CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER apresentadas em 12 de Julho de 2005 [1]

I — Introdução

1. Estão pendentes para decisão no Conseil d'État francês recursos interpostos de um decreto que institui, para os trabalhadores de alguns estabelecimentos sociais e médico-sociais, uma equivalência do tempo que aí passam para efeitos de cálculo do trabalho efectivo.

2. No âmbito nacional, o sistema baseia-se no Code du travail (Código do Trabalho), mas o problema radica na compatibilidade deste com a Directiva 93/104/CE do Conselho, de 23 de Novembro de 1993, relativa a determinados aspectos da organização do tempo de trabalho [2].

3. Além disso, existe uma complicação acrescida, uma vez que, ao transpor a referida legislação comunitária, a França adoptou medidas mais favoráveis para os trabalhadores assalariados, que podem ser afectadas pela resposta que vier a ser dada à questão.

II — Quadro jurídico

A — *Legislação comunitária*

1. Antecedentes

4. Desde há décadas, existe nos países europeus a tendência, propiciada por um con-

1 — Língua original: espanhol.

2 — JO L 307, p. 18. Após sofrer diversas alterações, foi substituída pela 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 (JO L 299, p. 9), que tem a mesma denominação e, no que interessa para o presente processo, um conteúdo semelhante, quando não idêntico.

texto internacional favorável [3], para reduzir a duração do tempo de trabalho. Esta circunstância influi no mercado laboral e, consequentemente, também nas liberdades fundamentais que lhe estão associadas.

5. Não obstante, só nos anos setenta ocorrem na Comunidade Europeia, por obra do Conselho, as primeiras intervenções: a Recomendação n.º 75/457/CEE, de 22 de Julho de 1975 [4], convidando os Estados-Membros a adoptar a semana de quarenta horas e as quatro semanas de férias; e a Resolução de 18 de Dezembro de 1979, relativa à organização do tempo de trabalho [5], que aconselhava a limitar o recurso sistemático às horas extraordinárias e a duração anual do trabalho, bem como a aplicar instrumentos de flexibilização. Existiu também uma proposta de segunda recomendação sobre a matéria, de 23 de Setembro de 1983 [6], que não foi avante devido à natureza controversa dos temas debatidos numa época de crise da política social [7].

6. O Acto Único Europeu [8], ao introduzir o artigo 118.º-A no título III do Tratado de Roma [9], e a Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores, aprovada no Conselho Europeu de Estrasburgo em 9 de Dezembro de 1989 [10], ao reconhecer que a duração e a organização do tempo de trabalho desempenham um papel importante na aproximação das condições de vida dos trabalhadores, desencadearam o processo que culminou na Directiva 93/104 [11].

3 — Especial relevo adquire a actuação da Organização Internacional do Trabalho, cuja primeira Convenção, a n.º 1/1919, que tinha por objecto a duração do tempo de trabalho na indústria; posteriormente, sucederam-lhe muitas outras, como, por exemplo, a n.º 14/1921, relativa ao descanso semanal; a n.º 30/1930, relativa à duração do tempo de trabalho no comércio e nos escritórios; ou a n.º 47/1935, relativa às quarenta horas. Por outro lado, o artigo 24.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 proclama que «toda a pessoa tem direito ao repouso e aos lazeres e, especialmente, a uma limitação razoável da duração do trabalho e a férias periódicas pagas» e o artigo 7.º, alínea d), do Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais de 1966 reconhece o direito a «repouso, lazer e limitação razoável das horas de trabalho e férias periódicas pagas, bem como remuneração nos dias de feriados públicos».

4 — JO L 199, p. 32; EE 05 F2 p. 61.

5 — JO 1980, C 2, p. 1; EE 05 F2 p. 180.

6 — Projecto de Recomendação do Conselho sobre a redução e a reestruturação do tempo de trabalho (JO C 290, p. 4).

7 — Sobre esta evolução no âmbito comunitário, Arrigo, G., *Il diritto del lavoro dell'Unione europea*, Giuffrè editore, Milão, 2001, pp. 200 a 205.

8 — JO 1987, L 169, p. 1.

9 — Como recordou o advogado-geral P. Léger nas conclusões apresentadas no processo Reino Unido/Conselho (acórdão de 12 de Novembro de 1996, C-84/94, ao qual aludirei posteriormente com mais detalhe), «antes da adopção do Acto Único Europeu, não existia uma disposição específica em matéria de protecção da segurança e da saúde dos trabalhadores» (n.º 28). Apenas figuravam no Tratado duas referências expressas às condições de trabalho, nos artigos 117.º e 118.º, mas o primeiro não atribuía competência comunitária em matéria social e o segundo tinha, nos termos do acórdão de 9 de Julho de 1987, Alemanha, França, Países Baixos, Dinamarca e Reino Unido/Comissão (processos 281/85, 283/85, 284/85, 285/85 e 287/85, Colect., p. 3203, n.º 14) um alcance reduzido (nota 8 das referidas conclusões).

10 — COM(89) 471 final.

11 — No entanto, a Directiva 91/533/CEE do Conselho, de 14 de Outubro de 1991, relativa à obrigação de a entidade patronal informar o trabalhador sobre as condições aplicáveis ao contrato ou à relação de trabalho (JO L 288, p. 32), fez ressaltar o carácter essencial do elemento temporal no vínculo, uma vez que «o período de duração do trabalho diário ou semanal normal do trabalhador» deve ser levado ao conhecimento dos trabalhadores assalariados [artigo 2.º, n.º 2, alínea i)].

2. Direito originário

7. O artigo 118.°-A do Tratado CE [12] (os artigos 117.° a 120.° do Tratado CE foram substituídos pelos artigos 136.° CE a 143.° CE) obrigava os Estados-Membros a «promover a melhoria, nomeadamente, das condições de trabalho, para protegerem a segurança e a saúde dos trabalhadores», e a incrementar «a harmonização, no progresso, das condições existentes nesse domínio» (n.° 1).

8. Para tal fim, o preceito atribuía competência ao Conselho para aprovar, por maioria qualificada, directivas com as prescrições mínimas, tendo em conta as condições e regulamentações técnicas nacionais (n.° 2), que não obstariam «à manutenção e ao estabelecimento, por cada Estado-Membro, de medidas de protecção reforçada das condições de trabalho».

9. O actual artigo 136.° CE prossegue «a melhoria das condições de vida e de trabalho» e o artigo 137.° CE compromete a Comunidade a apoiar e completar a acção dos Estados-Membros na «melhoria, principalmente, do ambiente de trabalho, a fim de proteger a saúde e a segurança dos trabalhadores» [n.° 1, alínea a)], bem como das «condições de trabalho» [n.° 1, alínea b)].

10. O mesmo artigo 137.° CE, mantém o poder do Conselho de adoptar, nos domínios a que se aplica, prescrições mínimas progressivamente aplicáveis [n.° 2, alínea b)], sem prejuízo de que, no âmbito nacional se mantenham ou introduzam «medidas de protecção mais estritas compatíveis com o presente Tratado» (n.° 4, segundo parágrafo).

3. Directiva 93/104

11. Em 12 de Junho de 1989, o Conselho aprovou a Directiva 89/391/CEE, relativa à aplicação de medidas destinadas a promover a melhoria da segurança e da saúde dos trabalhadores no trabalho [13], que, segundo o acórdão BECTU [14], fixou os princípios gerais nessa matéria, posteriormente desenvolvidos numa série de directivas específicas, entre as

12 — Aditado pelo artigo 21.° do Acto Único Europeu.

