

A REFORMA LABORAL CONTÍNUA

Pelo Doutor António Monteiro Fernandes

SUMÁRIO:

§ 1. Observações preliminares. § 2. A correcção de inconstitucionalidades. § 3. As renovações extraordinárias de contratos a termo. § 4. A redução das compensações por cessação do contrato de trabalho e os fundos de compensação e garantia. § 5. O procedimento de combate ao trabalho falsamente autónomo. § 6. Duas notas finais.

§ 1. Observações preliminares

1. Perante a publicação da grande reforma de 2012 — contida na Lei 23/2012, de 25 de Junho —, seria lícito pensar-se que estaria completo o ciclo das alterações ao Código do Trabalho, fundadas em compromissos assumidos no âmbito do *Memorando de Entendimento* de 2011 ou, simplesmente, na viragem ideológica que a acção governativa revelou por essa mesma altura. A codificação das normas de trabalho, considerada por muitos, ao longo do tempo, como indesejável (além de demasiado difícil) por introduzir um factor de immobilismo numa legislação que se quer adaptável, já tinha, entretanto, manifestado clara compatibilidade com toda a sorte de ajustamentos e até inflexões político-jurídicas. A própria sucessão entre versões do Código — ela mesma resul-

tante da diversidade de modulações regulatórias entre duas distintas maiorias parlamentares — tinha decorrido sem dificuldades de maior, ainda que ao preço de um emaranhado de disposições transitórias e revogatórias, algumas destas sob condição suspensiva⁽¹⁾. E a verdade é que a codificação não perdeu textura com a reforma de 2012, apesar do carácter penetrante que esta assumiu. De facto, com a Lei 23/2012, operou-se não só um conjunto de modificações pontuais ao Código — em execução de medidas contempladas no *Memorando* e/ou no *Compromisso sobre o Crescimento, a Competitividade e o Emprego* estabelecido, já no início de 2012, no quadro da concertação social — mas, sobretudo, uma inversão da política legislativa em matéria laboral, em vários sentidos desfavoráveis aos interesses dos trabalhadores nas relações de trabalho: acentuação da individualização das condições de trabalho, derrogabilidade de regimes de protecção anteriormente imperativos, redução de diversos benefícios económicos (acréscimos remuneratórios por trabalho suplementar, compensações por cessação do contrato de trabalho e de tempos de descanso), facilitação de despedimentos por motivo não disciplinar, anulação dos regimes convencionais anteriores que fossem mais favoráveis aos trabalhadores⁽²⁾. A situação de “emergência financeira” declarada em 2011 e a evolução desfavorável do mercado de trabalho — a taxa de desemprego subiu rapidamente aos dois dígitos e situava-se, em meados de 2013, acima dos 17% — forneceram um quadro favorável a essa profunda mudança de orientação do ordenamento legal, ao ponto de se ter passado a falar da entrada em cena de um “novo” legislador do trabalho, com a missão de produzir um “direito do trabalho regressivo”. Como se observou atrás, o Código do Trabalho não perdeu textura, mas mudou claramente de substância. A magnitude dessa manobra legislativa seria de molde a gerar a expectativa de que um

(¹) Recorde-se, com efeito, a trama labiríntica do art. 12.º da Lei 7/2009, de 12 de Fevereiro, que aprovou o Código desse ano.

(²) Sobre o conteúdo dessa manobra legislativa, pode ver-se ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *A “reforma laboral” de 2012 — Observações em torno da Lei 23/12*, Revista da Ordem dos Advogados, Abr-Set 2012, pp. 545 e segs.; JORGE LEITE, *A reforma laboral em Portugal*, Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, n.º 34 (2013), pp. 1 e segs.

período de estabilidade normativa iria seguir-se. No entanto, não foi isso que ocorreu.

2. Duas ordens de razões convergiram no sentido de manter vivo o fluxo de alterações legislativas nesse domínio.

A primeira resultou de conveniências atinentes ao próprio desenvolvimento da reforma pretendida⁽³⁾: por um lado, a necessidade de atenuar ou gradualizar o efeito traumático de algumas das alterações contempladas no *Memorando* e/ou no *Compromisso*, em especial as referentes à radical modificação dos factores de cálculo das compensações por cessação do contrato de trabalho⁽⁴⁾; por outro, o imperativo de conceber e estruturar (com notórias dificuldades de vária ordem) um instrumento de aligeiramento dos encargos patronais em caso de cessação de contratos (e também de garantia do recebimento das compensações pelos trabalhadores), já várias vezes referido em documentos programáticos anteriores: o “fundo de compensação do trabalho ou mecanismo equivalente”⁽⁵⁾; enfim, a conveniência de prolongar no tempo a aplicação de algumas medidas “de emergência”, como a permissão da renovação extraordinária de contratos a termo ou a suspensão dos regimes convencionais mais favoráveis, nomeadamente em matéria de acréscimos remuneratórios por trabalho suplementar.

⁽³⁾ Haverá que atribuir um lugar à parte à Lei 47/2012, de 29 de Agosto, que, entre outras matérias, alterou as normas do Código do Trabalho respeitantes às condições de admissão de jovens ao emprego.

⁽⁴⁾ Iniciado esse processo com a Lei 53/2011, de 14 de Outubro, referente apenas aos contratos de trabalho futuros (relativamente a esses, a compensação passava a ser de 20 dias de retribuição base mais diuturnidades por mês de antiguidade, com o limite de 12 meses, ele foi continuado pela Lei 23/2012, que estendeu a regra a todos os contratos, e concluído (ao menos por agora) pela Lei 69/2013, de 30 de Agosto, que reduziu de 20 para 12 dias o primeiro factor de cálculo.

