regime de teletrabalho, independentemente do vínculo laboral, sempre que as funções em causa o permitam e o trabalhador disponha de condições para as exercer, sem necessidade de acordo escrito entre o empregador e o trabalhador”.

utilizar o seu computador portátil - ferramenta de trabalho - no escritório, em casa ou até mesmo no café. Igualmente, a todo o tempo poderá o trabalhador responder aos *e-mails* do empregador, de clientes ou de fornecedores (entre outros...), bem como atender e efetuar chamadas telefónicas ou até participar em reuniões virtuais.

A utilização das NTIC oferece muitas vantagens tanto na gestão do tempo quanto na comunicação entre o empregador e os trabalhadores, entre estes, e entre estes e os clientes e/ou fornecedores. As NTIC permitem, igualmente, encurtar os prazos de tomada de decisão organizar o trabalho de forma a melhorar a produtividade e a acelerar a execução de tarefas. Por outro lado, e inversamente, as NTIC aceleram desumanamente a produtividade, criando no trabalhador um sentimento de permanente urgência e *stress*. E se os instrumentos de trabalho digitais não forem utilizados corretamente, podem acabar por isolar em vez de juntar, por promover a competição em vez da cooperação e diminuir a coesão da equipa de trabalho em vez de a fortalecer²⁰.

O trabalhador está, conforme já tivemos oportunidade de referir, permanentemente ligado, o que - sublinhemos - acontece devido a várias razões²¹. A primeira, e a mais óbvia, por solicitação direta do seu empregador (conexão vertical) que o contacta ou que o ordena a manter-se contactável, sendo exemplos a situação do empregador telefonar ao trabalhador fora do horário de trabalho ou

²⁰ Aplicación del derecho a la desconexión, *Actualidad internacional sociolaboral*, Ministerio de Empleo Y Seguridad Social, 2017, p. 194.

²¹ FRANCISCO LIBERAL FERNANDES, Organização do trabalho e tecnologias de informação e comunicação, *Revista questões laborais n.º 50*, 2018, p. 15.

disponibilizar um *smartphone* ao trabalhador com acesso ao *e-mail* profissional e, simultaneamente, pedir-lhe para ter sempre consigo esse instrumento de trabalho. A segunda situação representa a conexão horizontal, e materializa-se na disponibilidade que o trabalhador manifesta perante os seus colegas de trabalho, mantendo-se permanentemente ligado aos mesmos através das redes sociais, aplicações de mensagens instantâneas ou *e-mail* profissional. Frequentemente a criação destas ligações virtuais entre os trabalhadores é da iniciativa do empregador, mas a sua participação pode até resumir-se à criação do ponto de ligação ou tal nem ser necessário.

O terceiro motivo da permanente disponibilidade do trabalhador resulta da sua própria iniciativa e acontece quando, por temor reverencial para com o seu empregador hierárquico ou até mesmo colegas, ou até mesmo por excesso de zelo e diligência que lhe seriam exigíveis, o trabalhador ativamente conecta-se e mantém-se conectado, prestando ativa e efetivamente o seu trabalho ou manifestando-se disponível para o fazer caso surja oportunidade. É exemplo disto o trabalhador que, espontaneamente, entra na sua conta de *e-mail* profissional e verifica se recebeu algum novo *e-mail*, ou aproveita para fazer pontos de situação que poderiam esperar pelo dia seguinte.

A permanente conectividade do trabalhador, que aparentemente parece ser uma mais-valia para o empregador, poderá revelar-se em sentido contrário, diminuindo drasticamente a sua rentabilidade devido ao cansaço acumulado, a um aumento de acidentes de

trabalho, de viação, pessoais e, no limite, ao *burnout* e a outras doenças associadas.

E neste cenário todos perdem: o trabalhador, desde logo, pelas consequências na sua saúde, na sua pessoa e na sua família, bem como o empregador porque perde, ainda que temporariamente, um trabalhador que deixa de prestar trabalho ou que o presta com menor qualidade, ficando também o Estado lesado ao suportar os custos inerentes a assistência médica e ao subsídio de incapacidade temporária ou definitiva para o trabalho.

Em Portugal não existe, ainda, legislação prevendo expressamente o direito ou o dever à desconexão, proibindo o empregador de contactar os trabalhadores nos períodos de descanso.

