

O dever de ocupação efectiva

Armindo Sampaio ¹

1. INTRODUÇÃO

1.1. A evolução da concepção do trabalho

Desde o Mundo Antigo, encontram-se normas relativas ao trabalho. No entanto, não assumem especial significado, numa estrutura onde predomina o trabalho escravo e em que o trabalho livre por conta de outrem é considerado pouco dignificante.

Na Idade Média, o conceito de trabalho, marcado por uma cultura cristã, implicava uma dignidade própria. Conforme refere Bernardo Xavier, «o trabalho, envolvendo embora sofrimento, é também realização humana e colaboração na obra do Criador, e é componente da ascese que eleva o homem»². A importância social e política de quem trabalha é, evidentemente, diminuta, sobretudo no sistema feudal, mesmo nos casos em que há trabalho livre.

No período pós-Revolução Industrial, a actividade humana era um mero factor de produção, sujeita à lógica do mercado, com forte divisão social do trabalho, com tarefas especializadas e consequente perda de autonomia e consequências a nível pessoal, familiar e social do trabalhador (desemprego e tensão social).

Importa referir os contributos e ideologias que contribuíram para alterar a concepção tradicional do trabalho para a concepção assente no factor humano:

- O pensamento marxista³, orientador da maior parte dos movimentos socialistas desde o final do século XIX até aos nossos dias, nomeadamente

¹ Professor Effectivo da Academia da Força Aérea, Assistente da UAL.

² XAVIER, Bernardo Lobo — *Curso de Direito do Trabalho*. Lisboa: Universidade Católica, p. 21.

³ GIDDENS, A. — *Capitalismo e Moderna Teoria Social*, p. 38.

a análise da sociedade burguesa e das duas formas de alienação que derivam da divisão social do trabalho implicada na produção capitalista:

- alienação tecnológica ou no processo de trabalho e na actividade produtiva do trabalhador, que determina a especialização profissional como fonte da fragmentação do trabalho em tarefas rotineiras e sem interesse;
 - alienação de mercado ou relativamente ao produto do seu trabalho, feito dentro de um sistema baseado no domínio e na exploração de uma classe por outra;
- a doutrina social da Igreja, que também condenava a desumanização do sistema capitalista, afirmando os direitos fundamentais dos trabalhadores, a dignidade do trabalho, o direito ao justo salário, a necessidade de limitar a jornada de trabalho e de dar especial atenção ao trabalho das mulheres e das crianças. Entende que deve ser estimulado o associativismo profissional e exorta o Estado a intervir para evitar o trabalho em condições penosas e os salários escassos. Segundo Bernardo Xavier, «a necessidade de intervenção do Estado e a indispensabilidade de uma ideia regulativa nas relações de trabalho dão uma nova legitimidade ao nascente Direito do Trabalho»⁴;
 - o desenvolvimento nas áreas da Psicossociologia das Organizações, que alertam, cada vez mais, para a função social a desempenhar pela empresa e para a necessidade de articular a tecnologia com o social. Aliás, esta tendência, que já vem dos anos 30, foi reforçada com a Escola de Relações Humanas de Elton Mayo⁵, como reacção à abordagem clássica, dando maior ênfase ao homem e ao clima psicológico do trabalho.

⁴ XAVIER, Bernardo Lobo, *op. cit.*, p. 33.

⁵ Começa-se a dar importância à existência de uma estrutura informal que coexiste com a estrutura formal, realidade esta que a empresa não pode ignorar.

1.2. O Contrato de Trabalho

O ordenamento legal do trabalho surgiu e desenvolveu-se como uma resposta às consequências da debilidade contratual de uma das partes (o trabalhador), perante um esquema «originalmente paritário como qualquer contrato jurídico privado»⁶. Esta disparidade originária entre os contraentes deve-se a:

- diferente natureza das necessidades, que levam o empregador ao desenvolvimento de um conjunto de acções de laboração, segundo um projecto pré-definido e que passa pelos recursos humanos, e o trabalhador à dependência da prestação que recebe em contrapartida do trabalho prestado, para poder adquirir os meios necessários à subsistência própria e da família;
- condições do mercado predominantemente desfavoráveis à procura de emprego.