⁽⁵⁾ A ideia aparece referida, e até algo pormenorizada, no *Acordo Tripartido* celebrado, no âmbito da concertação social, em Março de 2011, e ao qual são feitas, neste e noutros pontos, referências directas no *Memorando de Entendimento* elaborado pouco depois. Também o *Compromisso* celebrado em Janeiro de 2012 retomou o tema. Finalmente, a Lei 70/2013, de 30 de Agosto, estabeleceu os regimes, não de um, mas de dois fundos: o “fundo de compensação do trabalho” e o “fundo de garantia de compensação do trabalho”. Estas designações são de tal modo enigmáticas que a natureza de tais figuras só pode ser descortinada através da leitura do diploma.

A segunda ordem de explicações para a continuidade do fluxo legislativo encontra-se no facto de o Tribunal Constitucional ter, já em 2013, mais de um ano após a publicação da Lei 23/2012, emitido um acórdão⁽⁶⁾ em que se declarou a inconstitucionalidade de algumas das normas contidas nessa lei, impondo a repristinação dos textos anteriores ou a correcção dos novos. Essa importante decisão teve, em todo o caso, um impacto reduzido na globalidade da reforma legislativa empreendida a partir de 2011. Desde logo, e ao contrário da versão mais corrente segundo a qual o Tribunal Constitucional teria assumido um papel obstrutivo da política legislativa em execução, o acórdão assenta num conjunto de pressupostos e de referenciais decisórios que patenteia clara homogeneidade com o pensamento do legislador⁽⁷⁾. Surpreendentemente, o quadro de “emergência financeira” e os “compromissos” assumidos para a superar — incluindo os objectivos de “aumento da produtividade e da competitividade da economia”⁽⁸⁾ — surgem investidos de materialidade constitucional e, o que não é de menor importância, elevados a uma prioridade geral e sistemática sobre os direitos e garantias dos trabalhadores explicitamente consagrados na Lei Fundamental. Só os derradeiros pilares do Estado de Direito — a igualdade e a protecção da confiança — são tomados em conta, no referido acórdão, como imperativos insuperáveis na escolha dos meios de combate à “crise”. Depois, a verdade é que só uma parte muito reduzida das alterações legislativas constantes da Lei 23/2012 mereceu a censura do Tribunal Constitucional. Neste ponto, a decisão serviu também para evidenciar até que ponto são infundadas as críticas dirigidas à Constituição portuguesa, por nela se querer ver obstáculos intransponíveis à “flexibilização laboral”.

(6) Acórdão TC n.º 602/2013, de 20 de Setembro, acessível em <www.dgsi.pt>.

(7) Veja-se uma breve demonstração no nosso *O Tribunal Constitucional perante a “reforma laboral” de 2012*, JURISMAT, n.º 4, 2014, pp. 149 segs.

(8) A dado passo do acórdão, na fundamentação de uma das decisões de conformidade constitucional — sobre a suspensão de cláusulas das convenções colectivas referentes ao trabalho suplementar —, lê-se o seguinte: “também se mostra adequada, necessária e equilibrada em vista da salvaguarda de *interesses constitucionalmente relevantes como o cumprimento das metas e compromissos assumidos internacionalmente no quadro do MoU e a própria competitividade da economia nacional*” (itálico nosso).

Como se disse, a reforma de 2012 representou uma autêntica inversão de marcha na evolução do sistema regulador das relações de trabalho. Perante ela, um Tribunal Constitucional suspeito de “activismo judiciário” e de procurar a “judicialização da política” produziu uma decisão claramente “mínima”, que pouca influência teve na nova configuração do ordenamento laboral. De qualquer modo, como se disse atrás, ela determinou a necessidade de legislação correctiva.

§ 2. A correcção de inconstitucionalidades

3. Pela sua importância e dimensão, vale a pena considerar, em primeiramente, as novas medidas legislativas destinadas a dar execução à decisão do Tribunal Constitucional.

Recorde-se que essa decisão compreendia a declaração de inconstitucionalidade de algumas alterações aos regimes das duas modalidades de despedimento individual não disciplinar: o despedimento por extinção do posto de trabalho e o despedimento por inadaptação do trabalhador. Tratava-se, em suma, daquilo que qualificámos como “uma incursão experimental num domínio vedado”⁽⁹⁾, uma de várias operações do mesmo tipo empreendidas desde os anos oitenta, consistentes em tentativas mais ou menos imaginativas de superar os obstáculos constitucionais à liberdade de despedir. A frustração de tais tentativas quase nunca foi total: se os aspectos mais salientes e ostensivos têm sido erradicados por rotundas declarações de inconstitucionalidade, sempre ficou um resíduo mais ou menos importante — por vezes, estrategicamente *muito* importante — que se traduz num avanço significativo daquela prerrogativa patronal⁽¹⁰⁾. Tal foi, mais uma vez, o saldo da “incursão” tentada com a Lei 23/2012.

⁽⁹⁾ Cf. o nosso *O Tribunal Constitucional perante a “reforma laboral” de 2012*, cit., p. 156.

⁽¹⁰⁾ Esclareça-se que alguns desses avanços eram indispensáveis, dado o carácter disfuncional (ou até mesmo contraproducente) que as normas repressivas do despedimento

Tanto no respeitante ao despedimento por extinção do posto de trabalho como quanto ao despedimento por inadaptação, o legislador de 2012 pretendeu eliminar o ónus de *repêchage* — tentativa de oferecer ao trabalhador ocupação alternativa — que o regime legal dessas modalidades sempre impôs ao empregador⁽¹¹⁾. Entendendo, de modo unânime, que essa alteração vulnerava a exigência constitucional de justa causa de despedimento, o Tribunal Constitucional não teve dúvidas em considerá-las inconstitucionais, por violação do disposto no art. 53.º da Lei Fundamental.

A reprivatização automática dos textos alterados (arts. 368.º/4 e 375.º/1-*d*)) decorreria, como é sabido, da mera aplicação do disposto no art. 282.º/1 da Constituição. No entanto, a Lei 27/2014, de 8 de Maio, veio tornar incontroverso esse retorno aos textos anteriores, convertendo a reprivatização em nova alteração ao enunciado das referidas disposições, no teor que lhes tinha conferido a Lei 23/2012.

