CONCLUSÕES DA ADVOGADA-GERAL VERICA TRSTENJAK apresentadas em 16 de Junho de 2011 [1]

Índice

I — Introdução ..... I - 8413

II — Enquadramento jurídico ..... I - 8413

A — O direito da União ..... I - 8413

B — Direito nacional ..... I - 8415

III — Factos, processo principal e questões prejudiciais ..... I - 8415

IV — Processo no Tribunal de Justiça ..... I - 8417

V — Principais argumentos das partes ..... I - 8418

VI — Apreciação jurídica ..... I - 8419

A — Questões principais levantadas pelo processo ..... I - 8419

B — Regras do direito da União quanto à natureza e ao nível do direito a férias anuais remuneradas ..... I - 8420

1. O direito a férias anuais remuneradas na ordem jurídica da União ..... I - 8420

a) Regras fundamentais do direito da União ..... I - 8420

b) Competência dos Estados-Membros em matéria de transposição ..... I - 8421

2. Relação entre a Directiva 2000/79 e as directivas «tempo de trabalho» e transponibilidade dos princípios jurisprudenciais ..... I - 8423

1 — Língua original das conclusões: alemão. Língua do processo: inglês.

3. Princípios jurisprudenciais sobre o direito a férias anuais remuneradas .. I - 8425

a) Quanto à continuação do pagamento da remuneração durante as férias ..... I - 8425

b) Conclusão: a remuneração durante as férias anuais não deve ser calculada tomando como referência o mínimo de subsistência ..... I - 8430

4. Competência dos Estados-Membros para calcular a remuneração das férias ..... I - 8431

5. Conclusão provisória ..... I - 8432

C — Tratamento de estruturas salariais complexas ..... I - 8432

1. Considerações gerais ..... I - 8432

2. Exigências do direito da União e competências mantidas pelos Estados-Membros quanto às modalidades de remuneração das férias ..... I - 8433

3. Composição da remuneração das férias ..... I - 8436

a) O elemento material do conceito de «remuneração normal» ..... I - 8436

i) O conceito de remuneração no direito da União ..... I - 8436

ii) O salário de base como parte essencial da remuneração ..... I - 8438

iii) Classificação dos pagamentos suplementares como parte da remuneração ..... I - 8438

b) O elemento temporal da «remuneração normal» ..... I - 8441

c) Princípio da não discriminação ..... I - 8443

4. Conclusão provisória ..... I - 8444

VII — Conclusão ..... I - 8444

I — Introdução

1. No presente processo prejudicial, nos termos do artigo 267.º TFUE, a Supreme Court do Reino Unido (a seguir «órgão jurisdicional de reenvio») coloca ao Tribunal de Justiça uma série de questões sobre a interpretação do artigo 7.º da Directiva 2003/88/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de Novembro de 2003, relativa a determinados aspectos da organização do tempo de trabalho [2] e da cláusula 3 do acordo europeu sobre a organização do tempo de trabalho do pessoal móvel da aviação civil celebrado pela Associação das Companhias Aéreas Europeias (AEA), a Federação Europeia dos Trabalhadores dos Transportes (ETF), a Associação Europeia do Pessoal Navegante (ECA), a Associação das Companhias Aéreas das Regiões da Europa (ERA) e a Associação Internacional de Chárteres Aéreos (AICA) (a seguir «acordo europeu»), anexado à Directiva 2000/79/CE do Conselho, de 27 de Novembro de 2000 [3], tendo em vista a sua aplicação.

2. O pedido de decisão prejudicial tem a sua origem num litígio entre S. Williams e outros pilotos da transportadora aérea British Airways e a sua entidade patronal sobre a questão das modalidades precisas de cálculo da remuneração a pagar durante as férias anuais. Neste contexto, ao procurar uma solução, surgem certas dificuldades decorrentes quer das disposições específicas do sector da aviação, que têm em conta a necessidade de garantir a segurança nos transportes aéreos e, por conseguinte, devem ser consideradas imperativas, quer da estrutura complexa dos salários deste sector, que incluem diversos prémios e outros pagamentos. As questões jurídicas que são submetidas ao Tribunal de Justiça referem-se quer às competências da União e dos seus Estados-Membros quer aos requisitos do direito da União, que os parceiros sociais devem respeitar ao celebrarem acordos vinculativos na acepção do artigo 139.º CE ou do artigo 155.º TFUE, actualmente em vigor, tendo por objecto certos direitos sociais – neste caso o direito a férias anuais remuneradas.

II — Enquadramento jurídico

A — *O direito da União* [4]

3. O artigo 139.º CE, predecessor do actual artigo 155.º TFUE, permitia a adopção de

2 — JO L 299, p. 9.

3 — Directiva 2000/79/CE do Conselho, de 27 de Novembro de 2000, respeitante à aplicação do acordo europeu sobre a organização do tempo de trabalho do pessoal móvel da aviação civil, celebrado pela Associação das Companhias Aéreas Europeias (AEA), a Federação Europeia dos Trabalhadores dos Transportes (ETF), a Associação Europeia do Pessoal Navegante (ECA), a Associação das Companhias Aéreas das Regiões da Europa (ERA) e a Associação Internacional de Chárteres Aéreos (AICA) (JO L 302, p. 57).

4 — Com base na terminologia utilizada no TUE e no TFUE, será utilizado o conceito de «direito da União» para designar quer o direito comunitário quer o direito da União. Sempre que, na exposição que se segue, estiverem em causa unicamente normas de direito primário, serão citadas as normas aplicáveis *ratione temporis*.

directivas para aplicar os acordos celebrados entre os parceiros sociais:

«1. O diálogo entre os parceiros sociais ao nível comunitário pode conduzir, se estes o entenderem desejável, a relações contratuais, incluindo acordos.

2. Os acordos celebrados ao nível comunitário serão aplicados, quer de acordo com os processos e práticas próprios dos parceiros sociais e dos Estados-Membros quer, nas matérias abrangidas pelo artigo 137.º, a pedido conjunto das partes signatárias, com base em decisão adoptada pelo Conselho, sob proposta da Comissão.

O Conselho delibera por maioria qualificada, salvo se o acordo em questão contiver uma ou mais disposições relativas a um dos domínios em relação aos quais por força do n.º 2 do artigo 137.º seja exigida a unanimidade. Neste caso, o Conselho delibera por unanimidade.»

4. A Directiva 2003/88 substituiu, em 2 de Agosto de 2004, a Directiva 93/104/CE do Conselho, de 23 de Novembro de 1993, relativa a determinados aspectos da organização do tempo de trabalho [5]. Tal como a directiva precedente, a Directiva 2003/88 tem por objectivo estabelecer determinadas normas mínimas de segurança e de saúde em matéria de organização do tempo de trabalho. O seu artigo 7.º, cuja redacção é idêntica à do artigo 7.º da directiva anterior, dispõe o seguinte:

«Férias anuais

1. Os Estados-Membros tomarão as medidas necessárias para que todos os trabalhadores beneficiem de férias anuais remuneradas de pelo menos quatro semanas, de acordo com as condições de obtenção e de concessão previstas nas legislações e/ou práticas nacionais.

2. O período mínimo de férias anuais remuneradas não pode ser substituído por retribuição financeira, excepto nos casos de cessação da relação de trabalho.»

5. O artigo 17.º da Directiva 2003/88 prevê que os Estados-Membros podem derrogar determinadas disposições. O artigo 7.º não pertence às disposições às quais a Directiva 2003/88 autoriza uma derrogação.

6. A Directiva 2000/79 aplica o acordo europeu, cuja cláusula 3 tem a seguinte redacção:

«1. O pessoal móvel da aviação civil tem direito a férias anuais remuneradas de pelo menos quatro semanas, de acordo com as condições de obtenção e de concessão previstas nas legislações e/ou práticas nacionais.

5 — JO L 307, p. 18.

2. O período mínimo de férias anuais remuneradas não pode ser substituído por retribuição financeira, excepto nos casos de cessação da relação de trabalho.»

B — *Direito nacional*

7. O Reino Unido adoptou, em 2004, normas relativas ao tempo de trabalho para a aviação civil (Working Time Regulations 2004[6], a seguir «WTR»), para cumprir as obrigações que lhe incumbem por força da Directiva 2000/79.

8. O § 4 das WTR dispõe o seguinte:

«1. Um membro da tripulação tem direito a férias anuais remuneradas de pelo menos quatro semanas, ou, no caso de o período de trabalho prestado ser inferior a um ano, a um período proporcional.

2. As férias a que um membro da tripulação tem direito ao abrigo do presente diploma:

a) podem ser gozadas de forma repartida;

b) não podem ser substituídas por uma compensação económica, excepto no caso de cessação da relação de trabalho do membro da tripulação.»

6 — SI 2004 n.º 756.

9. O § 9 das WTR exige que o empregador assegure que:

«mensalmente

a) nenhum dos seus trabalhadores exerça a actividade de tripulante durante o seu horário de trabalho se, no período de 12 meses terminado no fim do mês que antecedeu o mês em causa, esse trabalhador tiver acumulado um tempo de voo superior a 900 horas; e

b) nenhum dos seus trabalhadores que sejam membros de uma tripulação tenha um número total de horas de trabalho anual superior a 2 000 horas no período de 12 meses terminado no fim do mês que antecedeu o mês em causa.»

10. As WTR não contêm qualquer disposição quanto à natureza e ao montante da remuneração das férias anuais a pagar antes do gozo dessas férias.

III — Factos, processo principal e questões prejudiciais

11. Os recorrentes são pilotos empregados pela British Airways plc. As suas condições de trabalho são negociadas com a British

Airways pelo sindicato dos pilotos, a British Air Line Pilots Association (a seguir «BALPA»). Essas condições constam actualmente de um Memorando de Acordo (Memorandum of Agreement, a seguir «MOA») de 1 de Abril de 2005.

12. Nos termos do MOA, lido em conjugação com as regras aprovadas em negociação colectiva sobre a duração mensal dos voos, a remuneração dos pilotos inclui três elementos. O primeiro consiste num montante fixo anual. O segundo e terceiro consistem em prémios que variam em função das horas de voo (a seguir «Flying Pay Suplement» ou «FPS» – suplemento por tempo de voo –, pago a £10.00 por hora de voo planeada) e em função do tempo passado fora da base (a seguir «Time Away from Base Allowance» ou «TAFB» – subsídio por tempo fora da base –, pago a £2.73 por hora). O FPS é uma remuneração integralmente tributável. Quanto ao TAFB, 82 % são pagos como ajudas de custo e apenas 18 % são considerados remuneração tributável.

13. O tempo de voo de um piloto depende das rotas que lhe são atribuídas e dos planos de voo. Representa, em regra, segundo as indicações do órgão jurisdicional de reenvio, 15 dias por mês.

14. Em virtude do MOA, o montante pago a título de férias anuais é determinado exclusivamente com base no primeiro elemento da remuneração, ou seja, com base no montante fixo anual. Contudo, os recorrentes no processo principal alegam que, ao abrigo do direito da União e do direito nacional, deviam receber pagamentos semanais baseados nos três componentes da remuneração.

15. Quer o Employment Tribunal quer o Employment Appeal Tribunal julgaram este pedido procedente. Pelo contrário, a Court of Appeal aceitou a tese da British Airways e deu provimento ao recurso por ela interposto.