13 — JO L 183, p. 1

14 — Acórdão de 26 de Junho de 2001 (C-173/99, Colect., p. I-4881, n.° 5).

quais figura a Directiva 93/104 [15], de que interessa analisar o substrato normativo e a regulamentação.

a) Base jurídica

12. O fundamento da directiva encontra-se no artigo 118.°-A do Tratado CE, que, ao adoptar uma versão de compromisso, suscitou importantes dúvidas interpretativas sobre os limites da acção comunitária [16].

13. A directiva foi aprovada por maioria qualificada com oposição do Reino Unido, que recorreu para o Tribunal de Justiça pedindo a anulação daquela, ou subsidiariamente, do artigo 4.°, dos primeiro e segundo parágrafos do artigo 5.°, do n.° 2 do artigo 6.° e do artigo 7.° O primeiro fundamento alegado denunciava o erro na base jurídica escolhida; também invocava a violação do princípio da proporcionalidade, o desvio de poder e a violação de algumas formalidades essenciais; na sua opinião, a directiva devia basear-se no artigo 100.° do Tratado CE (actual artigo 94.° CE) ou no artigo 235.° do Tratado CE (actual artigo 308.° CE), que exigem unanimidade no Conselho.

14. O acórdão de 12 de Novembro de 1996, Reino Unido/Conselho [17], negou provimento ao recurso, embora tenha anulado o artigo 5.°, segundo parágrafo [18], admitindo que a organização do tempo de trabalho constitua o objectivo de uma directiva nos termos do artigo 118.°-A do Tratado, uma vez que os conceitos de «condições de trabalho», de «segurança» e de «saúde» que contém devem ser entendidos de forma lata,

15 — Cumpre mencionar como directivas específicas a Directiva 96/34/CE do Conselho, de 3 de Junho de 1996, relativa ao acordo-quadro sobre a licença parental celebrado pela UNICE, pelo CEEP e pela CES (JO L 145, p. 4), e a Directiva 97/81/CE do Conselho, de 15 de Dezembro de 1997, respeitante ao acordo-quadro relativo ao trabalho a tempo parcial celebrado pela UNICE, pelo CEEP e pela CES (JO 1998, L 14, p. 9). Entre as directivas sectoriais figuram a Directiva 1999/63/CE do Conselho, de 21 de Junho de 1999, respeitante ao acordo relativo à organização do tempo de trabalho dos marítimos celebrado pela Associação de Armadores da Comunidade Europeia (ECSA) e pela Federação dos Sindicatos dos Transportes da União Europeia (FST) (JO L 167, p. 33); a 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); e a Directiva 2002/15/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Março de 2002, relativa à organização do tempo de trabalho das pessoas que exercem actividades móveis de transporte rodoviário (JO L 80, p. 35).

16 — Banks, K., «L'article 118 A, élément dynamique de la politique sociale communautaire», *Cahiers de droit européen*, n.os 5-6, 1993, p. 537.

17 — Processo C-84/94, Colect., p. I-5755.

18 — Este preceito dispunha que «o período mínimo de descanso referido no primeiro parágrafo inclui, em princípio, o domingo». A anulação deveu-se ao facto de o Conselho não ter conseguido explicar porque é que o domingo, como dia de descanso semanal, se reveste de maior importância para a saúde e segurança dos trabalhadores do que outro dia da semana (n.° 37).

atendendo a «todos os factores, físicos ou outros» relevantes (n.º 15) [19].

15. Da decisão judicial resulta a ideia de que «a organização do tempo de trabalho não é necessariamente concebida como um instrumento da política de emprego» (n.º 28), mas que é contemplada porque é susceptível de exercer uma influência favorável no domínio laboral (n.º 29).

b) Conteúdo

16. A directiva institui uma regulamentação aparentemente simples e genérica, mas que no fundo é complexa [20].

17. Nos termos do artigo 1.º, estabelece as disposições essenciais em matéria de segurança e de saúde (n.º 1), aplicando-se «aos períodos mínimos de descanso diário, semanal e anual, bem como aos períodos de pausa e à duração máxima do trabalho semanal» [n.º 2, alínea a)] e «a certos aspectos do trabalho nocturno, do trabalho por turnos e do ritmo de trabalho» [n.º 2, alínea b)].

18. O artigo 2.º precisa que, para efeitos desta, «entende-se por:

1) Tempo de trabalho: qualquer período durante o qual o trabalhador está a trabalhar ou se encontra à disposição da entidade patronal e no exercício da sua actividade ou das suas funções, de acordo com a legislação e/ou a prática nacional;

2) Período de descanso: qualquer período que não seja tempo de trabalho;

3) Período nocturno: qualquer período de pelo menos sete horas, tal como definido na legislação nacional e que inclua sempre o intervalo entre as vinte e quatro horas e as cinco horas;

[...]».

19 — Alonso Olea, M., «¿Es de seguridad y salud del medio de trabajo la regulación de la jornada?», *Revista española de derecho del trabajo*, n.º 93, Janeiro/Fevereiro, 1999, p. 5 e segs., dá uma desposta negativa à pergunta colocada, divergindo, portanto, da decisão judicial referida. Outras críticas encontram-se em Ellis, E., «Case C-84/94 United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Council, Judgment of 12 November 1996, not yet reported», *Common Market Law Review*, n.º 34, 1997, p. 1057; e em Poulpiquet, v., «La flexibilité de l'emploi et la Communauté européenne», *Revue trimestrielle de droit européen*, n.º 4, Outubro/Dezembro, 1999, pp. 726 e segs. A favor, entendendo que o Tribunal de Justiça reconhece a autonomia da política social nos Tratados, Kenner, J., «A distinctive legal base for social policy? The Court of Justice answers a "delicate question"», *European Law Review*, n.º 22, 1997, p. 586.

20 — Arrigo, G., *op. cit.*, p. 233.

19. A seguir, enuncia umas regras relativas à extensão das referidas fases, atendendo ao intervalo que se toma como referência:

— O repouso diário é regulado no artigo 3.º:

«Os Estados-Membros tomarão as medidas necessárias para que todos os trabalhadores beneficiem de um período mínimo de descanso de onze horas consecutivas por cada período de vinte e quatro horas» [21].

— A semana é considerada em duas perspectivas:

«Os Estados-Membros tomarão as medidas necessárias para que todos os trabalhadores beneficiem, por cada período de sete dias, de um período mínimo de descanso ininterrupto de vinte e quatro horas às quais se adicionam as onze horas, de descanso diário previstas no artigo 3.º

O período mínimo de descanso referido no primeiro parágrafo inclui, em princípio, o domingo.

Caso condições objectivas, técnicas ou de organização do trabalho o justifiquem, pode ser adoptado um período mínimo de descanso de vinte e quatro horas» (artigo 5.º).

«Os Estados-Membros tomarão as medidas necessárias para que, em função dos imperativos de protecção da segurança e da saúde dos trabalhadores:

1) A duração semanal do trabalho seja limitada através de disposições legislativas, regulamentares ou administrativas ou de convenções colectivas ou acordos celebrados entre parceiros sociais;

2) A duração média do trabalho em cada período de sete dias não exceda quarenta e oito horas, incluindo as horas extraordinárias, em cada período de sete dias» (artigo 6.º).

21 — Como adverte Teyssié, B., Droit européen du travail, Éditions Litec, Paris, 2001, p. 184, deixa-se de lado a determinação dos dias feriados, estreitamente relacionados com as práticas religiosas e a história de cada Estado.