Creemos que, sob a aparência de uma operação de simples ajustamento de textos, normativamente neutral, existe algo mais, um “resíduo” útil na perspectiva da estratégia de aligeiramento do regime dos despedimentos. O ponto diz respeito ao despedimento por inadaptação do trabalhador.

assumiam, na fórmula estabilizada em 1976. Era, nomeadamente, forçoso admitir — sem vulneração do critério constitucional da justa causa de despedimento — hipóteses de resolução do contrato de trabalho pelo empregador com fundamentos não disciplinares, o que só foi possível, após forte controvérsia constitucional e política, com o Decreto-lei 64--A/89, de 27 de Fevereiro.

⁽¹¹⁾ A formulação correspondente a essa vinculação não é igual para as duas modalidades. Quanto à primeira (extinção do posto de trabalho), o art. 368.º/4 dispõe: “uma vez extinto o posto de trabalho, considera-se que a subsistência da relação de trabalho é praticamente impossível quando o empregador não disponha de outro compatível com a categoria profissional do trabalhador” — é, pois, directamente evidenciada a inerência dessa condição à verificação de justa causa. Já para a segunda modalidade (inadaptação do trabalhador), a fórmula legal, constante do art. 375.º/1-*d*), surge, aparentemente, desligada dessa verificação: o despedimento “só pode ter lugar” desde que (entre outras condições cumulativamente exigidas) “não exista na empresa outro posto de trabalho disponível e compatível com a qualificação profissional do trabalhador”. O resultado, porém, é exactamente o mesmo, pois o conjunto das condições requeridas pelo art. 375.º/1 não é mais do que o pressuposto da verificação da justa causa de despedimento. Há, no entanto, um “resíduo”, como adiante se notará.

É sabido que, na sua versão anterior à reforma laboral de 2012, o Código do Trabalho previa e regulava somente a possibilidade de despedimento por “inadaptação superveniente do trabalhador ao posto de trabalho” (art. 373.º) numa situação particular: a de terem sido “introduzidas modificações no posto de trabalho” (art. 375.º/1-a)). A resolução do contrato pelo empregador era justificada pela irremediável incapacidade de ajustamento do trabalhador ao posto de trabalho *modificado*. Para que tal justificação se tornasse irrefragável, a lei formulava exigências adicionais, uma das quais era (e é) a da tentativa de recolocação do trabalhador (*repêchage*), aludida na al. *d*) desse mesmo artigo. A tentativa de eliminação desta alínea (pela Lei 23/2012) foi, como se disse, frustrada pelo Tribunal Constitucional, e a Lei 27/2014 encarregou-se de a repor formalmente.

No entanto, a Lei 23/2012 “criou”, como é também sabido, uma outra modalidade de “inadaptação superveniente”: a que se manifeste, *sem modificação do posto de trabalho*, pela “modificação substancial da prestação realizada pelo trabalhador” (art. 375.º/2-a)), isto é, pela redução da qualidade e/ou do rendimento da prestação de trabalho, *sem culpa* de nenhuma das partes. Reentrou assim no sistema a possibilidade do despedimento individual por *perda de aptidões* do trabalhador, que estava excluída desde 1976.

Esta modalidade apareceu, na Lei 23/2012, subordinada a um conjunto de requisitos (elencados no art. 375.º/2), *entre os quais se não contava o ónus da tentativa de recolocação*. A reposição dessa exigência, pela Lei 27/2014, para cumprimento da decisão do Tribunal Constitucional, diz apenas respeito à modalidade de despedimento por inadaptação *que já existia* e sobre cujo regime a Lei 23/2012 tinha agido de modo considerado inconstitucional, eliminando o referido ónus. A omissão dele no regime da inadaptação sem modificação do posto de trabalho — isto é, por perda de aptidões do trabalhado — surge assim como uma *aquisição* da “reforma laboral” deixada incólume pelo escrutínio constitucional.

É certo que se trata de uma aquisição muito modesta e precária. O regime da nova modalidade está ainda coberto pela exigência geral de impossibilidade prática da subsistência da relação de

trabalho⁽¹²⁾ e mantém-se, assim, dentro do perímetro de legitimidade reconhecido pela Constituição no art. 53.º. A verificação dessa impossibilidade prática deverá, mesmo no silêncio da lei (um silêncio que, em todo o caso, sugere contextualmente uma linha de actuação), passar frequentemente pela procura e eventual oferta de ocupação alternativa, ainda que em nível hierárquico e remuneratório inferior⁽¹³⁾, quanto mais não seja por razões prudenciais. Poucas serão as situações em que a inexistência do prosseguimento da relação de trabalho por perda de aptidões do trabalhador seja imediatamente apreensível, verificável e demonstrável. Aquisição modesta, pois. Mas também precária, dado que a assimetria entre os dois regimes de inadaptação, neste ponto específico, é de tal modo notória e difícil de explicar que os riscos judiciais associados — inclusivamente no plano da fiscalização concreta de constitucionalidade (arts. 204.º e 280.º da Constituição) — não podem deixar de considerar-se elevados.

4. Outra inconstitucionalidade denunciada pelo acórdão 602/2013 dizia respeito ao *critério de escolha do trabalhador a despedir*, em caso de extinção de um dos postos de trabalho de um conjunto em que todos têm conteúdo funcional idêntico.

No regime anterior do Código, essa escolha era condicionada por um critério “social” de prioridades legalmente imposto (art. 368.º/2) — um critério manifestamente inspirado na protecção dos menos empregáveis (mais velhos ou mais antigos)⁽¹⁴⁾. Naturalmente controverso, esse condicionamento tinha por si, pelo menos, o facto de justificar uma ingerência legal, por representar uma limitação à livre decisão do empregador, face ao sentido mais provável que essa decisão tomaria. De qualquer modo, o sentido *fundamental* da

(12) Na verdade, o n.º 2 do art. 375.º, em que surgem os requisitos dessa nova modalidade, refere-se à “situação referida no n.º 1 do artigo anterior”, que é caracterizada por essa “impossibilidade prática”.