16. A Supreme Court entende que, embora a jurisprudência mais recente do Tribunal de Justiça possa ser entendida no sentido de que a Directiva 2000/79 obriga ao pagamento de uma remuneração «normal» ou «comparável», continua a ser necessário esclarecer o conceito de «férias anuais remuneradas», também devido às circunstâncias específicas do processo principal. Além disso, persistem dúvidas quanto à margem de liberdade conferida às legislações e/ou práticas nacionais para imporem «condições de obtenção e de concessão de tais férias». Por conseguinte, segundo a Supreme Court, num caso como o que está em apreço, não se pode dizer que não existem dúvidas quanto à situação jurídica.

17. Por este motivo, a Supreme Court decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as questões prejudiciais seguintes:

«i) Nos termos a) dos artigos 7.º das Directivas 93/104/CE e 2003/88/CE do Conselho e b) da cláusula 3 do Acordo

Europeu anexo à Directiva 2000/79/CE do Conselho:

1) em que medida o direito da União Europeia define ou prevê exigências quanto à natureza e/ou ao montante da remuneração [devida] a título dos períodos de férias anuais remuneradas; e

2) em que medida podem os Estados-Membros determinar o método de cálculo de tal remuneração?

ii) Mais especificamente, é suficiente que, nos termos do direito e/ou das práticas e/ou das convenções colectivas e/ou das cláusulas contratuais negociadas entre os trabalhadores e empregadores a nível nacional, a remuneração paga dê a possibilidade e incentive o trabalhador a gozar, no sentido mais abrangente deste termo, as suas férias anuais e tal facto não acarretará o risco considerável de o trabalhador não o fazer?

iii) Ou é exigido que a remuneração

a) corresponda exactamente ou

b) seja globalmente comparável à remuneração "normal" do trabalhador?

No caso de resposta afirmativa à questão iii) a) ou b):

iv) A remuneração pertinente ou comparável consiste

a) na remuneração que o trabalhador teria auferido durante o período de férias em questão se tivesse estado a trabalhar e não de férias, ou

b) na remuneração que este recebia durante outro período – e, em caso afirmativo, qual – quando estava a trabalhar?

v) Como deve apurar-se a remuneração "normal" e "comparável" no caso de

a) a remuneração de um trabalhador quando está a trabalhar ser complementada se, e na medida em que o trabalhador exerce uma determinada actividade,

b) haver um limite anual, ou outro, relativo à medida em que, ou ao tempo durante o qual, o trabalhador pode exercer essa mesma actividade, e esse limite já ter sido ultrapassado, ou quase ultrapassado, no(s) momento(s) em que o trabalhador inicia as férias, de forma que não poderia, de facto, exercer essa actividade se tivesse estado a trabalhar e não de férias?»

IV — Processo no Tribunal de Justiça

18. O pedido de decisão prejudicial, com data de 24 de Março de 2010, deu entrada na Secretaria do Tribunal de Justiça em 2 de Abril de 2010.

19. As partes no processo principal, o Governo dinamarquês, bem como a Comissão Europeia apresentaram observações escritas dentro do prazo previsto no artigo 23.º do Estatuto do Tribunal de Justiça.

20. Na audiência de 14 de Abril de 2011 compareceram, para apresentarem as suas alegações, os mandatários das partes no processo principal, do Governo dinamarquês, bem como da Comissão.

V — Principais argumentos das partes

21. Os *recorrentes no processo principal* e a *Comissão* propõem que se responda ao pedido de decisão prejudicial no sentido de que, em aplicação das disposições pertinentes do direito da União, a remuneração normal de um trabalhador deve continuar a ser-lhe paga durante o período no qual goza as suas férias anuais. É certo que os Estados-Membros são competentes para adoptar as medidas práticas necessárias para, designadamente, determinar o método de cálculo das férias anuais remuneradas. Contudo, este método deve permitir aos trabalhadores continuar a receber o seu salário normal enquanto durarem as suas férias anuais.

22. Segundo os *recorrentes no processo principal,* ao calcular a remuneração normal é necessário tomar como referência um período de tempo representativo. Este período é, em regra, um período anterior ao do gozo efectivo das férias anuais. Contudo, a título excepcional, pode ter-se em conta um outro período, para garantir a continuação do pagamento da remuneração normal. A *Comissão* sustenta que a «remuneração normal» tem de reflectir o salário semanal médio num período de referência representativo.

23. Os *recorrentes no processo principal* defendem que os prémios, que o trabalhador recebe pelo exercício de uma actividade específica e que são parte da remuneração normal do trabalhador, devem continuar a ser garantidos durante o período das férias anuais. A este respeito, a *Comissão* nota que, ao calcular a remuneração das férias, é necessário atender a todas as limitações gerais.

24. A *recorrida no processo principal* propõe que se responda às questões prejudiciais no sentido de que o direito da União não prevê exigências relativas à natureza e ao montante dos pagamentos que devem ser efectuados no período das férias anuais. Subsidiariamente, alega que o direito da União exige apenas que o montante da remuneração das férias seja fixado por contrato. Em qualquer caso, afirma que a remuneração das férias deve ser suficientemente elevada, para que os trabalhadores não sejam dissuadidos de exercer o seu direito a férias anuais.

25. Segundo a recorrida no processo principal, é suficiente que, em virtude das disposições jurídicas, das práticas e dos contratos entre empregadores e trabalhadores, o pagamento efectuado permita ao trabalhador gozar as suas férias anuais, sem que exista o risco significativo de que não o faça. Por

conseguinte, a remuneração das férias não tem de corresponder exactamente à remuneração normal do trabalhador nem de ser comparável a ela.

26. O *Governo dinamarquês* propõe que se responda ao pedido de decisão prejudicial no sentido de que o direito da União garante aos trabalhadores o direito a férias anuais remuneradas de pelo menos quatro semanas e ao pagamento, durante esse período, de um montante que corresponda à sua remuneração normal, de acordo com as condições previstas na legislação e as práticas dos Estados-Membros.

27. Daqui decorre que a Directiva 2003/88 não se opõe a negociações dos parceiros sociais sobre os prémios que devem ser considerados parte da remuneração das férias, desde que a remuneração das férias não seja fixada a um nível tão baixo que impeça o trabalhador de exercer o seu direito a férias anuais remuneradas.

VI — Apreciação jurídica

A — *Questões principais levantadas pelo processo*

28. O presente processo oferece ao Tribunal de Justiça a oportunidade de desenvolver a sua jurisprudência relativa ao direito de cada trabalhador a férias anuais remuneradas. Ao mesmo tempo, permite alargar esta jurisprudência a outros domínios de actividade, para os quais a União adoptou regras mais específicas, tendo em conta as necessidades do sector laboral em causa, no interesse de uma aplicação uniforme do direito da União.

29. As questões, detalhadamente formuladas, do órgão jurisdicional de reenvio podem dividir-se essencialmente em três grandes categorias que, porém, se sobrepõem parcialmente. Em primeiro lugar, é colocada a questão relativa à competência da União e dos seus Estados-Membros para definir juridicamente o conceito de «férias anuais remuneradas», bem como o método de cálculo da remuneração das férias. A seguir, solicitam-se esclarecimentos quanto à relação quantitativa entre a remuneração das férias e a remuneração normal, de acordo com o direito da União. Por último, pergunta-se em que medida importa ter em conta também, ao determinar o montante da remuneração das férias, prémios a que o trabalhador tem direito, em conformidade com uma convenção colectiva, por exercer certas actividades, bem como eventuais limitações do tempo de trabalho, estipuladas pelos parceiros sociais em convenções colectivas.

30. Por exigências de clareza, as questões prejudiciais devem ser reordenadas e respondidas no âmbito de uma análise aprofundada da respectiva categoria. Em primeiro lugar, abordarei a questão de saber em que medida o direito da União prevê regras quanto à

natureza e ao nível do direito a férias anuais remuneradas e quais as competências normativas que os Estados-Membros ainda mantêm a este respeito. Neste contexto, responderei à questão de saber como calcular, em regra, a remuneração das férias em relação à remuneração normal. Por último, abordarei a questão de como proceder num caso como o que está em apreço, caracterizado pela complexidade da estrutura salarial.

B — *Regras do direito da União quanto à natureza e ao nível do direito a férias anuais remuneradas*

1. O direito a férias anuais remuneradas na ordem jurídica da União

a) Regras fundamentais do direito da União

31. Como já referi nas minhas conclusões no processo Schultz-Hoff [7], o facto de o direito de todos os trabalhadores a férias anuais remuneradas ter sido consagrado na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia [8] constitui a mais qualificada e definitiva confirmação da sua natureza de direito fundamental. No seu artigo 31.º, n.º 2, a Carta declara que «[t]odos os trabalhadores têm direito a uma limitação da duração máxima do trabalho e a períodos de descanso diário e semanal, bem como a um período anual de férias pagas» [9]. Se a Carta tinha inicialmente, a este respeito, um carácter sobretudo declarativo, como expressão do compromisso assumido pela União, de respeitar os direitos fundamentais, com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, esta norma adquiriu definitivamente o estatuto de direito primário no âmbito da ordem jurídica da União, nos termos do artigo 6.º, n.º 1, TUE [10]. Daqui resulta que os actos jurídicos adoptados pelas instituições da União neste domínio, em virtude da vinculação aos direitos fundamentais consagrada no artigo 51.º, n.º 1, da Carta, devem ser apreciados à luz desta norma. Os Estados-Membros passam igualmente a estar vinculados, quando apliquem o direito da União [11].

32. O legislador da União utiliza a directiva como instrumento jurídico para a transposição legislativa do direito a férias anuais remuneradas. As disposições centrais, que

7 — Conclusões de 24 de Janeiro de 2008, Schultz-Hoff (acórdão de 20 de Janeiro de 2009, C-350/06, Colect., p. I-179, n.º 38).

8 — JO 2007, C 303, p. 1.

9 — Esta disposição baseia-se, segundo as Anotações relativas à Carta (JO 2007, C 303, p. 17) na Directiva 93/104, no artigo 2.º da Carta Social Europeia de 1961, e no ponto 8 da Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores, de Dezembro de 1989.

10 — V. acórdão de 19 de Janeiro de 2010, Kücükdeveci (C-555/07, Colect., p. I-365, n.º 22).

11 — V. Jarass, H. D., *Charta der Grundrechte der Europäischen Union – Kommentar*, Munique 2010, artigo 31.º, n.º 3, p. 277, e artigo 51.º, n.º 6, p. 413.

regulam este direito a nível da União e cuja interpretação é solicitada pelo órgão jurisdicional de reenvio, encontram-se no artigo 7.º da Directiva 2003/88 relativa a determinados aspectos da organização do tempo de trabalho, que retomou, na íntegra, o texto do artigo 7.º da directiva anterior 93/104, e ao qual o Tribunal de Justiça atribui, na sua jurisprudência, o mesmo conteúdo normativo [12]. Nos termos deste artigo, os Estados-Membros tomarão as medidas necessárias para que todos os trabalhadores beneficiem de férias anuais remuneradas de pelo menos quatro semanas, de acordo com as condições de obtenção e de concessão previstas nas legislações e/ou práticas nacionais. No entanto, tal como na Directiva 2000/79, não se encontram no referido texto disposições expressas sobre o montante da remuneração das férias.