— As férias anuais são previstas no artigo 7.º:

«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.»

20. Seguidamente, os artigos 8.º a 12.º têm por objecto o trabalho nocturno e o 13.º o ritmo de trabalho.

21. Os artigos 15.º, 16.º e 17.º contribuem para justificar os qualificativos de «flexível» [22] ou de «demasiado elástica» [23] recebidos pela directiva [24]:

— O artigo 15.º prevê que «a presente directiva não impede os Estados-Membros de aplicarem ou introduzirem disposições legislativas, regulamentares ou administrativas mais favoráveis à protecção da segurança e da saúde dos trabalhadores, ou de promoverem ou permitirem a aplicação de convenções colectivas ou acordos celebrados entre parceiros sociais mais favoráveis à protecção da segurança e da saúde dos trabalhadores».

— O artigo 16.º concretiza os períodos de referência, autorizando os Estados a determinar:

«1) Para efeitos de aplicação do artigo 5.º (descanso semanal), um período de referência não superior a catorze dias;

2) Para efeitos de aplicação do artigo 6.º (duração máxima do trabalho semanal), um período de referência não superior a quatro meses.

Os períodos de férias anuais remuneradas, atribuídos nos termos do artigo 7.º, e os períodos de ausência por doença não serão tomados em consideração ou serão considerados neutros para cálculo da média;

22 — Riberio, M. de F., «O tempo de trabalho no direito comunitário», em Oliveira Pais, S. e Ribeiro, M. de F., *Dois temas de direito comunitário do trabalho (Incumprimento das directivas comunitárias/O tempo de trabalho no direito comunitário)*, Publicações Universidade Católica, Porto, 2000, pp. 120 e 121.

23 — Rocella, M., Aimo, M., e Izzi, D., *Diritto Comunitario del Lavoro*, 2.ª ed., Giappichelli, Turim, 1999, p. 906.

24 — Supiot, A., «Alla ricerca della concordanza dei tempi (le disavventure europee del 'tempo di lavoro')», *Lavoro e Diritto*, ano 11, n.º 1, Inverno 1997, p. 16, afirma que a directiva impõe na sua primeira parte (artigos 1.º a 16.º) regras que, na segunda, (artigos 17.º e 18.º) priva de obrigatoriedade.

3) Para efeitos de aplicação do artigo 8.º (duração do trabalho nocturno), um período de referência definido após consulta aos parceiros sociais ou por convenções colectivas ou acordos celebrados a nível nacional ou regional entre parceiros sociais.

Se o período mínimo de descanso semanal de vinte e quatro horas exigido no artigo 5.º coincidir com o período de referência, não será tomado em consideração para o cálculo da média.»

— O artigo 17.º permite que as autoridades nacionais estabeleçam derrogações às normas comunitárias, com alguns limites. Concretamente, segundo o n.º 2, «por via legislativa, regulamentar ou administrativa, ou ainda por via de convenções colectivas ou de acordos celebrados entre parceiros sociais», é possível afastar o disposto nos artigos 3.º, 4.º, 5.º, 8.º e 16.º:

«b) No caso de actividades de guarda, de vigilância e de permanência caracterizada pela necessidade de assegurar a protecção de pessoas e bens, nomeadamente quando se trate de guardas e porteiros ou de empresas de segurança;

c) No caso de actividades caracterizadas pela necessidade de assegurar a continuidade do serviço ou da produção, nomeadamente quando se trate:

i) de serviços ligados à recepção, tratamento e/ou cuidados dispensados em hospitais ou estabelecimentos semelhantes, instituições residenciais e prisões;

[...]»

22. Finalmente, interessa referir que o artigo 18.º tolera que um país não exija a observância do limite das quarenta e oito horas semanais, desde que subordine a derrogação a condições específicas, entre as quais se encontra a obrigação, para a entidade patronal, de solicitar e receber o acordo do trabalhador afectado [n.º 1, alínea b), i), primeiro travessão].

B — *Legislação francesa*

1. Code du travail

23. Parte do seu texto é consagrado à duração da prestação de trabalho, distin-

guindo entre tempo de trabalho e de descanso [25]. Os seus artigos foram alterados pela Lei 98-461, de 13 de Junho de 1998 [26], ou pela Lei 2000-37, de 19 de Janeiro de 2000 [27].

a) Tempo de trabalho

24. Nos termos do artigo L. 212-1, nos estabelecimentos e para as profissões mencionadas no artigo L. 200-1, assim como nos estabelecimentos artesanais ou cooperativos e suas dependências, a duração legal do trabalho efectivo dos trabalhadores assalariados é de trinta e cinco horas semanais (primeiro parágrafo), sem exceder dez horas diárias, salvo se por decreto se previrem derrogações (segundo parágrafo).

25. O artigo L. 212-2 permite ao Conselho de Ministros estabelecer, por decreto, as modalidades de aplicação do artigo L. 212-1, regulando, em especial, a repartição do tempo de trabalho, os períodos de repouso, as derrogações e as medidas de controlo, entre outros aspectos (primeiro parágrafo).

26. O primeiro parágrafo do artigo L. 212-4 define o trabalho efectivo como aquele durante o qual o trabalhador está à disposição da entidade patronal e deve cumprir as suas ordens sem poder livremente dedicar-se às suas ocupações pessoais. O segundo parágrafo considera que os intervalos para comer e as pausas constituem trabalho efectivo, sempre que preencham os critérios anteriores; caso contrário, estes períodos podem ser remunerados por via convencional ou contratual. Após o terceiro parágrafo, que tem por objecto os intervalos para mudar de roupa, o quarto parágrafo permite instituir «uma duração equivalente à duração legal nas profissões e para determinados trabalhos que comportem período de inacção», sendo tais períodos remunerados em conformidade com os usos e com os contratos colectivos.

27. O artigo L. 212-4 A trata dos períodos «d'astreinte», que são aqueles em que o trabalhador assalariado, sem estar à disposição permanente e imediata da entidade patronal, tem a obrigação de permanecer no seu domicílio ou nas suas proximidades

25 — Sobre as mais recentes normas francesas nesta matéria, Favennec-Héry, F., «L'évolution de la réglementation du temps de travail en France», Yota Kravaritou (ed.), *The Regulation of Working Time in the European Union (Gender Approach)/La réglementation du temps de travail dans l'Union européenne (Perspective selon le genre)*, Presses Interuniversitaires Européennes, Bruxelas, 1999, pp. 221 a 228. Relativamente às anteriores normas, que, globalmente consideradas, apresentavam um panorama de grande complexidade, Barthélémy, J., *La durée et l'aménagement du temps de travail*, Paris, 1989, pp. 11 e segs.

26 — JORF de 14 de Junho de 1998, p. 9029.

27 — JORF de 20 de Janeiro de 2000, p. 975. Esta lei responde à necessidade de transpor as regras da Directiva 93/104, uma vez que, como se constatou no acórdão de 8 de Junho de 2000, Comissão/França (C-46/99, Colect., p. I-4379), tal ainda não tinha sido efectuado quando terminou o prazo fixado.

para realizar, sendo necessário, uma prestação ao serviço da empresa, contando-se apenas essa intervenção como trabalho efectivo.