(13) cremos, com efeito, que a “compatibilidade” com a categoria do trabalhador deve ser entendida em termos muito amplos, tendo em conta a provável prevalência do interesse na manutenção do emprego.

(14) De notar o facto surpreendente da inexistência de qualquer constrangimento legal da escolha dos trabalhadores a despedir, em caso de despedimento colectivo.

norma derivava de preocupações de tutela de pessoas em situação vulnerável, e não, propriamente, duma exigência abstracta de “objectividade” da escolha, isto é, de prevenção do arbítrio ou da discriminação, que sempre seria alcançável por outros meios e tractos jurídicos.

A Lei 23/2012 atingiu, nesse ponto, o *climax* da afirmação ideológica: pretendeu substituir o critério *legal* de prioridades pelo critério *do empregador*, sob o enigmático condicionamento de que se tratasse de “critérios relevantes e não discriminatórios face aos objectivos subjacentes à extinção do posto de trabalho”. Apesar da abundância das questões de interpretação que este trecho poderia suscitar, o que era relevante era, afinal, o omitido: a lei prescindia de qualquer cuidado relativamente à escolha em causa, nomeadamente pelo que respeita à posição dos despedidos face às oportunidades de trabalho. A posição do legislador face à questão passava a ser de *neutralidade* — uma neutralidade que, neste domínio, não o é realmente, pois redundava na atribuição de prevalência ao interesse e à vontade de um dos contraentes.

O Tribunal Constitucional, como se assinalou, viu neste regime uma incompatibilidade com a Constituição, mas partindo de um pressuposto — o de que o critério legal visava essencialmente a “objectivação” da escolha, exigida pela noção de justa causa — que, com a vénia devida, julgamos menos certo, pelas razões indicadas. O facto de a fórmula introduzida pela Lei 23/2012 ser um conjunto de conceitos vagos e indeterminados — o que parece incontestável — seria incompatível com uma noção de justa causa isenta de todo o subjectivismo por parte de quem a invoque. O Tribunal não se mostrou, pois, particularmente sensível — e pode bem perguntar-se se existiria fundamento constitucional suficientemente sólido para que outra fosse a sua postura — às preocupações sociais que, de ordinário, servem de fundamento às intervenções do legislador do trabalho neste campo.

Face ao carácter discutível do critério de escolha anteriormente fixado no Código, sobretudo no quadro de uma política legislativa manifestamente votada à recuperação dos espaços do poder patronal na empresa e ao favorecimento dos interesses da gestão, entende-se bem que a mera repriminção do normativo

anterior não fosse considerada solução satisfatória. Assim, a Lei 27/2014 lançou uma nova redacção do art. 368.º/2, em que se estabeleceu uma “ordem de critérios relevantes e não discriminatórios” a observar na escolha do trabalhador a despedir, na hipótese que temos vindo a considerar (extinção de um posto de trabalho dentro de um conjunto de postos funcionalmente idênticos). Seguindo a vereda sinalizada pelo Tribunal Constitucional, a nova norma enuncia uma ordem de prioridades para o despedimento que, manifestamente, procura interpretar com a maior aproximação possível os critérios que seriam mais provavelmente adoptados por um empregador médio, à luz das normais conveniências de gestão da empresa: deverá ser escolhido o trabalhador com pior avaliação de desempenho, ou menos habilitado ou qualificado, ou mais custoso, ou com menor experiência na função, ou, enfim, com menor antiguidade na empresa⁽¹⁵⁾. A finalidade assumida — por indicação do acórdão — é a de garantir a “objectividade” da escolha, obstando a que o empregador despeça por capricho, mera antipatia ou mesmo encapotada discriminação. Como se disse, esse objectivo seria alcançável por outros meios jurídicos. Mas de toda a evolução resultou um efeito “residual” útil, na perspectiva da inversão de política legislativa em curso: a erradicação de um qualquer critério “social” de escolha do trabalhador a despedir, que constituía a única verdadeira e convincente razão de uma intervenção do legislador neste ponto.

E com este resultado se completou o pequeno quadro de alterações legislativas introduzidas pela Lei 27/2014, em cumprimento da decisão do Tribunal Constitucional.

⁽¹⁵⁾ A propósito desta ordem de prioridades, gerou-se um curioso, embora inteiramente estéril, esforço hermenêutico em torno das expressões utilizadas pelo legislador. Na perspectiva em que situamos a nossa análise, o que é interessante e significativo é o facto de, previsivelmente, em muitos casos, a escolha vir a ser feita em termos correspondentes aos do critério antigo (menor experiência, menor antiguidade).

§ 3. As renovações extraordinárias de contratos a termo

5. Por duas vezes — até ao momento em que redigimos estas notas —, foi legalmente estabelecido um regime de renovação extraordinária dos contratos de trabalho a termo certo. Foram pois mantidos — como regras — os limites que o Código do Trabalho estabelece quanto ao número de renovações e à duração total dos vínculos a termo: três renovações, o que significa quatro períodos; três anos de duração total, para os casos gerais, e dois anos ou 18 meses, para os casos particulares de início de actividade ou de candidato ao primeiro emprego, respectivamente (art. 148.º/1).