33. As duas directivas referidas *supra* prevêem, no respectivo artigo 14.º, a possibilidade de o legislador da União adoptar disposições mais específicas relativamente a determinadas ocupações ou actividades profissionais que, em virtude de uma regra de prioridade legislativa, prevalecem sobre as disposições das directivas «tempo de trabalho». Esta categoria inclui, como é expressamente indicado na cláusula 1, n.º 2, do acordo europeu, também a Directiva 2000/79, que estabelece disposições mais específicas no que respeita à organização do tempo de trabalho do pessoal móvel da aviação civil. A União adoptou este acto jurídico para aplicar o acordo europeu e no exercício das competências normativas que lhe são atribuídas pelo artigo 139.º, n.º 2, CE (artigo 155.º, n.º 2, TFUE). Com a sua inclusão, o acordo europeu tornou-se parte integrante da Directiva 2000/79 [13]. Como todas as directivas, esta última está igualmente sujeita à competência interpretativa do Tribunal de Justiça [14], de modo que o pedido de interpretação do órgão jurisdicional de reenvio é admissível também relativamente à cláusula 3 do acordo europeu.

b) Competência dos Estados-Membros em matéria de transposição

34. O Tribunal de Justiça não é competente, pelo contrário, para interpretar as disposições nacionais adoptadas pelos Estados-Membros em transposição das directivas referidas *supra*. O recurso à directiva permite aos Estados-Membros regular mais detalhadamente, por via legislativa, o direito a férias anuais remuneradas nas respectivas ordens jurídicas.

12 — V. acórdão de 10 de Setembro de 2009, Vicente Pereda (C-277/08, Colect., p. I-8405, n.º 18).

13 — V. acórdãos de 15 de Abril de 2008, Impact (C-268/06, Colect., p. I-2483, n.º 58); de 23 de Abril de 2009, Angelidaki e o. (C-378/07 a C-380/07, Colect., p. I-3071, n.º 195); e de 16 de Julho de 2009, Gómez-Limón (C-537/07, Colect., p. I-6525, n.º 34). Egger, J., «Rechtswirkungen von Rahmenvereinbarungen im Sozialbereich», *Neueste Entwicklungen im Zusammenspiel von Europarecht und nationalem Recht der Mitgliedstaaten* (ed. Waldemar Hummer), Viena 2010, p. 223, nota que os próprios acordos ainda não têm qualquer efeito normativo. Só a decisão do Conselho permite transformar o acordo-quadro de modo directo em direito derivado da União, submetido à interpretação do Tribunal de Justiça.

14 — V. Rebhahn, R., *EU-Kommentar* (ed. Jürgen Schwarze), 2.ª ed., Baden-Baden 2009, artigo 139.º CE, n.ºs 4 e 10, pp. 1378 e segs., que observa que a aplicação de um acordo entre os parceiros sociais através de uma decisão do Conselho dá lugar a um acto jurídico da União Europeia. Entende que o Tribunal de Justiça é competente para a interpretação da directiva e do acordo que ela integra.

Esta competência é-lhes atribuída não apenas no artigo 249.º, terceiro parágrafo, CE (artigo 288.º, segundo parágrafo, TFUE), nos termos do qual é deixada às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios de alcançar o resultado vinculativo, mas também expressamente nas várias directivas.

35. Acresce que o legislador da União, que ao exercer as suas competências normativas está vinculado pelo princípio da subsidiariedade, se limitou, nos termos do artigo 7.º, n.º 1, da Directiva 2003/88, bem como da cláusula 3 do acordo europeu, em conjugação com o décimo primeiro considerando da Directiva 2000/79 [15], a regular certos aspectos fundamentais como a duração mínima das férias anuais ao passo que, relativamente à sua obtenção e concessão, como já foi explicado, remeteu para as condições previstas «nas legislações e/ou práticas nacionais». Este ponto de partida, como o Tribunal de Justiça declarou no acórdão Reino Unido/Conselho [16], está também em conformidade com a missão que o Tratado confia exclusivamente ao legislador da União, de adoptar normas mínimas para contribuir, através da harmonização, para realizar o objectivo de melhoria do nível de protecção da segurança e da saúde dos trabalhadores, que incumbe, em primeira linha, aos Estados-Membros.

36. Como o Tribunal de Justiça indicou no referido acórdão, os Estados-Membros têm um papel fundamental a desempenhar na concretização desse direito, uma vez que, ao cumprirem o dever de transposição previsto no artigo 7.º, n.º 1, da Directiva 2003/88, estão obrigados a fixar as modalidades de aplicação nacionais necessárias [17]. Isto inclui a definição das condições de exercício e de execução do direito a férias anuais remuneradas, tendo os Estados-Membros a possibilidade de indicar as circunstâncias concretas em que os trabalhadores podem fazer uso deste direito, do qual beneficiam por força da totalidade dos períodos de trabalho cumpridos [18].

37. A remissão, efectuada no artigo 7.º, n.º 1, da Directiva 2003/88, para a legislação nacional destina-se, em particular, a permitir aos Estados-Membros definir um quadro normativo que regule os aspectos organizativos e processuais relativos ao gozo das férias, tais como a planificação do período de férias, a eventual obrigação para o trabalhador de comunicar antecipadamente à entidade patronal quando pretende gozar férias, a imposição de um período mínimo de trabalho antes de poder gozar férias, os critérios para

15 — O décimo primeiro considerando da Directiva 2000/79 confirma o respeito do princípio da subsidiariedade do seguinte modo: «Tendo em conta o elevado grau de integração do sector da aviação civil e as condições relativas à concorrência nele existentes, os objectivos da presente directiva que visam a protecção da saúde e a segurança dos trabalhadores não podem ser suficientemente realizados pelos Estados-Membros pelo que se impõe uma acção ao nível comunitário, em conformidade com o princípio da subsidiariedade consagrado no artigo 5.º do Tratado. A presente directiva não excede o que é necessário para atingir esses objectivos.»

16 — V. acórdão de 12 de Novembro de 1996, Reino Unido/Conselho (C-84/94, Colect., p. I-5755, n.º 47).

17 — *Ibidem* (n.º 47) e acórdão de 16 de Março de 2006, Robinson-Steele (C-131/04 e C-257/04, Colect., p. I-2531, n.º 57).

18 — Acórdão de 26 de Junho de 2001, BECTU (C-173/99, Colect., p. I-4881, n.º 53).

o cálculo proporcional do direito a férias anuais quando a duração da relação de trabalho é inferior a um ano, e assim por diante [19]. Contudo, trata-se sempre de medidas destinadas a estabelecer as condições de obtenção e de concessão do direito a férias que, enquanto tais, são autorizadas pela Directiva 2003/88.

38. Neste contexto, é de notar que o Tribunal de Justiça recordou várias vezes que os Estados-Membros, ao exercerem as suas competências, devem respeitar sempre os limites impostos pelo direito da União [20]. A sua interpretação tem permitido identificar e precisar esses limites [21]. Além disso, é possível deduzir da sua jurisprudência certas indicações úteis quanto às modalidades de cálculo da remuneração das férias, para garantir que o direito a férias anuais remuneradas não seja privado da sua função. Por conseguinte, é preciso analisar esta jurisprudência e extrair dela eventuais princípios que podem ser úteis para responder às questões prejudiciais.

2. Relação entre a Directiva 2000/79 e as directivas «tempo de trabalho» e transponibilidade dos princípios jurisprudenciais

39. Importa esclarecer, antes de mais, a questão de saber em que medida os princípios jurisprudenciais, que o Tribunal de Justiça tem desenvolvido até aqui através da interpretação do artigo 7.º das directivas «tempo de trabalho» – que analisarei mais adiante – são igualmente aplicáveis à cláusula 3 do acordo europeu. Esta questão é particularmente importante, tanto mais que o Tribunal de Justiça, como já foi explicado, contribuiu de modo substancial para a determinação do alcance normativo deste direito. A interpretação que a jurisprudência tem dado a esta disposição da directiva permite, ao mesmo tempo, delimitar as competências do legislador da União quanto ao cálculo da remuneração das férias. Para antecipar o resultado da minha análise, parece-me que apontam para essa solução o teor, o sentido e a finalidade, bem como a génese das referidas disposições.

40. Note-se, antes de mais, que embora assentem em bases jurídicas diferentes constantes do Tratado, o sentido e a finalidade, quer das directivas «tempo de trabalho» quer da Directiva 2000/79, consistem em regular o tempo de trabalho, impondo-lhe

19 — Neste sentido, as alegações da Comissão no processo BECTU, que o advogado-geral A. Tizzano citou nas suas conclusões nesse processo (n.º 34).

20 — V. acórdãos BECTU (já referido na nota 18, n.º 53), e Schultz-Hoff e o. (já referido na nota 7, n.º 46), nos quais o Tribunal de Justiça reconheceu que os Estados-Membros podem definir, na sua regulamentação interna, as condições de exercício e execução do direito a férias anuais remuneradas, tendo esclarecido, no entanto, que os Estados-Membros não podem sujeitar a nenhuma condição a própria constituição desse direito, que resulta directamente das Directivas 93/104 e 2003/88.

21 — V., quanto à influência da jurisprudência sobre a interpretação da directiva «tempo de trabalho» Nowak, T., «The Working Time Directive and The European Court of Justice», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, tomo 15 (2008), n.º 4, p. 447.

determinados limites, no interesse da segurança e da saúde dos trabalhadores. É o que resulta, por exemplo, do décimo primeiro considerando da Directiva 2000/79, bem como do décimo primeiro considerando da Directiva 2003/88. Acresce que o teor da cláusula 3 é praticamente idêntico ao do artigo 7.º das directivas «tempo de trabalho». Se os signatários do acordo europeu tivessem querido dar um sentido diferente à cláusula 3, teriam certamente escolhido uma terminologia diferente da das directivas «tempo de trabalho».

41. Resulta ainda da génese do acordo europeu [22] que o significado do conceito de «férias anuais remuneradas» na cláusula 3 estava destinado a corresponder, quanto ao seu conteúdo, ao da Directiva 93/104. A proposta inicial, apresentada pela Comissão, de uma directiva «tempo de trabalho» previa que o seu âmbito de aplicação devia abranger todos os sectores económicos e domínios de actividade. O Conselho decidiu, no entanto, excluir determinados domínios de actividade do âmbito de aplicação da directiva, não por entender que a segurança e a saúde nestes sectores estivessem suficientemente protegidas, mas porque estava ciente de que os trabalhadores nesses domínios de actividade devem, em regra, trabalhar longe do seu domicílio, considerando por isso ser necessário adoptar disposições mais específicas. No seu «Livro Branco sobre os sectores e actividades excluídos da directiva relativa ao tempo de trabalho», a Comissão propôs, designadamente, um método diferenciado, segundo o qual se deviam adoptar disposições próprias para cada sector de actividade em relação ao tempo de trabalho e aos períodos de descanso para trabalhadores móveis [23]. Após uma análise das reacções dos parceiros sociais, a Comissão decidiu propor este método, que acabou por ser plasmado na legislação da União [24]. Segundo este método diferenciado, o acordo europeu devia ser aplicado exclusivamente a trabalhadores móveis da aviação civil e consagrar na sua cláusula 3, sem alterações, o direito a férias anuais remuneradas previsto no artigo 7.º da Directiva 93/104. Por último, decorre da proposta de directiva da Comissão [25] que o acordo europeu para o pessoal móvel da aviação civil se destinava, designadamente, a aplicar o direito a férias anuais remuneradas, consagrado no ponto 8 da Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores. Assim, a génese da Directiva 2000/79 demonstra que o legislador da União tencionava alargar as disposições já em vigor, relativas ao referido direito, por forma a incluir o pessoal móvel da aviação civil, sem alterar a substância deste direito.

22 — V. «Livro Branco sobre os sectores e actividades excluídos da directiva relativa ao tempo de trabalho» (COM/97/334 final, n.os 11 a 13).