28. Para calcular o tempo de trabalho, o artigo L. 212-7, segundo parágrafo, proíbe que a duração semanal, tomando como referência doze semanas consecutivas, exceda quarenta e quatro horas, não sendo possível, na mesma semana, ultrapassar as quarenta e oito horas.

b) Tempo de repouso

29. O artigo L. 220-1 exige que o repouso diário compreenda, no mínimo, onze horas consecutivas (primeiro parágrafo), embora sejam possíveis certas derrogações em algumas actividades (segundo parágrafo).

30. O descanso semanal, como prescreve o artigo L. 221-4, não pode ser inferior a vinte e quatro horas seguidas, às quais acrescem as horas de repouso quotidiano (primeiro parágrafo).

2. Decreto n.º 2001-1384

31. Este decreto foi aprovado em 31 de Dezembro de 2001, ao abrigo do L. 212-4 do Code du travail, para instituir a equivalência da duração legal do trabalho nos estabelecimentos sociais e médico-sociais geridos por pessoas de direito privado sem fim lucrativo [28].

32. Contém quatro artigos:

— O artigo 1.º delimita o âmbito da regulamentação, alargando-o: 1) aos estabelecimentos geridos por sujeitos do tipo referido, que são mencionados nos n.os 1, 2, 4, 5 e 8 do artigo L. 312-1 do Code de l'action sociale et des familles; e 2) aos empregos a tempo inteiro dos educadores, dos enfermeiros, dos auxiliares técnicos da saúde ou de pessoas com a mesma qualificação que os substituam, assumindo, nas salas destinadas a esse efeito, a responsabilidade pela vigilância nocturna.

28 — JORF de 3 de Janeiro de 2002, p. 149.

— Nos termos do artigo 2.°, para o cálculo temporal da prestação nos locais e empregos referidos, cada período de nove horas de vigilância nocturna nas salas destinadas a esse efeito, conta como três horas de trabalho efectivo, acrescentando-se meia hora por cada hora suplementar.

— Nos termos do artigo 3.°, o período de presença na sala de vigilância abrange o momento em que as pessoas acolhidas se deitam até ao momento em que se levantam, em conformidade com os horários de serviços, não podendo exceder doze horas.

— Por último, o artigo 4.° atribui a competência de execução das disposições anteriores aos ministros do Trabalho e da Solidariedade, da Justiça e do Interior.

III — Matéria de facto, litigio no processo principal e questões prejudiciais

33. Abdelkader Dellas, a Confédération générale du travail, a Fédération nationale des syndicats des services de santé et des services sociaux CFDT e a Fédération nationale de l'action sociale Force ouvrière impugnaram o Decreto n.° 2001-1384 na Section du contentieux do Conseil d'État, alegando que o artigo L. 212-4 do Code du travail foi aplicado incorrectamente, que foi cometido um erro manifesto de apreciação, que o objectivo legal de redução do tempo de trabalho e o princípio da igualdade para com os estabelecimentos públicos não foram respeitados, que o artigo 6.°, n.° 1, da Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais foi violado e que a instauração de um regime de equivalências não tem em consideração os objectivos da Directiva 93/014.

34. A Union des fédérations et syndicats nationaux d'employeurs sans but lucratif du secteur sanitaire, social et médico-social (UNIFED), foi admitida como interveniente no processo de anulação em apoio da Administração.

35. O referido órgão jurisdicional suspendeu a instância e, antes de proferir uma decisão, submeteu ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

«1) Atendendo ao objecto da Directiva 93/104/CEE do Conselho, de 23 de Novembro de 1993, que, segundo o seu artigo 1.°, n.° 1, é o estabelecimento de prescrições mínimas de segurança e de saúde em matéria de organização do tempo de trabalho, a definição de tempo de trabalho dela constante deve ser interpretada no sentido de que apenas se aplica aos mínimos comunitários que

fixa no seu texto ou como uma definição de carácter geral e portanto aplicável igualmente aos mínimos fixados pelos direitos nacionais, designadamente para efeitos de transposição da directiva em causa, ainda que estes últimos limiares possam, como acontece em França e numa óptica de protecção dos trabalhadores, ter sido fixados num nível de maior protecção do que os da directiva?

2) Em que medida um regime de equivalências rigorosamente proporcional, que consiste em tomar em consideração a totalidade das horas de presença aplicando-lhes um mecanismo de ponderação decorrente da menor intensidade do trabalho prestado durante os períodos de inactividade, poderá ser considerado compatível com a finalidade da Directiva 93/104/CEE do Conselho, de 23 de Novembro de 1993?»

IV — Tramitação processual no Tribunal de Justiça

36. Apresentaram observações escritas, no prazo previsto para o efeito pelo artigo 20.º do Estatuto CE do Tribunal de Justiça, Abdelkader Dellas, a Fédération nationale des syndicats des services de santé et des services sociaux CFDT, a UNIFED, os governos alemão, belga, holandês e francês, bem como a Comissão.

37. Na audiência, que decorreu em 12 de Maio de 2005, apresentaram alegações os representantes da Fédération nationale des syndicats des services de santé et des services sociaux CFDT, dos Governos francês e holandês e da Comissão.

V — Análise das questões prejudiciais

38. O Conseil d'État propõe ao Tribunal de Justiça que examine dois aspectos da Directiva 93/104: em primeiro lugar, a questão de saber se as definições contidas no respectivo texto têm uma incidência sobre os limites que prevê ou sobre os que constam das normas nacionais que a executam, e, em segundo lugar, se a directiva permite a instauração de um regime de equivalência que tem em conta a intensidade do trabalho.

39. Antes de analisar a jurisprudência directamente aplicável, importa tecer algumas considerações sobre a influência do tempo no trabalho e sobre o seu cálculo; o recurso a estes elementos facilitará a análise das questões prejudiciais, que se iniciará pela segunda, na medida em que só se o sistema proporcional for considerado compatível interessa averiguar os seus limites; caso contrário o exame requerido careceria de utilidade [29].

29 — Como afirmam Johansson, A., e Meyer, F., «La légalité des heures d'équivalence en question (À propos de l'arrêt du Conseil d'État du 3 decembre 2003)», *Droit ouvrier*, Abril de 2004, p. 157, a primera questão é periférica.

A — *Tempo de trabalho*

1. Limitação da duração do tempo de trabalho

40. «Existe uma igualdade básica. Independentemente das coordenadas sociais, o dia tem vinte e quatro horas para todos. Tecnicamente o tempo é algo impossível de fabricar» [30]. Esta ideia explica a especial relevância que o factor temporal reveste no contrato de trabalho e nas prestações que implica, uma vez que determina a duração de ambos ao configurar aspectos importantes do estatuto jurídico do trabalhador, individual e colectivamente considerado [31].

41. A actividade laboral, como todas as outras, desenrola-se no tempo. A sua extensão, diária ou semanal, é delimitada em conformidade com critérios económicos, abrangendo o necessário para que o trabalhador possa receber um salário suficiente para satisfazer as suas «necessidades naturais» [32]. Contudo, a entidade patronal recruta-o para obter um lucro, na medida em que deve fornecer bens e serviços ao mercado.

42. Atendendo a estes dois elementos, o período de trabalho prolonga-se o indispensável para que o valor obtido com o esforço realizado, em combinação com os outros factores produtivos, assegure a subsistência de uma parte e proporcione financiamento e benefício à outra.

43. No entanto, se num plano económico parece essencial determinar um mínimo abaixo do qual o lucro da entidade patronal decresce até tornar-se nula, na óptica social e jurídica é necessário fixar um máximo para proteger a saúde dos trabalhadores.