Os regimes de renovação extraordinária foram fixados pelas Leis 3/2012, de 10 de Janeiro, e 76/2013, de 7 de Novembro⁽¹⁶⁾. A sua inspiração é muito semelhante à do remoto Decreto-lei 781/76, de 28 de Outubro, medida de emergência adoptada num quadro de congelamento do emprego, através da qual já se confiou então, por conseguinte, à contratação a prazo o papel de válvula de segurança para disfunções do mercado de trabalho⁽¹⁷⁾. Agora, o legislador procura, através do alongamento da duração dos contratos transitórios — em todo o caso, não automático, mas dependente da vontade dos contraentes e envolvendo, por conseguinte, o acordo de renovação a que alude o art. 149.º/2 —, refrear a hemorragia de empregos que diversos factores conjunturais, incluindo a nova legislação sobre despedimentos e suas compensações, iriam necessariamente desencadear. Acreditou-se que a possibilidade de manter, por mais tempo, postos de trabalho como precários — apesar de, por-

⁽¹⁶⁾ O diploma de 2012 visava os contratos que atingissem os limites legais até 30 de Junho de 2013, e admitia duas renovações adicionais, com a duração total de 18 meses. O de 2013, por seu turno, tomou como alvos os contratos que, até 7 de Novembro de 2015, atingissem os limites legais gerais (não tendo havido renovações extraordinárias) ou os da Lei 3/2012 (tendo sido extraordinariamente renovados), e admite mais duas renovações, com a duração máxima de 12 meses.

⁽¹⁷⁾ No caso, o próprio legislador, no preâmbulo do diploma, se explicava com clareza: “Tendo ainda em conta que a contratação a prazo, desde que rodeada das necessárias cautelas, pode propiciar, a breve trecho, um significativo aumento da oferta de emprego, susceptível de posterior estabilização...”

ventura, lhes corresponderem características de permanência — poderia amortecer a destruição de empregos. Afigura-se muito difícil apurar em que medida essa convicção foi confirmada ou infirmada pelos factos. Em todo o caso, o mais recente dos diplomas referidos — a Lei 76/2013 — prevê a elaboração, no quadro da Comissão Permanente de Concertação Social, de um “relatório intercalar” sobre o impacto do regime de renovação extraordinária, após um ano de vigência desse mesmo diploma, ou seja, em Novembro de 2014.

6. Em simultâneo com a actuação desses regimes de renovação extraordinária, desenvolvia-se um outro processo, a que faremos referência um pouco adiante: o da modificação dos factores de cálculo das compensações por cessação do contrato de trabalho, no sentido da sua progressiva redução. Esse processo iniciara-se, por imperativo do *Memorando*, antes mesmo da reforma de 2012⁽¹⁸⁾, e visava, além do mais, a uniformização do processo de cálculo para contratos a termo e sem termo⁽¹⁹⁾, pretendendo acautelar os “direitos adquiridos”⁽²⁰⁾.

Explica-se deste modo o facto de os regimes de renovação extraordinária conterem, no que toca ao cálculo das compensações por caducidade, disposições de carácter transitório, aliás de teor diferente⁽²¹⁾, que, por sua vez, remetem para outras, particularmente intrincadas, como as que constam do art. 6.º da Lei 69/2013, de 30 de Agosto.

⁽¹⁸⁾ Referimo-nos à Lei 53/2011, de 14 de Outubro, que estabeleceu “um novo sistema de compensação em diversas modalidades de cessação do contrato de trabalho, *aplicável apenas aos novos contratos de trabalho*”. Esse “novo sistema” consistiu, fundamentalmente, na substituição da base de cálculo de um mês por 20 dias de retribuição e diuturnidades, a multiplicar pelo número de anos completos de antiguidade, e pela fixação de um limite máximo (12 meses de retribuição mais diuturnidades) onde antes só existia um mínimo (três meses) que também foi eliminado. Note-se que o *Memorando* impunha a redução da base de cálculo para 10 dias.

⁽¹⁹⁾ Na versão anterior do Código, os arts. 344.º e 345.º estabeleciam um regime específico de compensação em caso de caducidade do contrato a termo certo ou incerto: “três ou dois dias de retribuição base e diuturnidades por cada mês de duração do contrato, consoante esta não exceda ou seja superior a seis meses, respectivamente”.

⁽²⁰⁾ Ponto 4.4.ii) do *Memorando*.

⁽²¹⁾ Art. 4.º da Lei 3/2012; art. 4.º da Lei 76/2013.

§ 4. A redução das compensações por cessação do contrato de trabalho e os fundos de compensação e garantia

7. Uma boa parte das medidas incidentes na “regulação do mercado de trabalho” era dirigida à redução dos custos dos despedimentos e, mais amplamente, da eliminação de postos de trabalho. Os documentos programáticos que enquadraram a “reforma laboral”, com natural saliência para o *Memorando*, assentavam claramente — embora não declaradamente — na convicção de que a regeneração económica do país teria que envolver um forte *turnover* da mão-de-obra, com provável destruição de um grande número de empregos excedentários ou subqualificados. No mesmo sentido, pensava-se — embora em nenhum lugar se dissesse abertamente — que a baixa produtividade do trabalho em Portugal teria o seu remédio no aumento das cargas de trabalho sem acréscimo dos salários. Era o chamado “ajustamento” — um dos eufemismos que a gestão da “crise” produziu às dúzias. E uma das vias desse aumento de cargas sem custos — para além das formas de adaptabilidade dos tempos de trabalho, da redução de tempos de repouso e da drástica diminuição de compensações por trabalho extra — consistiria em se confiar os mesmos volumes de produção a menos trabalhadores. A manobra deparava, no entanto, com obstáculos, não só derivados das dificuldades legais de despedir — uma “anomalia” com que houve que lidar, dado a sua protecção constitucional — mas também dos custos que o pagamento das compensações respectivas implicava.

Tudo isso se reflectiu em medidas constantes do *Memorando* e dos acordos de concertação social firmados antes e depois dele. Já se viu como foi tentada, com a Lei 23/2012, a facilitação dos despedimentos individuais por causa não disciplinar, e como foi reduzido (embora não nulo) o sucesso dessa tentativa.