23 — *Ibidem*, n.º 74.

24 — V. Barnard, C., *EC Employment Law*, 2.ª ed., Oxford 2002, p. 403.

25 — V. Proposta de Directiva do Conselho Respeitante ao acordo europeu sobre a organização do tempo de trabalho do pessoal móvel da aviação civil celebrado por Associação das Companhias Aéreas Europeias (AEA), European Transport Workers' Federation (ETF), European Cockpit Association (ECA), European Regions Airline Association (ERA) e International Air Carrier Association (IACA) (COM/2000/382 final).

42. A génese da Directiva 2003/88 confirma igualmente que as disposições que regulam o direito a férias anuais remuneradas deviam ser aplicadas também a trabalhadores móveis, incluindo os da aviação civil. Com efeito, a Directiva 93/104 foi alterada mais tarde pela Directiva 2000/34, que eliminou as derrogações que até aí eram aplicáveis, de acordo com o método diferenciado, ao sector dos transportes (salvo as regras relativas aos marítimos). Por consequência, as disposições relativas a férias anuais foram *alargadas* a trabalhadores móveis dos sectores excluídos, como decorre inequivocamente do nono considerando da Directiva 2000/34 [26]. Pelo contrário, segundo o décimo considerando [27], as disposições existentes em matéria de tempo de trabalho e de descanso foram apenas *adaptadas* a esses trabalhadores. Além disso, o artigo 2.º da Directiva 2000/79 estabelece claramente que a aplicação das disposições desta não constitui, em caso algum, motivo suficiente para justificar uma redução do nível geral de protecção dos trabalhadores nos domínios que abrange. Por outras palavras, esta disposição proíbe aos Estados-Membros ficarem aquém do nível de protecção já atingido graças à Directiva 93/104 na versão modificada pela Directiva 2000/34. É precisamente isto que é afirmado no décimo sexto considerando da Directiva 2000/79 [28].

43. Resulta do exposto que nada se opõe à aplicação à cláusula 3 do acordo europeu dos princípios jurisprudenciais desenvolvidos até aqui pelo Tribunal de Justiça ao interpretar o artigo 7.º das directivas «tempo de trabalho».

3. Princípios jurisprudenciais sobre o direito a férias anuais remuneradas

a) Quanto à continuação do pagamento da remuneração durante as férias

44. A relevância do direito a férias anuais remuneradas é reconhecida, desde há muito tempo, na jurisprudência do Tribunal de Justiça. Segundo jurisprudência assente, deve ser considerado um princípio do direito social da União que reveste especial importância, que não pode ser derrogado e cuja execução pelas autoridades nacionais competentes apenas

26 — O nono considerando da Directiva 2000/34 tem a seguinte redacção: «As disposições existentes em matéria de férias anuais e de avaliação da saúde aplicáveis ao trabalho nocturno e por turnos devem ser *alargadas*, por forma a incluir os trabalhadores móveis dos sectores e actividades excluídos.» Neste sentido, Rofes i Pujol, M. I., «Comentario de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», *Cuadernos Europeos de Deusto*, 2009, n.º 41, p. 165.

27 — O décimo considerando da Directiva 2000/34 é do seguinte teor: «As disposições existentes em matéria de tempo de trabalho e de descanso devem ser *adaptadas* para abranger os trabalhadores móveis dos sectores e actividades excluídos.»

28 — O décimo sexto considerando da Directiva 2000/79 é do seguinte teor: «A aplicação da presente directiva não deverá justificar uma regressão em relação à situação actualmente existente em cada Estado-Membro.»

pode ser efectuada dentro dos limites expressamente enunciados pela Directiva 93/104 e pela Directiva 2003/88, que lhe sucedeu [29]. Ao consagrar o direito a férias anuais remuneradas a nível do direito derivado, o legislador da União pretende garantir que os trabalhadores em todos os Estados-Membros possam beneficiar de um descanso efectivo, «numa preocupação de protecção eficaz da sua segurança e da sua saúde» [30]. A finalidade do direito a férias anuais remuneradas é permitir ao trabalhador descansar e dispor de um período de descontracção e de lazer [31].

45. No que toca ao direito específico do trabalhador ao pagamento da remuneração das férias, relevante para os fins do presente processo prejudicial, importa constatar, como já foi referido, que nem as directivas «tempo de trabalho» nem a Directiva 2000/79 contêm disposições que fixem expressamente o montante da remuneração a pagar durante as férias nem o método para o calcular. Todavia, uma análise da jurisprudência do Tribunal de Justiça fornece indicações importantes sobre os requisitos que, por força do direito da União, devem ser preenchidos pela remuneração das férias.

46. A este propósito, há que remeter, antes de mais, para o acórdão Robinson-Steele, no qual o Tribunal de Justiça declarou que as directivas «tempo de trabalho» regulam o direito a férias anuais e à obtenção de um pagamento correspondente como «duas vertentes de um único direito» [32]. Desta constatação é possível deduzir logo uma primeira conclusão jurídica importante: dado que ambos os direitos devem ser considerados indissociáveis, segundo o Tribunal de Justiça, não é permitido estabelecer excepções ao direito ao pagamento da remuneração das férias ao transpor o direito da União a nível dos Estados-Membros, na medida em que não estejam expressamente previstas nas directivas «tempo de trabalho». Importa ter em conta que o artigo 7.º da Directiva 2003/88 não figura entre as disposições que esta directiva permite expressamente derrogar. Na medida em que esta disposição não pode ser derrogada em prejuízo do trabalhador nem por lei nem por contrato, há que concordar, em princípio, com o Governo dinamarquês [33] em que, na ordem jurídica da União, o direito ao pagamento da remuneração das férias tem

29 — V. acórdãos BECTU (já referido na nota 18, n.º 43); de 18 de Março de 2004, Merino Gómez (C-342/01, Colect., p. I-2605, n.º 29); e Robinson-Steele e o. (já referido na nota 17, n.º 48); quanto à Directiva 2003/88, v. acórdãos Schultz-Hoff e o. (já referido na nota 7, n.º 22); Vicente Pereda (já referido na nota 12, n.º 18); e de 22 de Abril de 2010, Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols (C-486/08, Colect., p. I-3527, n.º 28).

30 — V. acórdãos BECTU (já referido na nota 18, n.º 44); Merino Gómez (já referido na nota 29, n.º 30); Schultz-Hoff e o. (já referido na nota 7, n.º 23); e Vicente Pereda (já referido na nota 12, n.º 21).

31 — V. acórdãos Schultz-Hoff e o. (já referido na nota 7, n.º 25), e Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols (já referido na nota 29, n.º 30).

32 — Acórdão Robinson-Steele e o. (já referido na nota 17, n.º 58).

33 — V. n.º 16 das observações escritas do Governo dinamarquês.

carácter imperativo [34]. Note-se, além disso, que segundo a jurisprudência, esse princípio de direito social da União, que reveste uma importância particular, não pode ser interpretado de forma restritiva [35].

47. Segundo o Tribunal de Justiça, o objectivo da exigência do pagamento das férias é o de colocar o trabalhador, durante as férias anuais, «numa situação, relativamente ao salário, comparável à dos períodos de trabalho». As restantes declarações do Tribunal de Justiça quanto ao montante da remuneração das férias são, em meu entender, suficientemente claras; com efeito, no n.º 50 do acórdão Robinson-Steele, o Tribunal de Justiça constatou expressamente que o conceito de «férias anuais remuneradas», constante do artigo 7.º, n.º 1, da Directiva 93/104 significa que «durante as férias anuais na acepção da directiva, a remuneração deve ser mantida». A clarificação seguinte – «[P]or outras palavras» – segundo a qual «o trabalhador deve auferir a remuneração *normal* neste período de descanso» permite dissipar dúvidas que possam persistir quanto ao significado desta frase. Esta afirmação deve ser entendida no sentido de que a remuneração das férias deve corresponder exactamente ao montante da remuneração normal.

48. Embora se deva concordar com o órgão jurisdicional de reenvio em que o objecto do litígio no processo Robinson-Steele era diferente do que está em apreço, nesse processo estava essencialmente em causa a compatibilidade com o direito da União de uma determinada prática, que consistia em pagar o período mínimo de férias anuais sob a forma de prestações ao longo do período anual de trabalho correspondente, juntamente com a remuneração pelo trabalho prestado, e não como remuneração relativa a um período determinado em que o trabalhador gozava efectivamente férias. De qualquer modo, as considerações em que o Tribunal de Justiça se baseou, no n.º 50 do referido acórdão, são formuladas de maneira geral e não se referem de modo algum apenas às circunstâncias especiais subjacentes a esse processo. Pelo contrário, têm alcance geral e, por consequência, devem ser tidas em conta também ao responder às questões prejudiciais. O alcance geral destas considerações é ilustrado pelo facto de o Tribunal de Justiça as ter retomado no n.º 58 do acórdão Schultz-Hoff, num contexto diferente, mais concretamente ao analisar a questão de saber como deve ser calculada a retribuição prevista no artigo 7.º, n.º 2, da Directiva 2003/88, à qual tem direito um trabalhador que, por razões independentes da sua vontade, não teve a possibilidade de exercer o seu direito a férias anuais remuneradas antes da cessação da sua relação de trabalho. O Tribunal de Justiça confirmou aí

34 — A interpretação do artigo 12.º da Convenção n.º 132 da OIT conduz igualmente a esta conclusão. Com efeito, esta disposição prevê que os acordos relativos à renúncia ao direito a férias anuais pagas previstas como mínimo no artigo 3.º, n.º 3, da referida convenção ou à renúncia a essas férias com compensação ou de qualquer outro modo devem ser, segundo as condições nacionais, nulos ou proibidos. V. igualmente, neste sentido, Blanpain, R., «The Holidays With Pay Convention of the ILO (n.º 132): a Commentary», *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, tomo 16/4, 2000, p. 364.

35 — Acórdão Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols (já referido na nota 29, n.º 29).

a sua interpretação, segundo a qual «durante as férias anuais […] a remuneração deve ser mantida» e o «trabalhador deve auferir a remuneração normal».

49. Esta análise é ainda corroborada por uma interpretação sistemática e gramatical. Para este efeito, é preciso confrontar a Directiva 2003/88 ou a Directiva 2000/79 com outros actos jurídicos da União, cujas disposições prevêem uma variante da continuação do pagamento da remuneração durante as férias. A Directiva 92/85/CEE do Conselho, de 19 de Outubro de 1992, relativa à implementação de medidas destinadas a promover a melhoria da segurança e da saúde das trabalhadoras grávidas, puérperas ou lactantes no trabalho [36] prevê, para proteger as trabalhadoras grávidas contra riscos para a sua segurança ou saúde, bem como eventuais repercussões sobre a gravidez ou a amamentação, a par da adaptação das condições de trabalho, e da mudança de posto de trabalho, também a dispensa de trabalho da interessada, e, no seu artigo 11.º, n.º 1, que «os direitos decorrentes do contrato de trabalho das trabalhadoras […] e a manutenção de uma remuneração e/ou o benefício de uma prestação adequada devem ficar assegurados em conformidade com as legislações e/ou práticas nacionais». Esta disposição apresenta uma particularidade, que o Tribunal de Justiça salientou, a justo título, por último nos acórdãos de 1 de Julho de 2010, nos processos Parviainen [37] e Gassmayr [38]. O Tribunal de Justiça chamou aí a atenção para o facto de que a referida disposição da directiva, na maior parte das versões linguísticas existentes à data da sua adopção, prevê apenas a manutenção «de uma» remuneração e não «da» remuneração [39]. Da redacção desta norma da directiva, bem como de outros elementos de referência, o Tribunal de Justiça concluiu que uma trabalhadora grávida que, na sequência da sua colocação provisória num posto de trabalho diferente do que ocupava antes da gravidez, em conformidade com o artigo 5.º, n.º 2, da directiva, não tinha direito, com base no artigo 11.º, n.º 1, desta directiva, à remuneração que recebia em média antes da referida colocação [40]. Contudo, no que diz respeito ao artigo 7.º, n.º 1, da Directiva 2003/88 ou à cláusula 3 do acordo europeu, a situação jurídica não é comparável. O teor destas disposições é inequívoco, na medida em que, segundo todas as versões linguísticas, as férias anuais devem simplesmente ser «remuneradas» [41], o que indica uma continuidade no sentido da manutenção da remuneração «normal», em conformidade com a jurisprudência.