Mas, no próprio desenvolvimento das relações de trabalho, a debilidade do trabalhador assenta na subordinação jurídica, ou seja, na sua sujeição ao poder de direcção da entidade empregadora, que modela e dirige a actividade prestada pelo trabalhador. Assim, o poder de direcção abrange:

- poder determinativo da função, sendo esta que define a categoria profissional do trabalhador;
- poder conformativo da prestação: da espécie, características e modo de execução da prestação do trabalhador;
- poder regulamentar: deriva dos poderes de direcção e diz respeito à organização como um todo, com vista a adaptar as normas laborais às necessidades e condições da unidade produtiva em causa;

⁶ FERNANDES, Monteiro — *Noções Fundamentais de Direito do Trabalho*, 7.ª ed., Coimbra, 1991, p. 14.

- poder disciplinar: é igualmente corolário lógico do poder de direcção, tem como finalidade sancionar as faltas de observância, pelos trabalhadores, das normas e instruções do empresário e do regulamento interno.

O poder disciplinar é simultaneamente um poder e um dever. Em virtude da celebração do contrato de trabalho, o trabalhador assume, perante a outra parte, a posição de devedor de uma prestação de facto, sendo a sua obrigação principal a de executar o trabalho correspondente à profissão e categoria profissional que lhe foi atribuída, de harmonia com as ordens e instruções da entidade patronal. Além desta obrigação fundamental, o trabalhador assume certos deveres acessórios (art.º 20 da LGT), directamente relacionados com o cumprimento daquela obrigação: pontualidade e assiduidade; lealdade⁷; zelo, diligência e obediência.

No âmbito do contrato de trabalho, o trabalhador é simultaneamente devedor da prestação do trabalho e credor da remuneração. Por sua vez, a entidade patronal é simultaneamente credora da prestação de trabalho e devedora da retribuição. Estabelecem-se, assim, relações entre direitos e deveres recíprocos das partes, que relegam para segundo plano o equilibrar do posicionamento do empregador e do trabalhador, para realçar o aspecto economicista da gestão óptima de todos os recursos postos à disposição da entidade empregadora.

2. O DEVER DE OCUPAÇÃO EFECTIVA

A formulação do dever de ocupação efectiva está dependente da questão prévia de se saber se o empregador é obrigado a dar trabalho efectivo ao trabalhador ou se, pelo contrário, pode, sem justificação definida, mantê-lo inactivo e improdutivo, continuando a pagar-lhe a remuneração.

⁷ A lealdade tem duas facetas: não concorrência e dever de sigilo.

Entendia-se que, de um modo geral, a situação jurídica laboral se exauria na disponibilidade do trabalhador para trabalhar. A entidade empregadora poderia, dentro dos poderes de direcção que lhe competem, decidir atribuir, ou não, funções efectivas ao trabalhador, salvo estipulação em contrário⁸. Posteriormente, foi-se entendendo que ao trabalhador assistia uma pretensão de efectiva prestação de trabalho, podendo exigir à entidade empregadora a sua efectivação⁹.

O problema reveste-se de particular importância nos casos em que o exercício efectivo da profissão corresponde a interesses profissionais e pessoais sérios, podendo a inactividade injustificada (embora mantendo o direito à remuneração) acarretar-lhe graves prejuízos profissionais e pessoais. Apontam-se os casos de trabalhadores cujo contacto directo com o público está na base de uma determinada imagem profissional, como os actores e os profissionais de espectáculos, os desportistas, os jornalistas, locutores de rádio, etc., e, de uma maneira geral, todas as profissões em que o exercício da actividade corresponde a um factor de realização pessoal e promoção profissional do trabalhador, como quadros técnicos, engenheiros, arquitectos, advogados, etc.