Mas, se relativamente ao teletrabalho, o artigo 170.º n.º 1 do CT já estabelece que “o empregador deve respeitar a privacidade do trabalhador e os tempos de descanso e de repouso da família”, é necessário sublinhar que esse artigo foi aprovado em 2003, muito antes de, praticamente, todos os trabalhadores terem sempre consigo e terem acesso imediato a ferramentas de trabalho como o *smartphone* ou o *tablet*. Nessa altura ainda pouco se discutia a necessidade de um direito à desconexão²², considerando que a realidade do teletrabalho era ainda pontual e, mesmo nesses casos, a desconexão não seria prejudicada pelo uso de *smartphones* ou *tablets*.

²² Exceção feita a JEAN-EMMANUEL RAY, a quem são atribuídos os primeiros escritos sobre o tema no artigo *Naissance et avis de décès du droit à la déconnexion, le droit à la vie privée du XXIème siècle*.

3.3 Propostas de solução

Apesar de, na nossa opinião, todos os princípios jurídico-laborais, incluindo o direito constitucional ao descanso, deixarem pouco espaço para interpretações divergentes quanto à existência de um direito à desconexão (sem o qual não se pode cumprir verdadeiramente o direito ao descanso), é urgente regular a forma como se deva operar a desconexão do trabalhador, evitando a intrusão do empregador na vida familiar e privada do trabalhador, e assegurando o direito ao descanso.

Se não for garantido ao trabalhador o direito a desconectar-se fora do tempo de trabalho - ou, ao invés, se o empregador não for impedido de perturbar o descanso do trabalhador - não poderá ser garantido o equilíbrio físico e psíquico do trabalhador²³, devendo ter-se sempre presente a máxima *salus populi suprema lex esto*, ou, mais concretamente, *salus operarius suprema lex esto*.

Existiram já algumas propostas de lei neste sentido (do Partido Socialista - doravante “PS”²⁴, Bloco de Esquerda - doravante “BE”²⁵, do Partido Ecologista os Verdes - doravante “PEV”²⁶, e do Partido Animais e Natureza - doravante “PAN”²⁷), mas não foram aprovadas.

Na perspetiva dos deputados do PS, que propuseram o aditamento de um novo artigo (199.º-A) ao CT, o uso de ferramentas digitais não podia impedir o descanso dos trabalhadores a não ser

²³ JOÃO LEAL AMADO, Tempo de trabalho e tempo de vida: sobre o direito à desconexão profissional, *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, n.º 52, 2018, p. 256.

²⁴ Projeto de Lei n.º 644/XIII.

²⁵ Projeto de Lei n.º 552/XIII/2.ª.

²⁶ Projeto de Lei n.º 643/XIII/3ª.

²⁷ Projeto de Lei n.º 640/XIII/3.ª.

que exigências imperiosas de funcionamento assim o exigissem. A sua utilização em períodos de descanso, feriados e férias podia ser regulada por Instrumento de Regulamentação Coletiva de Trabalho (doravante “IRCT”) ou, na sua falta, por acordo com a comissão de trabalhadores, ou, na sua falta, com a comissão sindical ou, na sua falta, com os trabalhadores diretamente. Na falta de acordo, seria ao empregador a quem caberia definir o que são as “exigências imperiosas de funcionamento.

Esta proposta visava, essencialmente, regular de forma mais intensa o direito de descanso neste novo quadro, mas acabava por prever situações em que a desconexão podia não ser respeitada.

O PEV propunha que “a violação do período de descanso, inclusivamente através da utilização das tecnologias de informação e de comunicação, por parte da entidade empregadora, constitui contraordenação muito grave”.

Já a perspetiva do BE, que propunha o aditamento de três novos números ao artigo 199.º do CT, era a de que (i) o trabalhador, mesmo quando não lhe fosse expressamente solicitado, se via instigado, no quadro atual de forte competição, a mostrar a sua total disponibilidade, mesmo sem remuneração desse tempo e (ii) apesar de o direito ao descanso estar já consagrado e de estar já fixada a remuneração pelo trabalho prestado fora do horário, existia um desfasamento entre a letra da lei e a aplicação prática, devido ao abuso que se permite com as novas tecnológicas. Daí a necessidade de expressamente prever que o período de descanso deve ser de desconexão profissional, podendo ser considerado assédio a violação do mesmo pelo empregador.