36 — JO L 348, p. 1.

37 — Acórdão de 1 de Julho de 2010, Parviainen (C-471/08, Colect., p. I-6533).

38 — Acórdão de 1 de Julho de 2010, Gassmayr (C-194/08, Colect., p. I-6281)

39 — Acórdãos Parviainen (já referido na nota 37, n.º 50) e Gassmayr (já referido na nota 38, n.º 61).

40 — Acórdão Parviainen (já referido na nota 37, n.º 62).

41 — V., por exemplo, as versões linguísticas alemã («bezahlt»), francesa («payé»), dinamarquesa («med løn»), espanhola («retribuidas»), portuguesa («remuneradas»), eslovena («plačanega»), italiana («retribuite»), sueca («betald»), e neerlandesa («betaald»).

50. Um outro argumento a favor da interpretação aqui defendida resulta, por último, dos princípios da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que, por força do sexto considerando da Directiva 2003/88, devem ser tidos em conta em matéria de organização do tempo de trabalho. No âmbito da Organização Internacional do Trabalho (OIT) como organismo especializado das Nações Unidas, o direito a um período mínimo de férias anuais remuneradas foi, até à data, objecto de duas convenções multilaterais, sendo que a Convenção n.º 132 [42], em vigor desde 30 de Junho de 1973, alterou a Convenção n.º 52 [43] até então aplicável. Essas convenções contêm disposições imperativas para os Estados contratantes a respeito da concretização do referido direito social fundamental nas suas ordens jurídicas nacionais. A Convenção n.º 132, cuja relevância para a interpretação da Directiva 2003/88 foi expressamente confirmada pelo Tribunal de Justiça, por último no acórdão Schultz-Hoff [44], estabelece, no artigo 7.º, n.º 1, que qualquer pessoa que goze férias de acordo com o disposto nesta convenção deve receber durante todo esse período «pelo menos a sua remuneração *normal* ou média».

51. À luz das considerações precedentes, a suposição que o órgão jurisdicional de reenvio expõe, no n.º 29 do seu pedido de decisão prejudicial, de que o Tribunal de Justiça, ao utilizar, no acórdão Schultz-Hoff, a palavra «comparável» [45] – referindo-se à situação na qual o trabalhador se deve encontrar durante as suas férias anuais em virtude da obrigação de remunerar essas férias – tinha em mente algo distinto, em certas condições mesmo a possibilidade de não pagar alguns elementos

42 — Convenção n.º 132, sobre as férias anuais remuneradas (revista em 1970), adoptada no quadro da Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho, em 24 de Junho de 1970, e que entrou em vigor em 30 de Junho de 1973.

43 — Convenção n.º 52, sobre as férias anuais pagas, adoptada pela Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho, em 24 de Junho de 1936, e que entrou em vigor em 22 de Setembro de 1939. Esta convenção foi revista pela Convenção n.º 132, permanecendo, porém, aberta para ratificação.

44 — Acórdão Schultz-Hoff e o. (já referido na nota 7, n.º 38). V. a discussão na doutrina sobre a importância das convenções da OIT na ordem jurídica da União. Korda, M./Pennings, F., «The legal character of international social security standards», *European Journal of Social Security*, tomo 10 (2008), n.º 2, p. 132, que entendem que a União Europeia não tem competência para estabelecer normas de segurança social juridicamente vinculativas. Por este motivo, defendem que as convenções assinadas no quadro da OIT e do Conselho da Europa revestem importância fundamental para o desenvolvimento de normas internacionais de segurança social. Bercusson, B., «The European Court of Justice, Labour Law and ILO Standards», *50 Jahre EU – 50 Jahre Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zum Arbeits- und Sozialrecht*, Baden-Baden 2008, pp. 58 e segs., advoga um papel mais activo do Tribunal de Justiça na constitucionalização do modelo social europeu, que deve ter em conta as normas da OIT ao interpretar o direito primário e derivado da União. Murray, J., «The Working Time Directive and Future Prospects for ILO Rules on Working Time», *Transnational Labour Regulation – The ILO and EC compared*, p. 175, entende que existe uma grande convergência entre a directiva «tempo de trabalho» e o direito da OIT, quanto ao seu objecto e finalidade.

45 — Acórdão Schultz-Hoff e o. (já referido na nota 7, n.º 60).

da remuneração normal, parece basear-se num entendimento errado da jurisprudência. Acresce que as afirmações do Tribunal de Justiça no referido acórdão correspondem inteiramente ao entendimento que defendi no processo Stringer e o. [46], segundo o qual o valor da retribuição financeira compensatória recebida pelo trabalhador deve ser «equivalente» ao da sua remuneração habitual. Não obstante os diferentes termos utilizados trata-se, em última análise, sempre de assegurar, através de uma interpretação teleológica do artigo 7.º, n.º 1, das directivas «tempo de trabalho», que os objectivos das directivas não sejam comprometidos por uma transposição inadequada. Em particular, importa garantir que o trabalhador não sofra prejuízos por decidir exercer o seu direito a férias anuais. Entre esses prejuízos contam-se, em primeira linha, eventuais perdas financeiras que, dependendo da situação inicial, o impediriam de exercer esse direito.

52. Face ao exposto, importa concluir que o direito da União, tal como interpretado pelo Tribunal de Justiça, contém preceitos suficientemente claros quanto ao cálculo da remuneração das férias; esta deve corresponder, em qualquer caso, ao montante da remuneração do trabalho.

b) Conclusão: a remuneração durante as férias anuais não deve ser calculada tomando como referência o mínimo de subsistência

53. Com a manutenção da remuneração durante as férias anuais pretende-se, em última análise, proteger efectivamente a função de descanso das férias anuais. A interpretação do artigo 7.º, n.º 1, das directivas «tempo de trabalho» em função do seu sentido e da sua finalidade, tal como tem sido efectuada pela jurisprudência do Tribunal de Justiça, proíbe, em qualquer caso, que a remuneração das férias seja calculada atendendo ao mínimo de subsistência. Seria incompatível com essa jurisprudência se, como propõe a recorrida no processo principal [47], se tomasse como referência para o cálculo da remuneração das férias apenas um montante mínimo indispensável para não impedir o trabalhador de exercer o seu direito a férias anuais remuneradas. Por um lado, essa medida não constituiria uma «manutenção da remuneração» durante as férias anuais. Pelo contrário, a interpretação sugerida significaria que os requisitos formulados pelo Tribunal de Justiça relativamente a uma remuneração das férias conforme com as directivas seriam modificados *a posteriori* e em prejuízo do trabalhador. Por outro lado, uma interpretação desse tipo criaria para os trabalhadores uma situação jurídica que não responderia às exigências nem de uma harmonização mínima a nível da União nem do princípio da segurança jurídica.

46 — V. as minhas conclusões nos processos C-350/06 e C-520/06 (já referidos na nota 7, n.º 38).

47 — V. n.os 41, 43 e 76 das observações escritas da recorrida no processo principal.

54. Com efeito, uma harmonização mínima, que é visada igualmente pelo acordo europeu nos termos do artigo 2.º, n.º 1, da Directiva 2000/79 para o sector da aviação, não significa que a actividade da União seja limitada ao mínimo denominador comum. Assim, não se trata, de modo algum, de uma harmonização minimalista. Não se pretende estabelecer na União o nível de protecção mais baixo vigente num Estado-Membro, mas sim formular a protecção básica imprescindível para a correspondente política da União [48]. Uma solução diferente seria incompatível com os objectivos, enunciados no artigo 136.º CE, da «melhoria das condições de vida e de trabalho», de modo a «permitir a sua harmonização, assegurando simultaneamente essa melhoria» e «uma protecção social adequada». Uma disposição que define os requisitos mínimos em matéria de segurança e saúde dos trabalhadores, deve estar redigida de modo objectivo e claro, a fim de garantir a sua aplicação efectiva e uniforme em todo o território da União. Qualquer critério assente na «sustentabilidade económica» das férias anuais como, em última análise, é sugerido pela recorrida no processo principal, não seria viável, tanto mais que a sua aplicação – como os recorrentes no processo principal certeiramente observam [49] – dependeria de cada situação concreta, em especial dos encargos financeiros de cada trabalhador. A aplicação de um critério tão vago teria como efeito comprometer o direito a férias anuais.

4. Competência dos Estados-Membros para calcular a remuneração das férias

55. Na falta de normas expressas nas directivas «tempo de trabalho» ou na Directiva 2000/79, a determinação do método de cálculo da remuneração das férias é da competência dos Estados-Membros, aos quais incumbe, como já foi explicado, a obrigação de estabelecer as modalidades de aplicação nacionais necessárias. O Tribunal de Justiça chegou a uma conclusão semelhante no acórdão Schultz-Hoff [50], ao analisar a questão, também não regulada pelo direito da União, de saber como deve ser calculada a compensação financeira que, nos termos do artigo 7.º, n.º 2, da Directiva 2003/88, substitui o(s) período(s) mínimo(s) de férias anuais remuneradas em caso de cessação da relação de trabalho. São aplicáveis nesta matéria as «legislações e/ou práticas nacionais», para as quais as directivas remetem. Neste contexto, os Estados-Membros devem assegurar-se de que as modalidades de aplicação nacionais têm em conta os limites decorrentes do próprio direito da União, incluindo os princípios

48 — V. Leible/Streinz, *EUV/EGV*, Munique 2003, artigo 95.º, n.º 44, p. 1248.

49 — V. n.º 74 das observações escritas dos recorrentes no processo principal.

50 — Acórdão Schultz-Hoff e o. (já referido na nota 7, n.ºs 57 a 62).

jurisprudenciais que referi no início das presentes conclusões.

5. Conclusão provisória

56. A minha análise detalhada do alcance das competências normativas exercidas pelo legislador da União e mantidas pelos Estados-Membros, bem como das exigências do direito da União que podem ser deduzidas das directivas «tempo de trabalho», da Directiva 2000/79, e da jurisprudência do Tribunal de Justiça responde, em meu entender, à primeira questão prejudicial do órgão jurisdicional de reenvio que, estando formulada de modo geral, se refere a aspectos fundamentais do direito ao pagamento da remuneração das férias.

57. A segunda e terceira questões prejudiciais, formuladas de modo mais concreto, devem ser respondidas no sentido de que a remuneração das férias tem, em princípio, de ser calculada de modo a corresponder à remuneração «normal» do trabalhador. De qualquer maneira, quando o montante da compensação financeira concedida como remuneração das férias permite apenas excluir o risco significativo de o trabalhador não gozar as suas férias anuais, não estão satisfeitas as exigências do direito da União.