Na realidade, a inactividade (mesmo remunerada) constitui, a médio e longo prazo, um factor de desvalorização pessoal e de prejuízos materiais do trabalhador. As diferentes formas de evolução do trabalhador na organização, isto é, a promoção a transferência e a promoção com transferência, para se transformarem em factores motivadores, deverão ter subjacente um bom desempenho individual. O trabalhador que não tem um bom desempenho terá de receber formação, para que, desta forma, a sua produtividade esteja de acordo com as exigências da função, as quais decorrem da análise e descrição de funções. O trabalhador que tem um bom desempenho, para além da formação necessária para a sua não desactualização e pensando em desafios futuros, deverá receber desenvolvimento. O trabalhador, ao manter-se inactivo, vê

⁸ Usos ou teor do contrato individual celebrado.

⁹ CORDEIRO, Menezes — *Manual de Direito do Trabalho*. Coimbra, 1991, p. 655.

comprometidas as suas expectativas legítimas de carreira, facto que, para além de aspectos materiais ligados à remuneração, poderá ter consequências a nível psíquico e moral. Monteiro Fernandes defende que «mesmo em geral se pode dizer que a efectivação do trabalho corresponde a interesses, pelos menos morais, de qualquer trabalhador, *maxime* quando a sua função se ajusta às suas específicas aptidões e preferências. No plano das realidades, pode decerto entender-se que a inactividade constitui um factor de desvalorização para o trabalhador. Daí que se possa afirmar, no plano dos princípios, algo de semelhante a um direito do trabalhador à ocupação efectiva correspondente à categoria para que foi contratado, à obrigação jurídica e moral do empregador de não fazer o trabalhador conformar-se simplesmente com o pagamento do salário, sem utilizar a sua capacidade trabalho, deixando-o improdutivo arbitrariamente»¹⁰.

O debate sobre a existência, ou não, do dever de ocupação efectiva parte, na maior parte dos casos, da fonte de Direito hierarquicamente superior — a Constituição da República Portuguesa. António Nunes de Carvalho¹¹, nesta linha, parte do princípio da iniciativa privada, previsto no art.º 61 da Constituição, para a afirmação de que não existe o direito a cumprir. O que existe é uma restrição ao poder patronal para tutela de um interesse relevante do trabalhador — a progressão na carreira, nos casos em que esta dependa do mérito. Se a promoção do trabalhador é prejudicada, sendo, no caso concreto, exigível uma conduta alternativa por parte da entidade patronal, aquele poderá ser indemnizado a título dos danos causados.

Menezes Cordeiro não retira as mesmas conclusões, referindo que o dever de ocupação efectiva baseia-se¹²:

- no direito ao trabalho, garantido na Constituição, no seu art.º 58;

¹⁰ FERNANDES, Monteiro — *Noções Fundamentais de Direito do Trabalho*. 3.ª ed., Coimbra, 1983, p. 141.

¹¹ CARVALHO, A. Nunes — *Sobre o dever de ocupação efectiva do trabalhador*. RDES, Julho-Dezembro, 1991, p. 322-327.

¹² CORDEIRO, Menezes, *op. cit.*, p. 656.

- no dever da entidade patronal de proporcionar ao trabalhador boas condições de trabalho (art.º 19, alíneas c) e d), da LCT), no dispositivo constitucional que garante a todos o direito à organização do trabalho em condições socialmente dignificantes, de forma a facultar a realização pessoal, e na necessidade de evitar o defraudar das regras relativas ao despedimento.

Segundo João Caupers¹³, o direito ao trabalho «reconduz, do ponto de vista prático, ao direito de dispor da capacidade para trabalhar, alienando-a, quando não se disponha de outro bem para colocar no mercado». O direito ao trabalho tem o Estado por destinatário, não podendo ser confundido com o dever de ocupação efectiva, «nem devendo ser encarado como fundamento de uma pretensão de cumprimento da prestação de trabalho dirigida ao empregador»¹⁴. A Constituição prevê, no art.º 59, o direito ao trabalho, tendo em vista, primordialmente, o direito à ocupação de um posto de trabalho¹⁵. O dever da entidade patronal de receber a prestação do trabalho não é propriamente a explicação para o dever de ocupação efectiva.