O BE sugeria ainda o reforço da fiscalização razão pela qual propunha uma nova redação do artigo 216.º n.º 3 do CT no sentido de ser necessário apresentar mapa de horário de trabalho à ACT, nomeadamente por correio eletrónico, com antecedência de 48 horas em relação à sua entrada em vigor. Essa obrigação tinha sido revogada pela Lei 23/2012 de 25 de junho.

A mesma argumentação foi usada na proposta do PAN, a qual previa igualmente o aditamento de três novos números ao artigo 199.º do CT que garantiriam que o trabalhador não fosse perturbado nos tempos de descanso, o chamado dever de desconexão (não precisando o trabalhador de tomar conhecimento ou responder a solicitações do empregador).

Pretendia ainda aditar o artigo 214.º-A ao CT, no qual se excecionava da desconexão as situações de força maior e que podem ser estabelecidas por IRCT e definia o conceito de desconexão profissional como o direito de obstar, não atender ou fazer cessar, o fluxo de comunicações profissionais que seja estabelecido com o empregador, seus trabalhadores ou terceiros, nos períodos de descanso.

Foram igualmente apresentadas duas resoluções, uma pelo Partido Comunista Português (doravante “PCP”)²⁸ e outra pelo Partido Popular (doravante “CDS-PP”)²⁹. O PCP recomendava, entre outros, a reposição da obrigação dos empregadores de entregar mapas de horário de trabalho à Autoridade para as Condições do Trabalho (doravante “ACT”) e o reforço da fiscalização da ACT

²⁸ Projeto de Resolução n.º 1085/XIII/3.^a

²⁹ Projeto de Resolução n.º 1086/XIII/3.^a

nomeadamente dos meios de organização dos tempos de trabalho e garantia do equilíbrio vida profissional com a vida privada.

Já o CDS-PP remetia a análise e discussão destas questões em sede de concertação social, com os parceiros sociais, com vista à consagração legal do direito “ao desligamento” (como lhe chama).

Independentemente do que venha a ser legislado, podem as empresas adotar desde já medidas com vista a garantir a desconexão dos seus trabalhadores. Em 2011, a Volkswagen Alemanha, compreendendo que a não desconexão afetava a vida pessoal dos seus trabalhadores e a sua rentabilidade, decidiu que os servidores de *e-mail* fossem desligados meia hora depois do fim da jornada de trabalho, obrigando os trabalhadores a ficarem desconectados durante mais de doze horas, até ao início da jornada do dia seguinte. Em 2016 a Michelin implementou uma ferramenta que enviava avisos aos trabalhadores que realizavam mais de cinco conexões com a empresa fora do horário de trabalho, advertindo-os da necessidade de se desconectarem. A Orange estabeleceu regras de utilização de serviços de mensagens eletrónicas, incluindo *e-mail*, não só fora do horário de trabalho, mas também durante as reuniões para aumentar a concentração dos trabalhadores e a otimização da prestação do trabalho. Já a Mercedes-Benz possibilita aos seus trabalhadores a não receção de *e-mails* durante as férias.

Em Portugal, saudamos os dois Acordos de Empresa que o Banco de Portugal celebrou^{30,31}, os quais proibem expressamente ao empregador “exigir que o trabalhador se mantenha conectado durante os seus períodos de descanso”, apesar de reconhecermos que a cláusula poderá não ter aplicabilidade prática, caso não haja boa vontade do empregador. Os referidos Acordos de Empresa proibem o empregador de exigir que o trabalhador se mantenha conectado, deixando lugar à livre interpretação se o empregador pode permitir ou até, no limite, incentivar o trabalhador a manter-se conectado desde que a isso não o obrigue expressamente.

O direito à desconexão do trabalhador não existe nem subsiste se simultaneamente não for verificado o dever de o empregador não incentivar o trabalhador a manter-se conectado.

4. O direito à desconexão na legislação estrangeira

4.1 França

Quando se refere o direito à desconexão é habitual referir-se a legislação francesa como paradigma do mesmo, por ter sido o

³⁰ Acordo de empresa entre o Banco de Portugal e o Sindicato Nacional dos Quadros e Técnicos Bancários - SNQTB e Sindicato Independente da Banca, publicado no Boletim do Trabalho e Emprego, n.º48, volume 85, 29 de dezembro de 2018, pp. 4611-4646.