C — *Tratamento de estruturas salariais complexas*

1. Considerações gerais

58. O princípio segundo o qual a remuneração das férias deve ser calculada de maneira que coincida com a remuneração «normal» deve, sem dúvida, ser adaptado às situações nas quais o montante da remuneração não é constante, dado que pode variar de um período para o outro em função de factores considerados relevantes pelos parceiros sociais. Esses factores podem referir-se à situação profissional do trabalhador dentro da empresa ou a determinadas funções que desempenha. Incluem-se nesta última categoria os prémios sob a forma de retribuições especiais e compensações pelas despesas.

59. Com a quarta e quinta questões prejudiciais pretende-se, em última análise, que o Tribunal de Justiça se pronuncie sobre a questão de saber o que deve ser considerado uma «remuneração normal» das férias numa situação como a do processo principal. Note-se que este conceito apresenta um elemento temporal e um elemento material, aos quais ambas as questões prejudiciais fazem referência. A quarta questão prejudicial

visa esclarecer se deve ser entendido como período relevante o período efectivo, isto é, aquele durante o qual o trabalhador se encontra de férias, ou outro período. Com a quinta questão prejudicial, o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber se o trabalhador tem direito a receber um prémio só na medida em que tenha exercido uma actividade específica. Em caso de resposta afirmativa, o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber se, ao calcular a remuneração das férias, é necessário ter ainda em conta limites máximos quanto ao alcance ou à duração dessas actividades.

2. Exigências do direito da União e competências mantidas pelos Estados-Membros quanto às modalidades de remuneração das férias

60. A apreciação definitiva do que deve ser entendido como «remuneração normal» na acepção da jurisprudência é ainda dificultada pelo facto de o direito da União fornecer poucas indicações neste domínio, o que necessariamente limita a interpretação pelo Tribunal de Justiça.

61. O Governo dinamarquês, para fundamentar a tese da falta de competência normativa da União e, deste modo, também da competência interpretativa do Tribunal de Justiça, remete para o artigo 137.º, n.º 5, CE o qual prevê expressamente que as suas disposições não são aplicáveis, designadamente, às «remunerações». Contudo, não me parece que seja este o verdadeiro obstáculo, dado que, como o Tribunal de Justiça tem declarado repetidamente na sua jurisprudência [51], é preciso não esquecer que esta disposição do Tratado deve ser objecto de interpretação estrita, de modo a não prejudicar indevidamente o alcance dos n.os 1 a 4, nem a pôr em causa os objectivos prosseguidos pelo artigo 136.º CE. Por conseguinte, esta disposição do Tratado não deve ser interpretada de modo a que o seu âmbito de aplicação abranja todas as questões de algum modo relacionadas com a remuneração. Como o Tribunal de Justiça declarou no acórdão Impact, remetendo para o acórdão Del Cerro Alonso [52], essa excepção deve, pelo contrário, ser entendida no sentido de que visa as medidas que, tal como uma uniformização do todo ou de parte dos elementos constitutivos dos salários e/ou do seu nível nos Estados-Membros, ou ainda a instituição de um salário mínimo comunitário, implicariam uma ingerência directa do direito da União na determinação das remunerações no seio da União [53]. Deste modo, a determinação do nível dos diversos elementos constitutivos da remuneração de um trabalhador não incumbe ao legislador da União e continua incontestavelmente a caber às autoridades competentes nos vários Estados-Membros, as quais, no exercício da sua competência em domínios não abrangidos pela competência da União, são obrigadas a respeitar o direito da União [54].

51 — V. acórdão de 15 de Abril de 2008, Impact (já referido na nota 13, n.º 125).

52 — Acórdão de 13 de Setembro de 2007, Del Cerro Alonso (C-307/05, Colect., p. I-7109).

53 — Acórdão Impact (já referido na nota 13, n.º 124).

54 — *Ibidem* (n.º 129).

62. Não obstante, isso não permite esclarecer se o legislador da União é competente para determinar o montante da remuneração das férias no caso de estruturas salariais complexas. Com efeito, como a advogada-geral J. Kokott explicou, a justo título, no referido processo, esta excepção não impede a União de aprovar regulamentações que produzam efeitos financeiros, como sucede por exemplo com as que recaem sobre as condições de trabalho [artigo 137.º, n.º 1, alínea b), CE] ou sobre a melhoria do ambiente de trabalho, a fim de proteger a saúde e a segurança dos trabalhadores [artigo 137.º, n.º 1, alínea a), CE]. Ela não impede o legislador da União de impor requisitos ao direito do trabalho nacional, que conduzam à criação do direito do trabalhador a férias anuais remuneradas, como sucedeu com o artigo 7.º da Directiva 2003/88 [55]. O mesmo é válido para as disposições quase idênticas da cláusula 3 do acordo europeu, anexo à Directiva 2000/79, tanto mais que a excepção do artigo 137.º, n.º 5, CE abrange também a base jurídica desta directiva no artigo 139.º CE [56]. Por outras palavras, o legislador da União não só tem competência para regular as matérias cobertas pelas Directivas 2003/88 e 2000/79 como também tem, em princípio, do ponto de vista jurídico, a faculdade de adoptar disposições precisas sobre a natureza e o montante da remuneração das férias.

63. Contudo, o legislador da União absteve-se de fixar, nas disposições referidas *supra*, *a composição concreta da remuneração das férias.* Em vez disso, remeteu para as «legislações e/ou práticas» nacionais. A vontade do legislador da União, de conceder aos Estados-Membros e aos parceiros sociais uma ampla margem de manobra, torna-se patente no décimo considerando da Directiva 2000/79, nos termos do qual «[o] acto apropriado para aplicação do acordo é uma directiva na acepção do artigo 249.º do Tratado». Para o sector da aviação remete-se para o direito nacional na medida em que, de acordo com o décimo segundo considerando, é deixada aos Estados-Membros a possibilidade de «definir esses termos em conformidade com a legislação e as práticas nacionais, como é o caso das outras directivas em matéria de política social que utilizam termos análogos, na condição de as referidas definições serem compatíveis com o acordo». Além disso, o artigo 3.º da Directiva 2000/79 obriga os Estados-Membros a providenciar para que «os parceiros sociais apliquem as disposições necessárias».

64. Desta maneira, a União adopta um método que é, no fundo, semelhante ao da aplicação da Convenção n.º 132 da OIT, que também não contém disposições específicas sobre o cálculo da remuneração das férias, deixando aos Estados signatários uma ampla

55 — V. n.º 175 das conclusões da advogada-geral J. Kokott de 9 de Janeiro de 2008, no processo Impact (acórdão já referido na nota 13).

56 — Neste sentido, Rebhahn, R., *op. cit.* (nota 14), artigo 137.º, n.º 56, p. 1363.

margem de manobra [57]. O seu artigo 1.º prevê que «a legislação nacional implementará as disposições desta convenção, na medida em que isto não se faça através de convenções colectivas, sentenças arbitrais, decisões judiciais, procedimentos oficiais para a fixação de salários ou de outra maneira, compatível com as práticas nacionais, tendo em conta as condições específicas de cada país».

65. Este método está em conformidade quer com o princípio da subsidiariedade, quer com a necessidade de respeitar a autonomia dos parceiros sociais nas negociações salariais. Recorde-se, a este respeito, que o direito de negociação colectiva e a autonomia dos parceiros sociais, inerente a este direito, constituem direitos fundamentais protegidos na ordem jurídica da União [58]. O direito de negociação colectiva é reconhecido quer por vários instrumentos internacionais em que os Estados-Membros colaboraram ou a que aderiram, como a Carta Social Europeia, assinada em Turim, em 18 de Outubro de 1961 [59], aliás expressamente mencionada no artigo 136.º CE, quer por instrumentos elaborados pelos Estados-Membros a nível comunitário ou no âmbito da União Europeia, como a Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores, adoptada na reunião do Conselho Europeu realizada em Estrasburgo, em 9 de Dezembro de 1989 [60] igualmente mencionada no artigo 136.º CE, e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, proclamada em 7 de Dezembro de 2000, em Nice [61].

66. Este método satisfaz, além disso, as exigências práticas, tanto mais que é bastante difícil adoptar regras uniformes para todos os sectores [62]. As alegações das partes no processo principal ilustram precisamente como

57 — Segundo Böhnert, S., *Das Recht der ILO und sein Einfluss auf das deutsche Arbeitsrecht im Zeichen der europäischen Integration*, Baden-Baden 2002, p. 100, as convenções da OIT utilizam as chamadas «cláusulas de flexibilidade». Elas correspondem a várias medidas, incluindo a utilização de conceitos amplos e o reconhecimento de um largo poder de apreciação quanto ao cumprimento de obrigações, por exemplo ao fixar os objectivos a atingir.

58 — V. as minhas conclusões de 14 de Abril de 2010, Comissão/Alemanha (acórdão de 5 de Julho de 2010, C-271/08, Colect., p. I-7091, n.º 77).

59 — O artigo 6.º da Carta Social Europeia, incorporado à letra no artigo 6.º da Carta Social Europeia revista, assinada em Estrasburgo em 3 de Maio de 1996, obriga as partes contratantes, com vista a assegurar o exercício efectivo do direito de negociação colectiva, designadamente, a favorecer a discussão paritária entre trabalhadores e empregadores, a promover a instituição de processos de negociação voluntária entre os empregadores, por um lado, e as organizações sindicais, por outro, na medida em que isto seja necessário e adequado, com o fim de regular as condições de emprego através de convenções colectivas.

60 — Nos termos do n.º 12 da Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores, os empregadores ou as organizações de empregadores, por um lado, e as organizações de trabalhadores por outro, têm o direito de negociar e de celebrar convenções colectivas nas condições previstas nas legislações e nas práticas nacionais.

61 — O artigo 28.º da Carta dos Direitos Fundamentais estabelece que os trabalhadores e as entidades patronais, ou as respectivas organizações, têm, de acordo com o direito comunitário e as legislações e práticas nacionais, o direito de negociar e de celebrar convenções colectivas, aos níveis apropriados, bem como de recorrer, em caso de conflito de interesses, a acções colectivas para a defesa dos seus interesses, incluindo a greve.

62 — V., no n.º 42 das presentes conclusões, a minha descrição do método diferenciado aplicado pelo legislador da União e que acabou por levar à adopção da Directiva 2000/79 para o sector específico da aviação civil.

a flexibilidade é necessária no sector da aviação. É preciso adoptar normas que tenham em conta as especificidades de cada sector e que possam ser aceites pelos parceiros sociais. O Tribunal de Justiça deve ter em conta esta prudência do legislador da União também ao interpretar o direito da União. Por outro lado, importa atender a que, como já foi indicado [63], a margem de manobra dos Estados-Membros não é ilimitada. Pelo contrário, os actos de transposição devem inserir-se no quadro jurídico da União.

67. Decorre das considerações anteriores que, na falta de disposições em contrário no direito da União, os Estados-Membros são, em princípio, livres de permitir, nos termos da sua legislação laboral interna, que a remuneração seja dividida num salário de base e vários prémios, recebidos pelo trabalhador em função das suas prestações laborais.