João Moreira da Silva refere que «o nosso ordenamento constitucional, ao reconhecer expressamente o direito à organização do trabalho em condições dignificantes, de forma a facultar a realização pessoal, o faz como uma manifestação inequívoca do direito ao trabalho»¹⁶. A conjugação da perspectiva dos interesses pessoais do trabalhador e do poder disciplinar da entidade patronal permite explicar a suspensão disciplinar do trabalhador com perda de remuneração (art.º 27, n.º 1, al. d), da LCT)¹⁷ como sanção mais grave que a multa¹⁸.

¹³ CAUPERS, João — *Os Direitos Fundamentais dos Trabalhadores e a Constituição*. Lisboa, 1985, p. 112.

¹⁴ MARTINS, P. Furtado — *Despedimento Ilícito, Reintegração na Empresa e Dever de Ocupação Efectiva*. Lisboa, 1992, p. 184.

¹⁵ O artigo 59, n.º 3, refere a obrigação do Estado de criar postos de trabalho.

¹⁶ SILVA, João — *Direitos e Deveres da Relação Individual de Trabalho*. Coimbra, p. 110.

¹⁷ As sanções disciplinares aplicadas pelas entidades patronais podem ir da repreensão à multa, à suspensão do trabalho com perda de remuneração e ao despedimento imediato sem qualquer indemnização.

João Moreira da Silva vai mais longe e refere também a proibição do *lock-out* (art.º 58, n.º 3, da Constituição e art.º 14 da Lei 65/77, de 26/8), que tem subjacente o facto de os trabalhadores da empresa ficarem, por motivos alheios ao seu funcionamento, impedidos de efectuarem a sua prestação.

Para Monteiro Fernandes, as normas legais e constitucionais não bastam para configurar um dever geral de ocupação efectiva a cargo da entidade patronal. No plano dos princípios, considera que este direito corresponde à categoria para que foi contratado, «não merecendo protecção as motivações¹⁹ que eventualmente possam conduzir a entidade patronal a manter o trabalhador inactivo sem justa causa»²⁰. Ressalva as situações em que a entidade patronal não pode, objectivamente, proporcionar essa ocupação efectiva. São situações especiais o encerramento temporário da fábrica (D.-L. 398/83, de 2/11)²¹, a suspensão preventiva em procedimento disciplinar (art.º 11 do D.-L. 64-A/89, de 27/2)²² e o cumprimento de pena de suspensão sem salário (art.º 27, n.º 1, al. d), da LCT), entre outras.

João Moreira da Silva é de opinião «que o nosso sistema jurídico-laboral consagra um verdadeiro direito de ocupação efectiva a cargo do empregador, cuja inobservância injustificada pode ser invocada pelo trabalhador, quando este se sinta lesado nos seus legítimos interesses, configurando um verdadeiro direito como manifestação do direito ao trabalho»²³.

zação ou compensação. No artigo seguinte, limita as sanções disciplinares: a multa, em 1/4 da retribuição, ou, em cada ano civil, 10 dias; a suspensão por cada infracção, 12 dias, num máximo de 30 dias por ano.

¹⁸ FERNANDES, Monteiro, *op. cit.*, p. 143. e SILVA, João, *Direitos e Deveres da Relação Individual de Trabalho*. Coimbra, p. 111.

¹⁹ Entende por motivação o evitar a concorrência e o prejudicar a carreira profissional do trabalhador.

²⁰ FERNANDES, Monteiro, *op. cit.*, p. 144.

²¹ O encerramento da fábrica origina a suspensão dos postos de trabalho por impedimento imputável à entidade patronal. Segundo o art.º 16, esta situação tem como limite 6 meses, se as razões forem de índole económica, e 1 ano, se o encerramento resultar de uma catástrofe natural, renováveis por período de tempo finito.

²² Num despedimento promovido pela entidade patronal, o comportamento culposos do trabalhador, pela sua gravidade, pode tornar impossível a subsistência da relação de trabalho, constituindo justa causa do despedimento, conforme exemplos enumerados no art.º 9.º De imediato, dá-se início a um processo disciplinar (art.º 10.º), podendo a entidade empregadora, depois de emitida a nota de culpa, suspender preventivamente o trabalhador, sem perda de remuneração.