³¹ Acordo de empresa entre o Banco de Portugal e a Federação do Sector Financeiro - FEBASE, publicado no Boletim do Trabalho e Emprego, n.º48, volume 85, 29 de dezembro de 2018, pp. 4572-4610.

primeiro país do mundo a aprovar uma lei que expressamente consagra o direito à desconexão³².

O legislador francês apercebendo-se da expansão que o tempo de trabalho estava a tomar face ao tempo de descanso, em resultado direto da utilização dos novos instrumentos de trabalho digitais, aprovou a Lei 2016-1088, de 8 de agosto de 2016 (que entrou em vigor a 1 de janeiro de 2017), a qual ficou conhecida como *Loi Travail* ou *Loi El Kohmri*³³.

A referida lei estabelecia que os termos do “direito à desconexão” seriam definidos pelos acordos coletivos (artigo L. 3121-64). Na negociação anual sobre igualdade profissional entre mulheres e homens e a qualidade de vida no trabalho, devem ser definidos os procedimentos para o pleno exercício pelo trabalhador do seu direito de se desconectar, devendo o empregador garantir o respeito pelos períodos de descanso e férias, bem como pela vida pessoal e familiar (artigo L. 2242-17)³⁴. Caso saíssem frustradas as negociações (ou no caso de não serem obrigatórias, como sucede nas empresas com menos de cinquenta trabalhadores), haveria ainda assim obrigação do empregador implementar o direito do trabalhador se desconectar, o qual deveria estar previsto num estatuto / código de conduta (artigo L. 3121-65). Sublinhe-se que não há, no entanto, nenhuma obrigação de chegar a um acordo nem sanção prevista caso não se elabore o estatuto.

³² DUARTE AMORIM PEREIRA, Há vida para além do trabalho: notas sobre o direito ao repouso e a desconexão profissional, *Revista Questões Laborais* n.º 53, 2018, pp. 136-137.

³³ Myriam El Khomri era então Ministra do Trabalho, Emprego, Formação Profissional e Diálogo Social.

³⁴ FRANK PETIT, *L'essentiel du droit du travail: les relations collectives*, 1ª edição, Gualino, Issy-les-Moulineaux, 2018, p. 166.

Em qualquer das situações, cabe ao empregador *solicitar* ao trabalhador que este *não utilize* os instrumentos de trabalho digitais (computador, *smartphone*, *tablet*, ...) durante o seu período de descanso ou durante as férias ou licença (por doença, maternidade/paternidade, ...). Caso o empregador não solicite ao trabalhador que não se desconecte como ainda o instigue ou obrigue à conexão, violando o seu direito ao descanso, tal poderá ser considerado como assédio.

4.2 Espanha

Por sua vez, e por inspiração da lei francesa acima referida, em Espanha foi reconhecido, através do artigo 88 da Lei Orgânica de Proteção de Dados e Garantia de Direitos Digitais, que está em vigor desde dezembro de 2018, a desconexão digital como condição indispensável nas relações de trabalho. A referida norma estabelece que os trabalhadores, do setor público e privado, têm direito a que, fora do horário de trabalho, os empregadores respeitem os seus tempos de descanso, licenças e férias, bem como a sua privacidade pessoal e familiar com o fim de melhorar a conciliação entre a vida profissional e a vida pessoal. Não obstante, a lei espanhola não define o que se entende efetivamente por direito à desconexão, deixando tal definição para o resultado das negociações coletivas, havendo por isso quem defenda que a solução que deveria ter sido

adotada era uma definição clara do que é considerado tempo de descanso³⁵.

Recentemente, o *Real Decreto-ley 28/2020*, de 22 de setembro, reforçou o dever dos empregadores garantirem a desconexão digital, limitando a utilização das NTIC durante os períodos de descanso dos trabalhadores em teletrabalho.