44. Vários elementos concorrem para este fim: elementos financeiros, entre os quais se incluem os níveis de emprego e de salário; elementos técnicos, como o grau maior ou menor de automatização das indústrias; e elementos institucionais, resultantes da

30 — Anisi, D., *Creadores de escasez*, Alianza Ed., Madrid, 1995.

31 — Supiot, A., «À la recherche de la concordance des temps (à propos de la Directive européenne 'Temps de travail' n.º 93/104 du 23 novembre 1993)», em *The Regulation, op. cit.*, pp. 108 a 111, sublinha que o tempo permite restringir os poderes do patrão sobre o trabalhador assalariado e avaliar o rendimento deste último; globalmente, serve para fixar o ritmo de trabalho.

32 — Marx, K., *O Capital*, 2.ª ed., Orbis, Barcelona, 1986, livro I, 3.ª secção, capítulo VIII: «A jornada laboral»; insiste nesta ideia no livro III, 7.ª secção, capítulo XLVIII: «assim como o selvagem tem que lutar contra a natureza para atender às suas necessidades, para encontrar o sustento da sua vida e reproduzi-la, o homem civilizado tem que fazer o mesmo, sob qualquer forma social e em qualquer sistema de produção possível».

negociação colectiva ou da legislação [33]. Neste último contexto, uma das primeiras manifestações do intervencionismo do Estado nas relações laborais cristalizou-se na imposição de um limite superior para o período laboral, através da instauração de um regime comum, de regimes especiais e de um quadro de derrogações, que, historicamente, evoluiu das mais de quatro mil horas de trabalho por pessoa e por ano, características das primeiras décadas do século XIX, para uma média de 1 600 a 1 900 horas na actualidade [34].

45. A fixação deste limite serve, além disso, para separar a prestação ordinária da extraordinária, o que tem importantes consequências, na medida em que aos trabalhos fora do comum é aplicável um estatuto particular [35].

2. Cálculo do tempo de trabalho

46. Uma vez apresentada a importância da delimitação do período durante o qual o trabalhador realiza as suas obrigações, importa precisar os momentos que o circunscrevem.

47. Tradicionalmente, o cálculo fazia-se por etapas, mais ou menos longas e contínuas, durante as quais se realizava um trabalho «efectivo», identificando-se este conceito com a produtividade, da qual também dependia a remuneração.

48. Posteriormente, as pausas para comer ou para mudar de roupa, bem como a simples permanência no local de trabalho ou as horas durante as quais o trabalhador permanece à disposição da entidade patronal, foram tidas em consideração no cálculo, ainda que as características destas circunstâncias não fossem definidas correctamente [36].

49. Reduzir o cálculo às ocasiões em que a tarefa do trabalhador proporciona um lucro à entidade patronal coloca múltiplas dificuldades em razão da diversidade das formas da prestação laboral, dos diferentes métodos de organização da actividade e das mudanças continuas dos meios técnicos, que condicionam e modificam o modo de cumprimento do trabalho.

50. O mesmo ocorre se o cálculo tiver em conta o grau de subordinação à entidade patronal ou a presença no local de trabalho.

33 — Montoya Melgar, A., *Derecho del Trabajo*, 22.ª edição, Tecnos, Madrid, 2001, p. 342.

34 — Riechmann, J., e Recio, A., *Quien parte y reparte [...] (el debate sobre la reducción del tiempo de trabajo)*, Icaria, Barcelona, 1997, p. 10.

35 — Merino Senovilla, H., *El trabajo...a tiempo parcial*, Lex Nova, Valladolid, 1994, pp. 166 e 167.

36 — García Ninet, J. I., «La jornada de trabajo», em Borrajo Dacruz, E. (dir.), *El Estatuto de los trabajadores, Comentarios a las leyes laborales*, tomo VII, Edersa, Madrid, 1982, pp. 90 e segs.

51. Portanto, considera-se mais adequado utilizar um mecanismo de avaliação amplo, que evite uma categorização pormenorizada, dispense da necessidade de definir cada actividade ou cada função e obste à adopção de soluções desproporcionadas e injustas [37].

B — *Jurisprudência aplicável*

52. O Tribunal de Justiça já examinou anteriormente alguns aspectos da Directiva 93/104: além de se ter pronunciado sobre a sua base jurídica no acórdão Reino Unido/ /Conselho, já referido, precisou também a sua finalidade e interpretou os conceitos de «tempo de trabalho» e de «período de descanso», contidos no artigo 2.º [38]. Apresentam especial relevância os acórdãos BECTU, já referido, Simap [39], Jaeger [40] e, em menor medida, Wippel [41].

1. Objecto da Directiva 93/104

53. A Directiva 93/104 pretende, com carácter geral, promover a melhoria das condições de vida e de trabalho dos trabalhadores assalariados através de uma aproximação das regulamentações nacionais relativas, nomeadamente, à duração do tempo de trabalho. É o que resulta tanto dos primeiro, quarto, sétimo e oitavo considerandos do diploma, como do artigo 118.º-A do Tratado CE, que constitui a sua base jurídica [42].

54. A concertação tem por finalidade garantir uma melhor protecção da segurança e da saúde dos trabalhadores, de forma a que possam beneficiar de períodos mínimos de descanso e de períodos de pausa adequados, nomeadamente diária, semanal e anualmente, estabelecendo também a duração máxima do trabalho semanal [43]. Estas garantias constituem um direito social reconhecido a cada trabalhador como exigência mínima necessária para assegurar a protecção da sua segurança e da sua saúde [44], aplicável indistintamente a todos os trabalhadores a tempo inteiro e a tempo parcial [45].

37 — Merino Senovilla, H., *op. cit.*, pp. 168 a 170.

38 — A jurisprudência também analisou outros preceitos. Por exemplo, nos últimos anos, o acórdão de 4 de Outubro de 2001, Bowden e o. (C-133/00, Colect., p. I-7031), examinou o artigo 1.º, n.º 3, relativamente aos trabalhadores empregados no sector dos transportes rodoviários; o acórdão BECTU, já referido, ocupou-se do artigo 7.º, n.º 1, no qual se regulam as férias anuais, chamando a atenção para o facto de que este consagra um direito que não pode ser derrogado e afastando uma regulamentação nacional nos termos do da qual só após decorrido o período mínimo consecutivo de trabalho para a mesma entidade patronal o trabalhador se adquire aquele direito (n.ºs 43 e segs.); o acórdão 25 de Outubro de 2001, Finalarte e o. (C-49/98, C-50/98, C-52/98 a C-54/98 e C-68/98 a C-71/98), também reflectiu sobre a duração do referido descanso; e o acórdão 18 de Março de 2004, Merino Gómez, (C-342/01, Colect., p. I-2605), entendeu o referido preceito «no sentido de que, em caso de coincidência entre as datas da licença por maternidade de uma trabalhadora e as datas das férias anuais de todo o pessoal, as exigências da directiva relativas às férias anuais remuneradas não se podem considerar preenchidas» (n.º 33).

39 — Acórdão de 3 de Outubro de 2000, Simap (C-303/98,Colect., p. I-7963).

40 — Acórdão de 9 de Setembro de 2003, Jaeger (C-151/02, Colect., p. I-8389).

41 — Acórdão de 9 de Outubro de 2004, Wippel (C-313/02, Colect., p. I-9483).

42 — Acórdãos BECTU, n.º 37; Jaeger, n.º 45; e Wippel, n.º 46.

43 — Acórdãos Simap, n.º 49; BECTU, n.º 38; Jaeger, n.º 46; e Wippel, n.º 47.