3. Composição da remuneração das férias

a) O elemento material do conceito de «remuneração normal»

68. Quanto ao elemento material do conceito de «remuneração normal» no caso de uma estrutura salarial complexa, que é objecto da quinta questão prejudicial, entendo que do décimo segundo considerando da Directiva 2000/79 não é possível deduzir, sem mais, uma competência exclusiva dos Estados-Membros ou dos parceiros sociais quanto à determinação, em cada caso, dos montantes que devem ser considerados parte da «remuneração das férias». Dado que, em última análise, o conceito de «remuneração das férias» está associado ao conceito de «remuneração», ela deve, em princípio, continuar a ser paga durante as férias. O último conceito é fortemente marcado pelo direito da União.

i) O conceito de remuneração no direito da União

69. Embora nem as directivas «tempo de trabalho» nem a Directiva 2000/79 definam o conceito de «remuneração», o direito da União fornece uma definição suficientemente clara no artigo 141.º, n.º 2, CE, ao qual o Tribunal de Justiça tem recorrido igualmente ao interpretar as directivas adoptadas – como a própria Directiva 93/104, igualmente aqui em causa – com base na faculdade conferida pelo artigo 118.º-A do Tratado CE [64]. Acresce

63 — V. n.os 38, 45, 53, 54 e 55 das presentes conclusões.

64 — Acórdão de 8 de Setembro de 2005, McKenna (C-191/03, Colect., p. I-7631, n.º 29).

que essa definição corresponde aos requisitos do direito internacional do trabalho, uma vez que se inspira, como atesta a sua génese, no artigo 1.º, alínea a), da Convenção n.º 100 da OIT [65] [66]. Neste contexto, parece-me ser possível recorrer aos conceitos do direito primário também no caso vertente, para interpretar a Directiva 2000/79.

70. Deste modo, importa examinar a questão de saber que regalias devem ser consideradas elementos da remuneração no sentido da referida definição.

71. Nos termos do artigo 141.º, n.º 2, CE, remuneração significa «o salário ou vencimento ordinário, de base ou mínimo, e quaisquer outras regalias pagas, directa ou indirectamente, em dinheiro ou em espécie, pela entidade patronal ao trabalhador em razão do emprego deste último». A este respeito, é indiferente se a prestação é realizada em virtude de um contrato de trabalho, de disposições legislativas ou a título voluntário [67]. A jurisprudência do Tribunal de Justiça inclina-se para uma interpretação extensiva desta norma [68]. Por esta razão, o conceito de remuneração no artigo 141.º, n.º 2, CE pode, em certos casos, ser mais amplo que o conceito nacional de remuneração [69]. O carácter de remuneração de cada regalia deve ser determinado caso a caso.

72. Contudo, antes de analisar quais dos elementos do salário controvertidos apresentam o carácter de remuneração, gostaria de referir brevemente a necessidade de conservar a actual interpretação extensiva do conceito de remuneração no direito da União. Com efeito, precisamente em casos como o que está em apreço, em que o salário se compõe de vários elementos, uma interpretação demasiado estrita apresenta o risco de incitar o empregador a declarar certos elementos como não pertencentes à remuneração e/ou introduzir novas subdivisões no salário, para reduzir o mais possível a remuneração a pagar durante as férias. Essa prática acabaria por dissuadir o trabalhador de gozar as suas férias anuais remuneradas e, deste modo, frustrar o objectivo de lhe proporcionar descanso. Os recorrentes no processo principal fazem referência, creio que acertadamente, a este risco [70].

65 — O artigo 1.º, alínea a), da Convenção n.º 100 da OIT é do seguinte teor: «o termo remuneração inclui o salário ou vencimento ordinário, de base ou mínimo, e quaisquer outras regalias pagas, directa ou indirectamente, em dinheiro ou em espécie, pela entidade patronal ao trabalhador em razão do emprego deste último».

66 — V. Krebber, S., *EUV/EGV – Kommentar* (ed. Christian Calliess/Matthias Ruffert), 3.ª ed., Munique 2007, artigo 141.º, n.º 23, p. 1629.

67 — Acórdão McKenna (já referido na nota 64, n.º 29).

68 — V. Eichenhofer, E., *EUV/EGV – Kommentar*, Munique 2003, artigo 141.º CE, n.º 10, p. 1530.

69 — V. Rebhahn, R., *op. cit.* (nota 14), artigo 141.º CE, n.º 10, p. 1386.

70 — V. n.º 73 das observações escritas dos recorrentes no processo principal.

ii) O salário de base como parte essencial da remuneração

73. Tendo em conta o seu teor inequívoco, a disposição referida abrange, em todo o caso, qualquer regalia que um trabalhador receba como «salário de base». Isto foi expressamente confirmado pelo Tribunal de Justiça, mais recentemente no acórdão Parviainen, relativo ao caso de uma hospedeira de bordo que exercia, na companhia aérea, as funções de chefe de cabine. Nesse processo, o Tribunal de Justiça examinou a questão de saber se, para além do salário de base relativo ao seu contrato ou à sua relação de trabalho, uma trabalhadora grávida provisoriamente colocada noutro posto de trabalho, nos termos do artigo 5.º, n.º 2, da Directiva 92/85, por razões de segurança e de saúde, conserva, quando dessa colocação, o direito aos elementos da remuneração ou aos complementos que estão ligados ao seu estatuto profissional tais como, nomeadamente, os complementos relacionados com a sua qualidade de superior hierárquica, a sua antiguidade e as suas qualificações profissionais. O Tribunal de Justiça respondeu pela afirmativa, considerando desde logo que o salário de base da recorrente era abrangido pelo conceito de remuneração do artigo 141.º CE [71]. A categoria de salário de base inclui também o montante fixo que, nos termos do MOA, lido em conjugação com as disposições das convenções colectivas sobre os tempos de voo mensais, deve ser pago a todos os pilotos. O montante desse salário é definido de modo preciso, de acordo com determinados factores como a categoria do piloto e da frota aérea à qual o piloto pertence. Por conseguinte, este componente fixo, invariável, do salário de cada piloto pertence, em qualquer caso, à «remuneração normal» que, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, tem de continuar a ser paga ao trabalhador durante as férias.

iii) Classificação dos prémios como parte da remuneração

74. Ao invés, é mais difícil analisar a questão de saber se os prémios aqui em causa são abrangidos pelo conceito de remuneração, constante do artigo 141.º, n.º 2, CE. Com efeito, segundo as indicações do órgão jurisdicional de reenvio, acrescem ao salário de base dois outros elementos constitutivos, que se distinguem atendendo à sua função e ao seu tratamento fiscal. O montante dos prémios é determinado pelo tempo de voo (FPS) e pelo tempo passado fora da base (TAFB). Nos termos do direito nacional, o FPS é uma remuneração integralmente tributável. Quanto ao TAFB, 82 % são pagos como ajudas de custo e apenas 18 % são considerados remuneração tributável.

75. Independentemente da sua qualificação no direito nacional, é possível que tais prémios possam, do ponto de vista do direito da União, ser considerados «outras regalias» no

71 — Acórdão Parviainen (já referido na nota 37, n.os 49 e 50).

sentido da referida definição legal. Esta questão deve ser apreciada a seguir. Atendendo à função da remuneração como contrapartida, paga pelo empregador, do trabalho prestado pelo trabalhador, o conceito de «outras regalias» devia abranger qualquer prestação pecuniária que, em sentido amplo, constitua uma contrapartida desse tipo e não seja paga exclusivamente por outros motivos (por exemplo, aumento da produtividade, melhoria das condições de trabalho e do clima de trabalho, promoção da saúde) [72].

tanto mais que nas suas observações escritas apresentadas no processo no Tribunal de Justiça [74] se referiram exclusivamente a estes mesmos elementos do salário. Por conseguinte, as questões do órgão jurisdicional de reenvio devem ser entendidas no sentido de que só em relação ao FPS e à parte tributável do TAFB se pretende saber se, ao calcular a remuneração das férias, há que ter em conta, além do salário de base, também os prémios. Logo, a análise que passo a efectuar não inclui a parte do TAFB considerada ajudas de custo, por não ser relevante para a decisão do litígio.

76. Contudo, antes de mais é necessário delimitar o objecto da análise em função da pertinência das questões prejudiciais para a resolução do litígio no processo principal. De qualquer modo, decorre dos autos [73] que os recorrentes no processo principal reivindicam o direito a receber o FPS e a parte tributável do TAFB, que o direito nacional qualifica como parte da remuneração. As alegações dos recorrentes no processo principal permitem também chegar a esta conclusão,

77. Em princípio, a definição ampla de remuneração do artigo 141.º, n.º 2, CE abrange, além da própria remuneração paga como contrapartida do trabalho prestado, igualmente todos os componentes adicionais como prémios, subsídios, benefícios ou gratificações concedidas pelo empregador [75]. De qualquer modo, o Tribunal de Justiça reconheceu como remuneração para os efeitos da referida disposição os subsídios salariais que se baseiam no critério da flexibilidade, isto é, os subsídios destinados a recompensar a disponibilidade do trabalhador para trabalhar

72 — V. Krebber, S., *op. cit.* (nota 66), n.º 25, p. 1630.

73 — V. acórdão do Employment Tribunal de 11 de Maio de 2007, S. A. Williams e o./British Airways Plc (Case Number: 3314875/2006), n.ºs 27 e 29, p. 8 (anexo 2 das observações escritas da recorrida no processo principal), e o resumo dos factos da Supreme Court («Agreed Statement of Facts and Issues in the Supreme Court of the United Kingdom»), n.º 8, p. 3 (anexo 1 das observações escritas da recorrida no processo principal).

74 — V. n.º 11 das observações escritas dos recorrentes no processo principal.

75 — Fuchs, M./Marhold, F., *Europäisches Arbeitsrecht*, 2.ª ed., Viena 2006, 123.

em horários diferentes [76]. Por conseguinte, segundo a jurisprudência, essa definição abrange igualmente um subsídio por horário incómodo [77], a remuneração de trabalho suplementar [78], bem como por horas extraordinárias devido à participação em aulas, cuja duração ultrapassa o horário individual de trabalho [79]. De acordo com esta lógica, devem ser incluídos nessa categoria também os prémios por horas extraordinárias, por trabalho em dias feriados, por trabalho por turnos e prestações comparáveis [80].

78. É evidente a semelhança das regalias aqui enumeradas de modo não exaustivo com os prémios controvertidos, dado que, em última análise, todos se referem à disponibilidade do piloto, que se coloca à disposição do seu empregador durante o tempo que este entende ser necessário para a execução de um trabalho. Não obstante, existe uma diferença entre os dois tipos de prémios em causa, na medida em que o FPS constitui a contrapartida directa de uma actividade típica dos pilotos – a pilotagem de um avião – ao passo que o TAFB tem sobretudo o carácter de compensação do afastamento que implica necessariamente todo o voo, relativamente à base habitual do piloto. O eventual carácter compensatório de um pagamento não exclui automaticamente a sua qualificação como remuneração na acepção do artigo 141.º, n.º 2, CE, o que é demonstrado pelo facto de que, segundo a jurisprudência, este conceito abrange mesmo as indemnizações devidas, por força da lei, pela cessação do contrato de trabalho [81]. Todavia, em comparação com regalias desse tipo, o carácter compensatório do TAFB é – de qualquer modo no que toca à parte não tributável, aqui relevante – muito menos marcado. Note-se, a este respeito, que ao invés da parte não tributável do TAFB, a parte tributável não constitui ajudas de custo, mas é logo classificada como remuneração pelo direito nacional. Penso que esta classificação é correcta, tanto mais que a parte tributável constitui uma contrapartida indirecta pela actividade exercida, que tem carácter compensatório e é comparável a um subsídio por horário incómodo. Além disso, ambos os prémios são prestações pecuniárias fornecidas pelo empregador por uma determinada actividade do piloto, pelo que o carácter de remuneração de ambos os suplementos não pode ser posto em causa.