Pelo lado dos custos da extinção de contratos, o *Memorando* contém (no seu ponto 4.4) um programa de acção gradual tendente, em simultâneo, à forte diminuição desses custos e à uniformização do seu processo de cálculo para qualquer tipo de vínculo laboral.

8. O processo foi iniciado, como atrás se disse, com a *Lei 53/2011*, de 14 de Outubro, aplicável somente aos contratos (a termo ou sem termo) celebrados a partir de 1 de Novembro daquele ano⁽²²⁾. O factor básico de cálculo passava, nesses casos, de 30 para 20 dias, fixando-se ainda o limite máximo de 12 meses de retribuição e diuturnidades e pondo-se de lado o limite mínimo anteriormente vigente.

O segundo momento da concretização do programa de embaatecimento dos despedimentos situou-se na entrada em vigor da *Lei 23/2012*, que cuidou de estender a todos os contratos aquele mesmo regime, embora procurando — através de um complexo sistema de normas transitórias (art. 6.º) — ressaltar aquilo que, aliás impropriamente, se rotulou no Memorando de “direitos adquiridos”: um contrato celebrado antes de 1 de Novembro de 2011 e extinto após a entrada em vigor desta nova Lei daria lugar ao cálculo de uma compensação com duas partes: uma baseada no tempo de vigência anterior à *Lei 23/2012*, e definida pela fórmula antiga; outra, baseada no tempo restante, e calculada pela nova fórmula.

A manobra concluiu-se com a *Lei 69/2013*, de 30 de Agosto, que impôs nova redução do factor básico de cálculo: passou de 20 a 12 dias por ano.

9. Em consequência desta evolução legislativa, do intento de aplicação imediata de cada um dos sucessivos regimes e da preocupação de salvaguarda dos chamados “direitos adquiridos”, o modo de cálculo das compensações passou a ser determinado pela “antiguidade” dos contratos.

Relativamente aos *anteriores a 1 de Novembro de 2011*, e que não foram, portanto, atingidos pela *Lei 53/2011*, haveria que calcular parcelas correspondentes à vigência de cada um dos diplomas sobre o assunto: quanto ao período anterior a 31/10/2012, uma parcela calculado de acordo com o regime antigo (um mês por ano);

⁽²²⁾ Para o efeito, o diploma introduziu um artigo próprio no Código do Trabalho — o art. 366.º-A —, mantendo em vigor, para os contratos anteriormente celebrados, o art. 366.º, na sua forma originária. O carácter evidentemente pouco durável dessa duplicidade de regimes teria porventura aconselhado outra solução técnica.

quanto ao período de 1/11/2012 até 30/09/2013, outra parcela, calculada de acordo com as regras da Lei 23/2012 (20 dias por ano); quanto ao período posterior a 1/10/2013, uma subparcela referente aos primeiros 3 anos, à razão de 18 dias por ano, e outra a partir daí, na base de 12 dias por ano⁽²³⁾.

Para os contratos celebrados *entre 1 de Novembro de 2011 e 30 de Setembro de 2013*, aplica-se (por efeito da Lei 53/2011) a regra de 20 dias por ano relativamente ao período em que vigorem até esta última data; quanto ao tempo de vigência posterior a essa data (ou seja, a partir de 1/10/2013), calculam-se as duas subparcelas acima mencionadas: uma referente aos primeiros 3 anos (18 dias por ano) e outra daí em diante (12 dias por ano).

Finalmente, há que considerar os contratos celebrados *depois de 30 de Setembro de 2013*. Eles ficam directa e inteiramente submetidos ao regime da Lei 69/2013: toda a compensação pela sua cessação será calculada na base de 12 dias por ano.

De resto, a redução das compensações não é apenas determinada pela diminuição progressiva — em todo o caso, muito acentuada — do factor básico de cálculo que consiste no número de dias de retribuição mais diuturnidades a multiplicar pelo número de anos completos de antiguidade do trabalhador. Logo com a Lei 53/2011 se definiu um conjunto de parâmetros condicionantes do resultado desse cálculo, e os diplomas posteriores (Leis 23/2012 e 69/2013) limitaram-se a reproduzi-lo: o valor da retribuição base mais diuturnidades não pode exceder 20 vezes a retribuição mínima mensal garantida (ou seja, actualmente, 9.700 euros); o valor da compensação não pode superar 12 vezes a retribuição base mais diuturnidades; o valor diário a considerar é o resultante da divisão da retribuição base e diuturnidades por 30⁽²⁴⁾.

⁽²³⁾ Manteve-se a regra de que, “em caso de fracção de ano, a compensação é calculada proporcionalmente” (art. 366.º/2 do Código).

⁽²⁴⁾ Recorde-se que o processo de cálculo da retribuição horária definido no art. 271.º do Código resulta em que a retribuição diária é o produto da divisão da retribuição mensal pelo número de dias de trabalho (22, em regra).

10. A avaliação do impacto da alteração do processo de cálculo das compensações pode ser ilustrada com um exemplo. Se imaginarmos um contrato celebrado em 1 de Fevereiro de 2009 e extinto no âmbito de um despedimento colectivo em 30 de Junho de 2014 — ou seja, um contrato dos mais “poupados” pela evolução legislativa descrita, uma vez que beneficiaria na máxima medida da gradualização da redução —, sendo de 1000 euros o valor da retribuição mais diuturnidades, a compensação calculada de acordo com o regime antigo (um mês por ano) totalizaria 5.416,6 euros; seguindo os novos parâmetros, seria de 4.811 euros — ou seja, teria uma quebra de cerca de 11%.

Se, porém, admitirmos a hipótese de um contrato iniciado em 1 de Dezembro de 2011 e extinto em 30 de Junho de 2014, com o mesmo valor de base, o resultado será bem diferente. Pelo processo primitivo, a compensação atingiria 2.533,3 euros; com as novas regras, seria de 1672 euros — ou seja, 34 % menos. Os despedimentos tornaram-se, na verdade, bem mais económicos.