²³ SILVA, João, *op. cit.*, p. 109.

Pedro Furtado Martins rejeita a construção deste dever apenas com base nas normas constitucionais e legais, entendendo que a resposta adequada terá de ser procurada através da conjugação dos princípios gerais do Direito Privado, com especial destaque para o princípio da boa fé no cumprimento²⁴, com os valores próprios do Direito do Trabalho, os quais estão subjacentes às normas atrás citadas. Partindo do princípio da boa fé, refere «pensar ser possível construir um dever geral de ocupação efectiva a cargo do empregador, o qual deverá ser configurado como um dos deveres acessórios que integram a situação jurídica de trabalho subordinado»²⁵.

Menezes Cordeiro, declarando-se partidário da tese que defende a existência de um dever da entidade empregadora de ocupar efectivamente os seus trabalhadores, desloca as bases da questão, reconduzindo-a para o Direito Civil. Considera o trabalho adstrito a uma prestação. O trabalhador, ao não ter ocupação, está a perdoar uma dívida da entidade patronal que resulta do dever de ocupação efectiva. Em termos da inserção social do trabalhador, tal facto pode resultar num atentado contra o seu bom nome e em desvantagens patrimoniais futuras. Relembra que, segundo o art.º 863 do Código Civil, o perdão de um débito (pagar a remuneração sem dar trabalho) só é possível com o acordo do devedor beneficiado. O trabalho é, nos termos constitucionais, um meio de realização pessoal²⁶, sendo cada vez mais o produto da inteligência, da perícia e da experiência das pessoas; exige prática, sendo prejudicado com a inactividade do trabalhador, e daí o direito de ocupação efectiva. Este direito assenta num dever de diligência, a cargo da entidade empregadora, de conservar o trabalhador condignamente ocupado.

Retomando a análise de António Nunes de Carvalho e conjugando-a com a análise de Menezes Cordeiro, o facto de a entidade patronal não ocupar o

²⁴ O princípio da boa fé consta do art.º 762 do Código Civil: «O devedor cumpre a obrigação quando realiza a prestação a que está vinculado. No cumprimento da obrigação, assim como no exercício do direito correspondente, devem as partes proceder de boa fé.»

²⁵ MARTINS, P. Furtado, *op. cit.*, p. 188.

²⁶ Moreira da Silva tem semelhante posição.

trabalhador, mas com má fé, a fim de o desgastar psicologicamente, facto hoje em dia muito comum em funções de alta direcção, e desta forma forçando a cessação do contrato por sua iniciativa, não precisa de colocar a questão da violação do dever de ocupação efectiva, pois claramente infringe o princípio da boa fé nos contratos em geral, previsto no art.º 863 do Código Civil. O princípio da boa fé pode, então, restringir o poder de direcção da entidade patronal nas situações em que o exercício da actividade profissional é fundamental para os interesses profissionais, como nos casos já referidos de desportistas, artistas, etc.

Nunes de Carvalho considera que o mesmo vale para os casos em que a progressão na carreira depende do mérito, e, portanto, em que o efectivo exercício de uma actividade é fundamental para que as condições da promoção sejam iguais para todos os trabalhadores, acabando por reconhecer que «pode surgir eventualmente um verdadeiro dever de ocupação efectiva», na medida em que o empregador «se encontra adstrito à obrigação de avaliar o mérito revelado pelo trabalhador e o meio normalmente mais idóneo para a efectivação desse dever será a criação das condições para que o trabalhador execute a sua prestação». Deixa em aberto a possibilidade de a entidade patronal prescindir da actividade de certo(s) trabalhador(es), os desviantes em termos de desempenho, continuando a pagar a retribuição e fundamentando «a decisão em critérios objectivos e coerentes com a razão de ser do poder de direcção patronal»²⁷.