44 — Acórdãos BECTU, n.º 47, e Wippel, n.º 47.

45 — Acórdão Wippel, n.º 48.

2. Conceitos de «tempo de trabalho» e de «período de descanso»

55. As diligências dos médicos integrados nas equipas de cuidados primários, em regime de presença física nos centros de saúde ou nos termos do sistema de «localização», permitiram ao Tribunal de Justiça elaborar critérios sobre o alcance das definições contidas na Directiva 93/104.

56. O acórdão Simap, por um lado, declarou que as noções dos dois primeiros números do artigo 2.º se excluem mutuamente (n.º 47); por outro lado, propôs-se distinguir a situação dos médicos de guarda que asseguram fisicamente a sua presença nas clínicas, devendo o tempo que aí permanecem ser considerado «na sua totalidade» (n.os 48, 49 e 52) da situação dos que, embora permanentemente acessíveis, não estão contudo obrigados a uma presença efectiva no estabelecimento de saúde, em relação aos quais apenas se considera o tempo «que se relaciona com a prestação efectiva dos serviços» (n.º 50).

57. O Tribunal de Justiça forneceu uma primeira generalização destes critérios no despacho CIG, de 3 de Julho de 2001 [46], no qual declarou que, do ponto de vista subjectivo, os médicos e o pessoal de enfermagem que trabalham nos período de urgência, nas equipas de cuidados primários e noutros serviços onde são tratadas as urgências extra hospitalares, eram afectados, de forma que todo o tempo cumprido em qualquer desses locais deve ser considerado «na sua totalidade como tempo de trabalho e, eventualmente, como horas extraordinárias na acepção da Directiva 93/104».

58. No acórdão Jaeger, o Tribunal de Justiça reiterou os mesmos postulados a propósito dos serviços de guarda assegurados pelos médicos num hospital, autorizados a dormir quando os seus conhecimentos não são solicitados. Após reproduzir vários números do acórdão Simap e assinalar as analogias entre as actividades examinadas em ambos os casos, indicou que as expressões contempladas, «não devem ser interpretadas em função das disposições das diversas regulamentações dos Estados-Membros, na medida que constituem conceitos de direito comunitário que há que definir segundo características objectivas, tomando-se por referência o sistema e a finalidade» da referida directiva, cuja plena eficácia e aplicação uniforme só são asseguradas com «essa interpretação autónoma» (n.º 58), não sendo admitidas derrogações (n.os 81 e 91). Por conseguinte, «o facto de a definição do conceito de tempo de trabalho fazer referência às 'legislações e/ou práticas nacionais' não significa que os Estados-Membros possam determinar unilateralmente o alcance desse conceito», de forma que não podem «submeter a qualquer condição o direito dos trabalhadores a que esses períodos de traba-

46 — Processo C-241/99, Colect., p. I-5139, n.os 33 e 34.

lho e, correlativamente, os de descanso sejam devidamente tomados em conta» (n.os 59 e 82).

59. O Tribunal de Justiça acrescentou que, uma vez que «o factor determinante» para se considerar que os elementos característicos do conceito de «tempo de trabalho» estão presentes é o facto de uma pessoa ser obrigada a estar fisicamente presente no local determinado pela entidade patronal e de aí estar à sua disposição para poder prestar de imediato os seus serviços em caso de necessidade (n.º 63), não podem ser considerados descanso os períodos em que não é exercida efectivamente uma actividade profissional (n.º 65). Por outro lado, os «períodos equivalentes de descanso», na acepção do artigo 17.º, n.os 2 e 3, da directiva, caracterizam-se pelo facto de, durante esses períodos, o trabalhador assalariado não estar sujeito, face à entidade patronal, «a qualquer obrigação susceptível de o impedir de se dedicar, livre e ininterruptamente, aos seus próprios interesses» (n.º 94).

60. O Tribunal de Justiça também seguiu esta linha no acórdão Pfeiffer e o. [47], no qual se referiu aos períodos de permanência dos socorristas no âmbito de um serviço de emergência médica que contém necessariamente fases de inactividade mais ou menos longas entre as intervenções urgentes, declarando que esses períodos devem «ser tomados integralmente em consideração na determinação da duração máxima do trabalho diário e semanal» (n.os 93 a 95).

3. Corolário

61. Segundo o Tribunal de Justiça, a Directiva 93/104 pretende melhorar a segurança e a saúde dos trabalhadores; para esse fim, baseia-se numa concepção binária do tempo, repartido entre tempo de trabalho e tempo de descanso; o primeiro conceito exige o preenchimento cumulativo de certos critérios, a saber, que se esteja presente no local de trabalho, à disposição da entidade patronal, exercendo a sua actividade [48], ao passo que o segundo conceito se define por oposição ao primeiro.

62. Em relação ao tempo de trabalho, sublinha-se que se trata de uma regulamentação concebida prioritária, mas não exclusivamente [49], em função dos valores referidos, para conceder aos trabalhadores uma

47 — Acórdão de 5 de Outubro de 2004 (C-397/01 a C-403/01, ainda não publicado na Colectânea).

48 — Em França, existem opiniões divergentes sobre a questão de saber se a Cour de cassation adopta a mesma concepção (Barthélémy, J., *La notion de durée du travail et la civilisation de l'information*, JCP éd. G 1998 — I — 114, pp. 375 a 379) ou aplica uma mais extensiva, sem necessitar cumular os três critérios (Bélier, B., «Temps de travail effectif et permanence du lien de subordination», *Droit social*, 1998, pp. 5340 e segs.; Moizard, N., *Droit du travail communautaire et protection nationale renforcée (L'exemple du droit du travail français)*, tomo II, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Marselha, 2000, p. 583).

49 — Arrigo, G., *op.cit.*, p. 216.

protecção contra os perigos resultantes do repouso insuficiente, da duração excessiva do esforço ou da sua organização irregular.

63. O tempo de descanso, em contrapartida, caracteriza-se pela inexistência de subordinação ao empresário.

C — *Regime de equivalência à luz da jurisprudência*

64. O sistema de ponderação francês [50] permite que alguns períodos de espera ocorridos em certos locais de trabalho sejam tidos em conta com alcance limitado como «trabalho efectivo» [51]. Este justifica-se pela existência de ciclos de inacção inerentes à actividade [52] ou, nas palavras do Conseil d'État, pelo carácter intermitente ou pela menor intensidade da prestação, que caracterizam certos sectores [53].

65. Portanto, o binómio tempo de trabalho/ /período de repouso não deixa de ser tido em conta, uma vez que os momentos passados nos compartimentos de vigilância não se consideram, juridicamente, repouso, sendo contabilizados dentro do período laboral, embora com um coeficiente inferior.

66. Este modo de calcular o tempo passado no local de trabalho não é conforme com a interpretação que a jurisprudência deu da Directiva 93/104, porquanto as horas passadas no exercício da actividade laboral devem ser consideradas na sua totalidade como tempo de trabalho, sem serem sujeitas a qualquer desconto [54].

D — *Solução proposta*

67. A impossibilidade de valorar de forma diferente as horas passadas no local de

50 — Alguns autores situam a sua origem na lei das quarenta horas de 21 de Junho de 1936, como, por exemplo, Morand, M., «Temps de présence, temps d'équivalence et droit communautaire», *Semaine sociale Lamy*, n.º 1138, 6 de Outubro de 2003, p. 6; outros, entre eles Johansson, A., e Meyer, F., *op. cit.*, p. 154, veêm-na numa actuação do Governo de Vichy, arguindo a impossibilidade de justificar no direito nacional as equivalências, de acordo com a definição de trabalho efectivo do Code du travail (pp. 155 e 156).