11. Uma segunda vertente da revisão do sistema de compensações por despedimento consistiu na regulamentação, pela Lei 70/2013, de 30 de Agosto, de um “fundo de compensação do trabalho” (FCT), de um “mecanismo equivalente” (ME) e de um “fundo de garantia de compensação do trabalho” (FGCT). Estas expressões inteiramente destituídas de significado reflectem, de algum modo, as hesitações e dúvidas conceptuais que, pelo menos desde o *Acordo Tripartido* de 2011, se espraíram em torno de uma ideia bastante concreta: a de baixar o coeficiente de responsabilidade dos empregadores pela efectivação das compensações devidas aos trabalhadores em caso de despedimento não disciplinar. Ainda em fase de total indecisão quanto à fisionomia que deveria ser assumida por tais mecanismos, já a Lei 53/2011 manejava a noção de um “fundo de compensação do trabalho” inexistente, ao qual os empregadores deveriam obrigatoriamente aderir... Na realidade, o regime legal dos “fundos” declara aplicar-se apenas aos novos contratos de trabalho (celebrados após a sua entrada em vigor, isto é, depois de 31 de Agosto de 2013) (art. 2.º/2). A enorme maioria dos contratos existentes fica, pois, à margem desse regime.

O FCT e o FGCT são “fundos autónomos”, dotados de personalidade jurídica, sem qualquer relação com a Segurança Social. Os empregadores são obrigados a inscreverem-se, e a fazerem entregas mensais, que são inscritas em contas individualizadas de cada trabalhador, salvo se preferirem o chamado “mecanismo equivalente” — do tipo seguro, ou outro —, que tem que oferecer garantia idêntica da efectivação das compensações. O FCT tem a finalidade de “amortecer” o encargo da compensação para o empregador: depois de a pagar, este pode pedir ao FCT o reembolso do saldo da conta respeitante ao trabalhador em causa (art. 34.º da Lei 70/2013). Por seu turno, o FGCT é accionável pelo trabalhador despedido, para garantir o valor de metade da compensação devida. Isto significa que, se o empregador tiver pago metade ou mais dessa compensação, o Fundo nada pagará⁽²⁵⁾.

É sabido que, em muitos casos, os despedimentos pretendidos não se concretizam por falta de recursos para o pagamento das compensações legais. Dentro da perspectiva atrás apontada, segundo a qual importa facilitar o “ajustamento” da economia e das empresas, em nome da produtividade e da competitividade, o sistema dos “fundos”, conjugado com a drástica redução das compensações — os “fundos” irão actuar já somente perante contratos sujeitos ao regime de cálculo de compensações na base de 12 dias por ano —, visa claramente atenuar ou mesmo superar aquela dificuldade, viabilizando a concretização de despedimentos que, de outro modo, talvez se mantivessem em suspenso. Trata-se, sempre e de qualquer modo, de acentuar a dinâmica do mercado de trabalho. Os factos têm, no entanto, posto em evidência uma consideração teimosamente ignorada na concepção das políticas de emprego: a dinâmica do mercado de trabalho só é benigna e proveitosa se estiver directamente conexas à dinâmica da economia, sendo dela expressão e corolário. A “criação” dessa dinâmica

⁽²⁵⁾ O regime legal não é claro. No entanto, admitindo que estamos a interpretá-lo correctamente, arrisquemos um exemplo. Se a compensação legalmente devida a um trabalhador for de 1000, e o empregador só lhe tiver pago 300, aquele pode requerer ao FGCT o pagamento de 200; se o empregador tiver avançado com 600, o Fundo nada terá que suportar; mas se o empregador nada pagar, o FGCT terá que entregar ao trabalhador 500.

por estímulos legais de qualquer natureza só pode gerar desequilíbrios nefastos. Na verdade, a destruição de postos de trabalho, facilitada de tantas maneiras, não tem sido acompanhada da criação de outros — porque esta criação depende de uma economia viva, capitalizada e a crescer...

§ 5. O procedimento de combate ao trabalho falsamente autónomo

12. Se é verdade que as medidas legislativas examinadas até agora podem considerar-se de sentido “regressivo” em relação à vocação originária e à razão de ser do ordenamento juslaboral, mostra-se forçoso assinalar um desvio a esse padrão: o regime contido na *Lei 63/2013*, de 27 de Agosto, que instituiu um procedimento destinado a despistar casos de trabalho falsamente autónomo e a viabilizar o formal reconhecimento da existência de contrato de trabalho nesses casos. Não se trata de uma alteração ao Código do Trabalho⁽²⁶⁾, mas sim ao regime processual aplicável às contra-ordenações laborais e de Segurança Social (*Lei 107/2009*, de 14 de Setembro) e ao próprio Código do Processo do Trabalho.

Vinha de longe — pelo menos desde os acordos de concertação social firmados em 1996 — o propósito, nunca concretizado, de combater o fenómeno de fuga à lei laboral através de um processo de certificação formal da existência de contrato de trabalho, em muitas situações em que — nomeadamente pelo uso dos chamados “recibos verdes” — se procura criar aparências de trabalho independente. É indiscutível que a publicação da *Lei 63/2013* marca um momento relevante no combate a tais práticas, visando contribuir para a redução do enorme défice de efectividade de que enferma a legislação laboral portuguesa.

(26) De notar, porém, que o Código previne essas situações, no art. 12.º, conferindo-lhes relevância contra-ordenacional agravada.

13. O procedimento estabelecido por esse diploma culmina numa acção judicial de tipo específico — a “acção de reconhecimento da existência de contrato de trabalho” — que passou a estar regulada nos arts. 186.º-K a 186.º-R do Código de Processo do Trabalho. A iniciativa da acção pertence ao Ministério Público, com base em participação da Autoridade para as Condições de Trabalho (ACT). Para se chegar a esse ponto, é necessário que um inspector do trabalho “verifique a existência de indícios de uma situação de prestação de actividade, aparentemente autónoma, em condições análogas ao contrato de trabalho” e que, notificado o empregador para regularizar a situação, este não proceda em conformidade⁽²⁷⁾ (novo art. 15.º-A da Lei 107/2009, já citada).