Bernardo Xavier considera acertada a posição de Nunes de Carvalho e refere que só se poderá falar em ilicitude da entidade patronal, a este propósito, quando a conduta do empresário quebre o dever da boa fé ou constitua abuso de direito. Refere «a existência de um mirífico dever de ocupar e de fazer trabalhar às vezes quem não tem para isso oportunidade no quadro de uma boa gestão empresarial», pela qual o empresário é o principal responsável. Se a entidade empregadora paga a remuneração e não ocupa o trabalhador, investe e não tem o retorno desse inves-

²⁷ CARVALHO, A. Nunes, *op. cit.*, p. 323.

timento, pelo que a grande prejudicada é sempre a entidade patronal. Refere ainda que o dever de ocupação efectiva teria «como contrapartida lógica o direito da entidade patronal de adequar, a cada momento e sem indemnização, formalidades e avisos prévios, a mão-de-obra às necessidades produtivas da empresa: entre nós — em que ainda é vigente um bloqueio estrutural de despedimentos —, é fatal a desocupação efectiva emergente do sistema legislativo»²⁸.

3. CONSEQUÊNCIAS DA VIOLAÇÃO DO DEVER DE OCUPAÇÃO EFECTIVA

Para António Nunes de Carvalho, o dever de ocupação efectiva do trabalhador cumpre-se através da realização da prestação deste, mas não tem por objecto essa prestação, conforme já abordado. Mesmo em caso afirmativo, considera que a entidade empregadora não poderá ser condenada a receber essa prestação, mas apenas à indemnização a título dos danos causados.

Outros autores, nomeadamente Calvão da Silva²⁹ e Pedro Furtado Martins³⁰, tentam estabelecer uma analogia entre a reintegração (art.º 13, n.º 1, b), do D.-L. 64-A/89, de 27/2) e a ordem judicial de ocupação efectiva, o que os tribunais têm feito com alguma frequência. O primeiro equipara a reintegração à ordem judicial de ocupação efectiva; o segundo refere que «a assimilação entre a reintegração e o direito à ocupação efectiva começa por ser incorrecta, na medida em que envolve uma petição de princípio».

Reconhecem, no entanto, bem como os restantes autores, que o trabalhador tem a legitimidade de fazer cessar o contrato de trabalho com justa causa, recebendo a indemnização correspondente a um mês de remuneração de base por cada ano de antiguidade (art.º 35, n.º 1, c) e f), e art.º 13, n.º 3, do D.-L. 64-A/89, de 27/2).

²⁸ XAVIER, Bernardo, *op. cit.*, p. 340.

²⁹ SILVA, Calvão — *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*. 2.ª ed. Coimbra, 1987, p. 133.

³⁰ MARTINS, P. Furtado, *op. cit.*, p. 175.

Esta indemnização, calculada nos termos do n.º 3 do art.º 13, é essencialmente material e diz respeito a remunerações não auferidas, mas devidas, não havendo grande tradição no ressarcimento de danos não patrimoniais. Mais uma vez, somos levados ao Código Civil e ao art.º 483, que refere: «aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios, fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação». Dispõe, quanto a responsabilidade por danos não patrimoniais, o art.º 496, n.º 1: «Na fixação da indemnização, deve atender-se aos danos não patrimoniais que, pela sua gravidade, mereçam a tutela do Direito.» Não são enumerados os danos não patrimoniais que justificam uma indemnização. Diz-se apenas que devem merecer, pela sua gravidade, a tutela do Direito. Cabe, portanto, aos tribunais, em cada caso, dizer se o dano é, ou não, merecedor de tutela jurídica.

A indemnização por danos morais resultantes da inactividade do trabalhador só tem lugar quando do facto resultarem problemas psíquicos. Meros receios, se não tiverem consequências graves, a nível do estado psíquico do trabalhador, não merecem a tutela do Direito e, por consequência, não possuem eficácia indemnizatória.

É igualmente possível que o trabalhador requeira a condenação da entidade patronal numa sanção pecuniária compulsória, pelo incumprimento de obrigações contratuais, nos termos do art.º 829-A do Código Civil.