51 — Morel, F., *Temps de travail — Durée, réduction et aménagement*, ed. Revue fiduciaire, Paris, 2003, pp. 58 e segs.

52 — No mesmo sentido se expressa Gatumel, D., *Le droit du travail en France (principes et approche pratique du droit du travail)*, Édition Francis Lefebvre, 4.ª ed., Paris, 1993, p. 215.

53 — Morand, M., *op. cit.*, p. 6, sustenta que o regime francês de equivalências se assemelha ao do direito alemão, por equiparar o tempo de guarda ao de trabalho em função da duração média das prestações solicitadas, examinado no acórdão Jaeger (p. 8).

54 — Partilham da mesma opinião, entre outros, Morel, F., *op. cit.*, p. 342; Morand, M., *op. cit.*, p. 144; e Johansson, A., e Meyer, F., *op. cit.*, pp. 157 e 158.

trabalho, atendendo ao rendimento do trabalhador, resulta da exigência do Tribunal de Justiça de preenchimento cumulativo dos três critérios do artigo 2.º, n.º 1, da Directiva 93/104, para que se possa falar de tempo de trabalho. Esta exigência conduz a um confronto bipolar que impede a incorporação de novos conceitos e ignora os últimos progressos nas relações laborais, gerando outros problemas, explicados nas observações escritas dos Estados-Membros intervenientes no processo, na medida em que faz com que não sejam tidos em conta os períodos de inactividade no trabalho, abstraindo do resultado da prestação e negando outras categorias, o que impede a configuração de um terceiro tempo, intermédio ou «gris» [55].

68. Esta interpretação afastou-se da defendida pelos advogados-gerais nos processos SIMAP e Jaeger, que recomendava que os elementos enunciados no referido artigo fossem considerados de forma autónoma.

69. O advogado-geral A. Saggio, no primeiro dos processos referidos, afirmou [56] que, apesar de a fórmula parecer convidar à conclusão de que apenas são tomados em consideração para o cálculo do tempo de trabalho os períodos durante os quais estão reunidos todos os critérios aí enumerados, se se tiverem em atenção as expressões genéricas contidas no referido artigo, chega-se ao resultado oposto, uma vez que a aplicação conjunta dos critérios se concilia mal com os objectivos da directiva (n.º 34) alertando para as consequências práticas do cúmulo dos critérios (n.º 35).

70. Nas conclusões que apresentei no processo Jaeger, defendi a mesma opinião (n.º 28), embora tenha precisado que o preenchimento de um só dos critérios não é suficiente para contabilizar como trabalho determinados período (n.º 29). Sustentei que os períodos em que o trabalhador permanece no local de trabalho, à disposição da entidade patronal, constituem tempo de trabalho ainda que não esteja a exercer as suas funções, uma vez que a distribuição de tarefas pelo pessoal, em cada momento, é um poder da entidade patronal. O mesmo se pode dizer do tempo em que o trabalhador está no seu posto de trabalho, desempenhando a sua actividade, sem estar à

55 — Waquet, P., «Le temps de repos», *Droit social*, 2000, p. 288, menciona um «tiers temps»; também Ray, V. J.-E., «Les astreintes, un temps du troisième type», *Droit social*, 1999, p. 250. Por seu lado, Barthélémy, J., «Temps de travail et de repos: l'apport du droit communautaire», *Droit social*, 2001, p. 78, fala de um «temps gris».

56 — Segundo Baron, F., «La notion de temps de travail en droit communautaire», *Droit social*, 2001, p. 1098, utilizou argumentos «muito pertinentes». Este mesmo autor critica o Tribunal de Justiça por não ter seguido a tese proposta pelo advogado-geral, preferível pela sua clareza, na medida em que a Directiva 93/104 se destina, antes de mais, a proteger os trabalhadores. No mesmo sentido, Morel, F., «Travail et repos: quelle articulation entre le droit communautaire et le droit national?», *Droit social*, 2004, p. 143, também prefere a tese do advogado-geral.

disposição da entidade patronal por gozar de ampla autonomia para obter um resultado concreto, e daquele em que continua à disposição da entidade patronal, exercendo as suas funções, mas fora do local de trabalho (n.º 30).[57]

71. A jurisprudência do Tribunal de Justiça provocou, além disso, a inquietação do legislador comunitário, decidido a reformar as normas vigentes[58]. Neste sentido, a proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho que altera a Directiva 2003/88[59], pretende inserir duas novas definições: o «tempo de permanência» que abrange as situações em que o trabalhador é obrigado a permanecer no local de trabalho ou em qualquer outro designado pela entidade patronal, preparado para retomar o seu trabalho habitual ou certas tarefas relacionadas com o serviço (artigo 2.º, n.º 1-A), e o «período inactivo do tempo de permanência», que se caracteriza pela mesma disponibilidade embora o trabalhador não efectue nenhuma prestação relacionada com o serviço (artigo 2.º, n.º 1-B). Considera-se tempo de trabalho «a totalidade do tempo de permanência», mas, por força de convenções colectivas ou de outros acordos entre parceiros sociais ou, nos termos da legislação ou de regulamentos, os períodos inactivos podem ser calculados de forma específica a fim de respeitar a duração máxima do tempo de trabalho semanal a que se refere o artigo 6.º (artigo 2.º-A)[60].

72. A possibilidade de, por via legal ou convencional, se admitir o cálculo das horas «inactivas» de forma específica cobriria o sistema de equivalências.

73. Todos estes raciocínios me levam a insistir nas teses já defendidas em conclusões anteriores, propondo ao Tribunal de Justiça a flexibilização das definições, a fim de que se possa considerar um período como tempo de trabalho, sem que devam estar preenchidos cumulativamente todos os critérios mencionados no artigo 2.º, n.º 1, da Directiva 93/104, embora um só desses critérios também não seja suficiente.

57 — Este raciocínio apresentava, segundo Morel, F., *op. cit.*, p. 143, a vantagem da flexibilidade e da lógica.

58 — V. comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões e aos parceiros sociais a nível comunitário no que respeita ao reexame da Directiva 93/104 [COM(2003) 843 final], em especial o n.º 3.2 «O impacto da jurisprudência do Tribunal de Justiça» (p. 22 e 23). O Comité Económico e Social no Parecer sobre a referida Comunicação (JO 2004, C 302, p. 74), atribui «a surpresa provocada pelos acórdãos nas Instituições comunitárias e nos Estados-Membros», ao facto de «o âmbito da definição de tempo de trabalho [...] [da Directiva 93/104] aparentemente não ter sido analisado ou discutido de forma satisfatória» (n.º 3.2.4).