A decisão final do tribunal pode ser — ou não — no sentido do reconhecimento da existência de contrato de trabalho, devendo ainda, neste caso, “fixar a data do início da relação laboral” (art. 186.º-O do Código do Processo do Trabalho). Trata-se, pois, de uma sentença que pode ser, em parte, declarativa e, noutra parte, constitutiva — quando da prova produzida não resulte a data em que a relação contratual se tenha realmente iniciado. Dessa decisão cabe recurso de apelação, para a Relação, com efeito devolutivo.

Como é sabido, grande parte dos litígios laborais levantam como questão-chave a da qualificação da relação contratual. Estabelecida esta, com as conhecidas dificuldades — resultantes do facto de existir a famosa “zona cinzenta” entre as duas qualificações alternativas, e agravadas pelas manobras simulatórias dos contraentes —, as concretas pretensões controvertidas rapidamente obtêm resposta positiva ou negativa. Acresce que, também em regra, essa questão-chave se suscita *a posteriori*, isto é, depois de terminadas as relações contratuais, o que em nada facilita o seu esclarecimento. O novo procedimento — nas suas fases administrativa e judicial — manifesta a particularidade muito relevante de

(27) A lei parece, com efeito, não admitir outra hipótese, nomeadamente a de o empregador convencer a ACT de que se trata de verdadeiro trabalho autónomo. Para que o procedimento seja arquivado (e, por conseguinte, não haja lugar a participação ao Ministério Público), é preciso que o empregador apresente o contrato de trabalho ou documento com significado equivalente.

ocorrer, tipicamente, na pendência da relação contratual, a partir de uma intervenção inspectiva incidente sobre factos e situações actuais, o que, só por si, aumenta consideravelmente a sua eficiência potencial. Por outro lado, constitui um meio preventivo da multiplicação e do alongamento dos litígios em que é suscitada a aplicação da legislação do trabalho.

§ 6. Duas notas finais

O panorama legislativo que se procurou desenhar neste texto diz, obviamente, respeito apenas ao regime das relações individuais de trabalho⁽²⁸⁾. Nesse domínio, porém, nem tudo foi mencionado. Salientámos, antes do mais, as medidas de concretização de compromissos de legislar assumidos no quadro do *Memorando* de 2011 ou da concertação social, e referimos, ainda, uma importante inovação que, isolada no meio de intervenções socialmente regressivas, parece susceptível de melhorar a efectividade do que resta dos regimes de protecção dos trabalhadores como contraentes débeis.

No entanto, houve algo mais. Foi, nomeadamente, publicada a *Lei 47/2012*, de 29 de Agosto, com o propósito de ajustar as condições do acesso de menores ao trabalho em função do regime de escolaridade obrigatória definido pela *Lei 85/2009*, de 27 de Agosto.

E, sobretudo, tem que salientar-se a *Lei 48-A/2014*, de 31 de Julho⁽²⁹⁾, que prorrogou, até 31 de Dezembro de 2014, a suspensão das disposições das convenções colectivas e as cláusulas dos con-

(28) No domínio do Direito Colectivo, haveria ainda que referir a *Lei 55/2014*, de 25 de Agosto, que, por um lado, estreitou os requisitos temporais da caducidade das convenções colectivas (ainda em obediência ao *Memorando* de 2011) e, por outro, regulou a suspensão temporária da vigência das convenções em casos de dificuldade das empresas. Infelizmente, o estado em que se encontra a contratação colectiva em Portugal acaba por remeter a um nível de menor relevância imediata essa alteração legislativa.

(29) Mereceria talvez alguma reflexão o facto de quase toda a legislação do trabalho, desde 2011, ter sido publicada em pleno Verão (Julho/Agosto), ou na sua proximidade.

tratos de trabalho que estabeleçam “acréscimos de pagamento de trabalho suplementar superiores aos estabelecidos pelo Código do Trabalho” ou que prevejam “retribuição do trabalho normal prestado em dia feriado, ou descanso compensatório por essa mesma prestação, em empresa não obrigada a suspender o funcionamento nesse dia”⁽³⁰⁾. Esta medida legislativa deve ser devidamente contextualizada.

Ela visa alongar no tempo a aplicação de uma norma da Lei 23/2012 que sobreviveu ao controlo de constitucionalidade — aliás, a única norma que ficou de pé, de entre as que constituíam o art. 7.º daquele diploma. Esse artigo pretendeu criar uma situação de “tábua rasa” em relação à contratação colectiva anterior sobre benefícios que a mesma lei quis reduzir ou eliminar. Assim, declarou “nulas” as cláusulas das convenções colectivas e dos contratos individuais pré-vigentes que regessem certas matérias em sentido mais favorável do que o que se queria impor, e declarou “suspensas” por dois anos (isto é, até ao fim de Julho de 2014) outras cláusulas sobre outras matérias (as que referimos acima), preconizando o seu ajustamento aos padrões legais, sob pena de redução por força da lei. O Tribunal Constitucional, sem grande surpresa para ninguém, considerou a “anulação” de cláusulas incompatível com o direito de contratação colectiva, e, em conformidade com a sua usual perspectiva de máxima tolerância relativamente à política legislativa em actuação, considerou constitucionalmente admissível a “suspensão”, justamente pelo seu carácter excepcional e temporário. A Lei 48-A/2014 veio prorrogar por alguns meses essa suspensão, resultando, ao mesmo tempo, claro que o não ajustamento das cláusulas suspensas ao padrão legal não poderá dar lugar à sua redução *ope legis*.

⁽³⁰⁾ Trechos provenientes das alíneas *a*) e *b*) do n.º 4 do art. 7.º da Lei 23/2012.