Conforme já foi referido, o contrato de trabalho tem um devedor, o trabalhador, que tem como obrigação colocar à disposição de outrem — a entidade patronal — a sua força de trabalho, sujeitando-se ao poder e direcção desta de dar ordens, directrizes e fazer-se obedecer (credor). Em troca da prestação de trabalho, a entidade patronal tem o dever de retribuir e, na sequência do presente relatório, de ocupar o trabalhador³¹. A obrigação do trabalhador é a de uma

³¹ Entre outros deveres contidos no art.º 19 do D.-L. 49408, de 24/11.

prestação de facto (de fazer algo), tendo como contrapartida o pagamento de uma remuneração e a obrigação da entidade patronal de o ocupar efectivamente, obrigação essa em cujo cumprimento não pode ser substituída por outrem (prestação infungível).

4. A JURISPRUDÊNCIA

O Supremo Tribunal de Justiça afirma, em acórdãos proferidos, que a jurisprudência é unânime em reconhecer o direito do trabalhador à sua ocupação efectiva.

No Acórdão da Relação de Évora de 07JAN88, para além de reconhecer o direito do trabalhador à sua ocupação efectiva, repondo a sua situação laboral e de remunerações, questiona o problema da indemnização por danos morais.

No Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 29JAN88, surge idêntico problema. A indemnização por danos morais resultantes da inactividade do trabalhador só tem lugar quando do facto resultarem problemas psíquicos. Meros receios, se não tiverem consequências graves, a nível do estado psíquico do trabalhador, não merecem a tutela do Direito e, por consequência, não possuem eficácia indemnizatória. Pelo que se constata que não é pacífica a ressarcibilidade dos danos não patrimoniais na responsabilidade contratual, mesmo em casos de despedimento ilícito, justamente a hipótese que mais justificaria essa indemnização.

Idêntica decisão consta do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 25NOV88. O receio pela carreira profissional, vago e indeterminado, não merece a tutela do Direito, por não ter tido consequências graves a nível psíquico do trabalhador.

No Acórdão de 29JAN88 já referido, o STJ considera que a violação do dever de ocupação efectiva pode fazer incorrer a entidade patronal numa sanção pecuniária compulsória, prevista no art.º 829-A do Código Civil, em caso de recusa da entidade patronal à prestação de facto (de fazer algo — dever de ocupação

efectiva). «Nas obrigações de prestação de facto infungível, positivo ou negativo, (...) o tribunal deve, a requerimento do credor, condenar o devedor ao pagamento de uma quantia pecuniária por cada dia de atraso no cumprimento, ou por cada infracção, conforme for mais conveniente às circunstâncias do caso.»

Neste Acórdão, coloca-se também no campo das hipóteses a cessação do contrato por iniciativa do trabalhador, com direito à indemnização aplicável, e não por justa causa da entidade empregadora, pois esta entidade violou o direito do trabalhador à ocupação efectiva do seu posto de trabalho.

Ponderando, de um modo geral, os acórdãos sobre a matéria, conclui-se que:

- apenas num dos três acórdãos, a decisão teve em conta os critérios da entidade patronal, relativamente à gestão das prestações de trabalho, com vista ao equilíbrio dos interesses em causa;
- os arestos recolhidos envolvem, indiferenciadamente, trabalhadores das mais diversas categorias (director de serviços, operária, bate-chapas);
- os acórdãos estabelecem uma conexão entre direito à ocupação efectiva e direito a ocupar um posto de trabalho. A entidade patronal tem o poder determinativo da função, podendo colocar o trabalhador noutra função, desde que não haja diminuição da remuneração, nem modificação substancial da posição do trabalhador. Logo, o trabalhador não tem qualquer direito a um posto de trabalho, no sentido da posição na estrutura hierárquica da empresa.

5. CONCLUSÃO

O ordenamento legal desenvolveu-se como uma resposta às consequências da debilidade contratual do trabalhador.

No contrato de trabalho, o trabalhador é simultaneamente devedor da prestação de trabalho e credor da remuneração. Por sua vez, a entidade patronal é

credora da relação de trabalho e devedora da retribuição. E será que o é relativamente à ocupação efectiva do trabalhador?

Embora não conste de nenhuma disposição legal específica, conclui-se que o nosso sistema jurídico-laboral consagra um verdadeiro dever de ocupação efectiva pela entidade patronal, cuja inobservância pode ser invocada pelo trabalhador, quando este se sinta lesado nos seus legítimos interesses.

Assim concluíram Moreira da Silva, Monteiro Fernandes — pela categoria profissional —, Furtado Martins — pelo princípio da boa fé no cumprimento dos contratos —, Menezes Cordeiro — pelo débito da entidade patronal em ocupar efectivamente o trabalhador, o qual transporta para a sociedade os resultados negativos dessa não ocupação.

Nunes de Carvalho considera, por sua vez, que não existe um dever de ocupação efectiva, mas sim uma restrição ao poder patronal para a tutela de interesses do trabalhador, como, por exemplo, a progressão na carreira. Bernardo Xavier defende esta posição e refere que, dada a situação conjuntural, este dever é lesivo dos interesses das organizações, únicos agentes prejudicados pelo não retorno de um investimento nos seus trabalhadores.

Independentemente da defesa da sua existência ou não, é inegável que é n sentido afirmativo que tende a jurisprudência. Por essa razão, é pacífica a indemnização por danos patrimoniais. Mais polémica é a ressarcibilidade por danos não patrimoniais. Apenas em casos extremos e graves, que tenham consequências a nível psíquico, a não ocupação é merecedora da tutela do Direito e, por consequência, possui eficácia indemnizatória.

Em termos conclusivos, somos de opinião que, exceptuando condições conjunturais, que se prendem, por exemplo, com dificuldades económicas, a não ocupação do trabalhador infringe o princípio da boa fé no cumprimento do contrato, forçando o trabalhador à cessação do contrato de trabalho por sua iniciativa. Esta situação tem tradução em problemas sérios a nível pessoal, com repercussões no papel do trabalhador na família e na sociedade.

Resta apenas acrescentar que o dever de ocupação efectiva poderá ser estipulado na lei ou ainda em instrumentos de relações colectivas de trabalho. Desta forma, não restarão dúvidas quanto ao dever. No entanto, a problemática da avaliação dos danos não patrimoniais sucederá à do próprio dever.

Bibliografia:

- CARVALHO, A. Nunes — *Sobre o Dever de Ocupação Efectiva do Trabalhador*. RDES, n.ºs 3/4, Julho-Dezembro, 1991, p. 322-327 ³².
- CAUPERS, João — *Os Direitos Fundamentais dos Trabalhadores e a Constituição*. Lisboa, 1985, p. 111-113.
- CORDEIRO, Menezes — *Manual de Direito do Trabalho*. Coimbra, 1991, p. 653-658.
- FERNANDES, Monteiro — *Noções Fundamentais de Direito do Trabalho*. 3.ª ed. Coimbra, 1983, p. 138-143.
- FERNANDES, Monteiro — *Noções Fundamentais de Direito do Trabalho*. 7.ª ed. Coimbra, 1991, p. 11-35.
- GIDDENS, A. — *Capitalismo e Moderna Teoria Social*. 2.ª edição. Lisboa: Editorial Presença, 1984.
- MARTINS, P. Furtado — *Despedimento Ilícito, Reintegração na Empresa e Dever de Ocupação Efectiva*. Lisboa: 1992, p. 173-192.
- SILVA, Calvão — *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*. 2.ª ed. Coimbra, 1987 ³³.
- SILVA, João — *Direitos e Deveres da Relação Individual de Trabalho*. Coimbra, p. 109-112.
- XAVIER, Bernardo Lobo — *Curso de Direito do Trabalho*. Lisboa: Universidade Católica.

³² Estes livros não foram utilizados na realização do trabalho. As indicações bibliográficas, de consulta obrigatória, em posteriores desenvolvimentos do tema, são as mencionadas quer no acórdão do STJ de 29JAN88, quer por MARTINS, P. Furtado, *op. cit.*

³³ *Id.*, *ibidem*.