4.3 Alemanha

Na Alemanha também tem havido progressos relativamente ao direito à desconexão, apesar de, ao contrário de França e Espanha, não ter sido por via legislativa, mas sim por autorregulação. A Confederação das Associações de Empregadores Alemães em conjunto com a Confederação dos Sindicatos Alemães e com o Ministério do Trabalho e Assuntos Sociais desenvolveram regulamentos que permitem conjugar o interesse e a saúde dos trabalhadores com as necessidades específicas de cada indústria, o que se refletiu nas medidas acima referidas adotadas pela Volkswagen, Mercedes-Benz, entre outras. O próprio Ministério do Trabalho e Assuntos Sociais adotou a política de não contactar os funcionários públicos fora do horário de trabalho. De notar que, ao contrário da Volkswagen, o Ministério do Trabalho e Assuntos Sociais permite o envio de comunicações fora do horário de trabalho em caso urgente. A implementação destas medidas por via de autorregulação,

³⁵ MARÍA ROSA VALLECILLO GÁMEZ, El derecho a la desconexión digital: perspectiva comparada y riesgos asociados, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, volume 8, n.º 1, 2020, pp. 217.

sem qualquer imposição legislativa, não seria, no entanto, possível em Portugal, considerando a diferença de cultura e mentalidade.

5. Conclusão

A experiência internacional pode guiar-nos sobre a direção que deverá ser tomada em Portugal. Ainda que da experiência alemã resulte ser possível a efetivação do direito à desconexão, mesmo sem recurso a uma alteração legislativa, não poderemos deixar de ter em consideração que a realidade social e cultural portuguesa é bastante diferente da alemã.

Em Portugal impera a conceção que para se ser competitivo é necessário trabalhar ininterruptamente, estando permanentemente conectado, pronto a responder imediatamente às solicitações do empregador ou dos clientes.

De igual forma, a dificuldade de distinguir o que é o tempo de trabalho do tempo de descanso, nomeadamente nos períodos que o trabalhador está conectado fora do horário de trabalho, torna necessário delimitar positivamente o direito à desconexão.

Só garantindo o direito do trabalhador se desconectar das ferramentas de trabalho poderá permitir ao mesmo usufruir plenamente do seu direito ao descanso.

6. Bibliografia

Ana Catarina Simões Mendonça Pinto, *A luta de classes em Portugal (1919-1926): A esquerda republicana e o bloco radical*, FCSH - DH - Teses de Doutoramento, 2016, <http://hdl.handle.net/10362/17203>.

Catarina sarmento e castro, Novas tecnologias e relação laboral - alguns problemas: tratamento de dados pessoais, novo regulamento geral de proteção de dados e direito à desconexão, *Revista do CEJ*, n.º 1, 2018, pp. 271-299.

Duarte Amorim Pereira, Há vida para além do trabalho: notas sobre o direito ao repouso e a desconexão profissional, *Revista Questões Laborais n.º 53*, 2018, pp. 128-148.

Francisco Liberal Fernandes, Organização do trabalho e tecnologias de informação e comunicação, *Revista questões laborais n.º 50*, 2018, pp. 7-17.

Francisco Liberal Fernandes, *O trabalho e o tempo: comentário ao Código do Trabalho*, Universidade do Porto - Reitoria, Porto, 2018

Frank Petit, *L'essentiel du droit du travail: les relations collectives*, 1ª edição, Gualino, Issy-les-Moulineaux, 2018.

João Leal Amado, Tempo de trabalho e tempo de vida: sobre o direito à desconexão profissional, *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, n.º 52, 2018, pp. 255-268.

Jorge Leite, “Trabalho é trabalho, descanso é descanso” ou o modo de ser do direito, *Revista questões laborais n.º 12*, 1998, pp. 205-220.

María Rosa Vallecillo Gámez, El derecho a la desconexión digital: perspectiva comparada y riesgos asociados, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, volume 8, n.º 1, 2020, pp. 211-238.

Teresa Coelho Moreira, O direito à desconexão dos trabalhadores, *Revista questões laborais n.º 49*, 2018, pp. 7-28.

Aplicación del derecho a la desconexión, *Actualidad internacional sociolaboral*, Ministerio de Empleo Y Seguridad Social, 2017, pp. 192-203.



WWW.IDT.FDULISBOA.PT



REVISTA INTERNACIONAL DE
DIREITO DO TRABALHO

idt

Instituto de Direito do Trabalho
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa