



“Legislação Covid” e teletrabalho obrigatório

Duarte Abrunhosa e Sousa

Introdução

Durante a pandemia COVID-19, o conceito de teletrabalho passou a integrar o léxico gramatical dos trabalhadores numa escala global. Com efeito, o teletrabalho foi visto como uma fórmula quase mágica que permita afastar os trabalhadores dos locais de trabalho sempre que tal fosse possível. Em Portugal a preocupação foi igualmente nesse sentido. Nesta medida, todas as tarefas profissionais compatíveis acabaram por ficar, mais tarde ou mais cedo, condicionadas a uma prestação em teletrabalho.

Enquadramento do teletrabalho em Portugal

O teletrabalho consta em Portugal de regime legal complexo que foi integrado pela legislação portuguesa em 2003 com a publicação do primeiro Código do Trabalho¹, mantendo-se atualmente em vigor através do Código do Trabalho de 2009².

O teletrabalho em Portugal³ é essencialmente de natureza consensual, uma vez que pressupõe o acordo entre o trabalhador e o empregador. Contudo, o trabalhador pode impor unilateralmente o teletrabalho em dois casos particulares: (i) em situações de violência doméstica; ou (ii) tendo o(a) trabalhador(a) um filho com idade inferior a três anos. Assim, apenas o trabalhador, verificando-se estes pressupostos, tem a possibilidade de determinar a prestação de teletrabalho, quando tal seja compatível com o recurso a meios tecnológicos. Por outro lado, não existe no Código do Trabalho nenhuma previsão legal que estabeleça a possibilidade de ser o empregador a impor de forma unilateral a prestação de trabalho em regime de teletrabalho. Portanto, estamos perante um regime tendencialmente voluntário ou imposto unilateralmente sempre em benefício do trabalhador.

Pese embora existisse já um regime com alguma densidade normativa, o teletrabalho era muito pouco utilizado em Portugal até o início do confinamento em março de 2020. Os dados estatísticos apontavam para a existência de 2.464 teletrabalhadores em 2010 e apenas 805 no decurso do ano de 2014⁴. Não obstante, admitimos a existência de trabalhadores informais neste regime, ainda que de forma parcial.

¹ Cfr. Lei n.º 99/2003, de 27 de agosto.

² Cfr. Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro.

³ Para uma abordagem mais estruturada sobre o regime de teletrabalho em vigor, cfr. Sousa Duarte Abrunhosa, *O enquadramento legal do teletrabalho em Portugal*, Revista Derecho Social y Empresa, n.º 6, 2016, Ed. Dykinson, p. 136-153; Sousa, Duarte Abrunhosa, *Telework and Labor Conditions in Portugal*, IUSLabor 2/2017, p. 46-51, disponível em <https://www.upf.edu/web/iuslabor/2/2017>;

⁴ Cfr. Livro Verde sobre Relações Laborais, Gabinete de Estratégia e Planeamento do Ministério do Trabalho, Solidariedade e Segurança Social, Guilherme Dray (Coord.), 2016, p. 177. Este documento contém a evolução dos contratos de teletrabalho entre os anos de 2010-2014 com base na informação prestada pelos empregadores nos quadros de pessoal.

Em termos de conceito, teletrabalho consiste na prestação laboral realizada pelo trabalhador em cumprimento dos seguintes três requisitos, aparentemente cumulativos: i) regime de subordinação jurídica; ii) habitualmente fora da empresa; e iii) com recurso a tecnologias de informação e de comunicação. Não se retira do regime legal a impossibilidade de aplicar um regime de teletrabalho misto ou parcial⁵. Desta forma, admitimos ser possível a execução de um contrato de trabalho não só em teletrabalho, como também no local de trabalho em dias diversos. Por outro lado, o legislador nacional revela alguma atenção quanto aos problemas de isolamento do trabalhador e quanto à propriedade dos instrumentos de trabalho enquanto fatores distintivos deste tipo de prestação de trabalho.

Este regime de trabalho não foi concebido, naturalmente, para o trabalhador desempenhar a sua atividade a partir de casa e ao mesmo tempo fazer o acompanhamento escolar dos filhos. Pelo contrário, o objetivo passa por garantir que o trabalhador possa prestar a sua atividade laboral em local diverso da empresa recorrendo a meios tecnológicos, afastando-se, por esta via, do conceito de trabalho no domicílio. Desta forma, é possível uma relação de trabalho não estar dependente da alocação a um local de trabalho tradicional. O teletrabalho é um instrumento que faculta esta possibilidade no Código do Trabalho.

Deste modo, tendo em conta as características desta prestação de trabalho, tornou-se natural que fosse encarada pelo legislador como uma solução para integrar de forma célere a deslocação de trabalhadores dos locais de trabalho tradicionais, para as respetivas casas num contexto de pandemia. Veremos, então, a evolução das diversas soluções legais encontradas a partir do início do confinamento.

Teletrabalho INTEGRADO na legislação COVID

No dia 03.03.2020, foi publicado o Despacho n.º 2875-A/2020. Em contexto de impacto inicial da pandemia⁶ em Portugal, este diploma adotou medidas para acautelar a proteção social dos beneficiários que se encontrassem impedidos, temporariamente, do exercício da sua atividade profissional por ordem da autoridade de saúde, devido a perigo de contágio pelo COVID-19. Desta forma, nos termos deste diploma, ficou reconhecido que o impedimento temporário do exercício da atividade profissional por parte de um trabalhador em situação de perigo de contágio de COVID-19, é equiparado a doença com internamento hospitalar, para efeitos do Decreto-Lei n.º 28/2004, de 4 de fevereiro. Assim, não ficou a atribuição do subsídio de doença sujeita a prazo de garantia, índice de profissionalidade e período de espera, desde que tal facto fosse reconhecido por autoridade de saúde. Por este motivo, sendo determinada a obrigação de isolamento profilático, os trabalhadores passaram a estar abrangidos por um regime que estabelecia o pagamento integral da retribuição pelo período de 14 dias iniciais⁷ e parcial no período posterior⁸.

Apesar da iniciativa legislativa no sentido de garantir a redução de contágio através do regime remunerado do isolamento profilático, foi criado um regime excecional para os trabalhadores que possam exercer a sua atividade profissional através de *mecanismos alternativos de prestação de trabalho*, incluindo aqui o teletrabalho. Assim, de acordo com o art. 2.º do Despacho n.º 2875-A/2020, de 3 de março, ficou legalmente reconhecido que este regime não se aplica a esta tipologia de trabalhadores. Consequentemente, trabalhadores que possam trabalhar através de mecanismos

⁵ Neste sentido temos também Guilherme Dray (cfr. Código do Trabalho Anotado, Almedina, 9.ª Edição, 2013, p. 419) e o nosso *O enquadramento..., ob. cit.*, p. 141.

⁶ Ainda não decretada à data pela Organização Mundial de Saúde.

⁷ Cfr. art. 1.º, al. a) do Despacho e art. 16.º, n.º 3 do decreto-Lei n.º 28/2004, de 4 de fevereiro.

⁸ Cfr. art. 1.º, al. b) e art. 16.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 28/2004, de 4 de fevereiro.

alternativos de prestação de trabalho, não poderiam beneficiar destas ausências remuneradas. Neste contexto, o teletrabalho aparece de forma meramente exemplificativa, pelo que o pagamento do isolamento profilático ficou reservado apenas para os trabalhadores que necessitavam de prestar a sua atividade laboral no local de trabalho. *A contrario*, um teletrabalhador tinha legalmente a obrigação de trabalhar caso ocorresse este impedimento temporário.

Posteriormente, foi publicado o Decreto-Lei 10-A/2020, de 13 de março, que estabeleceu um conjunto de medidas excecionais e temporárias relativas à situação epidemiológica do COVID-19. Esta foi, aliás, uma iniciativa legislativa promovida apenas dois dias depois da Organização Mundial de Saúde ter classificado a COVID-19 como uma pandemia. Por forma a permitir uma compensação para as faltas de trabalhadores motivadas por assistência inadiável a filho ou outro dependente a cargo menor de 12 anos, ou, independentemente da idade, com deficiência ou doença crónica, decorrentes de suspensão das atividades letivas e não letivas presenciais em estabelecimento escolar ou equipamento social de apoio à primeira infância ou deficiência, foi criado um apoio excecional à família para trabalhadores por conta de outrem e para trabalhadores independentes. No entanto, este apoio não era concedido se fosse possível aos trabalhadores prestar atividade de outra forma, nomeadamente teletrabalho. Por um lado, constatamos que os trabalhadores que possam prestar a atividade em teletrabalho, verificando a necessidade prevista o art. 22.º do Decreto-Lei 10-A/2020, de 13 de março, são obrigados a garantir o acompanhamento escolar e a prestação laboral. O legislador presume que, nestes casos, o trabalhador tem a capacidade e a obrigação de executar as duas tarefas. Por outro lado, o legislador usou de forma igual o conceito de teletrabalho não só para o contrato de trabalho subordinado, como também para os trabalhadores independentes. Portanto, sendo o contrato de teletrabalho uma modalidade de contrato de trabalho, a identificação deste conceito parece ser imprecisa⁹. Até porque um trabalhador independente que possa prestar a sua atividade através de meios tecnológicos a partir do seu domicílio, não está abrangido pelo regime de teletrabalho previsto no Código do Trabalho.

Acresce ainda que este diploma determinou a imposição de formas alternativas de trabalho. Registe-se que o legislador abandonou a expressão *mecanismos alternativos de prestação de trabalho* para identificar *formas alternativas de trabalho*¹⁰. Porém, acaba por limitar-se a identificar o teletrabalho, salvaguardando que, durante a sua vigência, o regime de prestação subordinada de teletrabalho podia ser determinado unilateralmente pelo empregador ou requerida pelo trabalhador, sem necessidade de acordo das partes, desde que compatível com as funções exercidas. Desde logo, ao contrário do previsto regime excecional previsto no art. 23.º e art. 24.º, aqui a imposição unilateral de teletrabalho apenas ocorre nas relações de prestação de teletrabalho subordinada excluindo os trabalhadores independente. Para além disso, pela primeira vez foi criado um regime através do qual o empregador poderia impor de forma unilateral o teletrabalho. Já o trabalhador ficou aparentemente com uma terceira via para poder determinar a prestação de teletrabalho. Para além disso, não deixa de ser surpreendente que tenha havido uma opção diferente na construção da norma, uma vez que o teletrabalho podia ser determinado unilateralmente pelo empregador, mas apenas tinha de ser requerido pelo trabalhador. Se o trabalhador podia requerer, significa que teria de haver deferido. No entanto, aparentemente, não há necessidade de acordo das partes. Por este motivo, é possível questionar se tinha de haver deferimento por parte do empregador face ao pedido do trabalhador. Até porque a possibilidade de o trabalho ser prestado em regime de teletrabalho pode não ser consensual.

⁹ Na verdade, parece resultar alguma falta de atenção da própria elaboração do diploma, face à urgência da sua publicação que levou a que a mesma gralha fosse reproduzida em Diário da República, não só no seu art. 23.º, n.º 3, como também no art. 24.º, n.º 5. Por outras palavras, a intenção do legislador foi recorrer a um conceito empírico de teletrabalho sem recorrer àquele que resulta do Código do Trabalho.

¹⁰ Cfr. art. 29.º.

Isto leva-nos a outro problema, o teor dos art. 23.º, 25.º e 29.º do Decreto-Lei 10.º-A, de 13 de março, pressupõe que seja fácil identificar que uma prestação de trabalho possa ser executada através de meios tecnológicos. Contudo, tal pode não ser o caso. Por outro lado, cumpre questionar se face a estas circunstâncias basta a verificação da compatibilidade da atividade profissional ou é necessário ter em conta a situação concreta do trabalhador. Imaginemos o cenário de um trabalhador que teoricamente pode laborar através de meios tecnológicos (por exemplo, central de atendimento de apoio informático), só que no caso concreto não o pode fazer porque tem um apartamento pequeno onde vive com a mulher, dois filhos gémeos de 6 meses e os sogros, não possuindo nenhuma divisão com privacidade. Parece-nos que o legislador quis apontar para uma solução onde bastaria o enquadramento abstrato da atividade profissional em teletrabalho. No entanto, a prática, em contexto de pandemia, demonstra que nem sempre tal será possível. Por este motivo, entendemos que estes três artigos deveriam pressupor sempre a possibilidade de aplicação do teletrabalho em concreto.

Nos termos do disposto no Decreto-Lei 10.º-A, de 13 de março, conseguimos retirar uma abordagem ao regime de teletrabalho que não respeita a sua verdadeira natureza. A prestação de teletrabalho não é compatível com acompanhamento escolar ou com um contexto que não permita a sua execução efetiva. Portanto, esta abordagem teve apenas uma finalidade: garantir que a maioria dos trabalhadores comesçassem a trabalhar a partir de casa para evitar o aumento do contágio. A modalidade contratual deverá ter parecido a melhor solução do ponto de vista empírico. No entanto, esta foi a verdadeira finalidade. Nesta medida, não nos parece que tivesse ficado afastada a possibilidade de se poder integrar a possibilidade da prestação de trabalho poder ser realizada a partir de casa sem meios tecnológicos, um pouco à semelhança de regime de trabalho ao domicílio. Imagine-se, por exemplo, um trabalhador que se dedica a bordar manualmente artigos têxteis e que o pode fazer a partir de casa. Nada impediria que as partes garantissem a prestação desta atividade fora do local de trabalho.

A intensidade do crescimento da pandemia fez com que fosse decretado o Estado de Emergência com efeitos a partir do dia 22.03.2020¹¹. Assim, foi publicado o Decreto n.º 2-A/2020, de 20 de março que procedeu à execução desta declaração do Estado de Emergência. Aqui houve um evidente aumento da intensidade normativa quanto ao teletrabalho, uma vez que foi determinado que passaria a ser obrigatória a adoção do regime de teletrabalho, independentemente do vínculo laboral, sempre que as funções em causa o permitissem. Ou seja, de forma gradual, o legislador foi referindo o conceito de teletrabalho até identificar este regime como obrigatório. Por outras palavras, deixou de ser possível ao trabalhador impor o teletrabalho ou o trabalhador requerer. Face ao exposto, mantém-se a dúvida sobre a possibilidade de prestação de trabalho ser possível, nomeadamente quanto à dicotomia entre compatibilidade em abstrato ou em concreto. Para além disso, existe ainda a dúvida quanto à possibilidade desta imposição incluir todas as outras profissões que possam ser realizadas a partir de casa, mas sem recurso a meios tecnológicos.

Relativamente aos trabalhadores do sector público, o regime previsto neste diploma encaminhava para uma solução diferente. Assim, ficou previsto que poderia o membro do Governo responsável pela área da Administração Pública, com faculdade de delegação, determinar a definição de orientações sobre teletrabalho, designadamente sobre as situações que impõem a presença dos trabalhadores da Administração Pública nos seus locais de trabalho, bem como sobre a compatibilidade das funções com o teletrabalho. A dimensão dada a este enquadramento legal acabou por ser diferente daquela encontrada no âmbito do sector privado. Houve uma clara intenção de regulamentar de forma direta o teletrabalho em contexto de pandemia apenas no sector público.

¹¹ Cfr. Decreto do Presidente da República n.º 14-A/2020, de 18 de março.

Nesta esteira, foi publicado o Despacho n.º 3614-D/2020, de 23 de março, que definiu as orientações para os serviços públicos em cumprimento do Decreto n.º 2-A/2020, de 20 de março.

Assumia-se neste Decreto que o teletrabalho se apresenta como uma solução que permite manter genericamente o funcionamento e a qualidade dos serviços públicos, sendo, por este fator, a sua adoção obrigatória sempre que as funções em causa o permitissem. À partida, estas orientações base não foram muito além daquilo que resultava já para o sector privado. No entanto, algumas orientações específicas ajudam a orientar o caminho pretendido pelo sector público. Desde logo, ficou determinado que são consideradas compatíveis com o teletrabalho todas as funções que possam ser realizadas fora do local de trabalho e através do recurso a tecnologias de informação e de comunicação. Portanto, parece afastar-se a possibilidade de uma atividade profissional que pudesse ser desempenhada em casa sem que fosse necessário recorrer a meios tecnológicos. Por outro lado, constavam destas recomendações algumas regras que já fazem parte do regime geral de teletrabalho como a atribuição dos mesmos direitos, deveres e obrigações dos restantes trabalhadores, com a garantia de igualdade de tratamento e o respeito pela privacidade do teletrabalhador. No entanto, ao contrário do que resulta do regime de teletrabalho, resulta das orientações que a prestação laboral tenha de ser realizada no domicílio do trabalhador. Este fator parece ser bastante reducionista, uma vez que o teletrabalho tradicional tem como critério a prestação de trabalho habitualmente fora da empresa. Portanto, a orientação vai no sentido de o trabalhador ficar condicionado nas suas opções de gestão de espaço onde executa a sua prestação laboral.

Os instrumentos de teletrabalho também são objeto destas orientações. Nesta medida, de acordo com o Despacho n.º 3614-D/2020, de 23 de março, estes instrumentos *podem* ser disponibilizados pelo empregador público. No entanto, *quando tal não for possível*, o teletrabalho pode ser realizado através dos meios que sejam detidos pelo trabalhador. Apesar de tudo, foi determinado que era responsabilidade do empregador público a devida programação e adaptação às necessidades inerentes à prestação do teletrabalho. Portanto, assumiu-se que havendo impossibilidade material de fornecer instrumentos de trabalho aos teletrabalhadores em contexto de pandemia, ainda assim, apesar de ser necessário recorrer a meios detidos pelo trabalhador, a obrigação de implementação seria do empregador público. Ademais, resulta ainda deste Despacho uma solução surpreendente por assumir uma posição diversa daquela assumida pelo ministério responsável pelo pelouro do trabalho quanto ao subsídio de refeição. Com efeito, a orientação vai no sentido que a manutenção do pagamento do subsídio de refeição se mantém para compensar as despesas inerentes ao teletrabalho obrigatório. Ou seja, presume-se aqui que o diploma difunde a ideia que tal pagamento não é devido em contexto de teletrabalho, solução essa que não é consensual.

Com o fim do Estado de Emergência, foi reduzida a pressão no sentido de os trabalhadores trabalharem fora dos locais de trabalho. Nesta medida, foi publicada a Resolução do Conselho de Ministros n.º 33-A/2020, de 30 de abril que declarou a situação de calamidade, no âmbito da pandemia da doença COVID-19. Desde logo, esta resolução determinava em geral que a *população dev[ia] procurar cumprir um dever cívico de recolhimento domiciliário, dando primazia às atividades, decisões e deslocações que não impliquem um contato social alargado*. Neste contexto, era determinado que os trabalhadores deveriam manter-se em teletrabalho sempre que as funções desempenhadas o permitissem, independentemente do vínculo laboral.

Posteriormente, com o Decreto-lei 20/2020, de 1 de maio, foram alteradas as medidas excepcionais e temporárias relativas à pandemia da doença COVID-19. Uma vez mais o teletrabalho foi usado como ferramenta para garantir que a prestação de trabalho deixasse de ser prestada no local de trabalho. Neste caso, ficou determinado um regime excepcional para os trabalhadores de grupos de risco. Por este motivo, foi determinada a possibilidade dos trabalhadores imunodeprimidos ou

portadores de doença crónica poderem faltar ao trabalho mediante declaração médica, apenas no caso de não poderem desempenhar a sua atividade em regime de teletrabalho ou outras formas de atividade. Assim, o objetivo do legislador foi impor a prestação de teletrabalho a trabalhadores de risco cujo empregador iniciasse o processo de regresso aos locais de trabalho. Por outro lado, permitiu assegurar que estes trabalhadores pudessem justificar a sua ausência quando a prestação de trabalho tivesse que ser realizada nas instalações da empresa.

Também neste despacho contemplou ainda a necessidade de o membro do Governo responsável pela área da Administração Pública, com faculdade de delegação, poder determinar orientações sobre teletrabalho, *designadamente sobre as situações que impõem a presença dos trabalhadores da Administração Pública nos seus locais de trabalho, bem como sobre a compatibilidade das funções com o teletrabalho.*

Com a redução do número de contaminações no verão de 2020, o teletrabalho deixou de ser imposto por lei, aplicando-se o regime legal previsto no Código do Trabalho. No entanto, o crescimento de infeções com a COVID-19 levou à publicação do Decreto-lei n.º 79-A/2020, de 1 de outubro. Esta diploma estabeleceu um regime excepcional e transitório de reorganização do trabalho e de minimização de riscos de transmissão da infeção da doença COVID-19 no âmbito das relações laborais. Só que este diploma veio determinar a promoção do trabalho em regime de teletrabalho, sempre que a natureza da atividade o permita. Com o aumento do número de casos este diploma evoluiu para um contexto em que o teletrabalho se transformou em obrigatório nas regiões do país com riscos mais elevados de infeção (com base no número de infetados por cada 100 mil habitantes). Este critério foi ainda mais apertado no caso de trabalhadores imunodeprimidos.

O crescimento do número de casos após o natal de 2020 e com o novo decretar do Estado de Emergência, o teletrabalho tornou-se novamente obrigatório de forma transversal. Durante o mês de março de 2021 foi anunciado pelo governo que o teletrabalho seria obrigatório até o final do ano. Contudo, este entendimento não teve repercussão legal, uma vez que o legislador se limitou a prorrogar os efeitos do mencionado Decreto-Lei n.º 79-A/2020, de 1 de outubro. Ou seja, cessando o Estado de Emergência, o teletrabalho será apenas obrigatório nas regiões de risco mais alto de infeção.

Conclusões

O teletrabalho previsto na “legislação COVID” face à sua evolução apenas comporta a sua designação, mas não deve ser acompanhado pelo regime previsto no Código do Trabalho, salvo nas situações expressamente previstas. O objetivo desta legislação foi afastar do local de trabalho todas as funções compatíveis, portanto, num cenário de pandemia, até poderia ser afastado o elemento tecnológico como critério de aplicação.

Nesta medida, entendemos que não são aplicáveis as regras previstas no Código do Trabalho quanto ao teletrabalho. Até porque este teletrabalho é igualmente aplicável a relações de trabalho não subordinado que não estão vinculados à legislação laboral em sentido estrito.

Por fim, devemos reconhecer que a experiência de um teletrabalho obrigatório impactou não só na organização dos empregadores que tiveram de ajustar a sua atividade a uma nova realidade, mas também aos trabalhadores que tiveram de se adaptar a trabalhar num ambiental exclusivamente virtual.