59 — COM(2004) 607 final. Na exposição de motivos pode ler-se que «a interpretação de disposições da Directiva pelo Tribunal de Justiça, por ocasião de diversas acções prejudiciais nos termos do artigo 234.º do Tratado, teve um profundo impacto sobre a noção de 'tempo de trabalho' e, por conseguinte, sobre disposições essenciais da directiva» pelo que a «Comissão considerou, pois, necessário e oportuno analisar os efeitos desta jurisprudência, nomeadamente dos acórdãos nos processos SIMAP e Jaeger, no que respeita à qualificação como tempo de trabalho dos períodos de urgência interna dos médicos, de acordo com o regime da presença física no estabelecimento de saúde.» (n.º 3); isto sem prejuízo de, como confessou o representante da referida Instituição na audiência, as alterações sugeridas obedecerem a uma vontade política que é estender a mão aos Estados-Membros para que disponham de maior margem de manobra. No momento de apresentar estas conclusões, a proposta foi alterada pelo Parlamento Europeu na primeira leitura, razão pela qual me refiro ao texto aprovado em 11 de Maio de 2005 por esta Instituição [Resolução legislativa do Parlamento Europeu sobre a proposta de directiva do Parlamento Europeu e do Conselho que altera a Directiva 2003/88/CE relativa a determinados aspectos da organização do tempo de trabalho (COM(2004)0607 — C6-0122/2004 — 2004/0209(COD)], que se pode consultar em www.europarl.eu.int.

60 — Neste mesmo sentido, Barthélémy, J., «Temps de travail [...]», *cit.*, pp. 77 e 78.

74. Caso se aceitasse esta sugestão, o cálculo do período de trabalho seria afectado, de tal modo que o regime proporcional encontraria o seu lugar na legislação comunitária, sem ser necessário esperar pela anunciada alteração legislativa.

75. Os argumentos expostos não impedem que o regime de equivalências origine alguns inconvenientes, uma vez que, como encerra uma ficção jurídica (destinada a reduzir o valor da mera presença no local de trabalho enquanto se espera para entrar em funções, por, presumivelmente, ter um valor produtivo inferior) é necessário concretizar as regras que determinam a percentagem em razão da qual a duração do trabalho diminui.

76. Por outro lado, flexibilizar demasiado os conceitos, para abranger convenções de alargamento do período de trabalho, provoca uma grande porosidade na fronteira que os separa, uma vez que, mesmo que formalmente os limites impostos fossem respeitados — o trabalho efectivo, por muita amplitude que lhe fosse conferida [61], não os ultrapassaria —, na realidade, seriam transgredidos, comprometendo-se a protecção dos trabalhadores afectados. A este respeito, a própria representante do Governo francês reconheceu, na audiência, que o limite máximo semanal previsto na directiva é por vezes excedido.

77. Além disso, o interessado não desfruta com liberdade dos momentos em que permanece na sala de vigilância. O cumprimento do contrato de trabalho exige, consoante os casos, uma, duas ou mais prestações, não sendo possível prever o seu número. Há, inclusivamente, casos em que a noite decorre tranquilamente, sem necessidade de realizar nenhuma prestação. É muito difícil reduzir as múltiplas opções e os factores em jogo a uma fórmula proporcional equitativa.

78. Nesta perspectiva, o cálculo do tempo de trabalho excede os limites de uma operação aritmética. A sua formulação comporta um quadro de garantias para a parte mais fraca, traçando um regime jurídico que reflecte a evolução de uma constante melhoria das condições de trabalho. Ao estabelecer elementos de correspondência, abandona-se a atitude proteccionista e confrontam-se as prestações à maneira civilista, postulando-se a igualdade material [62].

79. Por último, o alcance limitado da Directiva 93/104 torna desaconselhável abordar outras polémicas, como a relativa à

61 — Favennec-Héry, F., «Les 35 heures: injonction ou incitation», *Droit social*, 1997, pp. 1073 e segs.

62 — Em relação ao trabalho a tempo parcial, Merino Senovilla, H., *op. cit.*, pp. 173 e 174.

utilidade do sistema proporcional para definir o nível salarial [63] à qual se referem algumas das observações escritas apresentadas neste processo de reenvio prejudicial. Não estão em causa os poderes de regulação das modalidades de cálculo da remuneração dos períodos de menor intensidade laboral [64]. De qualquer forma, como declarou o Tribunal de Justiça nos referidos acórdãos, as consequências financeiras não obstam à aplicação das regras comunitárias; o quinto considerando da directiva expressa com suficiente clareza «que a melhoria da segurança, da higiene e de saúde dos trabalhadores [...] não se pode subordinar a considerações de ordem puramente económica».

E — *Aplicação dos conceitos comunitários*

80. A Directiva 93/104 estabelece um limite de quarenta e oito horas em sete dias para a duração máxima semanal do trabalho (artigo 6.º). As restantes disposições respeitam ao descanso: diário (artigo 3.º), pausas (artigo 4.º), semanal (artigo 5.º) e férias anuais anual (artigo 7.º), o que se explica para proteger o trabalhador assalariado em relação aos seus próprios actos, impedindo-o de ceder à tendência natural de trabalhar mais para aumentar a remuneração [65]. No trabalho nocturno o rigor aumenta, uma vez que a prestação não pode exceder as «oito horas, em média, por cada período de vinte e quatro horas», impondo a directiva outras garantias (artigos 8.º a 11.º).

81. As normas nacionais, quando efectuam a correspondente adaptação, podem atribuir um nível de protecção mais elevada, para cuja verificação se procede a uma valoração global e não analítica –regra a regra —, uma vez que, de outra forma, se distorceria o sistema, alterando os seus elementos.

82. Desta visão resulta que o tempo de trabalho semanal está profundamente imbuído de conceitos comunitários, de natureza estrutural; não é admissível que um Estado-Membro o diminua através de subterfúgios que ponham em causa esses conceitos.

83. Apesar da existência de algumas derrogações às regras comunitárias [66], nenhuma

63 — Sobre a compatibilidade nestes aspectos, Morand, M., op. cit., p. 9, e Morel, F., op. cit., p. 144, que a alargam a outros campos como as horas extraordinárias ou o descanso compensatório. Para estes autores, o artigo 212.º-4 do Code du travail não obriga a remunerar todas as horas de equivalência e a tomá-las em conta para efeitos do salário mínimo interprofissional.

64 — Conforme declarado pelo representante do Governo neerlandês na audiência, trata-se de um aspecto sem relevância para o caso em apreço.

65 — Waquet, P., «En marge de la loi Aubry: travail effectif et vie personnelle du salarié», Droit social, 1998, pp. 963 a 969.

66 — De tipo geral (por via legislativa, regulamentar ou administrativa), colectivo (através de convenções colectivas) e individual (resultantes de acordos celebrados com os assalariados) –artigo 17.º–.

respeita ao artigo 2.º, pelo que os Estados-Membros não dispõem de margem de apreciação para transformar os conceitos contidos nessa disposição. Da mesma forma, a autorização para conceder um nível de protecção mais elevada não justifica a distorção de elementos normativos básicos.

84. Em suma, as definições de «tempo de trabalho» e de «período de descanso» são de carácter básico, de aplicação geral e condicionam as restantes disposições da directiva. Estas não estão, portanto, à livre disposição dos legisladores nacionais, que podem regular o tempo de trabalho em alguns aspectos, sendo contudo obrigados a respeitar os postulados fundamentais do acervo comunitário.

VI — Conclusão

85. Atendendo às considerações anteriores, sugiro ao Tribunal de Justiça que responda às questões prejudiciais submetidas pelo Conseil d'État (França) da seguinte forma:

«1) A Directiva 93/104/CE do Conselho, de 23 de Novembro de 1993, relativa a determinados aspectos da organização do tempo de trabalho, não se opõe a um regime de equivalência que, para efeitos de segurança e de saúde no trabalho, tem em conta todas as horas de presença do assalariado no local de trabalho, mas pondera a menor intensidade do trabalho prestado durante os períodos de inactividade.

2) Os conceitos contidos no artigo 2.º da referida directiva devem ser respeitados, em qualquer circunstância, pelas disposições nacionais que lhe dão execução.»