79. Assim, estes prémios constituem «outras regalias», que o trabalhador recebe, nos termos do artigo 141.º, n.º 2, CE, em razão do seu emprego. Estes elementos constitutivos do

76 — V. acórdão de 17 de Outubro de 1989, Danfoss (109/88, Colect., p. 3199, n.º 3).

77 — V. acórdão de 30 de Março de 2000, Jämställdhetsombudsmannen (C-236/98, Colect., p. I-2189, n.os 39 e segs.).

78 — V. acórdão de 6 de Dezembro de 2007, Voß (C-300/06, Colect., p. I-10573, n.os 12 e segs.).

79 — V. acórdãos de 4 de Junho de 1992, Bötel (C-360/90, Colect., p. I-3589, n.º 13), e de 6 de Fevereiro de 1996, Lewark (C-457/93, Colect., p. I-243, n.º 23).

80 — V. Krebber, S., *op. cit.* (nota 66), n.º 28, p. 1631.

81 — V. acórdão de 9 de Fevereiro de 1999, Seymour-Smith (C-167/97, Colect., p. I-623, n.º 28).

salário também fazem parte da «remuneração normal» que, nos termos da jurisprudência do Tribunal de Justiça, tem de continuar a ser paga ao trabalhador durante as férias. Por conseguinte, em princípio, o trabalhador também tem direito, durante as suas férias anuais, aos prémios que normalmente recebe.

80. O facto de o trabalhador exercer o seu direito a férias anuais não pode constituir um motivo válido para interpretar o conceito de remuneração no sentido do direito da União de modo excepcionalmente tão estrito que excluiria os prémios devidos durante este período. Caso contrário, o trabalhador seria tratado de modo diferente, no plano económico, consoante estivesse a trabalhar ou de férias o que, como já foi explicado em detalhe, seria contrário à jurisprudência.

81. Embora se reconheça, em princípio, um direito aos prémios habituais, isto não significa necessariamente que o trabalhador tenha direito a receber na íntegra todos os prémios possíveis. Penso que o Tribunal de Justiça impôs um limite a esse direito, na medida em que a jurisprudência também pode ser interpretada no sentido de que o trabalhador tem direito apenas à sua «remuneração normal». Passo a examinar as consequências dessa interpretação.

b) O elemento temporal da «remuneração normal»

82. Como já assinalei no princípio, o conceito de «remuneração normal» apresenta também um elemento temporal. No seu sentido natural, a palavra «normal» só pode designar algo que já existiu durante certo tempo e que, mais tarde, pode ser utilizado como referência para uma comparação. Esta expressão implica no essencial, como a Comissão [82] e os recorrentes no processo principal [83] acertadamente indicaram, o nivelamento para um montante médio de uma remuneração sujeita a flutuações em períodos regulares. Para determinar o que constitui a «remuneração normal» é necessário, como foi reconhecido acertadamente pelas partes no processo, que exista um *período de referência suficientemente representativo* que, no caso vertente, pode corresponder a vários períodos alternativos. Ou se atende a um período concreto, no qual o trabalhador estava de férias, para calcular uma remuneração média hipotética ou se atende a um período anterior, no decurso do qual o trabalhador exerceu a sua actividade sem interrupção, para calcular uma remuneração média. Ambas as possibilidades são referidas na quarta questão prejudicial. No entanto, seria também concebível calcular uma remuneração uniforme das férias para

82 — V. n.º 27 das observações escritas da Comissão.

83 — V. n.os 55 e 100 das observações escritas dos recorrentes no processo principal.

cada categoria de pilotos. Do ponto de vista prático, nenhuma das opções equacionadas parece ser preferível, pois ambas apresentam vantagens e inconvenientes. Por exemplo, a primeira opção tem o inconveniente de nem sempre ser possível determinar com certeza as tarefas que o piloto em férias teria provavelmente realizado no período em causa, na medida em que se pode partir do princípio de que, consoante a situação concreta, tal tarefa poderia também ser realizada por qualquer outro piloto [84]. Por sua vez, a segunda opção pode criar dificuldades no caso de trabalhadores recentemente contratados, dado que não é possível recorrer a um período de referência real [85]. De qualquer modo, como foi assinalado pelos recorrentes no processo principal [86] a primeira e a segunda opções não implicam, na prática, qualquer diferença quantitativa considerável entre os montantes calculados.

83. Uma análise mais detalhada da problemática torna patente que as vantagens e inconvenientes de cada opção, que foram longamente discutidos pelas partes no processo principal, se referem, sobretudo, ao aspecto prático da aplicação do direito a férias anuais remuneradas. Por outras palavras, referem-se à questão de saber qual das opções é a mais indicada para garantir efectivamente o direito consagrado na ordem jurídica da União.

84 — V. n.os 42 e 74 das observações escritas da recorrida no processo principal.

85 — *Ibidem*, n.º 42.

86 — *Ibidem*, n.º 102.

Contudo, num processo de decisão prejudicial, o Tribunal de Justiça é chamado a determinar, através de interpretação, que exigências juridicamente vinculativas são impostas pelo direito da União e devem ser respeitadas pela legislação nacional de transposição [87], e a tomar posição, no âmbito da cooperação judicial, sobre as questões que o órgão jurisdicional nacional lhe submete. Nestas condições, o Tribunal de Justiça deve constatar, no presente processo, que o direito da União, como observa igualmente, a justo título, a recorrida no processo principal [88], não impõe uma opção em particular.

84. Na falta de regras detalhadas a nível do direito da União, deve partir-se do princípio de que os Estados-Membros são competentes para determinar o período de referência a tomar em conta e para calcular a correspondente remuneração média, sendo decisivas para este efeito, nos termos da cláusula 3 do acordo europeu e do artigo 7.º da Directiva 2003/88 «as legislações e/ou práticas nacionais». Em conformidade com a respectiva ordem jurídica, incumbe ao legislador nacional adoptar as regras de execução necessárias,

87 — Com efeito, a interpretação de uma regra do direito da União esclarece e precisa o significado e o alcance desta regra, tal como deve ou devia ter sido entendida e aplicada desde a sua entrada em vigor (v. acórdãos de 27 de Março de 1980 no processo 61/79, Denkavit italiana, Colect., p. 1205, n.º 16, de 10 de Fevereiro de 2000 no processo C-50/96, Deutsche Telekom, Colect., p. I-743, n.º 43, e de 13 de Janeiro de 2004, Kühne & Heitz, C-453/00, Colect., p. I-837, n.º 21).

88 — V. n.º 42 das observações escritas da recorrida no processo principal.

e aos parceiros sociais, estabelecer, no quadro de convenções colectivas, as condições relativas ao pagamento desta remuneração média.

85. O mesmo é válido para o direito internacional do trabalho, do qual seria possível deduzir importantes princípios. Embora o teor do artigo 7.º, n.º 1, da Convenção n.º 132 da OIT indique como princípio a determinação de uma remuneração média, a mesma disposição prevê expressamente que cada pessoa que goze férias nos termos dessa convenção, deve receber, relativamente ao período integral das férias, pelo menos, a sua remuneração normal ou *média*. Esta alternativa visa, manifestamente, atender a relações laborais específicas, nas quais os trabalhadores não recebem uma remuneração normal. Pelo contrário, não indica como esta remuneração média deve ser calculada e, sobretudo, qual o período de referência que deve servir de base ao cálculo. Em vez disso, remete para a competência dos diferentes Estados, precisando que esta remuneração é «calculada segundo um método a determinar pela autoridade competente ou através do procedimento adequado em cada país».

c) Princípio da não discriminação

86. A interpretação da jurisprudência do Tribunal de Justiça que defendo, segundo a qual o direito do trabalhador não deve exceder a sua «remuneração normal» implica, por um lado, um processo de nivelamento que permita calcular uma remuneração média. Isto, por sua vez, exclui a acumulação automática do salário de base com todos os prémios, na medida em que estes últimos não sejam concedidos de modo habitual. A este respeito, concordo com o Governo dinamarquês [89], quando alega que a inclusão destes prémios no montante médio só é imperativa quando estes elementos da remuneração apresentam carácter sistemático.

87. Esse conceito implica, além disso, no essencial, que o trabalhador não deve ser tratado de modo diferente, no plano financeiro, consoante goze férias ou trabalhe. Isto, tendo em conta a finalidade do direito a férias anuais remuneradas, refere-se, em primeira linha, a desvantagens económicas do trabalhador. Contudo, não significa que o trabalhador que goza férias seja colocado numa posição financeiramente mais vantajosa que os outros. Com efeito, a concessão de uma «remuneração normal» significa que, em princípio, se devem aplicar também as restrições habituais. O mesmo é válido para todos os limites anuais ou outros limites máximos relativos à medida ou ao período em que o trabalhador pode exercer uma actividade retribuída com a concessão de um prémio. Os referidos limites

89 — V. n.º 20 das observações escritas do Governo dinamarquês.

devem reflectir-se no cálculo da remuneração das férias.

4. Conclusão provisória

88. A quarta questão prejudicial deve ser respondida no sentido de que o trabalhador, numa situação como a do processo principal, em que o montante da remuneração é variável, tem direito a uma remuneração das férias que corresponde à sua remuneração média. O cálculo desta remuneração média tem de ser efectuado com base num período de referência suficientemente representativo.

89. A quinta questão prejudicial deve ser respondida no sentido de que, ao calcular esta remuneração média, há que ter em conta quer os prémios, que o trabalhador recebe habitualmente como parte da remuneração, quer as restrições sob a forma de limites anuais ou de outros limites máximos relativos à medida ou ao período no qual o trabalhador pode exercer uma actividade remunerada de modo suplementar.

VII — Conclusão

90. À luz das reflexões expostas, proponho ao Tribunal de Justiça que responda às questões prejudiciais apresentadas pela Supreme Court declarando que:

1) O disposto no artigo 7.º da Directiva 2003/88/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de Novembro de 2003, relativa a determinados aspectos da organização do tempo de trabalho, e na cláusula 3 do acordo europeu sobre a organização do tempo de trabalho do pessoal móvel da aviação civil celebrado pela Associação das Companhias Aéreas Europeias (AEA), a Federação Europeia dos Trabalhadores dos Transportes (ETF), a Associação Europeia do Pessoal

Navegante (ECA), a Associação das Companhias Aéreas das Regiões da Europa (ERA) e a Associação Internacional de Chárteres Aéreos (AICA), anexado à Directiva 2007/79/CE do Conselho, de 27 de Novembro de 2000, deve ser interpretado no sentido de que a remuneração das férias deve ser calculada de acordo com as legislações e/ou práticas nacionais.

2) A remuneração das férias deve, em princípio, ser calculada de modo a corresponder à remuneração normal do trabalhador. De qualquer modo, não satisfaz as exigências do direito da União uma compensação financeira, paga como remuneração das férias, cujo montante permita simplesmente excluir que exista o risco significativo de o trabalhador não gozar as suas férias anuais.

3) Numa situação como a do processo principal, em que o montante da remuneração é variável, o trabalhador tem direito a uma remuneração das férias que corresponda à sua remuneração média. O cálculo desta remuneração média deve basear-se num período de referência suficientemente representativo.

4) Ao calcular esta remuneração média, importa ter em conta quer os prémios que o trabalhador recebe habitualmente como parte da sua remuneração, quer os limites anuais ou outros limites máximos relativos à medida ou ao período de tempo em que o trabalhador pode exercer uma actividade retribuída por um prémio.